Europa en het algemeen bestuursrecht

Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht

Boomjuridisch

VAR 165

ISBN 978-94-6290-882-6

Boomjuridisch

Europa en het algemeen bestuursrecht

VAR-reeks
165

Europa en het algemeen bestuursrecht

Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde

Rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR

Boom juridisch
Den Haag
2021

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

© 2021 R.J.G.M. Widdershoven c.s. | Boom juridisch

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 uit_gever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.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 978-94-6290-882-6
ISBN 978-90-8974-485-2 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Ten geleide

Eens in de zoveel jaar stelt het bestuur van de Vereniging voor bestuursrecht (VAR) een commissie in om een ingewikkeld en belangrijk onderwerp goed te laten doordenken door een breed samengestelde commissie van deskundigen. Zo verscheen er in 2004 een rapport over de toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid van de VAR-Commissie Rechtsbescherming en werd in 2000 een rapport over de vierde tranche van de Awb van een VAR-werkgroep gepubliceerd. Ik ben blij dat wij deze mooie traditie als VAR-bestuur hebben voortgezet door aan een VAR-commissie te vragen te rapporteren over de invloed van de Unierechtelijke algemeen bestuursrechtelijke regels en beginselen op de theorie en de praktijk van het Nederlandse algemeen bestuursrecht.

Deze Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht heeft haar opdracht met verve vervuld. Zij heeft de voorgelegde, brede vraag focus gegeven door de twee voorstellen voor een Europese Awb – de *Model Rules on EU Administrative Procedures* van het academische netwerk ReNEUAL en het voorstel voor een *Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies* van het Europese Parlement – als vertrekpunt te kiezen. Van daaruit heeft zij niet alleen bezien in hoeverre het Nederlandse algemeen bestuursrecht, en in het bijzonder de Awb, inspiratie kan ontlenen aan de Unierechtelijke ontwikkelingen, maar ook in hoeverre die voorstellen iets kunnen leren van hoe wij in Nederland het algemeen bestuursrecht hebben geregeld in de Awb.

Veel voor het algemeen bestuursrecht belangrijke onderwerpen werden grondig geanalyseerd door het Nederlandse recht daarover te confronteren met de Europese voorstellen. Daarmee biedt het rapport concreet zicht op de mogelijkheden die de Europese ontwikkelingen bieden voor een verdere verrijking van het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Naar mijn overtuiging zal dit werk niet alleen voor de wetgever, maar ook voor de wetenschap en rechtspraktijk van grote waarde blijken.

Het heeft even geduurd (de commissie heeft bijna vier jaar aan het rapport gewerkt), maar het resultaat is ernaar! Het VAR-bestuur is er uitermate trots op dit boek aan alle VAR-leden te kunnen aanbieden. Het bestuur dankt de Commissie (en in het bijzonder haar voorzitter Rob Widdershoven en secretaris en commissielid Rolf Ortlep) voor alle inspanningen die zijn verricht en zal ervoor zorgdragen dat dit eindrapport een brede verspreiding krijgt, ook buiten de kringen van de VAR.

Namens het bestuur,

Willemien den Ouden
Voorzitter

Inhoud

Voorwoord **11**

Afkortingenlijst **13**

1 Opzet, verantwoording en beperkingen **17**
1.1 Inleiding 17
1.2 De voorstellen voor een Europese Awb als vertrekpunt 18
1.3 De schaduw van de Europese Awb 19
1.4 Beperkingen en relativering daarvan 22
1.5 Probleemstelling, deelvragen en opbouw 23

2 Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: *state of the art* **25**
2.1 Inleiding 25
2.2 Binnen de werkingssfeer van het Unierecht 26
2.3 Golf 1: inkadering door de *Rewe*-beginselen 30
2.4 Golf 2: europeanisering door algemene rechtsbeginselen en fundamentele rechten 33
2.5 Golf 3: europeanisering van algemeen bestuursrecht in sectorale Unieregelgeving 38
2.6 Golf 4: europeanisering door Europese algemene regels? 44
2.7 Conclusies en aanbevelingen 48

3 Beginselen van Europees en internationaal bestuursrecht **49**
3.1 Inleiding 49
3.2 Beginselen gerelateerde begrippen 51
3.3 Beginselengerelateerde ontwikkelingen in het Europese en internationale bestuursrecht 53
3.4 Uitwerking algemene rechtsbeginselen in internationaal en Europees bestuursrecht 57
3.5 *ReNEUAL Model Rules* en EP-voorstel: bindende grondslagen, beginselen en rechtsculturen 69
3.6 Het Unierechtelijke besluitvormingsrecht nader bezien 73
3.7 Vier conceptuele verschillen tussen de Awb en het relevante (ontwerp-)Unierecht 76
3.8 Conclusies en aanbevelingen 82

4 Regelgeving **85**
4.1 Inleiding 85
4.2 Europeanisering en algemene regels 86

4.3 Verticale europeanisering van randvoorwaarden voor regelgeving 88
4.4 De *ReNEUAL*-speerpunten uit boek II: een artikelsgewijze bespreking 92
4.5 Conclusie en aanbevelingen 101

5 Overheidscontracten en schaarse publieke rechten 103
5.1 Inleiding 103
5.2 Overheidsovereenkomstenrecht voor EU-autoriteiten 104
5.2.1 Reikwijdte van boek IV *Contracts* 104
5.2.2 De totstandkoming van de overeenkomst 105
5.2.3 De geldigheid en de uitvoering van de overeenkomst 106
5.3 De *ReNEUAL Model Rules* als bron van inspiratie 109
5.3.1 De betekenis van de *ReNEUAL Model Rules* voor het overheidscontractenrecht 109
5.3.2 Bevoegdhedenovereenkomsten? 110
5.4 Geïnspireerd door de *ReNEUAL Model Rules*: naar een Awb-regeling over bevoegdhedenovereenkomsten 112
5.4.1 Inleiding 112
5.4.2 Definities en reikwijdte van de regeling 112
5.4.3 Voorschriften inzake de voorbereiding 114
5.4.4 Bekendmaking van de bevoegdhedenovereenkomst 116
5.4.5 Bindende kracht van de bevoegdhedenovereenkomst 117
5.5 Schaarse publieke rechten 120
5.5.1 Schaarse publieke rechten in de *ReNEUAL Model Rules* 120
5.5.2 Schaarse publieke rechten en het Nederlandse bestuursrecht 122
5.6 Wat kan *ReNEUAL* van ons leren? 124
5.7 Slot 126

6 Voorbereiding van besluitvorming 127
6.1 Inleiding 127
6.2 Toepassingsbereik 128
6.3 Toegang tot de procedure van totstandkoming van het besluit 130
6.3.1 De definitie van '*party*' 130
6.3.2 De definitie van '*interested public*' 134
6.3.3 Collectieve en algemene belangengroeperingen 135
6.4 Behandeling van de aanvraag 136
6.4.1 Aanvraag 136
6.4.2 De zaaksambtenaar 137
6.4.3 Massaprocedures 138
6.4.4 Zinloze aanvragen en misbruik van recht 138
6.4.5 Beslistermijnen 139
6.5 Voorbereiding van besluiten: feitenvergaring en horen 140
6.5.1 Zorgvuldige voorbereiding van besluiten 140
6.5.2 Het vergaren van feiten en gegevens: algemene bepalingen 141
6.5.3 Het vergaren van feiten en gegevens door inspecties 145
6.5.4 Het hoorrecht 146
6.5.5 Horen in samengestelde procedures en transnationale situaties 149
6.5.6 Consultatie 150

6.6 Recht op inzage 151
6.6.1 De Europese voorstellen 151
6.6.2 Vergelijking tussen de Europese voorstellen en de Awb 154
6.7 Regels voor handhaving 157
6.7.1 Inleiding 157
6.7.2 Toezicht op de naleving 157
6.7.3 Bestuurlijke sancties 163
6.8 Bewijs 168
6.8.1 Inleiding 168
6.8.2 Bewijsmiddelen 169
6.8.3 Waarborgen en bewijs 171
6.9 Conclusies en aanbevelingen 172

7 Intrekking van besluiten 179
7.1 Inleiding 179
7.1.1 Aanleiding en opzet 179
7.1.2 Definiëring 180
7.2 Ewb: intrekkingsregelingen 182
7.2.1 Inleiding 182
7.2.2 *ReNEUAL Model Rules* 182
7.2.3 EP-voorstel 185
7.3 Nederlands bestuursrecht 187
7.3.1 Inleiding 187
7.3.2 Intrekking belastend besluit 189
7.3.3 Intrekking begunstigend besluit 190
7.4 Rechtspraak HvJ EU 193
7.4.1 Inleiding 193
7.4.2 Intrekking nationaal belastend besluit 193
7.4.3 Intrekking nationaal begunstigend besluit 195
7.5 Inspiratie voor de Awb? 198
7.5.1 Inleiding 198
7.5.2 Verschillende soorten discretionair geformuleerde intrekkingsgronden 199
7.5.3 Normering van de bevoegdheden tot intrekking 200
7.5.4 Wie mogen om intrekking verzoeken? 203
7.5.5 Termijn voor het intrekken van besluiten 204
7.5.6 Afzonderlijke regeling voor Unierechtelijk gereguleerde verplichtingen tot intrekking 205
7.6 Conclusie en aanbevelingen 205

8 Internationale bestuurlijke bijstand 207
8.1 Inleiding 207
8.2 Hoofdlijnen van een Awb-regeling van internationale bestuurlijke bijstand 212
8.2.1 De bevoegdheden en verplichtingen van het om bijstand vragende bestuursorgaan 212

8.2.2 De bevoegdheden en verplichtingen van het bijstand verlenende bestuursorgaan 217
8.2.3 Andere thema's voor een facultatieve Awb-regeling voor internationale bijstand 221
8.2.4 Rechtswaarborgen en rechtsbescherming bij bijstandverlening 226
8.3 Hoofdlijnen van een EU-regeling van bestuurlijke bijstand bij grensoverschrijdende sanctieoplegging en inning 229
8.3.1 Inleiding 229
8.3.2 Bestuurlijke bijstand bij bestuurlijke boetes 230
8.3.3 Bijstandsverlening bij de inning van bestuursrechtelijke geldschulden 234
8.4 Conclusies en aanbevelingen 236

9 Toepasselijkheid van de voorstellen voor een Europese Awb in Nederland 239
9.1 Inleiding 239
9.2 De EU-bevoegdheid om de Ewb-voorstellen op te leggen aan de lidstaten 240
9.3 Geen toepasselijkheid van de Ewb in de lidstaten 242
9.4 Nadere reflectie 244

10 Aanbevelingen 247
10.1 Inleiding 247
10.2 Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: *state of the art* (hoofdstuk 2) 247
10.3 De betekenis van de Europese en internationale beginselen (hoofdstuk 3) 247
10.4 Regelgeving (hoofdstuk 4) 248
10.5 Overheidscontracten (hoofdstuk 5) 249
10.6 Voorbereiding van besluitvorming (hoofdstuk 6) 250
10.7 Intrekking van besluiten (hoofdstuk 7) 251
10.8 Internationale bestuurlijke bijstand (hoofdstuk 8) 252
10.9 Toepasselijkheid van de voorstellen voor een Europese Awb in Nederland 253
10.10 *Follow-up* 253

Summary 255

Samenstelling van de commissie 267

Voorwoord

Voor u ligt het rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, die op 21 november 2016 werd ingesteld door het VAR-bestuur. De opdracht aan de commissie was om te rapporteren over de (te verwachten) invloed van de op het niveau van de Europese Unie tot ontwikkeling komende algemeen bestuursrechtelijke regels en beginselen op de theorie en de praktijk van het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Zoals dat een VAR-commissie betaamt, is de commissie daarbij niet over één nacht ijs gegaan. Zij is zeven keer in voltallige samenstelling bij elkaar gekomen – zes keer in de Stijlkamer aan het Janskerhof in Utrecht en één keer digitaal via MS Teams vanwege de Covid-19-perikelen – en heeft daarnaast in kleinere groepen aan het rapport gewerkt. Al die bijeenkomsten waren inspirerend en zeer plezierig. Aan het rapport hebben alle leden van de commissie meegeschreven. Omdat zij druk bezet zijn en dit werk moesten doen naast de 'normale' dagelijkse werkzaamheden, heeft het vervaardigen van het rapport wel een kleine vier jaar geduurd. De commissie is gezamenlijk verantwoordelijk voor de inhoud van het rapport, ook al wil dat niet zeggen dat ieder individueel lid even enthousiast is over elk detail van elke aanbeveling. Wel bestaat er een brede consensus over de kansen die de Europese ontwikkelingen bieden voor een verdere verrijking van het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Op die kansen kom ik hierna nog terug.

Voordat de commissie echt aan het werk kon, moest eerst worden bepaald hoe zij invulling zou geven aan de brede opdracht van het VAR-bestuur. Op de eerste vergadering van de commissie, op 6 januari 2017, heeft zij de keuze gemaakt om twee voorstellen voor een Europese Awb – de *Model Rules on EU Administrative Procedures* van het academische netwerk *ReNEUAL* en het voorstel voor een *Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies* van het Europese Parlement – als vertrekpunt voor de beschouwingen te nemen. Die keuze is niet ingegeven door de verwachting of hoop dat die voorstellen op afzienbare termijn in Nederland geldend recht zullen worden, naast of zelfs in de plaats van de Awb. Zo'n ontwikkeling valt voorlopig niet te verwachten en is volgens de commissie ook niet wenselijk. Wel zijn de voorstellen gebaseerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU en op rechtsvergelijkende studie, zodat zij kunnen worden beschouwd als een Europese *best practice* voor het algemeen bestuursrecht. In dit rapport staat daarom de vraag centraal in hoeverre het Nederlandse algemeen bestuursrecht, en in het bijzonder de Awb, inspiratie kan ontlenen aan deze Europese *best practice*, en (omgekeerd) in hoeverre die voorstellen wat kunnen leren van de wijze waarop wij het algemeen bestuursrecht hebben geregeld in de Awb. De keuze om de voorstellen als vertrekpunt te nemen heeft wel als gevolg dat de onderwerpen waarop die voorstellen geen betrekking hebben, niet aan de orde komen in het rapport. Dat geldt voor de rechtsbescherming en het bestuursprocesrecht, al

komen aspecten daarvan hier en daar wel ter sprake, en bijvoorbeeld ook voor het overheidsbegrip (ook al wordt dit begrip wel degelijk door het Unierecht geraakt).

Daar staat tegenover dat belangrijke onderdelen van het algemeen bestuursrecht wel in het rapport worden besproken. Dat betreft de beginselen die aan het Europese en internationale bestuursrecht ten grondslag liggen, de regelgeving, overheidscontracten en schaarse publieke rechten, de voorbereiding van besluitvorming, de intrekking van besluiten en de internationale bestuurlijke bijstand. Over elk van deze onderwerpen bevat het rapport een grondige analyse, waarin het Nederlandse recht wordt geconfronteerd met de Europese voorstellen (en vice versa), die uitmondt in bijna veertig concrete aanbevelingen van de commissie aan de relevante actoren in Nederland (vooral de wetgever, soms het bestuur of de rechter) of aan *ReNEUAL*. We doen al deze aanbevelingen niet primair vanuit de verwachting dat zij binnen korte tijd zullen worden gerealiseerd (ook al zou dat wel mooi zijn), maar vooral ook omdat aldus de discussie over de gewenste richting van het Nederlandse algemeen bestuursrecht scherper en minder vrijblijvend kan worden gevoerd.

Overigens bevat het rapport volgens ons veel aanbevelingen waarvan men zou hopen dat ze vandaag al werkelijkheid waren. Dat geldt bijvoorbeeld voor de aanbevelingen om het burgerperspectief een veel duidelijker plaats te geven in de Awb, om de dienstbaarheid van de overheid te vergroten door de aanstelling van een zaaksambtenaar en om voor complexe besluiten te voorzien in een voorbereidingsprocedure die ten volle voldoet aan de rechten van verdediging. Daarnaast zijn er voor de fijnproevers aanbevelingen voor een Awb-regeling over overheidscontracten, de intrekking van besluiten en internationale bestuurlijke bijstand. Dat laatste onderwerp staat vermoedelijk wat ver af van de dagelijkse praktijk van veel bestuursrechtjuristen, maar wordt steeds belangrijker. Bij al die onderwerpen bieden de Europese voorstellen kansen voor een verdere verrijking van het Nederlandse algemeen bestuursrecht.

Elk hoofdstuk in het rapport is geschreven door ten minste twee leden van de commissie (en soms beduidend meer). Concepten zijn besproken in de commissievergaderingen en naar aanleiding van de discussies en opmerkingen aangepast. Het eindresultaat is een gezamenlijk product van de commissie, waarin mensen zitting hadden uit de wetenschap, advocatuur, overheid en rechtspraak. Dat zijn: Henk Addink, Jannetje Bootsma, Jacobine van den Brink, Rianne Jacobs, Oswald Jansen, Henk Lubberdink, Anne Meuwese, Adriënne de Moor-van Vugt, Saskia Nuyten, Monique van Oers, Rolf Ortlep (commissielid en secretaris), Frank van Ommeren, Raymond Schlössels, en ondergetekende als voorzitter. In de beginfase hebben Henk Jaap Albers en Sjoerd Douma deel uitgemaakt van de commissie, maar zij hebben zich wegens drukke werkzaamheden uit de commissie teruggetrokken.

Wij wensen u veel leesplezier.

Rob Widdershoven
Voorzitter

Afkortingenlijst

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
A-G	advocaat-generaal
ACM	Autoriteit Consument en Markt
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AMvB	algemene maatregel van bestuur
(Wet) Arob	(Wet) Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
art.	artikel
AVG	Algemene verordening gegevensbescherming
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
(Wet) Bab	(Wet) Beroep tegen administratieve beschikkingen
bijv.	bijvoorbeeld
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
Bro	Besluit ruimtelijke ordening
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CDW	Communautair Douanewetboek
CMLRev	Common Market Law Review
CRvB	Centrale Raad van Beroep
EPL	European Public Law
Drl	Dienstenrichtlijn
DSM	Digital Single market
e.a.	en andere
EC	Europese Commissie
ECB	Europese Centrale Bank
ECN	Europese Mededingingsnetwerk
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EP	Europees Parlement
EP-voorstel	Voorstel voor een Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies
ESF	Europees Sociaal Fonds
etc.	et cetera
EU	Europese Unie
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Ewb	Europese Awb (Europese wet bestuursrecht)

Gst.	Gemeentestem
GTM	Gemeenschappelijk Toezichtmechanisme
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg
HR	Hoge Raad
Hv	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
HvJ EG	Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IAK	Integraal Afwegingskader
i.h.b.	in het bijzonder
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
Lpp	Legal professional privilege
m.nt.	met noot
MR	ReNEUAL Model Rules (on EU Administrative Procedures)
Mw	Mededingingswet
ngo	niet-gouvernementele organisatie
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
nr.	nummer
nrs.	nummers
NTB	Nederlands tijdschrift voor Bestuursrecht
NtEr	Nederlands tijdschrift voor Europees Recht
O&A	Overheid & Aansprakelijkheid
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OLAF	Europees Bureau voor Fraudebestrijding
OUP	Oxford University Press
p.	pagina
par.	paragraaf
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Rb.	Rechtbank
REALaw	Review of European Administrative Law
red.	redactie
ReNEUAL	Research Network on European Administrative Law
r.o.	rechtsoverweging
RvE	Raad van Europa
SEW	Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
TvCR	Tijdschrift voor Constitutioneel Recht
TvT	Tijdschrift voor Toezicht
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VN	Verenigde Naties
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
vz.	voorzitter

vzr.	voorzieningenrechter
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wft	Wet op het financieel toezicht
WIB	Wet op de internationale bijstandsverlening
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WTO	World Trade Organization

1 Opzet, verantwoording en beperkingen

1.1 Inleiding

Voor u ligt het resultaat van de werkzaamheden die de VAR-commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht de afgelopen jaren heeft verricht. De commissie werd eind 2016 door het VAR-bestuur ingesteld en had als opdracht om een rapport te schrijven over de vraag wat de (te verwachten) invloed is van de op EU-niveau tot ontwikkeling komende algemeen bestuursrechtelijke regels en beginselen op de theorie en de praktijk van het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Deze vraag kon door de commissie nader worden ingevuld.

Dat laatste heeft de commissie inderdaad gedaan. Daarbij is de vraag enerzijds nader toegespitst of, zo men wil beperkt, doordat twee voorstellen voor een Europese Awb als vertrekpunt zijn genomen, te weten de *Model Rules on EU Administrative Procedures* van het academische *Research Network on European Administrative Law* (ReNEUAL) en het – door het Europese Parlement (EP) gepubliceerde – voorstel voor een *Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies* (EP-voorstel).[1] Anderzijds heeft de commissie haar opdracht ruimer opgevat en heeft zij niet alleen aandacht besteed aan de mogelijke invloed van deze voorstellen op het Nederlandse algemeen bestuursrecht (die is voorlopig beperkt), maar ook aan diverse andere vragen. In de eerste plaats de vraag welke onderdelen van de voorstellen een verrijking zouden kunnen betekenen voor het Nederlandse algemeen bestuursrecht. In de tweede plaats welke onderdelen van het Nederlandse algemeen bestuursrecht een plaats verdienen in die voorstellen, oftewel op welke punten zouden die voorstellen vanuit Nederlands optiek kunnen worden aangevuld of gewijzigd? In de derde plaats, in hoeverre het wenselijk is dat deze voorstellen op enig moment toepasselijk zullen worden verklaard op het handelen van de lidstaten in het algemeen of wanneer zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht.

Aldus gaat dit rapport niet alleen over de *top down* Unierechtelijke beïnvloeding, maar juist ook over het *bottom up* proces van wederzijdse inspiratie en wisselwerking. Daarbij is het onze overtuiging dat Nederland trots mag zijn op zijn algemeen bestuursrecht, dat op het punt van coherentie en rechtmatig en effectief bestuur de Europese Unie het nodige te bieden heeft. Tegelijkertijd is het Nederlandse algemeen

1 European Parliament resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration (2016/2610(RSP)).

bestuursrecht natuurlijk niet perfect en kan een open blik voor vernieuwingen die uit de EU komen, de kwaliteit ervan verhogen.

Het voorgaande roept ongetwijfeld veel vragen op. Waarom worden de voorstellen voor een Europese Awb als vertrekpunt genomen? Welke onderwerpen worden daaruit besproken? Op welke wijze beïnvloeden die voorstellen het algemeen deel? Welke beperkingen impliceert deze keuze? Et cetera. Op die vragen wordt hierna ingegaan.

1.2 De voorstellen voor een Europese Awb als vertrekpunt

Het proces van europeanisering van het algemeen bestuursrecht is niet van recente datum maar doet zich al zo'n vijfendertig jaar voor.[2] Aanvankelijk hadden vooral het EVRM en de rechtspraak van het EHRM grote invloed. De *Benthem*-zaak (1986) spreekt op dit punt nog steeds boekdelen.[3] Die Straatsburgse invloed is ook nu nog van groot belang. Tegelijkertijd komt die invloed steeds vaker uit de hoek van de Europese Unie. Voor de EU-invloed op het algemeen deel was aanvankelijk vooral de rechtspraak van het HvJ EU van belang. In die rechtspraak ontwikkelde het Hof diverse beginselen – zoals de *Rewe*-beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid en diverse EU-rechtsbeginselen, bijvoorbeeld het beginsel van effectieve rechtsbescherming – die eisen stellen aan de toepassing van het algemeen bestuursrecht in zaken waarin de effectuering van de aan het Unierecht ontleende rechten aan de orde is.[4] De EU-rechtsbeginselen zijn door het HvJ EU ontleend aan de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben. Veel elementen van de in die lidstaten erkende algemene rechtsbeginselen ziet men dan ook terug in de EU-rechtsbeginselen. De Unierechtelijke invloed krijgt vanaf december 2009 een nieuwe impuls door de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten van de EU als bindend rechtsinstrument. Parallel hieraan wordt aan de europeanisering van het algemeen deel bijgedragen door de Uniewetgever, die steeds vaker in specifieke sectoren de toepassing van aspecten van het algemeen bestuursrecht in de lidstaten harmoniseert of uniformeert door middel van secundaire Unieregelgeving (verordeningen en richtlijnen).

Op deze europeaniseringstendensen vanuit de EU wordt in hoofdstuk 2 nader ingegaan. Zij staan echter niet centraal in dit rapport en dat geldt evenmin voor de EVRM-invloeden vanuit Straatsburg. De belangrijkste reden hiervoor is dat deze invloeden al uitvoerig worden besproken en becommentarieerd in handboeken, artikelen en annotaties.[5] Zij behoren tot de *state of the art* van het geldend recht en voor het bijhouden en doorrekenen ervan is geen bijzondere VAR-commissie nodig.

---

2 In hoofdstuk 2 van dit rapport wordt uitvoerig op deze beïnvloeding ingegaan. Wij volstaan op deze plek met een algemene schets.

3 EHRM 23 oktober 1985, *AB* 1986/1, m.nt. Hirsch Ballin.

4 In hoofdstuk 3 gaan we nader in op de diverse categorieën beginselen en concepten die in het Europese en internationale bestuursrecht worden gehanteerd.

5 Zie voor de EU-invloed op het bestuursrecht, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017. Zie voor de invloed van het EVRM en het Hv op het bestuursrecht, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Bovendien hebben deze invloeden een eigen dynamiek en zijn uitspraken van de hoogste Europese rechters die vandaag de nodige aandacht trekken, het volgende jaar meestal weer keurig geïntegreerd in het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Als de commissie deze tendensen wel centraal zou stellen, zou het risico aanwezig zijn dat haar rapport op het moment van publicatie al weer op onderdelen verouderd is.

Om dat te voorkomen en om te komen tot een toekomstbestendig rapport, heeft de commissie ervoor gekozen om de voorstellen voor de Europese algemene regels van bestuursrecht van het al genoemde netwerk *ReNEUAL* en het EP als vertrekpunt te nemen. Zij zijn in hoge mate geïnspireerd door de beginselenrechtspraak van het HvJ EU, zodat indirect voormelde europeaniseringstendens toch kan worden meegenomen. Bovendien staat in de voorstellen het burgerperspectief centraal, een perspectief dat in de Awb minder nadruk krijgt en dat voor ons bestuursrecht daarom bijzonder waardevol kan zijn.[6] De voorstellen kunnen immers worden beschouwd als een Europese *best practice*. In de eerste plaats omdat zij, zoals gesteld, zijn geïnspireerd door de EU-beginselen, beginselen die op hun beurt in belangrijke mate zijn ontleend aan de beginselen van de lidstaten. In de tweede plaats omdat bij het opstellen van de *ReNEUAL*-voorstellen, die deels ook aan de basis liggen van het EP-voorstel, veelvuldig gebruik is gemaakt van rechtsvergelijking.

De Europese voorstellen zijn voorlopig geen geldend recht, maar dat heeft als voordeel dat daarop nog invloed kan worden uitgeoefend. Daarvoor is temeer reden als de voorstellen in een verdere toekomst wel van toepassing zouden worden verklaard op de lidstaten. Bovendien kunnen zij, onafhankelijk van die mogelijke toekomst, natuurlijk tot inspiratie voor het Nederlandse algemeen bestuursrecht dienen. Ten slotte is het, zoals in de volgende paragraaf nader wordt uitgewerkt, zeer wel denkbaar dat de voorstellen hun schaduw vooruit zullen werpen en dat onderdelen ervan sneller tot het geldend recht zullen gaan behoren dan nu nog wordt verwacht. Soms is dat wellicht zelfs wenselijk.

1.3 De schaduw van de Europese Awb

De plannen voor de Europese Awb zijn voorlopig geen geldend recht. De *Model Rules* van *ReNEUAL* zijn op zichzelf niet meer dan een academisch initiatief, ook al hebben ze wel invloed gehad op het EP-voorstel. Dat laatste voorstel wordt vooralsnog niet omarmd door de Europese Commissie. Of en, zo ja, wanneer het voorstel de eindstreep gaat halen van het Europese wetgevingsproces, is dan ook onzeker. Bovendien is de reikwijdte van beide voorstellen grotendeels beperkt tot het bestuurlijk handelen van de Unierechtelijke instellingen, organen en instanties, en hebben zij – met uitzondering van boek 5 (*Mutual assistance*) en 6 (*Administrative Information Management*) van *ReNEUAL* – geen betrekking op het handelen van de lidstaten, ook niet 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht'.[7] Dat doet er natuurlijk niet aan af dat de lidstaten (en dus ook Nederland) op vrijwillige basis onderdelen daarvan

6 Zie nader voor dit perspectief hoofdstuk 3.

7 Op de frase 'handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht' wordt nader ingegaan in hoofdstuk 2.

kunnen overnemen. Dat is zelfs de uitdrukkelijke wens van *ReNEUAL*. Die wens is niet dwingend, maar verdient het wel om serieus te worden bestudeerd. Daarvoor is temeer reden omdat, als gezegd, de voorstellen hun schaduw vooruit kunnen werpen en op onderdelen zo'n schaduwwerking wellicht wenselijk zou zijn en van onderop zou kunnen plaatsvinden.[8]

Voor die mogelijke schaduwwerking is in de eerste plaats van belang dat de voorstellen in belangrijke mate een uitwerking vormen van de EU-beginselen die het HvJ EU al heeft erkend, vooral van het beginsel van goed bestuur en het daaronder vallende beginsel van eerbieding van de rechten van verdediging. Deze beginselen zijn wel bindend voor de lidstaten, althans voor zover zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Het is niet ondenkbaar dat het HvJ EU bij de verdere ontwikkeling ervan zich zou laten inspireren door de wijze waarop een bepaald onderwerp is geregeld in de voorstellen. In dat geval zouden onderdelen van die voorstellen via de band van het onderliggende beginsel wel bindend kunnen worden voor de lidstaten.[9]

In de tweede plaats zou schaduwwerking kunnen worden veroorzaakt door de toekomstige secundaire Unieregels, waarin onderdelen van het nationale algemeen bestuursrecht in specifieke sectoren worden geharmoniseerd of geüniformeerd. Zoals in paragraaf 1.2 is gesignaleerd en in paragraaf 2.5 nader wordt uitgewerkt, heeft de Unieregelgever vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw voor steeds meer sectoren dergelijke voorschriften vastgesteld. Tot nu toe lijkt de inhoud van die regels vooral ingegeven door de bureaucratisch-politieke wensen van de Unie op het betreffende terrein. Zij zijn (heel) strikt op het terrein van de Europese subsidies, want dat is gunstig voor de Europese aanpak van onregelmatigheden en fraude bij de inning of besteding van Europese middelen. Zij zijn burgervriendelijk op de terreinen van de Diensten- en Aarhusrichtlijn, omdat dat gunstig is voor de effectuering van het Unierecht op die terreinen. Een algemene visie op het bestuursrecht en op de verhouding tussen de burger en overheid ontbreekt. De voorstellen voor de Europese Awb hebben die visie wel. Daarom is het niet alleen denkbaar, maar wellicht zelfs wenselijk dat de Unieregelgever, als hij in de toekomst nieuwe secundaire regelingen vaststelt die gevolgen hebben voor onderdelen van het nationale algemeen bestuursrecht in een specifieke sector, zich zou oriënteren op de voorstellen voor de Europese Awb. Denkbaar, omdat die algemene visie wordt gedragen door het EP, een belangrijke speler in het Europese regelgevingsproces. Wenselijk, omdat deze regelingen dan worden 'gestuurd' door een coherente en afgewogen visie op het bestuursrecht, en niet door de 'partijdige' wensen van een specifiek directoraat. Vooral voor een terrein als de Europese subsidies zou dat voor de bescherming van de burger een grote vooruitgang betekenen. Als deze verwachting (en wens) uitkomt,

8 Vergelijk R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'De goede voornemens van een Europese wet bestuursrecht', *Ars Aequi* mei 2018, p. 411-417; R.J.G.M. Widdershoven, 'Developing Administrative Law in Europe. Natural Convergence or Imposed Uniformity', *REALaw* 2014/2, p. 5-18.

9 Vergelijk zaak C-604/12 (H.N.), ECLI:EU:C:2014:302, *JB* 2014/147, m.nt. Timmermans; zaak C-166/13 (Mukarubega), ECLI:EU:C:2014:2336, waarin het HvJ EU een vergelijkbare redenering toepast ten aanzien van het beginsel van goed bestuur dat is neergelegd in art. 41, eerste lid, Hv dat strikt genomen ook alleen van toepassing is op de EU-instellingen.

zullen onderdelen van de voorstellen via de secundaire regelgeving op specifieke terreinen geldend recht worden in de lidstaten.

Een derde reden dat schaduwwerking van onderop zou kunnen plaatsvinden en wellicht zelfs wenselijk is, is gelegen in de toename van het aantal parallelle en samengestelde Europees-nationale besluitvormingsprocedures. Parallelle procedures bestaan op het terrein van het mededingingsrecht, waarin overtredingen van het EU-mededingingsrecht – het kartelverbod (art. 101 VWEU) en het verbod van misbruik van machtspositie (art. 102 VWEU) – kunnen worden gehandhaafd door de Europese Commissie, waarbij nationale mededingingsautoriteiten zo nodig bijstand moeten verlenen, of door een nationale mededingingsautoriteit, al dan niet in samenwerking met de EC en/of andere nationale autoriteiten.[10] De keuzes op dit punt vinden plaats binnen het Europese Mededingingsnetwerk. Vanwege die samenwerking vindt binnen de ECN van onderop al een afstemming van procedures plaats, waarbij de EC-procedures veelal leidend zijn. Dat sluit aan bij de wens van veel nationale wetgevers, zoals die van Nederland, om het nationale mededingingsrecht zoveel mogelijk niet alleen materieel, maar ook procedureel af te stemmen op het Europese mededingingsrecht. Dat voorkomt bovendien enerzijds dat materiaal vergaard in het ene land met toepassing van de daar geldende onderzoeksmiddelen niet kan worden gebruikt voor de sanctionering in een ander land of door de EC, omdat procedures in het eerste land niet aan de maat zijn, en anderzijds dat de ECN om effectiviteitsredenen geneigd zal zijn om een zaak toe te wijzen aan het land met de laagste waarborgen (*forum shopping*). Als de EC op enig moment gebonden zal zijn aan de voorstellen voor de Europese Awb, ligt het, gelet op het voorgaande, in de rede dat deze regels langzaam maar zeker ook sturend zullen worden voor de nationale autoriteiten.

Samengestelde procedures zijn procedures waarin een besluit wordt genomen door een orgaan van een lidstaat of door een Europese instelling (vaak de EC, maar ook de ECB) of een Europees agentschap, maar waarbij de voorbereiding van de besluitvorming deels plaatsvindt in andere lidstaten of op EU-niveau door de EC of een agentschap.[11] Dergelijke procedures bestaan bijvoorbeeld in het Gemeenschappelijk Toezichtmechanisme, waarbij de ECB doorgaans de besluiten neemt, maar de voorbereiding ervan deels kan plaatsvinden in één of meer lidstaten. Samengestelde procedures ziet men ook bij producttoelatingen, waarbij de besluitvorming veelal plaatsvindt in een lidstaat, maar de input in die procedure ook afkomstig kan zijn van andere lidstaten en/of van de EC of een agentschap. Wat betreft de rechtsbescherming geldt als algemene regel dat, tenzij de input van het andere niveau bindend is, beroep moet worden ingesteld tegen het definitieve besluit bij de ter zake

10 Op grond van Verordening 2003/1. Zie over deze parallelle procedures, K. Cseres & A. Outhuijse, 'Parallel Enforcement and accountability: the case of EU competition law', in: M. Scholten & M. Luchtman, *Law Enforcement by EU Authorities. Implications for Political en Judicial Accountability*, Cheltenham UK - Northampton MA, USA: Edward Elgar Publishing 2017, p. 82-114.

11 Hierover, Prechal & Widdershoven (red.) 2017, p. 30-34; M. Eliantonio, 'Judicial Review in an Integrated Administration: the Case of Composite Proceedings', *REALaw* 2014/2, p. 65-102; M. Scholten & A. Brenninkmeijer (eds.), *Controlling EU Agencies, The Rule of Law in a Multi-jurisdictional Legal Order*, Cheltenham (UK) - Northampton MA, USA: Edward Elgar Publishing 2020.

bevoegde rechter.[12] In het GTM-voorbeeld is dat de EU-rechter, in het voorbeeld van de producttoelating de nationale rechter van de lidstaat waarin het toelatingsbesluit wordt genomen. Deze rechters moeten ook oordelen over de eventuele gebreken die bij de voorbereiding in de (andere) lidstaat, dan wel door de EU-instituties zijn begaan, voor zover deze gebreken althans van invloed zijn op de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Deze procedures roepen allerlei vragen op die voor dit rapport niet van bijzonder belang zijn. Wel zal het duidelijk zijn dat zowel de uitvoering van dergelijke samengestelde procedures, als de rechterlijke controle ervan beduidend wordt vereenvoudigd wanneer voor die procedures dezelfde algemene regels zouden gelden. Aldus voorzien de voorstellen in een daadwerkelijke behoefte.

Concluderend kan worden gesteld dat de voorstellen voor een Europese Awb hun schaduw vooruit kunnen werpen, *top down* door middel van de rechtspraak van het HvJ EU of nieuwe secundaire EU-regelgeving, of op vrijwillige basis (*bottom up*) in parallelle en samengestelde EU-nationale procedures. Dat is op zich al een goede reden om de voorstellen als vertrekpunt te nemen. Daarvoor is temeer reden omdat in elk geval de opstellers van de *ReNEUAL*-voorstellen de ambitie hebben dat deze voorstellen op enig moment ook zullen gelden voor de lidstaten. Om te bepalen of dit een wenselijke ontwikkeling is, is de bestudering van die voorstellen noodzakelijk.

1.4 Beperkingen en relativering daarvan

De keuze om de voorstellen voor een Europese Awb als vertrekpunt te nemen betekent ook een aantal beperkingen. Wellicht de belangrijkste is dat dit rapport vooral betrekking heeft op het 'besturen'-onderdeel van het algemeen bestuursrecht, en niet op het bestuursprocesrecht. Op dat laatste hebben de voorstellen namelijk geen betrekking. Deze beperking impliceert overigens niet dat er geen enkele aandacht is voor vragen van rechtsbescherming. Voor zover de rechtsbescherming nauw samenhangt met de bestudeerde regels en/of de doorwerking ervan, wordt zij wel meegenomen. Bovendien is de aandacht voor het 'besturen' niet beperkt tot individuele besluitvorming, maar wordt ook ingegaan op het belang van de voorstellen voor bestuursregelgeving en privaatrechtelijk overheidshandelen.

De keuze betekent verder dat in het rapport maar in bescheiden mate aandacht wordt besteed aan het EVRM. Deze beperking kan overigens worden gerelativeerd, omdat de inhoud van de EU-beginselen, die aan de basis liggen van de voorstellen, door het HvJ EU wordt afgestemd op de corresponderende beginselen uit het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Waar dat nodig is voor een goed begrip van die beginselen en de verdere ontwikkeling ervan, kunnen en zullen het EVRM en de EHRM-rechtspraak derhalve wel worden meegenomen.

Ten slotte is de volgende algemene relativering van belang. In het voorafgaande is steeds gesteld dat de voorstellen voor een Europese Awb het *vertrekpunt* vormen voor dit rapport. Met het woord 'vertrekpunt' wordt beoogd om aan te geven dat

12 Zaak C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023 (Berlusconi en Fininvest), *AB* 2019/129, m.nt. Stijnen. Hierover S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Principle of Effective Judicial Protection', in: Scholten & Brenninkmeijer 2020, p. 80-97.

de voorstellen weliswaar leidend zijn voor de structuur van dit rapport, maar dat de beschouwingen over de diverse onderwerpen niet beperkt hoeven te zijn tot die voorstellen. Voor zover dat nuttig is voor die beschouwingen met betrekking tot een bepaald onderwerp kunnen ook ontwikkelingen in de Europese rechtspraak of wetgeving daarbij worden betrokken. Bovendien maakt het woord 'vertrekpunt' duidelijk dat bij de bespreking van de diverse onderwerpen geen gedetailleerde rechtsvergelijking zal plaatsvinden tussen de vele bepalingen van de voorstellen en het Nederlandse algemeen deel. In de regel vindt de vergelijking plaats op het niveau van (deel)concepten.

1.5 Probleemstelling, deelvragen en opbouw

De centrale probleemstelling van het rapport is in heel algemene zin: hoe staan beoefenaren van het Nederlandse algemeen bestuursrecht tegenover de mogelijke verdere europeanisering ervan door een Europese Awb? Deze algemene vraag impliceert dat uiteindelijk ook wordt besproken in hoeverre het wenselijk is dat zo'n Europese Awb van toepassing is op het handelen van de Nederlandse bestuursorganen (binnen de werkingssfeer van het Unierecht). Voordat aan die vraag wordt toegekomen, wordt eerst onderzocht op welke onderdelen wij inspiratie kunnen ontlenen aan die voorstellen voor een Europese Awb, en wat de voorstellen zouden kunnen leren van het Nederlandse algemeen bestuursrecht.

Om tot beantwoording van deze vragen te komen, is gekozen voor de volgende structuur. Eerst worden in hoofdstuk 2 de europeaniseringstendensen tot nu toe in kaart gebracht. Deze tendensen bieden het perspectief voor de bespreking van de voorstellen. Bovendien kan, indien gewenst, in het vervolg van dit rapport naar deze *state of the art* worden verwezen. Daarna wordt in hoofdstuk 3 aandacht besteed aan de concepten die aan de basis liggen van de voorstellen voor de Europese Awb (*rule of law*, democratie, goed bestuur) en aan de beginselen waarvan die voorstellen een uitwerking vormen. Deze Unierechtelijke beginselen-insteek wordt geconfronteerd met die van het Nederlandse algemeen deel, meer in het bijzonder die van de Awb.

In het vervolg wordt meer specifiek ingegaan op de onderwerpen die deel uitmaken van de voorstellen. Achtereenvolgens gaat het om: regelgeving (hoofdstuk 4), overheidscontracten en schaarse publieke rechten (hoofdstuk 5), de voorbereiding van besluitvorming (hoofdstuk 6), de intrekking van besluiten (hoofdstuk 7) en internationale bestuurlijke bijstand (hoofdstuk 8). In die hoofdstukken vindt een vergelijking op hoofdlijnen plaats tussen de voorstellen en het Nederlandse algemeen bestuursrecht en wordt op basis daarvan beoordeeld wat Nederland van die voorstellen zou kunnen leren en vice versa. Uit het voorgaande blijkt dat de commissie uiteindelijk geen apart hoofdstuk heeft gewijd aan een onderwerp dat wel deel uitmaakt van de *ReNEUAL Model Rules*, namelijk *Administrative Information Management*. Binnen de commissie bestond over dit onderwerp onvoldoende deskundigheid. In hoofdstuk 10 komen we op dit punt terug.

Na deze inhoudelijke hoofdstukken komt in hoofdstuk 9 de vraag aan de orde in hoeverre het volgens de commissie wenselijk is dat een Europese Awb van toepassing is op het handelen van de Nederlandse bestuursorganen. Die opvatting is deels gebaseerd op de analyses in de specifieke hoofdstukken. Het rapport wordt afgesloten met hoofdstuk 10, waarin de belangrijkste aanbevelingen worden herhaald.

2 Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: *state of the art*

2.1 Inleiding

De door het EU-recht gecreëerde rechtsorde kan worden getypeerd als een samengestelde of gedeelde rechtsorde.[1] In die rechtsorde werden en 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 in de lidstaten door nationale bestuursorganen en rechters met behulp van hun nationaal recht, waaronder het algemeen bestuursrecht. Voor 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 paragraaf 2.5), de lidstaten in beginsel hun nationale recht kunnen toepassen in zaken waarin EU-rechten of -verplichtingen aan de orde zijn. Omdat hierdoor het Unierecht voor de doorwerking in hoge mate afhankelijk is van het nationale uitvoeringsrecht, waaronder het algemeen bestuursrecht, wordt dit recht vanaf het einde van de jaren zeventig van de vorige eeuw geëuropeaniseerd.

Binnen het europeaniseringsproces van het algemeen bestuursrecht kunnen diverse golven worden onderscheiden die elkaar overlappen en beïnvloeden. In de eerste golf (vanaf 1976) vindt de Europese inkadering van het algemeen bestuursrecht plaats door de *Rewe*-beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In de tweede golf (vanaf 1986) wordt het algemeen bestuursrecht geëuropeaniseerd door middel van de beginselen van het Unierecht en – sinds de inwerkingtreding van het Handvest op 1 december 2009 – fundamentele rechten van de EU. De derde golf, die begint aan het einde van de jaren tachtig van de vorige eeuw, maar die een sterke impuls krijgt vanaf begin 2000, betreft de europeanisering van onderdelen van algemeen bestuursrecht op specifieke beleidsterreinen door middel van sectorale EU-regelgeving. Thans staan we mogelijk aan de vooravond van de vierde golf, de europeanisering van het algemeen bestuursrecht door Europese algemene regels. Hierna worden deze golven nader besproken. Voordat we daaraan toekomen, wordt

1 S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 4-5; L.F.M. Besselink, *A Composite European Constitution*, Groningen: Europa Law Publishing 2007; O. Jansen, 'Het Europees en internationaal overheidscomposiet. Europese en internationale samenwerking tussen bestuursorganen', in: H.R.B.M. Kummeling e.a. (red.), *De samengestelde Besselink. Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012, p. 121-137; O. Jansen & B. Schöndorf-Haubold (red.), *European Composite Administration*. Antwerpen: Intersentia 2011.

eerst ingegaan op de vraag op welk nationaal recht deze golven precies betrekking hebben.

2.2 Binnen de werkingssfeer van het Unierecht

De Unierechtelijke invloed op het nationale algemeen bestuursrecht is alleen aan de orde als dat recht wordt ingezet om de Unierechtelijke normen te realiseren. Bij de derde golf betreft deze invloed die onderdelen van het algemeen bestuursrecht die op de specifieke beleidssector door de desbetreffende secundaire EU-regeling worden geregeld en is de reikwijdte ervan duidelijk. Bij de eerste en tweede golf is de rechtspraak over de vraag wanneer een nationale situatie eronder valt nog niet geheel uitgekristalliseerd. In de rechtspraak over de *Rewe*-beginselen (golf 1) acht het HvJ EU in dit verband bepalend of het in de nationale procedure gaat om vorderingen 'ter bescherming van de rechten die een particulier kan ontlenen aan het Unierecht'. In de rechtspraak over de invloed van het Handvest en de algemene EU-beginselen (golf 2) hanteert het HvJ EU als criterium of de organen van de lidstaat handelen 'binnen de werkingssfeer (of het toepassingsgebied) van het Unierecht'.[2] In de rechtspraak lijken beide criteria langzaam maar zeker in elkaar over te vloeien.[3] Hoe dan ook is dit rapport niet de plaats voor fundamentele beschouwingen over een mogelijk verschil tussen beide. Hierna wordt het criterium voor de nationale binding aan het Handvest, 'handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht', als uitgangspunt genomen. Dat criterium is in de rechtspraak van het HvJ EU het meest precies uitgewerkt. Bovendien werd dat criterium ook gehanteerd in de *Model Rules* van *ReNEUAL*, toen dit netwerk nog de ambitie had om de regels ook te laten gelden voor de lidstaten (golf 4).

De frase 'handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht' is afkomstig uit de rechtspraak van het HvJ EU over de gebondenheid van de lidstaten aan de algemene beginselen van het Unierecht,[4] waarvan de grondrechten een integraal onderdeel vormen.[5] In de zaak *Åkerberg Fransson* heeft het HvJ EU bepaald dat deze reikwijdtefrase ook van toepassing is op de gebondenheid van de lidstaten aan het Handvest.[6] De formule die art. 51, lid, 1 Hv in dit verband hanteert, 'het Unierecht ten uitvoer brengen', moet dus worden begrepen als 'handelen binnen de werkingssfeer van het

2 In de Engelse versie van de uitspraken wordt de frase '*within the scope of Union law*' gehanteerd. In de Nederlandse versie werd deze frase aanvankelijk vertaald als 'binnen het toepassingsgebied van het Unierecht' (zie bijv. zaak C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, *AB* 2013/131, m.nt. Widdershoven; *JB* 2013/58, m.nt. Veenbrink & De Waele. In recentere uitspraken (bijvoorbeeld zaak C-205/15 (Toma), ECLI:EU:C:2016:499, *AB* 2016/321, m.nt. Widdershoven) kiest men voor 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht'. Deze frase wordt hierna gehanteerd.

3 Zo blijkt, zoals nader wordt uitgewerkt in paragraaf 2.4, de – op art. 4, derde lid, VEU terug te voeren – inkadering van de procedurele autonomie van de lidstaten door de *Rewe*-beginselen voor het HvJ EU reden om ook het Handvest van toepassing te achten.

4 Zaak C-260/89 (ERT), ECLI:EU:C:1991:254.

5 Zaak 4/73 (Nold), ECLI:EU:C:1974:51.

6 Zaak C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105.

Unierecht'. Uit de vervolgrechtspraak van het HvJ EU blijkt dat hiervan sprake is in alle situaties 'die door het Unierecht worden beheerst, maar niet daarbuiten'.[7]

'Beheersing' door het Unierecht is aan de orde als de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt en er een verband met die bepaling bestaat dat verder gaat dan 'het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere'.[8] Daarbij geldt 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.[9] 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 de werkingssfeer van het Unierecht.[10] Uit de rechtspraak kan verder worden afgeleid dat een lidstaat pas handelt binnen de werkingssfeer van het Unierecht, als in de betreffende zaak beroep kan worden gedaan op een *andere bepaling van het Unierecht* dan een bepaling van het Handvest. Een bepaling van het Handvest kan dus niet 'uit zichzelf' haar eigen toepassing activeren.[11] In de rechtspraak van het HvJ EU kunnen drie belangrijke categorieën worden onderscheiden waarbij sprake is van nationaal handelen 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht'.[12]

a. 'Agent'-situatie

De lidstaten handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht als zij specifieke EU-verplichtingen of bevoegdheden implementeren en aldus optreden als 'agent' van het Unierecht. Meestal zijn deze verplichtingen of bevoegdheden voorgeschreven door secundaire EU-regelgeving. In zoverre omvat deze categorie de nationale operationalisering en toepassing van EU-verordeningen en EU-besluiten, de omzetting van EU-richtlijnen[13] en de toepassing van (ook correct omgezette) nationale omzettingswetgeving. Om binnen de werkingssfeer van het Unierecht te vallen, moet de bevoegdheid om nationale regels vast te stellen door de secundaire

7 Zaak C-206/13 (Siragusa), ECLI:EU:C:2014:126, *AB* 2014/373, m.nt. Van Eijken & Verhoeven, *JB* 2014/77, m.nt. Beijer, en zaak C-483/12 (Pelckmans), ECLI:EU:C:2014:304.

8 Zaak C-206/13 (Siragusa), ECLI:EU:C:2014:126.

9 Zaak C-198/13 (Hernandez), ECLI:EU:C:2014:2055.

10 Zaak C-206/13 (Siragusa), ECLI:EU:C:2014:126; zaak C-144/95 (Maurin), ECLI:EU:C:1996:235; zaak C-265/13 (Marcos), ECLI:EU:C:2014:187.

11 Zie bijvoorbeeld zaak C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105; zaak C-265/13 (Marcos), ECLI:EU:C:2014:187. Vergelijk S. Prechal, 'The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?', in: Ch. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law. Public and Private Law Perspectives*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016, hoofdstuk 7.

12 Zie voor vergelijkbare indelingen, J.E. van den Brink e.a., 'Hoofdstuk IV. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: Prechal & Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 137-145; M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014; J. Gerards e.a., 'Vijf jaar bindend EU-Handvest van de Grondrechten – inleiding en bevindingen', in: J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1-15; R.J.G.M. Widdershoven, 'Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: stand van zaken en toekomstperspectief', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht, 75 jaar VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 17-21.

13 Aldus expliciet zaak C-476/17 (Pelham), ECLI:EU:C:2019:624, *AB* 2020/211, m.nt. Widdershoven.

Unieregeling worden verschaft, dan wel moet de vaststelling van die regels door de Unieregeling uitdrukkelijk worden toegestaan.[14] Niet binnen die werkingssfeer valt echter een nationale regeling die meer bescherming biedt dan de minimumbescherming van een richtlijn als daarbij een nationaal *behouden* bevoegdheid wordt toegepast, die door de secundaire Unieregeling slechts wordt erkend en niet wordt toegekend.[15] Verder treden de lidstaten als 'agent' van het Unierecht op als zij toepassing geven aan specifieke Verdragsbepalingen zoals de mededingingsregels van art. 101 en 102 VWEU en de staatssteunregels van art. 107 en 108 VWEU.

De betekenis van de 'agent'-categorie moet niet worden onderschat, omdat op veel functionele rechtsgebieden sprake is van de operationalisering van EU-verordeningen (douane, landbouw, Europese subsidies, voedselveiligheid et cetera) en de nationale wetgeving op veel andere rechtsgebieden geheel of deels een omzetting vormt van een EU-richtlijn. Dat laatste geldt bijvoorbeeld voor grote delen van het omgevingsrecht en vreemdelingenrecht, voor delen van het fiscale recht, voor vrijwel al het economisch recht (zoals telecommunicatie, energie, diensten en geneesmiddelen) en voor het financieel toezicht.

b. Afwijkingen van de fundamentele verkeersvrijheden

(De toepassing van) een nationale wettelijke regeling valt verder binnen de werkingssfeer van het Unierecht als de lidstaat daarbij afwijkt van de fundamentele verkeersvrijheden van goederen, personen, diensten en kapitaal, of van het recht op het Unieburgerschap. Zowel de verkeersvrijheden als het Unieburgerschap beschermen alleen particulieren die daadwerkelijk in grensoverschrijdende situatie gebruikmaken van deze rechten.[16] Zuiver interne situaties, waarin alle elementen van een casus zich afspelen binnen één lidstaat, vallen dus niet binnen deze categorie.

Wel zij opgemerkt dat de codificatie van een verkeersvrijheid in een secundaire EU-regeling wel van toepassing kan zijn op de interne situaties en dus een ruimere werkingssfeer kan hebben dan de verkeersvrijheid zelf. Dat geldt bijvoorbeeld voor hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn, betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, dat volgens het HvJ EU mede van toepassing is op situaties waarin alle relevante aspecten zich binnen een lidstaat afspelen.[17] In dat geval betreft de toepassing van de verplichtingen en bevoegdheden van dat hoofdstuk ook in zuiver interne situaties de onder (a) besproken 'agent'-situatie en valt zij dus binnen de werkingssfeer van het Unierecht.

---

14 Daarom vallen ook binnen de werkingssfeer van het Unierecht nationale bepalingen die zijn vastgesteld ter invulling van de door een secundaire EU-regeling aan de lidstaten verleende discretionaire bevoegdheid, nationaal recht waarbij een keuze is gemaakt uit de verschillende toepassingswijzen die de secundaire regeling de lidstaten laat en nationale specifieke maatregelen waarvan vaststelling door de lidstaten op grond van die EU-regeling wordt toegestaan. Vergelijk zaak C-609/17 en C-610/17 (TNS & AKT), ECLI:EU:C:2019:981, *AB* 2020/210, m.nt. Widdershoven, punt 50.

15 Zaak C-609/17 en C-610/17 (TNS & AKT), ECLI:EU:C:2019:981, *AB* 2020/210.

16 Zaak 268/15 (Ullens de Schooten), ECLI:EU:C:2016:874, *AB* 2017/388, m.nt. Botman.

17 Zaak C-360/15 en C-31/16 (Appingedam/Vissers Vastgoed), ECLI:EU:C:2018:44, *AB* 2018/181, m.nt. Nijmeijer.

c. Nationale effectuering en handhaving van categorie a en b

Ten slotte valt binnen de werkingssfeer van het Unierecht de effectuering en handhaving van de onder (a) en (b) genoemde rechten en verplichtingen, ook al bevat de secundaire EU-regeling ter zake hiervan geen specifieke voorschriften,[18] en valt de materie dus in beginsel binnen de procedurele en handhavingsautonomie van de lidstaat. Dat deze effectuering en handhaving binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, wordt door het HvJ EU soms uitsluitend gebaseerd op art. 4, derde lid, VEU (beginsel van loyale samenwerking). Dit ziet men in de zaak *Toma*,[19] waarin de op art. 4, derde lid, VEU gebaseerde verplichting tot terugbetaling van een in strijd met art. 110 VWEU geïnde heffing binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (en dus art. 47 Hv van toepassing is), ook al bevatte de EU-regeling in kwestie over die terugbetaling geen enkele specifieke verplichting.

Meestal is art. 4, derde lid, VEU een van de bepalingen op grond waarvan het HvJ EU oordeelt dat een handhavingsverplichting binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Dit ziet men bijvoorbeeld in de zaak *Åkerberg Fransson*, waarin het HvJ EU oordeelt dat de nationale sanctionering van btw-fraude binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (en dus het beginsel van *ne bis in idem* van art. 50 Hv van toepassing is),[20] ook al schreven de relevante EU-regels niet de oplegging van specifieke nationale sancties voor. Redengevend hiervoor was dat uit de diverse bepalingen van Richtlijn 2006/112, en art. 4, derde lid, VEU, voortvloeit dat een lidstaat moet waarborgen dat de btw op zijn grondgebied volledig wordt geïnd en fraude wordt bestreden, alsmede dat de lidstaten volgens art. 325 VWEU onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad moeten bestrijden met maatregelen die afschrikkend werken en doeltreffend zijn.[21] In een verder verleden, in de zaak *Berlusconi*, achtte het HvJ EU de strafrechtelijke handhaving van een EU-regeling binnen de werkingssfeer van het Unierecht (waardoor het *lex mitior*-beginsel van toepassing was), terwijl deze regeling slechts de toepassing van 'geschikte sancties' voorschreef.[22] Ten slotte wordt gewezen op de zaak *Berlioz*,[23] waarin het HvJ EU de Luxemburgse sanctionering van een fiscaal inlichtingenverzoek om te voldoen aan een Frans informatieverzoek binnen de werkingssfeer van het Unierecht acht (waarop art. 47 Hv van toepassing is), omdat die sanctionering noodzakelijk is voor een goede werking van de fiscale Bijstandsrichtlijn 2011/16, en deze eis ('goede werking') expliciet door de richtlijn werd gesteld. Al met al lijkt de lijn van het HvJ EU te zijn dat de handhaving van het Unierecht al binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt als het geschreven Unierecht maar enige richting aan die handhaving geeft.

---

18 In dat geval zou de toepassing vallen onder categorie a ('*agent*'-situatie).

19 Zaak C-205/15 (Toma), ECLI:EU:C:2016:499.

20 Zaak C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105.

21 Zie ook zaak C-418/11 (Textdata Software), ECLI:EU:C:2013:588, waarin het HvJ EU de handhaving van een privaatrechtelijke richtlijn binnen de werkingssfeer van het Unierecht achtte, omdat daarin (zoals in heel veel EU-regelingen) was voorgeschreven dat de handhaving ervan gelijkwaardig, doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig moet zijn.

22 Zaak C-387/02 (Berlusconi), ECLI:EU:C:2005:270.

23 Zaak C-682/15 (Berlioz), ECLI:EU:C:2017:373, AB 2017/256, m.nt. Neve.

Het voorgaande maakt duidelijk dat de Europese invloed die hierna wordt beschreven, betrekking heeft op grote delen van het Nederlandse bestuursrecht. Daarnaast zijn er natuurlijk ook veel terreinen of onderdelen ervan die niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen en waarvoor die invloed niet geldt. Waar de precieze grens ligt, valt in abstracto soms moeilijk te bepalen. Zo is het zeer wel denkbaar dat (de effectuering of handhaving van) een omgevingsvergunning deels wel binnen die werkingssfeer valt, namelijk voor zover daarin normen zijn opgenomen die zijn voorgeschreven in een EU-milieurichtlijn, terwijl dat voor andere onderdelen niet geldt. Deze diffuse toepasselijkheid kan ertoe leiden dat een lidstaat (wetgever of rechter) er vrijwillig toe overgaat om een EU-concept analoog toe te passen in een louter nationale situatie. Het werken met twee sets van normen – één voor zover een besluit binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt en één voor zover dat niet het geval is – is immers lastig en soms praktisch zelfs onmogelijk. Bovendien draagt deze analoge toepassing bij aan de rechtseenheid binnen de nationale rechtsorde en voorkomt zij omgekeerde discriminatie van uitsluitend nationale vorderingen.[24] Aldus kan de EU-invloed verder gaan dan op grond van het Unierecht noodzakelijk is.

In het vervolg van dit rapport zullen diverse voorbeelden van deze vrijwillige adoptie van EU-concepten in louter nationale situaties worden vermeld. Een voorbeeld biedt de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 2 november 2016, inzake de speelautomatenhal Vlaardingen,[25] waarin zij bepaalde dat het Nederlandse recht een rechtsnorm kent die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuursorgaan op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Ter realisering van deze – op het Nederlandse gelijkheidsbeginsel gebaseerde – rechtsnorm geldt voor het bestuursorgaan bovendien een transparantieverplichting. Deze uitspraak is materieel in hoge mate geïnspireerd door de rechtspraak, die het HvJ EU over de verdeling van schaarse dienstenvergunningen heeft ontwikkeld op grond van de art. 49 en 56 VWEU en de Dienstenrichtlijn.[26]

2.3 Golf 1: inkadering door de *Rewe*-beginselen

Volgens vaste rechtspraak van de HvJ EU sinds de zaak *Rewe* uit 1976 moet het nationale uitvoeringsrecht voldoen aan de EU-beginselen van gelijkwaardigheid en

24 Een bekend voorbeeld van vrijwillige adoptie om omgekeerde discriminatie van nationale vorderingen te voorkomen, biedt de uitspraak van de House of Lords [1993] 3 All ER 537 (M. v. Home Office). Daarin oordelen de Lords dat de rechterlijke mogelijkheid om tegen de wetgever een voorlopige maatregel te treffen, die volgens het Hof van Justitie in de zaak Factortame (nr. C-213/89) moest bestaan in EU-zaken, ook moet gelden in zuiver nationale zaken. Zij kwamen tot dit oordeel omdat het volgens hen onacceptabel is dat de rechtsbescherming van personen in nationale context slechter zou zijn dan wanneer de zaak een Europese dimensie heeft.

25 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

26 Vergelijk onder meer zaak C-203/08 (Betfair), ECLI:EU:C:2010:307, en gevoegde zaken C-340-341/14 (Trijber & Harmsen), ECLI:EU:C:2015:641. Dat de nationale norm is geïnspireerd door het genoemde Unierecht blijkt duidelijk uit de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, die op dit punt door de Afdeling is gevolgd.

doeltreffendheid.[27] Op grond van het eerste beginsel mogen de nationale regels die gelden voor een vordering gebaseerd op het Unierecht niet ongunstiger zijn dan die welke gelden voor een soortgelijke louter nationale vordering. Op grond van het doeltreffendheidsbeginsel mag het nationale uitvoeringsrecht de uitoefening van het Unierecht niet uiterst moeilijk of vrijwel onmogelijk maken.

In Nederland heeft de toetsing aan het beginsel van gelijkwaardigheid nog nooit tot aanvaringen met het Unierecht geleid, omdat het uniforme algemeen bestuursrecht van de Awb geen onderscheid maakt tussen Unierechtelijke en nationale vorderingen.[28] Conceptueel gaat de toetsing op gelijkwaardigheid echter wel altijd vooraf aan die op doeltreffendheid, omdat de vraag of het nationale uitvoeringsrecht de uitoefening van een Unierechtelijke vordering te ernstig belemmert pas aan de orde is nadat is bepaald hoe de toepassing van dat nationale recht op die vordering uitpakt. Betekent de toepassing van dat nationale recht geen belemmering voor de doorwerking van het Unierecht, dan komt men logischerwijs niet meer toe aan de toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel.

Het doeltreffendheidsbeginsel impliceert, als gezegd, dat het nationale uitvoeringsrecht de uitoefening van het Unierecht niet uiterst moeilijk of vrijwel onmogelijk mag maken. In Nederland heeft dit beginsel vooral grote invloed gehad op de toepassing van het Nederlandse vertrouwensbeginsel in staatssteun- en Europese subsidiezaken.[29] In de rechtspraak op die terreinen is dat beginsel – en de codificatie ervan in de Awb-subsidieparagraaf – door de nationale rechter,[30] in lijn met de rechtspraak van het HvJ EU,[31] opzij gezet, omdat de toepassing ervan de (intrekking en) terugvordering van in strijd met de Unieregels toegekende staatssteun of subsidies uiterst moeilijk of onmogelijk zou maken (vergelijk hierover hoofdstuk 7 van dit rapport).

Op het terrein van de nationale rechtsbescherming vindt, blijkens de rechtspraak van het HvJ EU,[32] bij de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel doorgaans

---

27 Zaak 33/76 (Rewe), ECLI:EU:C:1976:188. Voor de handhaving van het Unierecht in de lidstaten gelden behalve de *Rewe*-beginselen ook nog de vereisten van afschrikwekkendheid en evenredigheid. Vergelijk zaak C-68/88 (Griekse maïs), ECLI:EU:C:1989:339.

28 Vergelijk wel ABRvS (vzr.) 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:457, waarin de Afdeling oordeelt dat de automatische schorsende werking van hoger beroep in asielzaken niet voortvloeit uit het beginsel van gelijkwaardigheid, omdat de procedures waarin hoger beroep op grond van art. 8:86 Awb wel schorsende werking heeft (sociale zekerheids- en belastingzaken) niet vergelijkbaar zijn met de procedures in het asielrecht, omdat zij een ander doel en andere kenmerken (onder meer langere termijnen en de verplichting om griffierecht te betalen) hebben.

29 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.

30 ABRvS 11 januari 2006 (Fleuren Compost), *AB* 2006/208 (staatssteun); ABRvS 24 december 2008 (ESF), *AB* 2009/95 en 96 (Europese subsidie).

31 Vergelijk zaak C-5/89 (Alcan), ECLI:EU:C:1990:320, en zaak C-24/95 (Alcan), ECLI:EU:C:1997:163 (beide staatssteun); gevoegde zaken C-383 t/m 385/06 (Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening), ECLI:EU:C:2008:165 (Europese subsidies).

32 Zie reeds impliciet zaak 33/76 (Rewe), ECLI:EU:C:1976:188, waarin de toepassing van fatale beroepstermijnen in EU-rechtelijke zaken niet in strijd met het beginsel van doeltreffendheid werd geacht, omdat die toepassing kan worden gerechtvaardigd door het beginsel van

een procedurele *rule-of-reason*-toets plaats. Deze toets betreft een afweging 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 de procedure (goede procesorde). Vooral sinds 2000 is de vraag of een onderdeel van het Nederlandse bestuursprocesrecht in het licht van deze toets in overeenstemming is met het beginsel van doeltreffendheid voor de nationale rechters vaak opgeworpen, maar tot ingrijpende inbreuken op of bijstellingen van het procesrecht heeft dat maar hoogstzelden geleid. Zo hebben Nederlandse rechters de toepassing van de volgende regels van procesrecht in Unierechtelijke zaken in overeenstemming geacht met het beginsel van doeltreffendheid: de fatale bezwaar- en beroepstermijn (art. 6:7 Awb);[33] de leer van de formele rechtskracht bij overheidsaansprakelijkheid;[34] de beperkte ambtshalve rechterlijke toetsingsplicht (art. 8:69 Awb);[35] het verbod van *reformatio in peius*;[36] het uitgangspunt van *ex nunc*-toetsing in bezwaar,[37] het beperkte heroverwegingskader voor herhaalde aanvragen (art. 4:6 Awb);[38] de beperkte herzieningsmogelijkheid van rechterlijke uitspraken (art. 8:119 Awb),[39] en de beperkte exceptieve toetsing van bestemmingplannen op (uitsluitend) evidente strijd met hoger recht.[40]

De meest ingrijpende wijziging van het bestuursprocesrecht die wel op conto van het doeltreffendheidsbeginsel kan worden geschreven, is de afschaffing door de Afdeling bestuursrechtspraak in 2003 van de harde bedenkingenfuik,[41] op grond waarvan vóór die tijd in beroep bij de rechter geen gronden konden worden aangevoerd die niet reeds waren aangevoerd in een bedenking tegen een ontwerpmilieubesluit.[42] Deze afschaffing was ingegeven door de zaak *Peterbroeck*,[43] waarin het HvJ EU had bepaald dat de combinatie van een dergelijke fuik tussen de bestuurlijke en rechterlijke fase met een beperkte ambtshalve toetsingsbevoegdheid van de

---

rechtszekerheid. Zie voor de eerste zaak waarin deze toets door het HvJ EU wordt geëxpliciteerd, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 (Van Schijndel & Van Veen), ECLI:EU:C:1995:441.

33 Zie reeds CBb 13 mei 1977, *AB* 1977/264, en het meest uitvoerig HR 21 maart 2001, *BNB* 2001/238. Vergelijk voor andere uitspraken, R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Hoofdstuk VI. Rechtsbescherming', in: Prechal & Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 383-384.

34 HR 24 januari 2003 (Maple Tree), *AB* 2003/120.

35 ABRvS 26 januari 2011, *AB* 2011/83, onder verwijzing naar gevoegde zaken C-222/05 t/m 225/05 (Van der Weerd), ECLI:EU:C:2007:318.

36 Vergelijk de door het CBb verwezen zaak C-455/06 (Heemskerk & Schaap), ECLI:EU:C:2008:650.

37 ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2958.

38 Vergelijk ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1507. Zie Ortlep & Widdershoven 2017, p. 384-393, voor zaken waarin de bestuursrechters doorbreking van dat kader met een beroep op zaak C-453/00 (Kühne & Heitz), ECLI:EU:C:2004:17, of (recenter) zaak C-249/11 (Byankov), ECLI:EU:C:2012:608, van de hand wijzen.

39 HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9272.

40 ABRvS 19 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:520 (Diemen); ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:616 (Retailplan).

41 ABRvS 20 augustus 2003, *AB* 2003/391.

42 Zie onder meer ABRvS 25 januari 2011, *AB* 2001/171. Deze lijn stond bekend als de Medembliklijn.

43 Zaak C-312/93 (Peterbroeck), ECLI:EU:C:1995:437, zoals verduidelijkt in gevoegde zaken C-222/05 t/m 225/05 (Van der Weerd), ECLI:EU:C:2007:318.

bestuursrechter, in het licht van de procedurele *rule-of-reason*-toetsing niet kan worden gerechtvaardigd door de eraan ten grondslag liggende beginselen, en dus strijdig is met het beginsel van doeltreffendheid. De afschaffing van die fuik werd door de Afdeling niet beperkt tot aan het EU-recht ontleende gronden, maar strekte zich ook uit tot louter nationale gronden. Aldus werkte de invloed van het doeltreffendheidsbeginsel ook door buiten de werkingssfeer van het Unierecht.

Ten slotte wordt erop gewezen dat de Afdeling het beginsel van doeltreffendheid, samen met het beginsel van effectieve rechtsbescherming, mede aan de basis heeft gelegd van een ruime uitleg van art. 8:88 Awb, in samenhang met art. 34 Uitvoeringswet AVG.[44] Met die ruime uitleg wordt bewerkstelligd dat dezelfde bestuursrechter die oordeelt over een besluit van een bestuursorgaan op een verzoek tot handhaving van de privacy-rechten van art. 15 t/m 22 AVG, ook kan worden verzocht om vergoeding van de daarmee in verband staande schade, zonder dat het besluit op zo'n verzoek onrechtmatig hoeft te zijn. De Afdeling acht de ruime uitlegging in het belang van de concentratie van rechtsbescherming, een belang dat – gelet op de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *Impact*[45] – in overeenstemming is met het beginsel van doeltreffendheid.

2.4 Golf 2: europeanisering door algemene rechtsbeginselen en fundamentele rechten

Hoewel de erkenning van algemene beginselen van het EU-recht als bindende rechtsnormen voor de EU-instellingen al dateert uit 1957, toen het (thans) HvJ EU in de zaak *Algera* het EU-beginsel van rechtszekerheid 'ontdekte',[46] wordt de betekenis van deze rechtsbeginselen voor het algemeen bestuursrecht van de lidstaten pas goed duidelijk met de erkenning van het beginsel van effectieve rechtsbescherming in de zaak *Johnston* in 1986.[47] Vóór 1986 en ook daarna heeft het HvJ EU diverse andere beginselen erkend.[48] Voor het bestuursrecht het belangrijkst zijn het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging, het recht op goed bestuur, het transparantiebeginsel en – het meest recent – het beginsel van verbod van misbruik van recht (door burgers).[49] Sinds 1 december 2009 zijn deze beginselen, met uitzondering van het vertrouwensbeginsel en het beginsel van verbod van misbruik van recht, als fundamentele rechten soms geheel, maar vaker gedeeltelijk bindend gecodificeerd in het Handvest.

Zoals in paragraaf 2.2 aangegeven, zijn de lidstaten aan de al dan niet in het Handvest gecodificeerde rechtsbeginselen en fundamentele rechten gebonden

44 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, ECLI:NL:RVS:2020:899, ECLI:NL:RVS:2020:900, ECLI:NL:RVS:2020:901.
45 Zaak C-268/06 (Impact), ECLI:EU:C:2008:223.
46 HvJ 12 juli 1957, Algera, gevoegde zaken 7/56 en 3/57-7/57, ECLI:EU:C:1957:7.
47 Zaak 222/84 (Johnston), ECLI:EU:C:1986:206.
48 Zie hoofdstuk 3 voor een uitvoerige beschouwingen over de in de EU geldende beginselen.
49 Zie voor de erkenning van dat laatste beginsel als beginsel van het Unierecht, zaak C-251/16 (Cussens e.a.), ECLI:EU:C:2017:881, en zaak C-359/16 (Altun), ECLI:EU:C:2018:63, AB 2018/156, m.nt. Widdershoven.

wanneer zij handelen 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht'. Tegelijkertijd zijn zij ook gebonden aan de – deels hiermee corresponderende – rechten en vrijheden van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Deze rechten en vrijheden maken als algemene EU-beginselen ook deel uit van het Unierecht (art. 6, derde lid, VEU). Over de verhouding tussen beide Europese grondrechtencatalogi stelt het HvJ EU in inmiddels vaste rechtspraak voorop dat, binnen de werkingssfeer van het Unierecht, de conformiteit van het handelen van de lidstaten met de algemene beginselen en fundamentele rechten 'uitsluitend' moet worden beoordeeld in het licht van het Handvest.[50] Het EVRM is immers, zolang de Unie geen partij is bij dat verdrag, 'geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument'. Wel geldt op grond van art. 52, derde lid, Handvest, dat 'voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door dat verdrag aan worden toegekend' en wordt die inhoud volgens de toelichting op art. 52, derde lid, 'met name ook bepaald door de rechtspraak van het EHRM'. Daarom moeten – aldus het HvJ EU in bijvoorbeeld de zaak *Toma* – Handvestrechten 'worden uitgelegd' in het licht van het corresponderende EVRM-recht en de rechtspraak van het EHRM.[51] Overigens bepaalt art. 52, derde lid, Handvest uitdrukkelijk dat het recht van de Unie (en dus de rechtspraak van het HvJ EU) wel een ruimere bescherming dan het EVRM kan bieden. Hoewel dat vooralsnog niet is gebeurd, kan het HvJ EU op grond van het Handvest derhalve wel meer, maar nooit minder bescherming bieden dan het EHRM op grond van het EVRM. Ten slotte zij nog opgemerkt dat Handvestrechten, evenals die van het EVRM, over het algemeen geen absolute rechten zijn, maar kunnen worden beperkt. Dergelijke beperkingen moeten wel bij wet worden gesteld, moeten de wezenlijke inhoud ervan eerbiedigen en mogen, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, slechts worden gesteld, als zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten van anderen (art. 52, eerste lid, Handvest).

Op de invloed van de Europese beginselen en fundamentele rechten op het algemeen bestuursrecht wordt vooral in hoofdstuk 3 nog uitvoerig ingegaan. In deze *state of the art* wordt volstaan met een korte bespreking van de betekenis voor Nederland van twee belangrijke beginselen/rechten, het beginsel van effectieve rechtsbescherming (art. 47 Handvest) en het recht op goed bestuur, inclusief de rechten van verdediging (art. 41 Handvest).

Beginsel van effectieve rechtsbescherming

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is, als gezegd, door het HvJ EU 'ontdekt' in de zaak *Johnston* in 1986. Het is ontleend aan de constitutionele tradities van de lidstaten en de art. 6 en 13 EVRM. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 heeft het beginsel een dubbel geschreven wettelijke

50 Zie in die richting al zaak C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, en duidelijker zaak C-199/11 (Otis), ECLI:EU:C:2012:684, en zaak C-543/14 (Ordre der barreaux francophones et germanogphone), ECLI:EU:C:2016:605.

51 Zaak C-205/15 (Toma), ECLI:EU:C:2016:499.

status. In de eerste plaats is het beginsel gecodificeerd in art. 47 Hv, dat binnen de werkingssfeer van het Unierecht garandeert dat eenieder wiens door het Unierecht gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, toegang heeft tot een rechterlijke instantie die voldoet aan de – ook door art. 6 EVRM gestelde – eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid, eerlijk proces en redelijke termijn. Een tweede geschreven wettelijke status van het beginsel is te vinden in art. 19, eerste lid, VEU, waarin is bepaald dat de lidstaten moeten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden te verzekeren. Volgens het HvJ EU concretiseert deze bepaling het rechtsstaatbeginsel, een van de waarden waarop de EU ingevolge art. 2 VEU is gebaseerd.[52] Art. 19, eerste lid, VEU heeft een ruimere reikwijdte dan art. 47 Hv, omdat die bepaling volgens het HvJ EU niet vereist dat de specifieke zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, maar zij reeds geldt als een nationaal gerecht *potentieel* het Unierecht moet toepassen of uitleggen. Omdat alle bestuursrechters potentieel te maken kunnen krijgen met zaken die een Unierechtelijke dimensie hebben, geldt art. 19, eerste lid, VEU voor hen als zodanig.[53] Deze ruime toepasselijkheid van art. 19 VEU is vooral van belang voor het toezicht door het HvJ EU op de onafhankelijkheid van de nationale gerechten.

Omdat het (gecodificeerde) beginsel van effectieve rechtsbescherming inhoudelijk correspondeert met de art. 6 en 13 EVRM, interpreteert het HvJ EU de daaronder vallende eisen (onafhankelijkheid, onpartijdigheid, eerlijk proces, redelijke termijn) conform de rechtspraak van het EHRM.[54] Wellicht mede daarom is de invloed van het EU-beginsel op het Nederlandse bestuursprocesrecht tot nu toe beperkt. Zo acht de Nederlandse bestuursrechter de toepassing van het relativiteitsbeginsel van art. 8:69a Awb in Unierechtelijke zaken over het algemeen in overeenstemming met het beginsel van effectieve rechtsbescherming,[55] en acht de Afdeling bestuursrechtspraak de beperkte exceptieve toetsing van bestemmingsplannen op (uitsluitend) evidente strijd met hoger recht evenmin in strijd met het beginsel.[56] Enige invloed van het beginsel ziet men wel in de – in paragraaf 2.3 vermelde – rechtspraak van de Afdeling,[57] waarin met het oog op de concentratie van rechtsbescherming in schadevergoedingszaken in verband met de AVG een ruime uitleg wordt gegeven

52 Zaak C-64/16 (Associação Sindical dos Juízes Portugueses), ECLI:EU:C:2018:117, punt 31-33; zaak C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, punt 36. Vergelijk M. de Visser, 'De invulling van het Europese rechtsstaatbegrip', *TvCR* 2019/4, p. 276-305.

53 Zaak C-64/16 (Associação Sindical dos Juízes Portugueses), ECLI:EU:C:2018:117, punt 29 en 40.

54 Vergelijk over het recht op rechtsbijstand, zaak C-279/09 (DEB), ECLI:EU:C:2010:811, over het beginsel van *equality of arms*, zaak C-205/15 (Toma), ECLI:EU:C:2016:499, en over het onafhankelijkheidsbeginsel, gevoegde zaken C-585/18, C-624/18, C-625/18 (CP & DO), ECLI:EU:C:2019:982, alle met veelvuldige verwijzingen naar de rechtspraak van het EHRM.

55 Zie ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3298; ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295; ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892; CRvB 21 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:607; CBb 3 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:440.

56 Zie ABRvS 19 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:520 (Diemen); ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:616 (Retailplan). Deze uitspraken zijn ook al in paragraaf 2.3 vermeld omdat de Afdeling deze beperkte exceptieve toetsing zowel beoordeelt in het licht van het beginsel van doeltreffendheid als het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

57 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, ECLI:NL:RVS:2020:899, ECLI:NL:RVS:2020:900, ECLI:NL:RVS:2020:901.

aan art. 8:88 Awb in samenhang met art. 34 Uitvoeringswet AVG. Deze ruime uitleg wordt gebaseerd op het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

Toch zijn het EU-beginsel/art. 47 Hv om drie redenen ook voor Nederland van belang. In de eerste plaats is de reikwijdte van het beginsel/artikel ruimer dan die van het corresponderende art. 6 EVRM, omdat het beginsel (anders dan art. 6 EVRM) niet alleen van toepassing is op bestuursrechtelijke zaken waarin de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of van een *criminal charge* aan de orde is, maar geldt in alle zaken 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht'. Daaronder vallen ook terreinen die niet door art. 6 EVRM worden beschermd, zoals vrijwel het gehele vreemdelingenrecht en belangrijke delen van het fiscale recht (btw, douane, omzetbelasting, vennootschapsbelasting), omdat en voor zover de normen op deze terreinen specifiek worden bepaald door Unierechtelijke secundaire wetgeving, dan wel het Unieburgerschap beperken. Sinds het bindend worden van het Handvest wordt op deze terreinen voor de nationale rechter dan ook veelvuldig beroep gedaan op art. 47 Hv. In de tweede plaats hanteert het HvJ EU het EU-beginsel/art. 47 Hv de laatste jaren steeds vaker als middel voor de interpretatie van de specifieke verplichtingen die secundaire EU-regelgeving aan het nationale bestuursprocesrecht op deelgebieden stelt. Deze art. 47 Hv-conforme toepassing van die verplichtingen, waarop in paragraaf 2.5 nader wordt ingegaan, heeft soms serieuze gevolgen voor het Nederlandse procesrecht op die deelgebieden. In de derde plaats is van belang dat de erkenning door het HvJ EU in de zaak *Francovich* van het beginsel van lidstaatsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van schendingen van het Unierecht mede is gebaseerd op het beginsel van effectieve rechtsbescherming.[58] Deze aansprakelijkheid geldt voor alle nationale schendingen van het Unierecht door bestuur, wetgever en hoogste nationale rechter.[59] Vooral wat betreft de hoogste rechter heeft de rechtspraak van het HvJ EU tot een verruiming van het in Nederland geldende regime voor aansprakelijkheid geleid. Anders dan voorheen geldt zij niet meer alleen in het geval dat die rechter, kort gezegd, fundamentele rechtsbeginselen heeft veronachtzaamd,[60] maar ook als een hoogste rechter het Unierecht kennelijk heeft geschonden.[61]

Recht op goed bestuur

Het recht op goed bestuur is uitsluitend voor de instellingen, organen en instanties van de Unie gecodificeerd in art. 41 Hv. Het geldt indirect echter ook voor de lidstaten, wanneer zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht, omdat

58 Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), ECLI:EU:C:1991:428.

59 Zie voor de hoogste nationale rechter, zaak C-224/01 (Köbler), ECLI:EU:C:2003:513.

60 HR 3 december 1971 (Jan Luyken), *NJ* 1972/137, m.nt. Scholten, *AB* 1972/27, m.nt. Stellinga.

61 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396 (KLM-vliegers). Zie R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Staat niet aansprakelijk voor niet prejudicieel verwijzen', *O&A* 2019/20, p. 44-51; R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Slotbeschouwing: naar een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak?', *O&A* 2017/35, p. 107-118.

art. 41 door het HvJ EU wordt beschouwd als 'afspiegeling van een algemeen beginsel van het Unierecht',[62] dat binnen die werkingssfeer wel bindend is voor de lidstaten.

Op grond van het recht/beginsel op goed bestuur heeft eenieder er recht op dat zijn zaken 'onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn' worden behandeld (art. 41, eerste lid, Hv). De nationale rechters moeten de naleving van deze eisen controleren.[63] Bovendien impliceert het recht op goed bestuur dat de rechten van verdediging worden geëerbiedigd (art. 41, tweede lid, onder a, Hv). Daarom heeft eenieder het recht om te worden gehoord, voordat jegens hem een nadelige individuele maatregel wordt genomen.[64] Dit hoorrecht geldt al bij het nemen van besluiten *in primo* en kan botsen met de Awb, omdat daarin het hoorrecht *in primo* op diverse manieren wordt beperkt. Harde botsingen doen zich tot nu vooral voor bij fiscale besluiten binnen de werkingssfeer van het Unierecht, waarbij de bestuurlijke hoorplicht op grond van art. 4:12 Awb generiek is uitgezonderd. In cassatie bij de Hoge Raad is inmiddels een groot aantal fiscale besluiten gesneuveld, omdat de betrokken belastingplichtige – in strijd met de rechten van verdediging, zoals die door het HvJ EU zijn uitgelegd in de zaak *Kamino & Datema*[65] – vóór de oplegging ervan door de inspecteur niet was gehoord en het volgens de Hoge Raad niet is uitgesloten dat de inbreng van de betrokkene tot een besluitvormingsproces met een andere afloop had kunnen leiden.[66]

Invloed van het EU-beginsel van de rechten van verdediging is ook zichtbaar in de vreemdelingenrechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak. Een mooi voorbeeld biedt een uitspraak van 25 maart 2020,[67] waarin de Afdeling – onder verwijzing naar onder meer de zaken *Sopropé* en *Mukarubega* – uitvoerig ingaat op de betekenis van het EU-beginsel in het geval de staatssecretaris voornemens is grensdetentie of bewaring op te leggen aan een vreemdeling. In die uitspraak geeft de Afdeling gedetailleerd aan wat het horen van de vreemdeling op grond van dat beginsel precies moet inhouden, dat de vreemdeling daarbij de gelegenheid moet hebben alles aan te voeren wat van belang is, dat het resultaat van het onderzoek moet blijken uit de motivering van het besluit tot bewaring of grensdetentie, aan welke eisen die motivering moet voldoen et cetera.

---

62 Zaak C-604/12 (H.N.), ECLI:EU:C:2014:302, JB 2014/147, m.nt. Timmermans; zaak C-166/13 (Mukarubega), ECLI:EU:C:2014:2336.

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

64 Zie reeds zaak C-349/07 (Sopropé), ECLI:EU:C:2008:746, AB 2009/29, m.nt. Widdershoven, alsmede zaak C-166/13 (Mukarubega), ECLI:EU:C:2014:2336.

65 Gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (Kamino & Datema), ECLI:EU:C:2014:2041.

66 Vergelijk HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2989, AB 2015/426, m.nt. Ortlep; HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2165; HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1809; HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:39; HR 16 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2077.

67 ABRvS 25 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:829. Zie voor een andere toepassing van het beginsel, ABRvS 21 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2814, over de betekenis van de EU-rechten van verdediging voor de adequate bijstand van de vreemdeling door zijn gemachtigde, en CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:302, waarin het College oordeelt dat de NVWA de EU-rechten van verdediging niet heeft geschonden door een controlerapport wat laat op te sturen.

2.5 Golf 3: europeanisering van algemeen bestuursrecht in sectorale Unieregelgeving

Europeanisering van onderdelen van het algemeen bestuursrecht van de lidstaten geschiedt ook en in toenemende mate door middel van sectorale secundaire Unieregelgeving.[68] Anders dan de in paragrafen 2.3 en 2.4 besproken europeanisering, betreft deze legislatieve europeanisering niet de werkingssfeer van het Unierecht in algemene zin, maar alleen de sector waarin de EU-regeling van toepassing is. Op dat terrein betekent zij een (aanzienlijke) inperking van het beginsel van de nationale procedurele autonomie. Zij betreft de bestuurlijke besluitvorming, de rechtshandhaving en steeds vaker ook de rechtsbescherming.[69]

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 EU-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 onderwerpen als de onvolledige aanvraag en de toepassing van het vertrouwensbeginsel in de lidstaten *en detail* Europees zijn geregeld op een wijze die doorgaans minder burgervriendelijk is dan de regeling van deze onderwerpen in het Nederlandse bestuursrecht.[70] Zij dwingen Nederland tot een striktere uitvoering en handhaving van de EU-subsidieregels en sluiten bijvoorbeeld de toepassing van het Nederlandse vertrouwensbeginsel uit. Een vergelijkbare ontwikkeling heeft zich voorgedaan op het terrein van het douanerecht.[71] Daarnaast zijn er diverse EU-verordeningen die de wederzijdse bijstand en samenwerking tussen nationale instanties en/of toezichthouders onderling en met de Europese Commissie faciliteren in specifieke sectoren, zoals het landbouwterrein, douane, voedselveiligheid en de bescherming van persoonsgegevens.[72] Op deze bijstand en samenwerking wordt in hoofdstuk 8 van dit rapport specifiek ingegaan.

Europeanisering van (onderdelen van) het algemeen bestuursrecht gebeurt niet alleen door middel van EU-verordeningen, maar vaak ook door EU-richtlijnen. Zo

68 Zie voor een overzicht, P. Craig, 'A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence', *European Public Law* 2013/3, p. 503-524.

69 Vergelijk Prechal & Widdershoven (red.) 2017, p. 302-326 (handhaving) en p. 364-368, 375-379 en p. 391-393 (aspecten van rechtsbescherming).

70 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.

71 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.

72 Respectievelijk Verordening (EG) nr. 515/97, betreffende wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van douane- en landbouwvoorschriften, *PbEG* 1997, L 82/1; Verordening (EG) nr. 882/2004, betreffende officiële controles op de naleving van wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn, *PbEU* 2004, L 191; alsmede Algemene verordening gegevensbescherming 2016/679, hoofdstuk VII.

bevat de recente Richtlijn 2019/1,[73] tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, gedetailleerde voorschriften over de onafhankelijkheid van die autoriteiten, de beschikbare inspectiebevoegdheden, de toe te passen voorlopige maatregelen en de op te leggen sancties (geldboeten en dwangsommen), de clementieregeling voor geheime kartels en de wederzijdse bijstand en samenwerking tussen mededingingsautoriteiten. Een ander voorbeeld van europeanisering van een onderdeel van algemeen bestuursrecht, namelijk bezwaar- en beroepstermijnen, biedt de Postrichtlijn 97/67/EG. Volgens het HvJ EU in de zaak *Pawlak* verzetten de bepalingen van die richtlijn zich in beginsel ertegen dat alleen de afgifte van een processtuk in een postkantoor van de universele postdienst geldt als gelijkwaardig aan de indiening van dat poststuk bij de betrokken rechterlijke instantie en niet de afgifte van zo'n stuk bij andere postdiensten.[74] Deze uitspraak heeft voor Nederland tot gevolg gehad dat de verzendtheorie van art. 6:9, tweede lid, Awb, die tot voor kort alleen gold voor de terpostbezorging bij de universele postdienst PostNL, thans ook wordt toegepast op bezwaar- of beroepschriften die ter post zijn bezorgd bij een koeriersdienst, zoals Falkpost of Sandd.[75]

Hierna wordt wat dieper ingegaan op drie EU-richtlijnen, waarin op een specifiek maar omvangrijk functioneel rechtsgebied zowel de bestuurlijke procedures als elementen van de rechtsbescherming worden geëuropeaniseerd en die al invloed hebben gehad en wellicht nog zullen hebben buiten de precieze reikwijdte ervan.

Aarhusrichtlijn[76]

De Aarhusrichtlijn implementeert het Verdrag van Aarhus voor de lidstaten. Zij 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 ruime toegang tot de rechter in milieuzaken. Deze laatste regels sluiten de toepassing van een strikte (Duitse) relativiteiteis als middel om in milieuzaken de toegang van ngo's tot de rechter te beperken, uit.[77] Bovendien stelt de richtlijn grenzen aan de kosten van rechterlijke procedures, en eist zij dat de rechter de 'formele en materiële rechtmatigheid' van een aangevochten milieubesluit 'in zijn geheel beoordeelt'.[78]

De invloed van de Aarhusregels over de toegang tot de rechter op de Nederlandse bestuursrechtspraak is tot nu beperkt gebleven, ook al moet niet worden uitgesloten dat de relatief soepele toepassing door de Afdeling bestuursrechtspraak van

---

73 Richtlijn (EU) 2019/1 van het EP en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffender handhaving van de en ter waarborging van de goede werking van de interne markt, *PbEU* 2019, L 11/3. De richtlijn moet op 4 februari 2021 zijn omgezet.

74 Zaak C-545/17 (Pawlak), ECLI:EU:C:2019:260, *AB* 2019/349, m.nt. Stijnen.

75 Aldus Rb. Rotterdam 9 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1982, inmiddels in appel bevestigd in CRvB 16 juni 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1207, en ABRvS 15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1682.

76 De Aarhus-richtlijn 2003/35 wijzigt daartoe Richtlijn 85/337, betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (inmiddels opnieuw gecodificeerd in Richtlijn 2011/92) en de IPPC-richtlijn 96/91 (inmiddels opnieuw gecodificeerd in Richtlijn 2010/75, betreffende industriële emissies).

77 Zaak C-115/09 (Trianel), ECLI:EU:C:2011:289, *AB* 2011/212, m.nt. Backes.

78 Zaak C-137/14 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:2015:683.

het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb op milieugroepen mede is ingegeven door deze regels. Wel hebben de Aarhusregels vermoedelijk al beperkte invloed op de toepassing van de onderdelenfuik van art. 6:13 Awb in milieuzaken, en kan die invloed op korte termijn weleens heel ingrijpend worden. Wat betreft de vermoedelijk al bestaande invloed wordt gewezen op het standpunt in de literatuur, dat uit de zaak *Commissie/Duitsland* (2015) – waarin het HvJ EU een nationale regel volgens welke voor de rechter geen bezwaren kunnen worden aangevoerd die niet reeds in de bestuurlijke fase zijn geformuleerd, strijdig achtte met de richtlijn – volgt dat de onderdelenfuik van art. 6:13 Awb niet kan worden toegepast als zij ertoe leidt dat bepaalde milieugronden bij de bestuursrechter niet kunnen worden aangevoerd, omdat belanghebbende tegen het 'milieu-onderdeel' van een ontwerpomgevingsvergunning geen zienswijzen heeft ingediend in de uniforme voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb.[79]

Ingrijpender invloed van de Aarhus-regels op art. 6:13 Awb kan het gevolg zijn van de eind 2018 door de rechtbank Limburg in de zaak *Varkens in Nood* naar het HvJ EU verwezen prejudiciële vraag of Nederland de ontvankelijkheid van het beroep op de bestuursrechter in milieuzaken überhaupt afhankelijk mag stellen van het indienen van zienswijzen in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, een inspraakprocedure.[80] In zijn conclusie in die zaak heeft advocaat-generaal Bobek het HvJ EU geadviseerd deze vraag ontkennend te beantwoorden.[81] Volgens hem is het in strijd met art. 9 tweede lid, Verdrag van Aarhus en de Unierechtelijke omzetting daarvan in art. 11 Richtlijn 2011/92 en art. 25 Richtlijn 2010/75, om de toegang tot de rechter in milieuzaken afhankelijk te stellen van de eerdere deelname aan de inspraakprocedure. Als het HvJ EU deze conclusie volgt, betekent dit waarschijnlijk het einde van de onderdelenfuik van art. 6:13 Awb in milieuzaken binnen de werkingssfeer van de Aarhus-regels. Omdat die werkingssfeer ruim is en een onderscheid tussen omgevingsvergunningen binnen de werkingssfeer van de Aarhus-regels en daarbuiten moeilijk te maken valt, lijkt een afschaffing van die fuik in het gehele omgevingsrecht – en wellicht ook daarbuiten – niet ondenkbaar.

Dienstenrichtlijn[82]

De Dienstenrichtlijn (Drl) bevat op het omvangrijke terrein van de toelating tot en uitoefening van diensten bindende regels over onder meer de eisen die aan die toelating tot of uitoefening van diensten kunnen worden gesteld, de toepassing van vergunningsstelsels, het elektronisch bestuurlijk verkeer en de eenloketgedachte, de motivering van besluiten, de tijdigheid van de bestuurlijke besluitvorming (waartoe als regel het systeem van *silencio positivo* wordt voorgeschreven) en de verdeling van schaarse vergunningen. Deze regels gelden zowel voor grensoverschrijdende dienstverlening, als – zoals aangegeven in paragraaf 2.2 – voor zuiver interne

79 Aldus Backes in zijn noot onder zaak C-137/14 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:2015:683, in *AB* 2015/447, alsmede Ortlep & Widdershoven 2017, p. 367.

80 Rb. Limburg 21 december 2018, ECLI:NL:RBLIM.2018:12519.

81 Conclusie A-G Bobek 2 juli 2020 in zaak C-826/18 (Varkens in Nood), ECLI:EU:C:2020:514.

82 Richtlijn 2006/123 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376/6. Zie hierover, M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

situaties.[83] Bovendien is de richtlijn ook van toepassing op dienstenactiviteiten met betrekking tot goederen, zoals detailhandel.[84]

De invloed van de Drl op het algemeen bestuursrecht kan moeilijk worden overschat. In de eerste plaats is het door art. 13, vierde lid, Drl als regel voorgeschreven systeem van *silencio positivo* een belangrijke reden geweest om in de Awb een algemene regeling voor de positieve fictieve beschikking bij niet-tijdig beslissen op te nemen.[85] Hetzelfde is gebeurd in Frankrijk en Duitsland.[86] In Nederland wordt sindsdien regelmatig geprocedeerd over de vragen als kan een vergunning worden gekwalificeerd als een dienstenvergunning, moet die vergunning dan bij de overschrijding van de beslistermijn worden geacht te zijn verleend, wordt de uitsluiting van de *silencio positivo*-regeling voor een bepaalde vergunning gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang en/of belangen van derden et cetera?[87]

In de tweede plaats heeft, zoals aangegeven in paragraaf 2.2, de rechtspraak van het HvJ EU over de Drl-regels over de verdeling van schaarse dienstenvergunningen bijgedragen aan de erkenning door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Nederlandse rechtsnorm die ertoe strekt dat bij die verdeling door het bestuursorgaan aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.[88] Aldus werkt die rechtspraak door op de verlening van zuiver nationale schaarse publieke rechten die geen dienst betreffen.

Ten slotte is van belang dat de Drl ook van toepassing blijkt te zijn op de regulering van diensten, waaronder detailhandel, door middel van bestemmingsplannen.[89] Daarom moeten die plannen voldoen aan de eisen van art. 15, derde lid, Drl: discriminatieverbod, noodzakelijkheid en evenredigheid. De rechterlijke toetsing aan deze eisen is, conform de rechtspraak van het HvJ EU, beduidend indringender dan de toetsing die de Afdeling pleegt te verrichten van bestemmingsplannen die geen diensten reguleren.[90] Van meer algemeen belang is dat hierdoor de toepassing door de Afdeling van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel een sterke impuls heeft gekregen. De inspiratie die de Afdeling hierdoor opdoet, zou op termijn ertoe kunnen leiden dat art. 3:4, tweede lid, Awb vrijwillig ook in zuiver nationale situaties op een EU-rechtconforme wijze wordt toegepast. Dat zou aansluiten bij de literatuur,

---

83 Vergelijk zaak C-360/15 en C-31/16 (Appingedam/Vissers Vastgoed), ECLI:EU:C:2018:44, *AB* 2018/181, m.nt. Nijmeijer.

84 Zie ook zaak C-360/15 en C-31/16 (Appingedam/Vissers Vastgoed), ECLI:EU:C:2018:44.

85 *Kamerstukken II* 2007/08, 31579, 3, p. 47-49.

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

87 Zie ABRvS 2 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:13 (Haarlem); ABRvS 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:35 (Riksha); ABRvS 13 maart 2019. ECLI:NL:RVS:2019:810 (Amsterdam).

88 ABRvS 2 november 2016 (speelautomatenhal Vlaardingen), ECLI:NL:RVS:2016:2927.

89 Zaak C-360/15 en C-31/16 (Appingedam/Vissers Vastgoed), ECLI:EU:C:2018:44.

90 Dat geldt vooral voor de toetsing op geschiktheid, in het kader waarvan de Afdeling onder meer ook toetst of het doel van de bestemmingsplanbeperking van de dienstverlening door het bestuursorgaan coherent en systematisch wordt nagestreefd en of zij ook in de concrete omstandigheden effectief is om dat doel te bereiken. Vergelijk ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569 (afdoening Appingedam); ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3506 (Apeldoorn); ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965 (Schiedam).

waarin de roep om het Nederlandse beginsel conform het Europese beginsel in te vullen al langer wordt gehoord, alsmede bij de wensen van de Awb-wetgever die destijds met instemming op deze mogelijkheid heeft gewezen.[91]

Procedurerichtlijn (herschikking):[92]
De Procedurerichtlijn, die in 2015 in Nederland is omgezet, bevat gedetailleerde regels voor de bestuurlijke procedures waarin wordt beslist op asielaanvragen en over de besluitvorming op herhaalde aanvragen. Verder schrijft zij onder meer voor dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat verzoekers tegen de afwijzing van een asielverzoek een 'daadwerkelijk rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie' hebben (art. 46, eerste lid) en dat daartoe 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 (art. 46, derde lid).

Art. 46 van de richtlijn heeft de Nederlandse bestuursrechtspraak in asielzaken op onderdelen serieus veranderd. Dit bleek reeds uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van april 2016, waarin deze bepaling aanleiding was om te kiezen voor een indringender rechterlijke toetsing van de bestuurlijke geloofwaardigheidsoordelen.[93] Vervolgens heeft het HvJ EU een aantal uitspraken gedaan, waarin hij met een art. 47 Hv-conforme toepassing van art. 46 van de richtlijn, richting heeft gegeven aan diverse aspecten van de bestuursrechtspraak in asielzaken. Deze uitspraken betreffen in de eerste plaats de door het derde lid voorgeschreven volledige *ex nunc*-toetsing van asielberoepen. Deze verplichting omvat – aldus het HvJ EU in de zaken *Alheto* en *Ahmedbekova*[94] – niet alleen gronden met nieuwe informatie die zich na de afwijzing van het asielverzoek hebben voorgedaan, maar ook gronden die pas bij de rechter zijn aangevoerd maar over gebeurtenissen gaan die zich hebben voorgedaan voordat op de aanvraag werd beslist of voordat die aanvraag werd ingediend, maar tegenover de beslissende autoriteit zijn verzwegen. Deze HvJ EU-rechtspraak heeft ertoe geleid dat de Afdeling haar rechtspraak op dit punt heeft gewijzigd,[95] zodat de rechtbanken nu zowel (echt) nieuwe, als achtergehouden asielmotieven die voor het eerst in beroep bij de rechter worden aangevoerd, in beginsel in de beoordeling moeten betrekken. Verder heeft het HvJ EU in de zaak *Torubarov* bepaald dat de nationale rechter aan het recht op een effectief rechtsmiddel van art. 46, eerste lid, van de richtlijn en art. 47 Hv de bevoegdheid ontleent om zelf een asielvergunning te verlenen als de beslissingsautoriteit, na de

91 Zie reeds A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter, VAR-reeks 154*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58, i.h.b. p. 48 e.v.; en, toegespitst op de toetsing van algemeen verbindende voorschriften, J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften', *NTB* 2017/10, p. 84-95, en de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (Wheermolen). Zie voor de opvatting van de Awb-wetgever, *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, in: PG Awb I, p. 211.

92 Richtlijn 2013/32/EU, betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *PbEU* 2013, L 180/60.

93 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, *AB* 2016/195, m.nt. Reneman.

94 Zaak C-585/16 (Alheto), ECLI:EU:C:2018:584; zaak C-652/16 (Ahmedbekova), ECLI:EU:C:2018:801.

95 Zie ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2073.

rechterlijke vernietiging van een eerdere weigering, de asielaanvraag in strijd met de rechterlijke overwegingen opnieuw heeft geweigerd.[96] Volgens de rechtbank Den Haag brengt deze uitspraak met zich dat wanneer de beslissingsautoriteit niet in overeenstemming handelt met een uitspraak van de nationale rechter waarbij een besluit is vernietigd en terugverwezen, deze laatste verplicht is om het besluit in overeenstemming met zijn eerdere uitspraak te wijzigen en deze beslissing in de plaats te stellen van die van de beslissingsautoriteit.[97] Ten slotte stelt art. 46, derde lid, gelezen in samenhang met art. 47 Hv – aldus het HvJ EU in de zaken *Tompa* en *PG*[98] – grenzen aan de wettelijke beslistermijnen voor rechters in die zin dat zij niet dusdanig kort mogen zijn dat de rechter de doeltreffendheid van de materiële en procedurele waarborgen die het Unierecht aan een asielzoeker toekent, niet kan waarborgen. Een beslistermijn van acht dagen voor een beroepsprocedure tegen de niet-ontvankelijkverklaring van de aanvraag wordt daarom door het HvJ EU te kort geacht.[99] Een termijn van 60 dagen voor gewone asielzaken is in beginsel wel lang genoeg, al moet de nationale rechter ook die termijn buiten toepassing kunnen laten als dat nodig is om in een concrete zaak de genoemde waarborgen te garanderen.[100] De in Nederland in asielzaken geldende beslistermijn van vier weken is een termijn van orde (die ook regelmatig wordt overschreden) en lijkt Unierechtelijk niet problematisch. Wel zouden de nationale rechters zich door deze uitspraken van het HvJ EU vrijer kunnen voelen om die termijn te overschrijden als zij dat voor nader onderzoek van de zaak nodig achten.[101]

Hiervoor is al opgemerkt dat de Procedurerichtlijn ook een regeling bevat voor het beslissen op herhaalde asielaanvragen. Deze regeling en de wijze waarop zij in Nederland is omgezet is voor de Afdeling bestuursrechtspraak in juni 2016 reden geweest om haar strikte *ne bis in idem*-beoordelingskader voor tweede of latere asielverzoeken te verlaten.[102] Anders dan voorheen toetst zij beslissingen waarbij zo'n aanvraag op inhoudelijke gronden (en niet vanwege het ontbreken van *nova*) is afgewezen, sindsdien als ware het een eerste besluit. Bovendien kan zo'n afwijzing, ondanks het ontbreken van *nova*, onrechtmatig zijn als het eerste besluit evident onredelijk is. Deze stap zette de Afdeling in juni 2016 niet alleen in zaken binnen de reikwijdte van de richtlijn, maar, om redenen van rechtseenheid, in alle zaken op grond van de Vreemdelingenwet en de Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers. Een half jaar later heeft de Afdeling deze lijn, wederom om redenen van rechtseenheid, doorgetrokken naar het algemeen bestuursrecht, zodat het beoordelingskader bij herhaalde aanvragen thans over de hele linie is versoepeld.[103] De andere

96 HvJ EU 29 juli 2019, zaak C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626 (Torubarov), *AB* 2019/481, m.nt. Reneman.
97 Rb. Den Haag 16 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3502.
98 Zaak C-564/18 (Tompa), ECLI:EU:C:2020:218, *AB* 2020/181, m.nt. Reneman; zaak C-406/18 (PG), ECLI:EU:C:2020:216.
99 Zaak C-564/18 (Tompa), ECLI:EU:C:2020:218.
100 Zaak C-406/18 (PG), ECLI:EU:C:2020:216.
101 Aldus Reneman in punt 9 van haar annotatie onder zaak C-564/18 (Tompa), ECLI:EU:C:2020:218, in *AB* 2020/181.
102 ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759.
103 ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131.

hoogste bestuursrechters hebben deze lijn gevolgd.[104] Aldus heeft een specifieke EU-regeling in een asielrichtlijn ertoe geleid dat de bestuursrechters het strikte *ne bis in idem*-beoordelingskader dat gedurende tientallen jaren is gehanteerd, binnen een half jaar over de hele linie – en dus ook in zaken die geen enkel verband houden met het Unierecht – opzij is gezet.

Balans

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. Mede vanwege het ruime toepassingsgebied van die sectorale EU-regels gaan de Nederlandse wetgever of rechter – zoals bij de Dienstenrichtlijn – er soms vrijwillig toe over om concepten uit de EU-regeling ook buiten de reikwijdte van die regeling toe te passen in louter nationale situaties. Omdat de invloed van sectorale EU-regels op het algemeen deel daarom bijzonder groot kan zijn, is het volgen – en, zo nodig en mogelijk, beïnvloeden – van die regelingen ook een taak van de Awb-wetgever (en de ambtelijk verantwoordelijken) en de beoefenaren van het algemeen bestuursrecht.

De sectorale EU-regels gelden binnen de specifieke sector Europa breed en leiden 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*.[105] Zij is niet ingegeven door een algemene, min of meer coherente visie op het algemeen deel van het bestuursrecht, maar door de specifieke – op het EU-niveau erkende – behoeften van het desbetreffende functioneel rechtsgebied. Op sommige terreinen, bijvoorbeeld het terrein 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 besproken EU-richtlijnen, is de europeanisering juist goed voor die bescherming, zij het dat de daartoe voorgeschreven middelen steeds verschillend zijn. Zo geldt de beperking die de Aarhus-regels betekenen voor de toepassing van het relativiteitsvereiste op ngo's en wellicht van de onderdelenfuik van art. 6:13 Awb alleen op het terrein van het milieu en niet daarbuiten. Hetzelfde geldt voor de in de Dienstenrichtlijn voorgeschreven *silencio positivo*, en voor de door de Procedurerichtlijn voorgeschreven volledig *ex nunc*-toetsing in asielzaken. Dit roept de vraag op of op Europees niveau geen behoefte bestaat aan meer algemene regels van bestuursrecht.

2.6 Golf 4: europeanisering door Europese algemene regels?

Het bovenstaande brengt ons bij de initiatieven om te komen tot een Europese Awb, die in dit rapport centraal staan. Door middel hiervan zou de Europese beïnvloeding

104 Vergelijk CRvB 20 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4872; CBb 24 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:190.

105 Zo ook al 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.

van het algemeen deel op zichzelf 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 Europese Awb het voordeel dat deze leemten opvult bij terreinen en onderwerpen die (nog) niet worden gereguleerd door sectorale Unieregelgeving en omdat dergelijke regels toegankelijker zijn dan de jurisprudentie van het HvJ EU en de nationale rechters over de algemene beginselen van het Unierecht.[106] Hierna worden de twee initiatieven die in dit rapport als vertrekpunt gelden, kort geïntroduceerd. Op de details ervan zal in de diverse hoofdstukken nader worden ingegaan.

Model Rules on EU Administrative Procedures

In de eerste plaats betreft dat de *Model Rules on EU Administrative Procedures*, die door het academische *Research Network on EU Administrative Law* in september 2014 online openbaar zijn gemaakt. Eén jaar later, in 2015, heeft het netwerk een tekstueel ge-update versie van de *ReNEUAL Model Rules* gepubliceerd.[107] Deze versie is vertaald in zes Europese talen (Frans, Duits, Italiaans, Pools, Roemeens, Spaans) en in het Japans.

De *ReNEUAL Model Rules* bestaan uit zes boeken: I. *General Provisions*, II. *Administrative Rule-Making*, III. *Single Case Decision-Making*, IV. *Contracts*, V. *Mutual Assistance*, VI. *Administrative Information Management*. Zij hebben derhalve geen betrekking op het bestuursprocesrecht. 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 *ReNEUAL 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 art. 41 Handvest.

De *ReNEUAL Model Rules* bevatten gedetailleerde regels die het EU-bestuur, 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 *ReNEUAL Model Rules* regelen diverse onderwerpen die in de Awb weinig of geen aandacht krijgen. 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, maar is die regeling vaak uitvoeriger dan die van de Awb

106 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.

107 *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure* 2014 en 2015, beide te vinden op www.reneual.eu/.De Model Rules (versie 2015) zijn in print gepubliceerd in P. Craig, H. Hofman, J.-P. Schneider & J. Ziller (red.), *Model Rules on EU Administrative Procedures*, Oxford: Oxford University Press 2017.

en wijkt zij bovendien soms op details maar vaker tamelijk ingrijpend van de Awb-regeling af.

Hoewel het lange tijd de ambitie van *ReNEUAL* was dat de MR ook zouden gelden voor de organen van de lidstaten als zij handelen 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht', heeft men er uiteindelijk voor gekozen om de toepasselijkheid van de boeken II, III en IV te beperken tot het directe bestuur door de EU-instellingen, organen en instanties. Deze keuze is vooral ingegeven door strategische overwegingen, namelijk door de angst dat het project zou kunnen worden 'gegijzeld' door discussies over de bevoegdheid van de EU om zover te gaan en door mogelijk verzet uit de lidstaten. De ambities op dit punt lijken daarmee niet van de baan. Niettemin, vooralsnog is dwingende toepasselijkheid van de *ReNEUAL Model Rules* in de lidstaten – volgens de voorstellen – alleen aan de orde als zij op hen van toepassing worden verklaard in sectorspecifieke Unieregelgeving. Voor het overige zouden de MR wel als richtsnoer (*guidance*) voor de nationale autoriteiten kunnen fungeren. De boeken V (*Mutual Assistance*) en VI (*Administrative Information Management*) zijn wel van toepassing op de lidstaten. Dat ligt voor de hand aangezien deze onderwerpen de grenzen tussen de EU en individuele lidstaten overschrijden.

Ten slotte wordt opgemerkt dat *ReNEUAL* in 2018 heeft bekendgemaakt dat zij drie werkgroepen heeft ingesteld die onderzoek gaan doen naar drie onderwerpen die voor het bestuursrecht van groot belang zijn, namelijk *Common European Principles of Administrative Law and Good Administration*, *Digitalized Public Administration in the EU*, en *International and Transnational Administrative Law*.[108] Dit project staat bekend als *ReNEUAL 2.0*.

Regulation on the Administrative Procedure of the European Union's institutions, bodies, offices and agencies

Aan de basis van dit voorstel voor een verordening betreffende de bestuurlijke procedures bij de EU-instituties, organen, instanties en agentschappen ligt een Resolutie van het EP, die op 15 januari 2013 werd aangenomen.[109] In die resolutie verzocht het EP de Europese Commissie om een voorstel voor een EU-verordening voor bestuurlijke EU-procedures tot stand te brengen, waarin negen beginselen van het EU-recht zouden worden gecodificeerd en dat bovendien concrete regels zou moeten bevatten voor het nemen van besluiten, zowel op aanvraag als ambtshalve. De reden voor deze wens is min of meer dezelfde als die voor de *Model Rules* van *ReNEUAL*, namelijk dat het geldende bestuursrecht van de EU wordt gekenmerkt door fragmentatie, complexiteit, incoherentie en leemten. Volgens de resolutie zou de codificatie geen betrekking moeten hebben op de lidstaten. Wel bevatte zij een oproep van het EP aan de lidstaten om haar 'spontaan' (vrijwillig) toe te passen. In het vervolg bleek dat de Commissie niet erg enthousiast was over het EP-idee, omdat

108 Zie voor informatie: www.reneual.eu/index.php/projects-and-publications/reneual-2-0. De boeken I t/m VI zijn sindsdien omgedoopt in *ReNEUAL 1.0*.

109 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 de bestuurlijke procedures en niet op de rechtsbescherming.

een dergelijke wet volgens haar vanwege de rigiditeit de EU-besluitvorming ernstig zou vertragen.[110] Daarom heeft het EP in 2016 zelf een voorstel voor een verordening opgesteld.[111]

Het EP-voorstel is gebaseerd op art. 298 VWEU en moet dus een 'open, doeltreffend en onafhankelijk' Europees bestuur garanderen. Bovendien moet het de naleving van het recht op goed bestuur, zoals dat geldt als algemeen EU-beginsel en op grond van art. 41 Hv, verzekeren. In de considerans wordt een korte omschrijving gegeven van de EU-beginselen, die aan de basis liggen van de in de verordening opgenomen procedurele bepalingen, en die – volgens het voorstel (overweging 17) – zouden moeten fungeren als inspiratiebron voor de interpretatie van die regels. Behalve de diverse sub-beginselen die volgens art. 41 Hv onderdeel zijn van het recht op goed bestuur (onpartijdige, billijke en tijdige besluitvorming, rechten van verdediging, motiveringsplicht), betreft dat het beginsel van de *rule of law* en legaliteit, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het recht op een effectief rechtsmiddel, het transparantiebeginsel, het beginsel van bestuurlijke efficiency en het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie.

Het EP-voorstel bevat gedetailleerde regels voor het nemen van besluiten op aanvraag en ambtshalve.[112] Deze regels zijn deels identiek aan die van boek III van de MR (*Single Case Decision-Making*) van *ReNEUAL*, maar wijken daar op onderdelen vanaf. Zij betreffen het initiëren van bestuurlijke procedures (op initiatief van het bestuur of op aanvraag van een partij), het management van bestuurlijke procedures (in het kader waarvan onder meer ook het nalevingstoezicht is geregeld), het einde van de procedure en het rectificeren en intrekken van besluiten. Evenals de *ReNEUAL Model Rules* bevat het EP-voorstel onderwerpen die in de Awb ontbreken en wijkt de regeling van onderwerpen die wel in de Awb zijn geregeld, soms op details, maar vaker ingrijpend af van die van de Awb. Het voorstel heeft niet de ambitie om de in specifieke sectorale EU-regelgeving opgenomen voorschriften voor het EU-bestuur te vervangen. Wel moet de voorziene verordening deze voorschriften aanvullen en zouden deze voorschriften moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de relevante bepalingen van het EP-voorstel (art. 3). Het voorstel bepaalt expliciet dat het niet van toepassing is op het bestuur van de lidstaten (art. 2, derde lid). Volgens de opstellers is deze uitsluiting 'in line with Article 298 TFEU' (overweging 15). Ook de oproep aan de lidstaten in de EP-resolutie van 2013 om de Europese codificatie 'spontaan' toe te passen, keert in het EP-voorstel niet terug.

---

110 Vergelijk J.E. van den Brink, *Administrative Law in Europe: Ius Commune in progress*, 2016.

111 European Parliament resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration (2016/2610(RSP).

112 De regels zelf zijn toegespitst op het nemen van beschikkingen, maar art. 26 van het voorstel bepaalt dat zij ook in acht genomen moeten worden bij het nemen van '*administrative acts of a general scope*'. Zij gelden overigens niet voor de activiteiten van het EU-bestuur in het kader van '*legislative procedures*' en van procedures die leiden tot de vaststelling van '*non-legislative acts, directly based on the Treaties, delegated acts or implementing acts*' (art. 2, tweede lid). Vertaald naar het Nederlandse recht betreft deze uitsluiting de vaststelling van formele wetten en algemeen verbindende voorschriften.

Over het voorstel heeft het EP een openbare consultatie gehouden en een *impact assessment* laten vaststellen. De resultaten van beide zijn in juli 2018 gepresenteerd tijdens een hoorzitting van de *Committee on Legal Affairs* van het EP. Tijdens die bijeenkomst bleek (opnieuw) dat de Europese Commissie weinig in het voorstel ziet, omdat de bestuurlijke activiteiten van de Commissie zo uitlopend en technisch zouden zijn, dat alleen sectorspecifieke regels passend zijn. Of het ooit tot een Commissievoorstel van de verordening zal komen, is dus de vraag.

2.7 Conclusies en aanbevelingen

In het voorgaande is een korte schets gegeven van de stand van de europeanisering van het algemeen bestuursrecht ten tijde van het vervaardigen van dit rapport. Deze schets maakt duidelijk dat de voorstellen om te komen tot een Euro-Awb niet in een vacuüm zijn ontstaan, maar geïnspireerd zijn door en voortbouwen op de europeaniseringstendensen die zich de afgelopen vijfendertig jaar hebben voorgedaan. Daarbij is het opvallend dat de ingrijpende ontwikkelingen op dit punt, zoals het bindend worden van het Handvest (paragraaf 2.4), het steeds vaker reguleren van onderdelen van het algemeen bestuursrecht in sectorale Unieregelgeving (paragraaf 2.5) en het 'vrijwillig adopteren' van EU-concepten in louter nationale zaken door de Nederlandse rechter (paragrafen 2.3 en 2.5), hebben plaatsgevonden na 2000, terwijl de politieke Euroscepsis toen zichtbaar werd en daarna niet is afgenomen. Kennelijk hebben deze ontwikkelingen een eigen dynamiek.

Hoewel een hoofdstuk dat de *state of the art* van een rechtsgebied beschrijft naar zijn aard niet de meest geschikte bron is voor aanbevelingen, kunnen naar aanleiding van het voorgaande toch twee algemene aanbevelingen worden geformuleerd. Zij betreffen thema's die in het vervolg van het rapport niet meer heel nadrukkelijk aan de orde komen.

Aanbeveling 1 (wetgever, rechter)
Het verdient om redenen van rechtseenheid en ter voorkoming van omgekeerde discriminatie aanbeveling dat wetgever en rechter EU-concepten die een aanwinst zijn voor het Nederlandse bestuursrecht, vrijwillige voorschrijven of toepassen in louter nationale situaties. Een goede kandidaat voor vrijwillige adoptie is het Europese evenredigheidsbeginsel (paragrafen 2.2 en 2.5).

Aanbeveling 2 (wetgever, wetenschap)
Omdat de europeanisering van het algemeen bestuursrecht inmiddels vaak plaatsvindt door middel van sectorale EU-regelgeving op zeer omvangrijke terreinen, zoals de Dienstenrichtlijn en de Aarhus-regels, dienen de Awb-wetgever (en de ambtelijke verantwoordelijken) en de beoefenaren van het algemeen bestuursrecht de totstandkoming van die regelgeving kritisch te volgen en, zo mogelijk, te beïnvloeden.

3 Beginselen van Europees en internationaal bestuursrecht

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk gaan we op zoek naar de betekenis van de beginselen in het internationale en Europese bestuursrecht voor het Nederlandse bestuursrecht en omgekeerd. Het gaat dus om een wederzijdse beïnvloeding. Hierbij beperken we ons niet tot het klassieke domein van de beginselen van behoorlijk bestuur maar kijken we uitvoerig naar de ruime verzameling van de beginselen van goed bestuur,[1] waarvan de eerstgenoemde beginselen deel uitmaken.

Er is sprake van een toenemend belang van de beginselen vanwege de groeiende fragmentering, internationalisering en digitalisering van het Nederlandse bestuursrecht. De beginselen vormen als algemene en richtinggevende normen het kloppend hart van het bestuursrecht en zijn van groot belang voor de toekomstige ontwikkeling van het bestuursrecht in theorie en praktijk.[2] Dat belang uit zich onder meer in de behoefte aan en het streven naar meer systematiek en eenheid waardoor het Nederlandse bestuursrecht voor de rechtspraktijk beter inzichtelijk zal worden. Waar het onderscheid tussen de kernoverheid en semioverheden diffuser wordt, de sturende kracht van wetgeving vermindert en de vermaatschappelijking van het bestuursrecht voortschrijdt, kunnen met name de beginselen het behartigen van publieke belangen normeren. De beginselen van bestuursrecht vervullen bij zowel bestuursgedragingen (normering) als (bestuurs)rechtspraak (toetsing) een prominente, samenbindende rol gericht op de eenheid van het bestuursrecht.

In een discussie over de beginselen van bestuursrecht moet helder zijn wat de inhoud, werkingssfeer en functie van de beginselen is opdat daarover geen

1 De klassieke of traditionele beginselen van behoorlijk bestuur vormen slechts een van de groepen normen die worden begrepen onder de hedendaagse beginselen voor *goed* bestuur ('*good governance*'). Onder deze laatstbedoelde normen worden bijvoorbeeld óók begrepen fundamentele rechten, beginselen van openbaarheid en democratie en effectiviteitsnormen. In dit hoofdstuk wordt het begrip 'goed bestuur' op de eerste plaats in die brede zin gehanteerd. Daarnaast wordt het gehanteerd in relatie tot het Unierechtelijke vooralsnog beperkt uitgewerkte recht op goed bestuur ('*good administration*') dat is neergelegd in art. 41 Hv. Het gaat dan echter uitsluitend om de in die bepaling tot uitdrukking komende normen. De terminologie is in de rechtspraktijk en dogmatiek niet vast en kan soms verwarrend zijn. De verschillende betekenissen zijn hierna zo duidelijk mogelijk omschreven en gehanteerd. Zie G.H. Addink, *Goed Bestuur*, Kluwer: Deventer 2010, en G.H. Addink, *Good Governance: Concept and Context*, Oxford: Oxford University Press 2019.

2 Vergelijk G.H. Addink, *Beginselen in het bestuursrecht en het integriteitsbeginsel*, deel II, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

misverstand ontstaat.[3] Het is om die reden dat wij daaraan eerst aandacht besteden. Wij beperken ons bij het internationale en Europese bestuursrecht tot het EU- of Unierecht, het recht in het kader van de Raad van Europa, waaronder het EVRM, en enkele vanuit de beginselen-optiek opmerkelijke bepalingen in internationale verdragen waaronder het Verdrag van Aarhus.

Vooral het Unierecht heeft een brede traditie inzake de rechtsbeginselen die onder meer in de verdragen en de Luxemburgse rechtspraak tot uitdrukking komen; in hoofdstuk 2 zijn vier ontwikkelingsgolven binnen het europeaniseringsproces van het algemeen bestuursrecht onderscheiden. Een belangrijke wetenschappelijke stap in de codificatie en verdere uitwerking van de Unierechtelijke beginselen betreft de totstandkoming van de *Model Rules* in het kader van *ReNEUAL*.[4] Deze hebben (mede) als opmaat gediend voor het door het Europese Parlement gepubliceerde voorstel voor een *Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions, bodies, offices and agencies*. Beide voorstellen zijn gericht op de totstandkoming van een Europese verordening met algemene bestuursrechtelijke regels. Dit project, dat vooral is en wordt aangejaagd door het Europees Parlement en de Europese ombudsman,[5] komt echter nog niet voortvarend van de grond. Het enthousiasme van de diverse Europese wetenschappers die bij het opstellen van de *ReNEUAL Model Rules* zijn betrokken, heeft de Commissie vooralsnog niet resoluut overstag doen gaan. De voordelen van een Europese Awb (uniformiteit, rechtszekerheid etc.) worden niet door alle betrokkenen onderschreven, terwijl nadelen – zoals het verlies aan flexibiliteit en veronderstelde kosten – gewicht in de schaal leggen.

Hoe dan ook, de volgende stap in dit hoofdstuk is de vergelijking – noodzakelijkerwijs op hoofdlijnen – vanuit een beginselenoptiek van het Nederlandse bestuursrecht met (relevante bepalingen in) de *ReNEUAL Model Rules*, het Handvest van de grondrechten van de EU en het EP-voorstel.

Aldus zullen wij op hooflijnen enkele conclusies trekken en aanbevelingen doen met betrekking tot de betekenis (en uitwerking van) van de algemene beginselen van bestuursrecht en daaraan ten grondslag liggende concepten, naar aanleiding van de uitkomsten en de onderlinge vergelijking van het nationale bestuursrecht en het internationale en Europees bestuursrecht.

---

3 Zie over de verschillende functies van rechtsbeginselen in het bestuursrecht R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht* Deventer: Kluwer 2004, p. 13 e.v.

4 Zoals in paragraaf 2.6 aangeven, zijn deze MR in print gepubliceerd in P. Craig, H. Hofman, J.-P. Schneider & J. Ziller (red.), *Model Rules on EU Administrative Procedures*, Oxford: Oxford University Press 2017.

5 Het EP heeft onder meer een openbare consultatie en een *impact assessment* geïnitieerd waarvan de resultaten in 2018 in een hoorzitting zijn besproken. Zie reeds paragraaf 2.6 van dit rapport. Vergelijk ook 'EU Law for an open independent and efficient European Administration', European Parliamentary Research service 2018' en 'Possible action at EU level for open, efficient and independent EU administration', European Parliamentary Research Service 2018.

3.2 Beginselen gerelateerde begrippen

De term 'beginsel' wordt in het Nederlandse staats- en bestuursrecht op verschillende manieren gebruikt waarbij als hoofdonderscheid gangbaar is *het beginsel als 'concept'* en *het beginsel als 'rechtsbeginsel'*.

Bij *het beginsel als 'concept'* gaat het om een bepaalde overweging, grondgedachte of basisidee die ten grondslag ligt aan één of een groep van wettelijke bepalingen die alleen of tezamen de uitdrukking vormen van het onderliggende concept. Veelal heeft een dergelijk concept een tamelijk abstract karakter en is het te zien als de voorpositieve betekenis van een rechtsnorm.[6] Een voorbeeld betreft het beginsel van een dienende overheid die het algemeen belang behartigt. Ook de algemene rechtsstaatidee is een abstract concept. *Het beginsel als 'rechtsbeginsel'* vormt als het ware de verbijzondering van dat concept in één of meer concrete rechtsnormen in wettelijke bepalingen. Het is echter ook mogelijk dat een dergelijk rechtsbeginsel nog niet is gecodificeerd en dat de rechter het rechtsbeginsel als een ongeschreven rechtsbeginsel verwoordt.[7] Hiervoor is het (didactisch) onderscheid concept en rechtsbeginsel als hoofdonderscheid weergegeven. Dat neemt niet weg dat er in de rechtspraktijk allerlei tussenvormen bestaan.

Beginselen komen als rechtsbeginselen op verschillende plaatsen in het staats- en bestuursrecht voor. We beperken ons hier tot *de algemene rechtsbeginselen*. Binnen deze algemene rechtsbeginselen onderscheiden we algemene rechtsbeginselen (in een bestuursrechtelijke context), algemene beginselen van behoorlijk bestuur en algemene beginselen van goed bestuur. Deze drie groepen laten zich voor wat betreft de conceptuele werkingssfeer illustreren aan de hand van drie elkaar deels overlappende cirkels.[8] De ruimste cirkel wordt gevormd door de algemene rechtsbeginselen, de kleinste en meest specifieke cirkel door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de derde cirkel tussen beide genoemde cirkels in betreft de beginselen van goed bestuur. Bij de algemene rechtsbeginselen, die het staats- en bestuursrecht overstijgen, in die zin dat ze in de meeste rechtsgebieden een plaats hebben, kan worden gedacht aan het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur omvatten onder meer het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel;[9] en de algemene beginselen van

6 De term 'waarde' heeft in de context van beginselen vooral een morele of ethische connotatie; het begrip 'concept' is algemener en kan betrekking hebben op de diverse grondgedachten of basisideeën waaronder die met betrekking tot waarden zoals bedoeld in art. 2 VEU. Men kan dan spreken van waarden als concept. Zie over de verhouding tussen concepten, waarden en beginselen in de context van goed bestuur: Addink 2019, p. 71-73.

7 In art. 8:77, tweede lid, Awb wordt gesproken van ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel.

8 Vergelijk G.H. Addink, *Algemene beginselen van bestuursrecht*, deel I, Deventer: Wolters Kluwer 2021 (in voorbereiding).

9 Verbod van *détournement de pouvoir*/specialiteitsbeginsel, verbod van willekeur/redelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel, gelijkheidsbeginsel, evenredigheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel.

goed bestuur betreffen onder meer het behoorlijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en participatiebeginsel.[10]

Rechtsbeginselen kunnen zich in termen van rechtsnormen op verschillende manieren manifesteren. Het kunnen *algemene rechtsnormen zijn voor bestuursorganen* met betrekking tot verschillende gedragingen zoals publiekrechtelijke rechtshandelingen (besluiten) maar ook privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen. De algemene rechtsnormen voor bestuursorganen kunnen meer of minder algemeen zijn en kunnen voorts meer of minder uitgewerkt zijn. Het is voorts mogelijk dat rechtsbeginselen (of aspecten daarvan) de betekenis krijgen van *individuele subjectieve rechten* van burgers of *concrete plichten* voor het bestuur. Wat dit laatste betreft, is het verbod van *détournement de pouvoir* (een onthoudingsplicht) een klassiek voorbeeld. De personen die een recht toegekend krijgen of ontlenen aan een beginsel kunnen meer of minder ruim worden aangeduid en dat geldt evenzeer voor de bestuursgedraging waar dat subjectief recht betrekking op heeft.[11] Aldus zien we dat rechtsbeginselen die (mede) betrekking hebben op subjectieve rechten van burgers zoals participatie, transparantie, verantwoording en effectiviteit, daarmee tevens rechtsbeginselen zijn in een concrete bestuursrechtelijke context.[12] Dat geldt evenzeer voor rechtsbeginselen zoals zorgvuldigheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het zal dan van de inhoud van het betreffende beginsel afhangen tot welke van de drie groepen het aan de orde zijnde beginsel moet worden gerekend.

Rechtsbeginselen kunnen een concrete '*rights*'-dimensie hebben en tegelijkertijd fungeren als een algemene norm waaraan de overheid zich heeft te houden. Zo verlangt het zorgvuldigheidsbeginsel van het bestuur dat het in veel gevallen ambtshalve feiten en belangen in kaart brengt. Dit beginsel krijgt daarnaast een duidelijke uitwerking in de vorm van een '*right*' (subjectief recht) wanneer het gaat om het recht van een belanghebbende om te worden gehoord. Dit geldt eens te meer indien dit horen in verband wordt gebracht met de mogelijkheid tot verweer (hoor en wederhoor). Het transparantiebeginsel kent bijvoorbeeld eveneens een algemene dimensie die het streven naar openbaarheid vanuit een democratischer achtergrond stimuleert. Maar op bepaalde terreinen manifesteert het beginsel zich ook duidelijk als een concreet recht voor burgers en ondernemingen, bijvoorbeeld daar waar het zich in combinatie met het gelijkheidsbeginsel ontvouwt als een recht op participatie en het bieden van gelijke kansen borgt (vergelijk bijvoorbeeld het aanbestedingsrecht).

De hiervoor gekozen driedeling van algemene beginselen van bestuursrecht biedt de meeste kans op het vinden en herkennen van rechtsbeginselen in het Europese en het internationale bestuursrecht die relevant zijn voor het Nederlandse staats- en bestuursrecht. Maar ook omgekeerd zullen we in het Nederlandse staats- en

---

10 Behoorlijkheidsbeginsel, transparantiebeginsel, participatiebeginsel, effectiviteitsbeginsel, verantwoordingsbeginsel, mensenrechtenbeginsel. Zie Addink 2021 (in voorbereiding).

11 Addink 2019, p. 7.

12 De onderliggende gedachte hierbij is dat rechten die door middel van wetgeving aan burgers zijn toegekend, beschouwd worden als rechtsbeginselen. Of anders gezegd, er is ter zake van de normeringskant bij rechtsbeginselen van bestuursrecht *grosso modo* een onderscheid te maken tussen beginselen die plichten voor bestuursorganen inhouden en beginselen die betrekking hebben op rechten voor burgers. Vergelijk de publicaties van Robert Alexy, Matthias Kumm en Ralf Poscher.

bestuursrecht beginselen tegenkomen die op het niveau van het internationale en Europese staats- en bestuursrecht van belang zijn. Kortom, we gaan hier voorts op zoek naar de (mogelijke) wederzijdse beïnvloeding van het nationale staats- en bestuursrecht en het internationale en Europese staats- en bestuursrecht.

3.3 Beginselengerelateerde ontwikkelingen in het Europese en internationale bestuursrecht

In dit verband is het nuttig te wijzen op enkele ontwikkelingen in de discussies over beginselen in het Europese en het internationale bestuursrecht.[13]

Wat betreft het Europese bestuursrecht komt men in de literatuur *grosso modo* twee benaderingen tegen, namelijk een meer op rechtsbescherming gerichte benadering (dus beginselen vanuit een rechterlijk perspectief) en een bredere functionele benadering waarbij zowel het bestuurlijk als het rechterlijk perspectief aan de orde komt. De eerste benadering zien we duidelijk bij Tridimas, Préchal en Widdershoven, terwijl Groussot, en in zekere zin ook Craig vertegenwoordigers zijn van de tweede benadering. In het Nederlandse debat valt te signaleren dat de aandacht voor rechtsbeginselen (en met name de beginselen van behoorlijk bestuur) is ontstaan vanuit een toetsend perspectief. Met name vanaf de eeuwwisseling is de aandacht voor functioneel-relationele benaderingen en het bestuurlijke handelingsperspectief duidelijk toegenomen. Dit vindt onder meer zijn oorzaak in een herijking van het klassieke (verticale) bestuurlijke gezagsmodel.[14] Hierbij sluit aan – zoals hierna zal blijken – dat de beginselen zich niet alleen profileren als juridische maatstaven voor de rechterlijke rechtmatigheidstoets, maar ook als bestuurlijke gedragsnormen waarin tevens subjectieve rechten van burgers tot uitdrukking komen.

Belangrijker voor de concrete toepassing is evenwel hoe in de bestuurs- en rechterspraktijk op EU-niveau met beginselen wordt omgegaan. In de *ReNEUAL Model Rules* waren in de oorspronkelijke versies van het rapport in een beginhoofdstuk de verschillende beginselen van het bestuursrecht met zoveel woorden in artikelvorm omschreven. Uiteindelijk is ervoor gekozen om dat niet te doen en die beginselen in de overwegingen bij hoofdstuk 1, algemene bepalingen, van de MR op te nemen.[15] Vervolgens staat er als overweging dat bij de interpretatie en ontwikkeling van de in het model opgenomen bepalingen de EU-overheden acht moeten slaan op gelijke

13 G.H. Addink, 'De rol van de Europese algemene rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu … wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 479-506.

14 Zie ter illustratie de proefschriften van Van der Heijden en – recenter en breder – Van den Berge: G.M.A. van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, en L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

15 Als eerste overweging is vermeld dat de overheden in administratieve procedures gebonden zijn aan de rechtsstaat, het recht op goed bestuur en andere aanverwante beginselen van het EU-bestuursrecht. Zie voorts de beperking van de toepasselijkheid van de *ReNEUAL Model Rules* tot EU-overheden tenzij uitdrukkelijk is vermeld dat de bepalingen ook voor de lidstaten dienen te gelden. Zie de uitleg van het begrip '*EU authorities*' (EU-overheden) in Craig e.a. (red.) 2017, p. 52 en 56.

behandeling en non-discriminatie, rechtszekerheid, eerlijkheid, objectiviteit en onpartijdigheid, participatie, evenredigheid, bescherming van gerechtvaardigde verwachtingen, transparantie en voldoende toegang tot effectieve rechtsmiddelen. In een volgende overweging is vermeld dat overheden acht moeten slaan op efficiëntie, effectiviteit en dienstvaardigheid. In de laatste overweging staat dat in Europese bestuurlijke procedures de volgende beginselen gerespecteerd moeten worden: subsidiariteit, loyale samenwerking en duidelijke verdeling van verantwoordelijkheden. Uit de nadrukkelijke vermelding van de genoemde drie groepen beginselen kan worden afgeleid dat de in de *ReNEUAL Model Rules* opgenomen bepalingen niet alleen sterk beginselgericht zijn opgesteld en aldus zouden moeten worden geïnterpreteerd, maar tevens dat van een *ruim begrip rechtsbeginsel* wordt uitgegaan. Tegelijkertijd zijn de beginselen niet expliciet in artikelvorm opgenomen, maar vormen ze de grondslag daarvoor. Een belangrijk aandachtspunt daarbij was dat men verwachtte dat codificatie van beginselen in artikelvorm in sommige gevallen een belemmering zou zijn voor de verdere ontwikkeling van beginselen. Het spanningsveld tussen het realiseren van algemene rechtszekerheid en het codificeren van rechtsbeginselen enerzijds en het bieden van ruimte voor een flexibele rechtsontwikkeling is eveneens bekend uit het Nederlandse debat.[16]

In de rechtspraak van het HvJ EU zien we vaak dat aan de verplichting om een nationale regeling in overeenstemming te brengen met het Unierecht expliciet wordt toegevoegd: *met inbegrip van de algemene beginselen* ervan.[17] In andere gevallen spreekt het Hof uit dat de samenwerking van de aanbestedende diensten overeenkomstig *het beginsel van gelijke behandeling* er zich tegen verzet dat een particuliere dienst in een bevoorrechte positie wordt gebracht.[18] Of we lezen in een conclusie van een advocaat-generaal dat art. 16 Hv aldus moet worden uitgelegd dat bij beloning *het evenredigheidsbeginsel* in acht moet worden genomen.[19] In een andere conclusie formuleert een advocaat-generaal *het beginsel volgens hetwelk het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht dient te worden uitgelegd*.[20] Interessant is de verwijzing naar *de beginselen van de rechtsstaat* in een conclusie[21] en de conclusie dat de rechter moet bepalen of er sprake is van overeenstemming met de beginselen die ten grondslag liggen aan een bepaalde richtlijn.[22] We zien met deze voorbeelden dat in de rechtspraak en in de conclusies op een actieve wijze en expliciet rechtsbeginselen worden vermeld en deze aldus verder worden ontwikkeld in de EU-rechtspraak.

Ook het EP heeft zich op verschillende manieren actief getoond in verband met beginselen (en algemene regels) op het gebied van het Europese bestuursrecht en

16 Zie J.H. Gerards, 'Beginselrecht "in de regel". De juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 19 e.v.

17 Zaak C-263/19 (T-Systems Magyarország), ECLI:EU:C:2020:373; zie art. 2 VEU.

18 Zaak C-796/18 (Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung), ECLI:EU:C:2020:395.

19 Conclusie A-G Kokott, zaak C-223/19 (YS/Oostenrijk), ECLI:EU:C:2020:356.

20 Conclusie A-G Sharpston, zaak C-681/18 (KG/Italië), ECLI:EU:C:2020:300.

21 Conclusie A-G Hogan, zaak C-225/19 (Secretary of State for the Home Department UK), ECLI:EU:C:2020:342. We komen de verwijzing naar de rechtsstaat ook al in eerdere arresten van het Hof tegen, zoals in zaak C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

22 Conclusie A-G Campos Sanchez-Bordona, zaak C-41/18 (Meca), ECLI:EU:C:2019:183.

met als doel het recht op goed bestuur (*good administration*)[23] te garanderen en het verzekeren van een open, efficiënte en onafhankelijke EU-administratie. Genoemd worden hier de gedetailleerde resolutie en aanbevelingen aan de Commissie om te komen tot een algemene regeling van bestuursrechtelijke procedures van de EU om daarmee de fundamentele beginselen van goed bestuur te codificeren en de door de EU-administratie te volgen procedure in individuele gevallen vast te leggen.[24] Hoewel het voorstel aanvankelijk werd afgewezen door de Commissie, beloofde de toenmalige vicevoorzitter Timmermans de mogelijkheid van een Europese regeling voor administratieve procedures te onderzoeken. Het EP heeft daarop een diepgaande analyse van de algemene beginselen van het EU-bestuursrecht laten verrichten die in juni 2015 is verschenen.[25] In het onderzoek wordt ingegaan op de betekenis van algemene beginselen als overwegingen bij een verordening met daarin bepalingen voor een open, onafhankelijk en efficiënt Europees bestuur. Die beginselen zijn ingebed in de EU-verdragen en het Handvest en hebben de status van 'algemene beginselen van het recht van de Europese Unie', en worden door de Europese rechter als zodanig gekwalificeerd. Er zijn echter tevens beginselen die zijn vastgesteld in de vorm van *soft law*-instrumenten en met name gedragscodes en richtlijnen.[26] Gezien de aard van de beginselen is het doel van wetgeving om uit te leggen hoe hun soms concurrerende normen moeten worden afgewogen op een manier die het bereik van elk beginsel maximaliseert. Er bestaat geen hiërarchie waarbij de te realiseren beginselen variëren van de belangrijkste tot de minst belangrijke.[27] Diverse algemene beginselen worden – in de context van overwegingen – behandeld. Het gaat om beginselen die verband houden met het recht op goed bestuur, ingebed zijn in art. 41 Hv en gericht zijn op een open, efficiënte en onafhankelijke Europese administratie, zoals vastgelegd in art. 298 VWEU. In het rapport wordt de volgende opsomming van beginselen gegeven: toegang tot informatie en toegang tot documenten en dossiers; zorgvuldigheid; gegevensbescherming; kwaliteit van gegevens; effectieve rechtmiddelen; gelijke behandeling en non-discriminatie; het eerlijk horen; eerlijkheid; goed bestuur; onpartijdigheid; rechtszekerheid; legaliteit; legitieme verwachtingen; participatieve democratie; evenredigheid; motivering; rechtsstaat; tijdigheid en transparantie.

Vervolgens heeft het EP in juni 2016 een soortgelijke resolutie aangenomen met daarin een voorstel voor *een Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions, bodies, offices and agencies*. De Europese Commissie heeft op 4 oktober 2016 gesteld niet overtuigd te zijn van de voordelen van de codificatie van

23 In het licht van het ruime beginselenbegrip in het Europees (en internationaal) bestuursrecht ligt het gebruik van de woorden 'goed bestuur' in deze context meer in de rede dan de woorden 'behoorlijk bestuur'.

24 EP 15 januari 2013; www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-union-of-democratic-change/file-eu-administrative-procedure

25 European Parliament, IPOL, *The general principles of EU administrative procedural law in-depth analysis*, June 2015.

26 European Ombudsman, *The European Code of Good Administrative Behaviour*, 2001 goedgekeurd door het Europees Parlement, herziene versie 2005; European Commission, *The Code of Good Administrative Behaviour*, september 2000.

27 European Parliament, IPOL, *The general principles of EU administrative procedural law in-depth analysis*, June 2015, p. 6.

het bestuursrecht in relatie tot de kosten. De Commissie is van mening dat *ad hoc* concrete problemen moeten worden onderzocht. Op grond van de uitkomsten van onderzoek kunnen dan concrete maatregelen worden genomen. In een resolutie van 26 oktober 2017 heeft het EP zijn oproep aan de Commissie herhaald en is het in december 2017 gestart met een openbare raadpleging (consultatie) over algemene regels voor een open, onafhankelijk en efficiënt Europees bestuur, waaruit bleek dat de operationele incoherentie en administratieve lasten als meest problematische kwesties werden aangemerkt.

Wat betreft het internationale bestuursrecht richten we ons bij onze speurtocht naar de beginselen eerst op enkele algemene ontwikkelingen op dit gebied en daarna vooral op de ontwikkelingen in het kader van de Raad van Europa. Verder worden enkele relevante aspecten uit de internationale verdragen, zoals het Verdrag van Aarhus, vermeld die een meer algemene betekenis hebben.

In art. 38, eerste lid onder c, Statuut van het Internationale Hof van Justitie staat dat het Hof toepassing geeft aan onder meer de algemene rechtsbeginselen die door beschaafde naties worden erkend. Van belang is dat in het kader van de Internationaal recht Commissie van de Verenigde Naties vorig jaar een rapport is verschenen over algemene rechtsbeginselen in het internationale recht.[28] Daarin wordt ingegaan op de ontwikkeling, de elementen en de oorsprong van algemene rechtsbeginselen. Het gaat om de juridische aard van de algemene rechtsbeginselen als bron van internationaal recht, de oorsprong van algemene rechtsbeginselen, de functie van algemene rechtsbeginselen mede in relatie tot andere bronnen van internationaal recht en de vaststelling van algemene rechtsbeginselen. In de verschillende verdragen vindt een verwijzing plaats naar de algemene rechtsbeginselen. In het rapport wordt in verband met *algemene rechtsbeginselen* op twee kwesties ingegaan: (1) de kenmerken, oorsprong en functies van algemene rechtsbeginselen, (2) de relatie tussen deze beginselen en het algemeen internationaal recht. Interessant is onder meer het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de ruimere term 'beginsel' en de engere term 'principe'.[29] Voorts wordt door het Internationaal Hof van Justitie en de Internationaal recht Commissie van de Verenigde Naties een zekere relativering aangebracht in het onderscheid tussen de termen 'regel' en 'beginsel'. Interessant is de opvatting dat recht in de zin van art. 38 Statuut betrekking kan hebben op nationaal recht en dat aldus hetzelfde zou gelden voor de nationale algemene rechtsbeginselen.

In een volgend deel van het rapport worden voor wat betreft de oorsprong van algemene rechtsbeginselen als bron van internationaal recht genoemd de algemene rechtsbeginselen die voorvloeien uit de nationale rechtsstelsels en daarvan worden verschillende voorbeelden gegeven.[30] In het verlengde hiervan wordt in de literatuur gewezen op de betekenis van de beginselen van *good governance* (goed bestuur)

28 ILC, UN General Assembly, *First report on general principles of law*, M. Vázquez-Bermudez, A/CN.4/752, Genève 2019, p. 1-75. Inmiddels is er een *second report*, https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/741, en een memorandum, https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/742.

29 ILC UN 2019, p. 48 e.v.

30 ILC UN 2019, p. 62 e.v.

vanuit het Nederlandse bestuursrecht voor het internationale bestuursrecht.[31] En omgekeerd, de betekenis van de internationaalrechtelijke algemene rechtsbeginselen voor de beginselen van *good governance*.[32] Als tweede bron worden genoemd de algemene rechtsbeginselen gevormd binnen het internationale rechtssysteem. Hier worden het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en het EVRM genoemd. Voorts komen daarin voorbeelden op het gebied van het internationale economisch recht en regionale verdragen voor. Interessant is de vermelding in het rapport dat het voorzorgsbeginsel door de EU als een algemeen rechtsbeginsel wordt beschouwd.[33] De Verenigde Staten zijn juist van mening dat het voorzorgsbeginsel meer een 'benadering' dan een 'beginsel' is en Canada spreekt van een opkomend rechtsbeginsel dat in de toekomst een algemeen rechtsbeginsel kan worden.[34] Rechtsculturele verschillen kleuren, zo blijkt, de status die men in een bepaalde ontwikkelingsfase aan een beginsel toekent.

Interessant vanuit het bestuursrechtelijkebeginselenperspectief is de ontwikkeling van een tamelijk nieuw rechtsgebied, *global administrative law*, in het kader waarvan *global administrative law principles* zijn ontwikkeld.[35] Het gaat dan om de ontwikkeling van bestuursrechtelijke beginselen in een internationale context zoals *het beginsel van* openbaarheid van informatie, het motiveringsbeginsel en het transparantiebeginsel in het kader van de WTO, het legaliteitsbeginsel en het participatiebeginsel in de context van het Verdrag van Aarhus en toegepast door het *Compliance Committee* van dat verdrag. Het participatiebeginsel komt ook veel voor bij controlerende commissies van internationale organisaties zoals de Wereldbank.

3.4 Uitwerking algemene rechtsbeginselen in internationaal en Europees bestuursrecht[36]

Hiervoor zijn we ingegaan op het begrip 'algemene rechtsbeginselen' in het internationale en Europees bestuursrecht en enkele ontwikkelingen in die kaders. Hierna

31 J. Polak, 'The development of general principles of good governance in Dutch administrative case law', in: M. van Roosmalen e.a. (red.), *Fundamental rights and principles: liber amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2013, p. 329-344; G.H. Addink, 'Good Governance: A Principles of International Law', in: C. Ryngaert e.a. (red.), *What's Wrong with International Law?*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2015, p. 289-303.

32 J. Wouters & C. Ryngaert, 'Good Governance: Lessons from international organizations', in: D. Curtin & R.A. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union*, Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia 2005.

33 Conclusie A-G Sharpston, zaak C-616/17 (Blaise e.a), ECLI:EU:C:2019:190; zaak C-487/17, C-488/17; zaak C-489/17 (Verlezza e.a., Scaglione en MAD), ECLI:EU:C:2019:270.

34 ILC UN 2019, p. 79 e.v.

35 S. Cassese, *Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016; P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015; E. Chiti & B.G. Mattarella, *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Heidelberg: Springer 2014; M. Scheltema, 'Global administrative law', *NTB* 2013/1; O. Jansen, 'Internationaal bestuursrecht weer voor het voetlicht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 425-439.

36 Verschillende van de volgende onderdelen vormen een bewerking van Addink 2018, p. 485 e.v. Hier gaat het om een grove, illustratieve schets van de aanzienlijke omvang van algemene rechtsbeginselen in het internationale en Europese bestuursrecht.

wordt het begrip 'rechtsbeginsel' nader uitgewerkt met gebruikmaking van de hiervoor onderscheiden drie groepen algemene rechtsbeginselen van bestuursrecht. We richten ons daarbij in het bijzonder op de algemene rechtsbeginselen, *casu quo* mensenrechten in het kader van de Raad van Europa, inclusief het EVRM, en van de EU. Daarna volgt vanuit het beginselenperspectief een beknopte bespreking van de *ReNEUAL Model Rules*, mede in het licht van de Awb.

In mensenrechtenverdragen zijn uiteenlopende soorten mensenrechten gecodificeerd. In wezen gaat het om de codificatie van algemene rechtsbeginselen. Althans, het betreft juridische concepten die worden geconcretiseerd in de vorm van subjectieve rechten of aanspraken. Mensenrechten kunnen aldus het karakter hebben van individuele subjectieve rechten die aan individuele personen zijn toegekend. Zij kunnen echter tevens algemene, objectieve normen voor bestuursorganen betreffen. Uit onderzoek blijkt dat verschillende beginselen zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het participatiebeginsel, het transparantiebeginsel, het verantwoordingsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel in de bedoelde mensenrechtenverdragen voorkomen.[37] Hiermee hebben ook deze beginselen een duidelijke verankering in het internationale recht. Ze spelen onder meer een rol bij de normering van beperkingen van (gecodificeerde) fundamentele verdragsrechten.[38]

Algemene beginselen van bestuursrecht in het kader van de Raad van Europa[39]

Bij de RvE zien we dat in de regelingen, aanbevelingen en rechtspraak lange tijd het accent heeft gelegen op de mensenrechten in het EVRM en de daarbij behorende protocollen.[40] Deze bronnen vormen een belangrijke basis zowel voor het EHRM als voor de nationale rechters. Centraal stond vanaf het begin de ontwikkeling en toepassing van rechtsbeginselen in de vorm van fundamentele, vaak burgerlijke en politieke, grondrechten. In toenemende mate zijn daarnaast de economische, sociale en culturele rechten aan de orde waarbij de overheid niet passief kan blijven maar zelf met het oog op de behartiging van het publieke belang bepaalde gedragingen heeft te verrichten. Daarbij kunnen beginselen gelijkgericht maar ook onderling strijdig zijn. Bij de verdere ontwikkeling van de eerste en tweede generatie mensenrechten is er een toenemende samenhang tussen de rechten van burgers en de plichten die voor de overheid daaruit voortvloeien of met zich brengen. In dit verband spelen de algemene rechtsbeginselen een belangrijke rol alsmede de kaders van het Statuut van de Raad van Europa, het EVRM, de aanbevelingen van het Comité van Ministers van de RvE en de aanbevelingen, resoluties, opinies en rapporten van de Parlementaire assemblee en andere RvE-instellingen. Wat betreft het RvE-recht zien we bij die

37 Addink 2019, p. 7 e.v. en hoofdstuk 12.

38 D.G.J. Sanderink, 'De raakvlakken tussen het EVRM en de Awb', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 447-455.

39 Added Value of the Council of Europe to Administrative Law: *The Development of Pan-European General Principles of Good Administration by the Council of Europe and their Impact on the Administrative Law of its Member States*, 2017: https://dopus.uni-speyer.de/frontdoor/index/index/docId/2439.

40 J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

organen meer (aspecten van) fundamentele algemene rechtsbeginselen die betrekking hebben op de concepten rechtsstaat, democratie en *good governance*. Voorbeelden zijn het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, en het beginsel van *good governance*.

Enkele intrinsieke elementen van het staats- en bestuursrechtelijke *legaliteitsbeginsel* worden afgeleid uit de jurisprudentie van het EHRM zonder dat dit college zelf de verbinding met dit beginsel direct heeft gelegd. Het gaat dan om de eis van de wettelijke grondslag voor inmenging in mensenrechten door een overheidsinstantie,[41] zoals voorgeschreven in de art. 8-11 EVRM,[42] dat bekend is als '*principle of lawfulness*'. Wettelijke bepalingen die een beperking of een inbreuk legitimeren of andere juridische grondslagen (bijv. rechtspraak) moeten voor betrokkenen voorzienbaar zijn. Dit beginsel veronderstelt formeel dat de toepasselijke bepalingen van de nationale wetgeving voor de betrokken personen toegankelijk zijn doordat ze officieel zijn gepubliceerd en dat hun reikwijdte voldoende nauwkeurig bepaald is en tevens wat de interpretatie is van de nationale rechters.[43] Het voorgaande weerspiegelt meer het rechtsstatelijke[44] dan het democratische[45] karakter van het beginsel.

Het *rechtszekerheidsbeginsel* beperkt het intrekken van administratieve gedragingen die in strijd zijn met het recht (bijvoorbeeld onrechtmatige beschikkingen), vooral wanneer dergelijke gedragingen individuele rechten toekennen. Verder dienen administratieve procedures waarbij te goeder trouw aan individuen uiteindelijk voordelen zijn verleend, niet opnieuw te worden beoordeeld tenzij er sprake is van nieuwe feiten. Het risico van een door het bestuursorgaan gemaakte fout moet door dat orgaan worden gedragen.[46] Een buitensporige last is evenmin toegestaan om een evenwicht te bereiken tussen het gemeenschappelijk goed en de particuliere rechten.[47] Administratieve autoriteiten mogen geen afbreuk doen aan de vastgestelde wetten die worden geïmplementeerd: het is uitsluitend aan de wetgever om wetten te wijzigen als deze politiek gezien niet langer opportuun worden geacht.[48] Het rechtszekerheidsbeginsel sluit de mogelijkheid voor overheidsinstanties uit om een inbreuk te maken op de beslissingen die door de rechtbanken zijn genomen.[49]

Het algemene concept van good governance heeft zich inmiddels ontwikkeld tot een expliciet concept in de rechtspraak. In de zaak *Beyeler* benadrukte het EHRM dat 'waar een probleem van algemeen belang op het spel staat, de overheid verplicht is om op tijd, op de juiste en passende wijze en uiterst consistent te handelen',[50] omdat ze anders de kans loopt het EVRM te schenden. In *Moskal* heeft het Hof dit beginsel expliciet als '*a principle of good governance*' (goed bestuur) gekwalificeerd,[51]

41 EHRM 14 april 2009, 37374/05 (Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije), par. 35 e.v.
42 EHRM 9 oktober 2014, 37873/04 (Konovalova/Rusland), par. 41 e.v.
43 EHRM 20 mei 2010, 55555/08 (Lelas/Kroatië), par. 76.
44 EHRM 5 februari 2009, 31004/02 (Sun/Rusland), par. 32.
45 EHRM 23 november 2000, 25701/94 (Vorige Koning van Griekenland e.a./Griekenland).
46 EHRM 11 juni 2009, 35298/04 (Trgo/Kroatië), par. 67.
47 EHRM 15 september 2009, 10373/05 (Moskal/Polen), par. 44, 64, 82 e.v.
48 EHRM 28 september 2005, 31443/96 (Broniowsky/Polen), par. 184.
49 EHRM 24 mei 2007, 65582/01 (RadchikovRusland), par. 42 e.v.
50 EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (Beyeler/Italië), par. 120.
51 EHRM 15 september 2009, 10373/05 (Moskal/Polen), par. 44, 64, 82 e.v.

en benadrukt dat het wenselijk is dat de 'overheid met de grootste zorgvuldigheid handelt, in het bijzonder bij zaken van vitaal belang voor individuen, zoals welvaartsvoordelen en andere eigendomsrechten'.[52] Hoewel dit beginsel tot nu toe alleen expliciet is toegepast bij schendingen van het eigendomsrecht in de zin van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM, heeft het EHRM benadrukt dat het bereik zich uitstrekt tot schendingen van 'alle rechten van het EVRM, met inbegrip van het recht op eigendom'.[53] Dit sluit aan op het belang van de procedurele kant van art. 8 EVRM, dat ook een recht op een eerlijke administratieve procedure impliceert.[54] Vandaar dat het 'beginsel van goed bestuur' kan worden gezien als een conceptueel kader dat in staat is om beginselen van goed bestuur verder te ontwikkelen en oudere beginselen nieuw leven in te blazen.[55]

Naast de algemene rechtsbeginselen in een bestuursrechtelijke context zien we steeds vaker de algemene rechtsbeginselen van goed bestuur. Het participatiebeginsel is wel genoemd in de regelgeving, maar komt op het Europese niveau in de rechtspraak (nog) niet duidelijk zichtbaar terug.[56] Bij de behoorlijkheid gaat het vooral om het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

Wat betreft het *zorgvuldigheidsbeginsel* zijn verschillende aspecten in de jurisprudentie aan de orde geweest. De lange duur van de administratieve procedure mag niet tot een louter feitelijke beslissing leiden en de beslissing moet op een consistente manier worden genomen en mag niet leiden tot juridische onzekerheid vanwege de onbepaalde duur.[57] Nadelige administratieve maatregelen mogen pas worden genomen na een adequate beoordeling van de relevante feiten.[58] Hier komt de aan het zorgvuldigheidsbeginsel inherente onderzoekplicht tot uitdrukking. De bevoegde administratieve autoriteiten dienen de aanvragers de gelegenheid te bieden om hun zaak te presenteren en eventueel bewijsmateriaal ter ondersteuning van hun zaak te verstrekken.[59] De bevoegde administratieve autoriteiten dienen de aanvrager ook voldoende tijd te bieden om de relevante dossiers en documenten te raadplegen.[60] Bij besluitvormingsprocessen in verband met complexe milieuvraagstukken en daarmee samenhangend economisch beleid, zoals de planning en de besluiten betreffende grote infrastructurele projecten (luchthavens, straten, bedrijfsvestigingen) moeten in de eerste plaats passende onderzoeken en studies worden gedaan,

52 EHRM 15 september 2009, 10373/05 (Moskal/Polen), par. 51.
53 EHRM 20 oktober 2010, 29979/04 (Rysovskyy/Oekraïne), par. 70; EHRM 24 februari 2016, 17467/07 (Paukštis/Litouwen), par. 74.
54 EHRM 13 maart 2013, 3675/04 (Flamenbaum e.a/Frankrijk), par. 137.
55 EHRM 20 oktober 2010, 29979/04 (Rysovskyy/Oekraïne), par. 71.
56 Het recht op participatie op lokaal niveau in het aanvullend Protocol bij het Europees Handvest inzake lokale autonomie, 16 november 2009, Utrecht, dat door Nederland is ondertekend en inmiddels in werking is getreden; zie hierover wat betreft Nederlandse rechtspraak en komende regelgeving, G.H. Addink, 'Het participatiebeginsel in het bestuursrecht. Opmerkingen bij het voorontwerp Wet versterking participatie op decentraal niveau', *NTB* 2020/172, nr. 7, p. 374-385.
57 EHRM 24 november 2015, nr. 17467/07 (Paukštis/Letland).
58 EHRM 21 oktober 2010, 4916/07 (Alekseyev/Rusland), par. 85.
59 EHRM 20 oktober 2009, 39128/05 (Lombardi Vallauri/Italië), par. 45; bij urgentie kan van de regel worden afgeweken: EHRM 12 juli 2001, 25702/94 (K. en T./Finland), par. 166.
60 EHRM 31 juli 2014, 14902/04 (Yukos/Rusland), par. 536 e.v.

zodat de effecten van de activiteiten die tot milieuschade of schending van individuele rechten kunnen leiden, vooraf worden voorspeld en geëvalueerd. In dit verband dient een redelijk evenwicht tussen de verschillende tegenstrijdige belangen te worden bereikt.[61]

Bijzondere aspecten van het zorgvuldigheidsbeginsel voor het bestuursorgaan betreffen de relatie tot het privaatrecht. De betaling van staatsschulden kan niet onterecht vertraagd worden, ook al zou die vertraging aanzienlijke budgettaire problemen voorkomen.[62] Verder zullen in het algemeen privaatrechtelijke voorrechten (zoals gunstige rente), die niet essentieel zijn om de goede werking van administratieve autoriteiten te verzekeren, niet aan de Staat worden toegekend.[63] Het verplaatsen van een publieke taak naar een gescheiden juridische privaatrechtelijke entiteit, ontheft de Staat niet van de aansprakelijkheid krachtens het EVRM voor zijn handelingen en nalatigheden zolang er een institutionele en operationele afhankelijkheid is tussen de Staat en de nieuwe entiteit.[64]

Toepassing van het *motiveringsbeginsel* ziet men onder meer in de volgende situaties. De bevoegde administratieve autoriteiten dienen redenen te geven voor de beslissingen die van invloed zijn op individuele rechten;[65] deze verplichting omvat tevens de verplichting om voor een beslissing een rechtsgrondslag te vermelden.[66]

Het *evenredigheidsbeginsel* kent een brede toepassing. Het speelt bijvoorbeeld ook een rol bij het sluiten van een overeenkomst door de Staat. Door overeenkomsten te sluiten die eigendomsrechten (in verdragsrechtelijke zin) voor het individu opleveren maar onwettig zijn en waarvoor geen adequate compensatie wordt geleverd, loopt de Staat het gevaar om een disproportionele last op gewone burgers te leggen als gevolg van fouten die door publieke autoriteiten zijn gemaakt en waarvan de burger terecht zich niet bewust was.[67]

Het *transparantiebeginsel* speelt in diverse gevallen. Zo moet de administratieve procedure op een transparante en duidelijke wijze worden georganiseerd om aldus het risico op fouten te minimaliseren en de rechtszekerheid te bevorderen.[68] In een ander geval was art. 10, eerste lid, tweede zin, EVRM, aan de orde. Deze bepaling verleent het recht op toegang tot de informatie die de overheid in het algemeen belang onder zich heeft, in verband met bedrijven en ngo's.[69] Het recht om informatie te ontvangen kan echter niet worden geconstrueerd als een positieve verplichting van de Staat om proactief informatie te verzamelen en op eigen initiatief

61 EHRM 9 september 2014, 28711/10 (Traube/Duitsland), par. 28 e.v.
62 EHRM 11 januari 2000, 29813/96 en 30229/96 (Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão e.a./Portugal), par. 54 e.v.
63 EHRM 22 juni 2004, 33977/08 (Meïdanis/Griekenland), par. 30.
64 EHRM 16 juli 2014, 60642/08 (Ališić e.a./Bosnië en Herzegovina, Kroatië, Servië, Slovenië en de vroegere Joegoslavische republiek Macedonië), par. 114 e.v.
65 EHRM 15 september 2009, 798/05 (Mirolubovs/Litouwen), par. 87.
66 EHRM 24 maart 2005, 58254/00 (Frizen/Rusland), par. 34; EHRM 8 oktober 2009, 23202/05, (Adzhigovich/Rusland), par. 32 en 34.
67 EHRM 1 december 2015, 57675/09 (Žilinskienė/Litouwen), par. 45 e.v.
68 EHRM 21 oktober 2014, 34911/06 (Digrytė Klibavičienė/Litouwen), par. 33.
69 EHRM 8 november 2016, 18030/11 (Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije), par. 157-170.

te verspreiden,[70] met name niet als hiermee een aanzienlijke hoeveelheid werk is gemoeid.[71] In een andere uitspraak was het EHRM echter niet in staat om een concluderend antwoord op deze vraag af te leiden uit de formulering van art. 10 EVRM of uit andere bepalingen van het EVRM. Daarom ging het ertoe over om de Aanbeveling (2002)2 van het Comité van Ministers aan de lidstaten over de toegang tot officiële documenten en het Verdrag inzake toegang tot officiële documenten van de RvE van 18 juni 2009[72] te interpreteren en 'te spreken van een voortdurende evolutie (...) of een definitieve tendens naar de erkenning van de verplichting van de Staat om toegang te geven tot publieke informatie'.[73] De hier toegepaste methode van '*globalized*' interpretatie van het EVRM is bekritiseerd,[74] maar er zijn geen aanwijzingen – gelet op het betrekkelijk recente karakter van de uitspraak – dat het EHRM in de toekomst terughoudender zal zijn.

Algemene beginselen van bestuursrecht in de EU

In de algemeen Europeesrechtelijke literatuur wordt er ruime aandacht geschonken aan de inhoud van de algemene rechtsbeginselen in het Unierecht. Tridimas bespreekt de volgende algemene rechtsbeginselen: het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van de gewekte verwachtingen, de fundamentele rechten, de rechten op verdediging waaronder het beginsel van goed bestuur (*good administration*), het effectiviteitsbeginsel en het aansprakelijkheidsbeginsel voor de EU-instituties en de lidstaten.[75] Het valt op dat hij het beginsel van goed bestuur rekent tot het verdedigingsbeginsel. Later is daaraan vanuit dezelfde benadering in Prechal/Widdershoven het transparantiebeginsel toegevoegd waarbij het bestuursprocesrechtelijk karakter wordt benadrukt.[76]

Groussot maakt een onderscheid tussen de legitimiteitsbeginselen als basis voor correcties door het HvJ EU en beginselen als effectiviteitsbeginselen in het nationale recht.[77] Hij onderscheidt drie hoofdgroepen: administratieve beginselen (evenredigheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel), behoorlijkprocesbeginselen met een hybride karakter vanwege de administratieve en constitutionele waarden (het recht om te worden gehoord) en fundamentele rechten. Gewezen wordt op zijn kritische

70 EHRM 28 november 2013, 39534/07 (Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes/Oostenrijk), par. 41.

71 EHRM 6 januari 2015, 70287/11 (Friedrich Weber/Duitsland), par. 25.

72 Dit terwijl het Verdrag van de Raad van Europa inzake toegang tot officiële documenten door slechts zeven lidstaten is geratificeerd. Zie in dit verband de kritische '*dissenting opinion*' van rechter Spano en waar rechter *Kjølbro* zich bij aansloot.

73 EHRM 8 november 2016, 18030/11 (Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije), par. 145.

74 P. Wachsmann, 'Réflexions sur l'interprétation "globalisante" de la Convention européenne des droits de l'homme', in: *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris: Dalloz 2011, p. 667-676.

75 T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

76 S. Préchal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, hoofdstuk IV, par. 7, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, waarbij in hoofdstuk IV in de titel de 'rechtsbeginselen' en de 'fundamentele rechten' nevenschikkend zijn geplaatst. Zie voor een ruimere benadering van transparantie, A.W.J.C. Buijze, *The principle of Transparency in EU Law*, Boxpress 2013.

77 X. Groussot, *General Principles of Community Law*, Groningen: Europa law Publishing 2006.

opmerkingen vanuit het concept '*coherence*' op de EU-rechtspraak ter zake van fundamentele rechten in het algemeen en art. 41 Hv in het bijzonder.[78] Craig legt in zijn benadering het accent op het dichotomiekarakter van het bestuursrecht en trekt daar zowel conceptueel als bij de uitwerking van algemene rechtsbeginselen consequenties uit.[79] Hij spreekt van een '*background of meta-principles*' en gaat in op het belang van een '*general code of good administration*' met een specificatie van de beginselen die een verdere uitwerking vormen van art. 41 Hv. Voorts besteedt Craig ruime aandacht aan het transparantiebeginsel en legt een verband met het democratieconcept als grondslag voor dat beginsel en met het recht op toegang tot informatie als belangrijk aspect van het transparantiebeginsel. Hij haalt Lenaerts, rechter in het HvJ EU, aan die al in 2004 stelde '*it can at present hardly be denied that the principle of transparency has evolved into a general principle of Community law*'. Craig ziet ook het voorzorgbeginsel als een algemeen rechtsbeginsel.

Lenaerts, ten slotte, maakt een onderscheid tussen de drie functies van algemene beginselen in het kader van de werkzaamheden van het Hof: het vullen van onvoorziene gaten in het recht, het interpreteren van bepalingen in de relatie tussen nationaal en EU-recht en het hanteren als toetsingsgronden.[80]

Binnen de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht zijn er beginselen die we kunnen rekenen tot de staats- en bestuursrechtelijke dimensie van ieder van de hiervoor onderscheiden groepen van beginselen: algemene rechtsbeginselen in een bestuursrechtelijke context, algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur en algemene beginselen van goed bestuur. Daarnaast kennen we nog specifieke rechtsbeginselen zoals het voorzorgbeginsel. Aan deze algemene rechtsbeginselen liggen ten grondslag de concepten van rechtsstaat, democratie en in toenemende mate goed bestuur. Art. 2 VEU voegt daaraan nog een grote groep waarden als concepten toe die deels samenvallen met de vermelde drie concepten. Er zijn inmiddels diverse dissertaties verschenen over het concept en de beginselen van goed bestuur (*gute Verwaltung*, *bonne administration*, *good administration*) in het Unierecht.[81]

Het is verder opvallend dat in 2000 de Europese Commissie – mede in verband met het eigen (dis)functioneren – vervolgens in een Witboek de volgende vijf beginselen van goed bestuur heeft ontwikkeld: openheid, participatie, verantwoording, effectiviteit en coherentie.[82] In een eerder verschenen Witboek inzake administratieve hervorming had de Commissie al enkele hoofdbeginselen van het Europese overheidsbestuur genoemd: servicegerichtheid, onafhankelijkheid, verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid, efficiëntie en transparantie. Deze beginselen zijn door de Commissie in de Code van Goed Administratief Gedrag uitgewerkt.

---

78 X. Groussot, J. Hettne & G.T. Petursson, 'General Principles and the Many Faces of Coherence: Between Law and Ideology in the European Union', in: S. Vogenauer & S. Weatherill (red.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspective*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 77-103.

79 P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2018.

80 K. Lenaerts & J.A. Gutierrez-Fons, 'The constitutional allocation of powers and general principles of EU-law', *CMLRev.* 2010, nr. 47, p. 1629-1669.

81 Enkele voorbeelden, K. Pfeffer, *Das Recht auf eine gute Verwaltung*, Baden-Baden: Nomos 2006; R. Boustra, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Parijs 2010; B.C. Mihaescu-Evans, *The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the EU integrative administrative system*, Baden-Baden: Nomos 2015.

82 European Commission, *White Paper on Administrative Reform*, March 2000, COM 2000 (200).

In september 2001 heeft het EP een resolutie aangenomen met betrekking tot de door de Europese Ombudsman opgestelde '*Code of Good Administrative Behavior*' en waarin staat dat de instellingen en organen van de EU – hun overheden en ambtenaren – deze Code in hun betrekkingen met het publiek moeten respecteren. De Code specificeert beginselen zoals het verbod van discriminatie (art. 5), evenredigheidsbeginsel (art. 6), verbod van machtsmisbruik (art. 7), onpartijdigheids- en onafhankelijkheidsbeginsel (art. 8), objectiviteitsbeginsel (art. 9), beginsel van gewekt vertrouwen (art. 10), rechtvaardigheidsbeginsel (art. 12), recht om te worden gehoord en verklaringen te doen (art. 16), beginsel van de redelijke termijn voor het nemen van beslissingen (art. 17), en plicht om beslissingen te motiveren (art. 18). Vergeleken met de hiervoor genoemde door de Commissie opgestelde Code, is deze Code duidelijker en gedetailleerder.[83] Later heeft de Europese Ombudsman (in 2012) in aanvulling hierop nog vijf beginselen specifiek voor ambtenaren ontwikkeld: EU-betrokkenheid, integriteit, objectiviteit, respect voor anderen en transparantie.[84]

Met name het *integriteitsbeginsel* vormt een nieuw beginsel op Europees niveau en het richt zich vooral op de aspecten van eerlijkheid en fatsoen alsmede op (de schijn van) belangenconflicten.[85] Hofmann schrijft in dit verband over – de toetsing van – de ombudsman en ziet deze als '*integrity'-body*'.[86] In hetzelfde boek gaat Harden in op de rol van de ombudsman bij het bevorderen van '*good governance*'.[87]

De Code van de Ombudsman bevat de klassieke inhoudelijke en procedurele beginselen van het bestuursrecht, zoals de rechten van de verdediging, de beginselen die ten grondslag liggen aan bestuursbesluiten zoals non-discriminatie, onpartijdigheid, de mogelijkheid tot beroep en enkele andere regels van goed administratief functioneren. Beide soorten normen – verplichtingen voor het bestuur en rechten van de burger – zijn elementen van de beginselen van goed bestuur. Een summiere codificatie van deze beginselen vinden we in art. 41 Hv. Er is echter een grote behoefte aan een algemene verordening waarin aan het concept en de beginselen van goed bestuur op een substantiële en uniforme wijze invulling wordt gegeven.[88] Daarbij is in discussie of art. 298 VWEU een geschikte verdragsbasis is en daarom worden nog andere mogelijkheden onderzocht.[89]

---

83 Een vergelijking tussen de codes van de Europese Ombudsman en van de RvE: 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*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 3-25.

84 Beginselen voor de openbare dienst voor EU-ambtenaren, 2012.

85 D. Anwar, 'The applicability of good governance norms in situations of integrity violations', in: G.H. Addink 2020, p. 22-23.

86 H.C.H. Hofmann, 'The developing role of the European Ombudsman', in: H.C.H. Hofmann & J. Ziller (red.), *Accountability in the EU. The Role of the European Ombudsman*, Cheltenham (UK)-Northampton (MA): Edward Elgar Publishing 2017, p. 25.

87 I. Harden, 'The European Ombudsman role in promoting good governance', in: H.C.H. Hofmann & J. Ziller (red.), *Accountability in the EU. The Role of the European Ombudsman*, Cheltenham (UK)-Northampton (MA): Edward Elgar Publishing 2017, p. 198-216.

88 Ook het EP heeft daarvoor in enkele resoluties – (2012/2024(INL)) en (2016/2610(RSP)) – gepleit en na een gedegen onderzoek ook zelf een voorstel voor een verordening als bijlage bij een van de laatste resoluties gevoegd.

89 *Law of Administrative Procedure of the European Union*. European Added Value Assessment, 23 October 2012; PE 494.457, EAVA004/2012; www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html;

De betekenis van de algemene beginselen van bestuursrecht in het kader van de EU neemt nog steeds toe, waarbij de Unierechtelijke beginselen niet steeds parallel lopen met de in Nederland gecodificeerde algemene beginselen. Dat is lang niet altijd een probleem omdat diverse nationale beginselen kunnen worden gemodificeerd en aangevuld. Hierbij is van belang dat de Awb weliswaar diverse aspecten van de beginselen van behoorlijk bestuur codificeert, maar dat naast de geschreven uitwerkingen ook de ongeschreven basisbeginselen hun betekenis behouden. De Unierechtelijke beginseldynamiek jaagt in het Nederlandse recht het ontdekken en omarmen van nieuwe (aspecten van) beginselen zelfs aan. Zo bezien is er sprake van vruchtbare rechtsvorming.

Enerzijds zijn er algemene beginselen die wel op EU-niveau maar niet in de Awb zijn geformuleerd, zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Anderzijds is er sprake van een verdergaande reikwijdte van een Europees algemeen rechtsbeginsel ten opzichte van het nationale niveau zoals bij het evenredigheidsbeginsel. Dit evenredigheidsbeginsel mag zich de laatste jaren in het Nederlandse bestuursrecht op steeds meer belangstelling verheugen. De intensiteit van de rechterlijke toetsing van beleidsruimte is en wordt verder aangescherpt.[90] Zelfs in landen met een *common law*-traditie – waar de rechter graag afstand bewaart tot het bestuur – wordt er volop debat gevoerd over indringender toetsen.[91]

Drie groepen beginselen worden hier nog kort besproken: (a) conceptuele beginselen, (b) fundamentele rechten als algemene rechtsbeginselen, en (c) algemene rechtsbeginselen van goed bestuur. Bij de conceptuele beginselen kan worden gedacht aan de rechtsstaat (art. 2 VEU). Dit beginsel is van toepassing op administratieve gedragingen, in nauwe samenhang met het legaliteitsbeginsel. Beide komen in de rechtspraak aan de orde. Wat betreft de legaliteit betreft die rechtspraak bijvoorbeeld de toepassing van art. 52, eerste lid, Hv, op grond waarvan beperkingen van de in het Handvest erkende rechten en vrijheden 'bij wet [moeten] worden gesteld', waarbij bovendien de essentie van die rechten en vrijheden – en dus van die rechtsbeginselen – moeten worden gerespecteerd.[92] Wat betreft de rechtsstaat wordt gewezen op de rechtspraak van het HvJ EU betreffende de Portugese en Poolse rechters,[93] waarin het een ruime reikwijdte van het vereiste van effectieve rechtsbescherming van art. 19 eerste lid, VEU baseert op het rechtsstaatbeginsel van art. 2 VEU, dat in art. 19, eerste lid, VEU wordt geconcretiseerd.

G.H. Addink, 'Europees bestuursrecht in ontwikkeling: op weg naar een Europese Awb', par. 2.1 (Grondslag in het Verdrag), NTB 2014/24. Zie over deze grondslag ook hoofdstuk 9 in dit rapport.

90 Zie voor een overzicht van de rechtsontwikkeling, R.J.N. Schlössels, 'Rechterlijke toetsing van beleids- en beoordelingsruimte', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JBSelect*, Den Haag: Sdu 2019, p. 115 e.v. De discussie is in Nederland nieuw leven ingeblazen door E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter, VAR-reeks 154*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 36 e.v.

91 Zie bijvoorbeeld de bijdragen in de bundel, H. Wilberg & M. Elliott (eds.), *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggert's Rainbow*, Oxford-Portland: Hart Publishing 2017.

92 Zie voor een willekeurig voorbeeld, zaak C-73/16 (Puškár), ECLI: EU:C:2017:725.

93 Zaak C-64/16 (Associação Sindical dos Juízes Portugueses), ECLI:EU:C:2018:117; zaak C-619/18 (Commissie/Polen; Onafhankelijkheid van Hoge Raad), ECLI:EU:C:2019:531.

Bij de toepassing van algemene beginselen in de vorm van (procesgeoriënteerde) fundamentele mensenrechten worden verschillende rechten onderscheiden, zoals het recht op een effectief rechtsmiddel, het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging, het recht op toegang tot een dossier en het recht op bescherming van (de kwaliteit van) persoonsgegevens. Het verdedigingsbeginsel is – anders dan het recht op een eerlijk proces van art. 6 EVRM – niet alleen in de rechterlijke maar evenzeer in de bestuurlijke fase relevant.[94] Het recht op een effectief rechtsmiddel is vastgelegd in art. 47 Hv, alsmede in de art. 6 en 13 van het EVRM en is erkend als een algemeen beginsel van het EU-recht.[95]

Het recht op goed bestuur als uitwerking van het concept van goed bestuur (*good administration*), is maar voor een deel in art. 41 Hv gecodificeerd en is van bijzonder belang voor administratieve procedures, onder meer wat betreft de gebruikte taal.[96] Het Handvest vereist vanuit de gedachte van goed bestuur dat beslissingen worden genomen volgens procedures die billijkheid, onpartijdigheid en tijdigheid waarborgen. De klassieke uitwerking van het concept van goed bestuur loopt in de rechtspraak van het Hof vooral langs de lijn van het zorgvuldigheidsbeginsel, of meer specifiek het verdedigingsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel, en het motiveringsbeginsel.

Een ander fundamenteel algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is het rechtszekerheidsbeginsel. Het beginsel van gerechtvaardigde verwachtingen, het vertrouwensbeginsel, dat nauw verwant is aan het rechtszekerheidsbeginsel, is lang geleden erkend door het Hof.[97]

Het al eerder vermelde evenredigheidsbeginsel biedt onder meer een criterium voor de legaliteit van elke gedraging in het kader van het Unierecht. Volgens het Hof eist het evenredigheidsbeginsel dat elke maatregel van de Europese administratie op de wet is gebaseerd, geschikt en noodzakelijk is om te voldoen aan de doelstellingen die door de betreffende gedraging rechtmatig worden nagestreefd, waar een keuze uit verschillende passende maatregelen is, de minste last veroorzakende gedraging moet worden verricht, en de opgelegde lasten niet onevenredig zijn in verhouding tot de nagestreefde doelstellingen.[98] Het beginsel is van belang bij de totstandkoming van zowel de individuele besluiten als regelingen. Het speelt een rol bij de belastende besluiten en sancties. Al in de jaren vijftig van de vorige eeuw werd het beginsel in de rechtspraak van het Hof als een algemeen rechtsbeginsel erkend. Het beginsel behoort daarmee tot het 'dna' van het Unierecht. Het evenredigheidsbeginsel wordt door het Hof ook buiten de sanctietoepassing gehanteerd. De Deense statiegeldregeling inzake flessen – ter illustratie – voldeed niet

94 Elementen van het verdedigingsbeginsel, ten dele gecodificeerd in art. 41 Hv, zijn het recht om gehoord te worden, het recht om inlichtingen te ontvangen, het recht op een toereikende termijn om de verdediging voor te bereiden, het verbod van zelfincriminatie en recht op rechtsbijstand.

95 Zaak 222/84 (Johnston), ECLI:EU:C:1986:206, par. 19.

96 Zie art. 24, vierde subparagraaf, VWEU, en art. 41, vierde lid, Hv.

97 Zaak 111/63 (Lemmerz-Werke/Hoge Autoriteit van de EGKS), ECLI:EU:C:1965:76; in dit arrest werd voor het eerst het beginsel van de gewekte verwachtingen vermeld.

98 Vergelijk J.E. van den Brink e.a., 'Hoofdstuk IV – Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 178-194.

aan die eis.[99] Op deze wijze worden uiteenlopende doelstellingen van de Unie met elkaar verenigd. Het is geen mechanisme om de ene doelstelling boven de andere te laten prevaleren, dat gaat de taak van het Hof te buiten.[100]

Het gelijkheidsbeginsel wordt door het Hof doorgetrokken naar de bepalingen in het VWEU op grond waarvan discriminatie niet toegestaan is. Het Hof maakt ook gebruik van het algemene gelijkheidsbeginsel bij de beoordelingen van regelingen. Ingevolge het gelijkheidsbeginsel mogen vergelijkbare omstandigheden niet verschillend worden behandeld, tenzij een onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Uiteraard moet het dan wel om vergelijkbare situaties gaan.

Ten slotte zijn er de 'modernere' beginselen van goed bestuur waartoe onder meer het transparantie- en participatiebeginsel kunnen worden gerekend. Het transparantiebeginsel als algemeen rechtsbeginsel in het EU-recht komen we tegen in de vorm van het recht op toegang tot documenten. Dit recht, zoals neergelegd in art. 15, derde lid, VWEU en art. 42 Hv, is een fundamenteel recht in het EU-recht en vormt tevens een basisvoorwaarde voor een open, efficiënte en onafhankelijke Europese administratie. Elke beperking moet nauwgezet worden uitgelegd en voldoen aan de criteria van art. 52, eerste lid, Hv. Zij moet derhalve gebaseerd zijn op de wet, en moet het wezen van het recht respecteren waarbij de criteria van proportionaliteit worden gevolgd. Het transparantiebeginsel en ook het participatiebeginsel zijn tevens van toepassing op situaties waarin de procedures leiden tot het aannemen van een gedraging gericht op algemene toepassing, met inbegrip van besluiten van algemene strekking.[101] Opdat het horen in het kader van het participatiebeginsel effectief kan plaatsvinden, moet op een actieve wijze informatie voor het publiek en de gestructureerde middelen van feedback en respons worden geschapen. Tot slot dringt het participatiebeginsel via het Verdrag van Aarhus door in het Unierecht en – deels via dat Unierecht – in de nationale besluitvorming over en het beroep in rechte tegen milieubesluiten.[102]

Tussenstand: bevindingen en deelconclusie

In de inleiding is aangegeven dat er sprake is van een toenemend belang van (rechts)beginselen in het nationale, internationale en Europees bestuursrecht. In de

99 HvJ EU 20 september 1988, nr. C-302/86, ECLI:EU:C:1988:421 (Commissie/Denemarken).

100 Zie de noot van J.H. Jans bij het arrest, in *SEW* 1990, p. 485.

101 Zie over het participatiebeginsel, art. 10, derde lid, VEU: iedere burger heeft het recht aan het democratisch bestel van de Unie deel te nemen. De besluitvorming vindt plaats op een zo open mogelijke wijze, en zo dicht bij de burgers als mogelijk is. Art. 11, eerste lid (De instellingen bieden de burgers en de representatieve organisaties langs passende wegen de mogelijkheid hun mening over alle onderdelen van het optreden van de Unie kenbaar te maken en daarover in het openbaar in discussie te treden) en derde lid (Ter wille van de samenhang en de transparantie van het optreden van de Unie pleegt de Europese Commissie overleg met de betrokken partijen) vragen van de Europese instellingen op inzichten en opvattingen over EU-maatregelen in het kader van de consultatieprocedures te betrekken. Vergelijk J. Mendes, *Participation in EU Rule-Making*, Oxford: Oxford University Press 2011.

102 Het Verdrag van Aarhus is door de EU voor wat betreft de EU-lidstaten omgezet in de Aarhusrichtlijn 2003/35, die Richtlijn 85/337 (inmiddels opnieuw gecodificeerd in Richtlijn 2011/92) en Richtlijn 96/91 (inmiddels opnieuw gecodificeerd in Richtlijn 2010/75) wijzigt. Zie voor de invloed van deze regels in Nederland, paragraaf 2.5.

internationale en Unierechtelijke rechtsorden treffen we diverse beginselen aan die nauw verwant zijn aan de beginselen in de Nederlandse rechtsorde. Er is volop ruimte voor kruisbestuiving en rechtsvorming.

Bij de beginselengerelateerde begrippen wordt er een hoofdonderscheid gemaakt tussen beginsel als concept (grondgedachte) en beginsel als rechtsbeginsel (gespecificeerde rechtsnorm). Binnen de algemene rechtsbeginselen worden onderscheiden: algemene rechtsbeginselen in een bestuursrechtelijke context, algemene beginselen van behoorlijk bestuur en algemene beginselen van goed bestuur. Bedoelde algemene rechtsbeginselen krijgen rechtens betekenis als algemene rechtsnormen voor bestuursorganen maar ook als subjectieve rechten voor individuele burgers.

Ter zake van de beginselengerelateerde ontwikkelingen in het internationale en Europees bestuursrecht zien we zowel op rechtsbescherming gerichte benaderingen als functionele (relationele) benaderingen vanuit een bestuurlijk en rechterlijk perspectief. In de vanuit de rechtswetenschap opgestelde *ReNEUAL Model Rules* is in de toelichting voorafgaand aan hoofdstuk 1 – en dus niet in de artikelsgewijs geformuleerde bepalingen – een breed scala van algemene rechtsbeginselen opgenomen. Deze bestaan uit algemene rechtsbeginselen, algemene beginselen van behoorlijk bestuur en algemene beginselen van goed bestuur. In de arresten van en conclusies bij het HvJ EU zien we dat een beroep wordt gedaan op de algemene beginselen van het Unierecht, maar evenzeer op de algemene rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijk en van goed bestuur. Het EP richt zich in het bijzonder op het recht op goed bestuur, dus in ruime zin. Voorts wordt vanuit het EP een algemene bestuursrechtelijke verordening bepleit gericht op een open, efficiënt en onafhankelijk Europees bestuur. Uit een in opdracht van het EP verricht onderzoek blijkt dat ook hier uitgegaan wordt van een wettelijke regeling met een breed scala van algemene rechtsbeginselen.

Ook wat het internationale bestuursrecht betreft zijn er diverse ontwikkelingen in verband met algemene rechtsbeginselen. In onder auspiciën van de Internationaal recht Commissie van de VN geschreven rapporten wordt op twee kwesties ingegaan. In de eerste plaats betreft dat de kenmerken, oorsprong en functies van algemene rechtsbeginselen en in de tweede plaats de relatie tussen deze beginselen en het algemeen internationaal recht. Als bron van internationaal recht worden ook genoemd de algemene rechtsbeginselen die voortvloeien uit de nationale rechtsstelsels en aldus is er sprake van een wisselwerking en duidelijke verbondenheid tussen de internationale en nationale rechtsorden. Des te belangrijker wordt de vraag wat wordt verstaan onder algemene rechtsbeginselen. Deze beginselen zijn immers het krachtige bindmiddel van de betrokken rechtssystemen.

Bij de uitwerking van algemene rechtsbeginselen in het internationale bestuursrecht gaat het om internationale mensenrechtenverdragen, art. 38 Statuut Internationale Hof van Justitie, WTO-verdragen en het Aarhus-verdrag. Het blijkt dat diverse beginselen van behoorlijk bestuur en van goed bestuur in verschillende mensenrechtenverdragen zijn verankerd. Verder zien we in het recht van de Raad van Europa zowel in de regelgeving als in de EHRM-rechtspraak alle drie de genoemde groepen algemene rechtsbeginselen. In de WTO- en Aarhus-verdragen zien we de beginselen van goed bestuur nadrukkelijk terugkomen.

In het Unierecht zien we dezelfde situatie ook wat betreft de vermelde wisselwerking bij algemene rechtsbeginselen en waarbij voor wat betreft de regelgeving tot

dusverre vooral Codes van Goed Bestuur met een ruim arsenaal aan beginselen door verschillende EU-instellingen zijn vastgesteld. Art. 41 Hv (het recht op '*good administration*') is in dat opzicht qua rechtsvorm verderstrekkend, maar is nog maar een eerste aanzet. Het is vooral een kapstokbepaling die ruimte biedt voor het aanhaken van diverse nieuwe (aspecten van) beginselen. In dat opzicht biedt de rechtspraak van het Hof momenteel een ruimere benadering van beginselen waarbij vooral langs de lijn van de mensenrechten, dus ook via algemene rechtsbeginselen, daaraan invulling wordt gegeven.

Uit het voorgaande kunnen we concluderen dat zowel in het internationale als in het Europese bestuursrecht de beginselen van bestuursrecht een grote vlucht hebben genomen zowel via de relevante regelgeving als in de rechtspraak. Het accent ligt daarbij op de algemene rechtsbeginselen hoewel daarin de concepten van rechtsstaat, democratie en *good governance* regelmatig terugkeren. Deze algemene rechtsbeginselen manifesteren zich enerzijds als algemene objectieve normen voor overheidsorganen en anderzijds als individuele subjectieve rechten voor burgers. De algemene rechtsbeginselen hebben een ruimere strekking dan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, enerzijds doordat de algemene beginselen in een bestuursrechtelijke context betekenis krijgen en anderzijds door de sterke doorwerking van de algemene beginselen van goed bestuur (*good governance*). We zien de laatstgenoemde groep van algemene beginselen terug in de internationale en ook in de Europese regelgeving, maar de laatste categorie zien we nog aanzienlijk meer in de rechtspraak. Het gaat daarbij vooral om het transparantiebeginsel, het participatiebeginsel en het verantwoordingsbeginsel. Het laatste beginsel heeft niet slechts betrekking op de financiële verantwoording maar ook op het juridisch verantwoorden. Wat betreft het mensenrechtenbeginsel, als beginsel van goed bestuur, zien we diverse uitwerkingen van goed bestuur in de vigerende mensenrechtenverdragen.

3.5 *ReNEUAL Model Rules* en EP-voorstel: bindende grondslagen, beginselen en rechtsculturen

Hiervoor is op hoofdlijnen aangegeven hoe de beginselen van (algemeen) bestuursrecht in de Europese rechtsorden (Unierecht en EVRM) en het internationaal recht tot ontwikkeling zijn gekomen. Hierbij is ook aandacht besteed aan '*good governance*'. Dit concept brengt – anders dan een formele uitwerking van de '*rule of law*'[103] – een

103 De algemene notie van de '*rule of law*' (heerschappij van het recht) bindt talrijke hedendaagse stelsels van bestuursrecht, zij het dat rechtsculturele tradities de uitwerking domineren. Vanuit de *common law*-traditie wordt deze notie gekleurd door een procedurele, *rights-based*-benadering. Het perspectief van de rechter en het beheersen van concrete belangenconflicten (*due process*) staat centraal. Codificatie van besluitvormingsprocedures wordt niet benadrukt. Het continentale *rechtsstaat*-denken (Kant, Weber) staat daarentegen sterk in het teken van abstracte codificatie en het bieden van algemene rechtszekerheid door gedetailleerde bestuurlijke procedures. Daarnaast strijden in het kader van de globalisering *economisch-liberale* opvattingen (resulterend in een '*thin version*' van de '*Rule of Law*') met integraal denken in termen van *good governance* (leidend tot een '*thick version*' van de '*Rule of Law*'). Zie hierover de beschouwing van C. Harlow, 'Administrative Procedure and the Rule of Law', in: J.-B. Auby & Th. Perroud (red.), *Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles: Bruylant 2016, p. 211 e.v.

groot aantal rechtsbeginselen, fundamentele rechten van burgers en andere uitgangspunten van het bestuursrecht samen en integreert deze tot een solide normatief kader waaraan het openbaar bestuur op Unierechtelijk en nationaal niveau is gebonden. Dit kader verenigt aspecten van rechtmatigheid en doelmatigheid. De klassieke beginselen van behoorlijk bestuur vormen, zoals bleek, slechts één aspect van een breed arsenaal van rechtsnormen en effectiviteitseisen. Bij de beginselen van goed bestuur gaat het dus om veel meer dan bij de beginselen van behoorlijk bestuur. Ook fundamentele of mensenrechten, beginselen van openbaarheid en democratie, alsmede doelmatigheidsbeginselen komen in beeld. Bij goed bestuur gaat het bovendien om de interactie en wisselwerking tussen de betrokken beginselen en fundamentele normen.

Hierna wordt de aandacht meer in het bijzonder gericht op het (voorgestelde) Unierechtelijke besluitvormingsrecht, vooral op het recht dat ziet op het tot stand brengen van individualiserende besluiten (*Single Case Decision-making*).[104] Dit betreft het klassieke domein waarbinnen diverse rechtsbeginselen zich in het bestuursrecht hebben weten te ontwikkelen. Het is dus een illustratief standaarddomein. In de toelichting bij de *ReNEUAL Model Rules* is het tot stand brengen van dit soort individuele besluiten aangemerkt als '*central to any regime of administrative procedure*' en gepositioneerd in 'the heart of national systems of public law, in Europe and elsewhere'.[105] Wellicht is dit onderwerp dan ook een van de belangrijkste van de *ReNEUAL Model Rules*. Het biedt in ieder geval een rijke bron aan conceptuele informatie. Omdat ook de Awb veel aandacht besteedt aan beschikkingen, rijst bovendien niet alleen de vraag in hoeverre het besluitvormingsrecht van de Awb met de genoemde documenten in lijn is en valt te verenigen. Maar evenzeer is het de vraag of in de Awb – gelet op het huidig tijdsgewricht – wel voldoende de hier genoemde (beginselmatig uitgewerkte) conceptuele noties met betrekking tot de relatie bestuur-burger een plaats hebben gekregen. Hierna gaat het vooral om het traceren van mogelijke verschillen in grondgedachten waarbij als achterliggende gedachte geldt dat de verschillende rechtsorden en systemen duurzaam door de in de voorafgaande paragrafen verkende concepten en beginselen worden gebonden.

Het (beoogde) Unierechtelijk besluitvormingsrecht als ijkpunt

In eerste instantie lijkt de vraag – waarom moeten we ons eigenlijk richten op algemeen Europees besluitvormingsrecht? – misschien nauwelijks van belang voor het nationale besluitvormingsrecht. De *Model Rules* van *ReNEUAL* zijn immers niet bindende wetenschappelijke documenten en het EP-voorstel zal niet van toepassing zijn op de bestuursorganen van de lidstaten. Toch is er alle reden om grondig naar deze documenten te kijken, niet alleen vanuit een kritisch perspectief (wat kunnen we verliezen?), maar vooral ook vanuit de invalshoek van mogelijke winst.

Het EP-voorstel operationaliseert het recht op '*good administration*' zoals neergelegd in art. 41 Hv, waarmee direct de belangrijke status is gegeven. Dit fundamentele

104 Zie Book III van de MR – Single Case Decision-Making. Zie hierover in meer detail, hoofdstuk 6 van dit rapport. In hoofdstuk 4 van dit rapport wordt de aandacht gericht op *rule-making*/bestuursregelgeving.

105 Boek III, p. 70.

recht kent in het Unierecht bovendien zijn evenbeeld in een corresponderend algemeen rechtsbeginsel. Aan het ongeschreven fundamentele beginsel van '*good administration*' zijn de organen van de lidstaten terdege gebonden als zij (ter uitvoering) opereren binnen de werkingssfeer van het Unierecht (zie paragraaf 2.2 in dit rapport). Werking – direct of meer indirect – van het (toekomstig) Unierechtelijke besluitvormingsrecht ligt hier, onverminderd de procedurele autonomie, voor de hand. Reeds daarom moet een algemene regeling op Unierechtelijk niveau goed in de gaten worden gehouden. Dat is punt een.

Verder valt niet uit te sluiten dat de Awb – nog los van de (dwingende) sectorale Unierechtelijke ontwikkelingen – in de toekomst vrijwillig verder in lijn wordt gebracht met algemene Unierechtelijke besluitvormingsregels. Een belangrijke reden hiervoor kan zijn gelegen in het voorkomen van onnodige en storende breukvlakken tussen de nationale en Unierechtelijke geschillen. Indien op Unierechtelijk niveau een algemene regeling tot stand komt, zal deze zonder twijfel een grote rechtsvormende dynamiek krijgen en als baken fungeren voor het algemeen bestuursrecht in de lidstaten.

De (op)komst van een algemeen Unierechtelijk besluitvormingsrecht houdt overigens verband met een breed proces van *constitutionalisering*[106] van de eisen van goed bestuur.[107] Dit is eveneens een belangrijk punt. Het genoemde art. 41 Hv en het daarmee corresponderende algemeen rechtsbeginsel van goed bestuur zijn onbetwiste aanjagers voor een verdere, convergerende rechtsontwikkeling binnen de Unie en de lidstaten.[108] Deze ontwikkeling kan op haar beurt de Europese rechtsorden geïntegreerd verankeren.[109]

De algemene beginselen van het Unierecht zijn volgens Mihaescu Evans in dit verband inherent aan de '*constitutional identity*' van de Unie.[110] De beginselen vloeien op hun beurt voort uit de gedeelde oude rechtsculturele tradities van de lidstaten en binden zo het Europese bestuursrecht dat een mix is van Unierechtelijke en 'nationale' normen (denk aan de institutionele en procedurele autonomie).

Dit gegeven is niet alleen vanuit het perspectief van de lidstaten van groot belang, maar ook vanuit de Unierechtelijke rechtsorde als zodanig. Een universeel recht op goed bestuur en een op de '*rule of law*' gebaseerd algemeen besluitvormingsrecht

---

106 Vergelijk de 'constitutionalisering' van private (kwaliteits)regulering onder invloed van het Unierecht. P. Verbruggen, 'Het PIP-schandaal voor het HvJ EU en de constitutionalisering van private regulering', NJB 2017-18/966, p. 1242 e.v.

107 Hierover uitvoeriger R.J.N. Schlössels, 'Constitutionalisering van behoorlijk bestuur. Europees recht als aanjager', *JBplus* 2016, p. 221 e.v.

108 Zie over het fundamentele Unierecht op behoorlijk bestuur L.J.M. Timmermans & R.J.N. Schlössels, 'Het Unierecht op behoorlijk bestuur. Achtergrond, juridisch karakter en toepassingsbereik van art. 41 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie', in: J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 245 e.v., en diepgravend het fraaie proefschrift van B.C. Mihaescu Evans, The Right to Good Administration at the Crossroads of the Various Sources of Fundamental Rights in the EU Integrated Administrative System, Nomos Verlagsgesellschaft 2015.

109 Bij deze verankering past het voorstel om goed bestuur als grondrecht op te nemen in de Nederlandse Grondwet. Vergelijk M. Julicher, 'Hoe behoorlijk is de Grondwet?', NTB 2019/44, afl. 10, p. 441-459, alsmede haar dissertatie, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?*, Utrecht 2020.

110 Mihaescu Evans 2015, p. 470.

bieden een cruciaal, onmisbaar tegenwicht aan de sterk instrumenteel-economische tendensen die bijvoorbeeld de verdere uitbouw van de digitale interne markt (Digital Single market) kenmerken en die het contact tussen burger en overheid in de kern zullen raken.[111] Rechtsstatelijke ankers zijn hier, mede gelet op de globalisering, onmisbaar.

Van belang is dat het recht op goed bestuur binnen het concept van '*good governance*' nauw is verbonden met de mensenrechten (zie ook de voorafgaande paragrafen). Diverse beginselen van goed bestuur functioneren als procedurele normen die de beperking van andere fundamentele rechten normeren (vergelijk het EVRM-concept van '*good governance*'[112]). Meer precies: de eisen van goed bestuur normeren niet alleen het bestuurshandelen *sec*, maar zij beschermen de fundamentele autonomie van de wederpartij van het bestuur. Algemeen bestuursrecht – en vooral normen van '*administrative procedure*' – vloeien zo bezien niet alleen voort uit autonome constitutionele bronnen (bijvoorbeeld de rechtsstaatgedachte als zodanig of een constitutioneel recht op goed bestuur (art. 41 Hv), maar ook uit materiële fundamentele rechten van burgers.[113]

Dit gaat verder dan het plakken van een etiket. Bestuurlijke besluitvormingsprocessen komen hierdoor meer dan voorheen in het teken te staan van de interpretatie, waardering en begrenzing van materiële grondrechten. Dit is een traditie die bijvoorbeeld in het Duits bestuursrecht al lang gesneden koek is,[114] maar die in het Nederlandse bestuursrecht en andere rechtstelsels geen diepgewortelde traditie kent, hoewel het EVRM-recht in dit verband al geruime tijd fungeert als constitutioneel ankerpunt.

Globaliserend besluitvormingsrecht en convergerende rechtsculturen

Het voorafgaande illustreert al dat de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel veel potentie hebben om een verdere convergentie van het (algemeen) bestuursrecht van de lidstaten te bevorderen. Beide zijn niet alleen aanjagers van bestuursrechtelijke integratie binnen de Unie, maar ook een onvermijdelijk gevolg van een wereldwijde ontwikkeling. De opkomst van algemeen besluitvormingsrecht binnen de Unie, en de wens om dit te codificeren, past naadloos in het beeld dat codificatie van algemeen besluitvormingsrecht wereldwijd in talrijke staten aan de orde is.[115] Vaak zijn er opmerkelijke overeenkomsten die de rechtsculturele verschillen overtreffen. In een globaliserende rechtsorde is het domein van de besluitvorming niet langer het

111 Vergelijk alle ontwikkelingen rondom eGovernment en de Brusselse strategie ter zake (Strategie voor een digitale eengemaakte markt COM (2015) 192).

112 Vergelijk D. Sanderink, 'Het "principle of good governance" in het bestuursrecht', *Trema* 2014, p. 10 e.v. Zie verder de noot van Addink onder EHRM 16 mei 2013, 49317/07, ECHR 2013/153 (Maksymenko en Gerasymenko/Oekraïne). Het Straatsburgse Hof heeft in het verleden een band gelegd met de eisen van '*fair trial*' (vergelijk EHRM 21 april 2009, 19235/03 (Marittinen/Finland)).

113 Zie over de verschillende constitutionele grondslagen van 'Administrative Procedure' bijv. J.-P. Schneider, 'Administrative Procedure and Basic Rights', in: J.-B. Auby & Th. Perroud (red.), *Comparative Law of Administrative Procedure*, Brussel: Bruylant 2016, p. 225 e.v.

114 Zie (toegespitst op bestuursrechtelijke driehoeksverhoudingen) de studie van M. Schmidt-Preuss, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Berlijn: Duncker & Humblot 1992.

115 Zie J.B. Auby (red.), *Codification of Administrative Procedure*, Brussel: Bruyland 2014.

exclusieve domein van de nationale staat. Binnen de (regionale) statelijke verbanden en internationale organisaties worden de eisen van een goede administratieve procedure steeds belangrijker (*procedural due process*).

Della Cananea gaf enige jaren geleden een goed beeld van deze eisen '*beyond the state*'.[116] Hierbij gaat het niet alleen om het klassieke waarborgperspectief (bescherming van de burger tegen gezagsuitoefening), maar ook om '*good governance*' in brede zin (denk ook aan betrokkenheid van de burger en efficiency) en de samenwerking tussen allerlei publieke autoriteiten. Belangrijke eisen – die in veel stelsels breed worden onderschreven – zijn de eisen van een administratieve procedure als zodanig (ter borging van voorspelbaarheid en consistentie), hoor en wederhoor en het vereiste van motivering.

3.6 Het Unierechtelijke besluitvormingsrecht nader bezien

De agenda van het Europese bestuursrecht, in het bijzonder het besluitvormingsrecht, is helder. Het EP-voorstel stelt voorop dat het doel van de beoogde regeling is het garanderen van het recht op '*good administration*', zoals neergelegd in de Handvestbepaling. De oriëntatie op fundamentele beginselen klinkt dus duidelijk door. Het gaat om het borgen van een '*open, efficient and independent administration*'. Hierna wordt op hoofdlijnen bezien wat deze basisgedachte betekent voor het besluitvormingsrecht, en met name voor '*Single Case Decision-Making*'. De aandacht ligt hierbij, zoals gesteld, op enkele grondgedachten die (dit deel van) het besluitvormingsrecht kleuren. Een meer specifieke bespreking van de regeling voor besluitvorming in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel vindt in hoofdstuk 6 van dit rapport plaats.

Het Unierecht op goed bestuur ('good administration')

De *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel zijn geijkt op het Unierecht op goed bestuur. Dit recht maakt deel uit van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht. Het behoort tot de 'jongere' beginselgeneratie. Eind jaren zeventig van de vorige eeuw was er nog geen sprake van een erkenning.[117] Uiteindelijk lijkt het Hof terloops te zijn overgegaan tot erkenning. Te wijzen valt op de zaak *Commissie/T-Mobile Austria*, waarin met betrekking tot een handeling van de Commissie werd overwogen dat deze niet indruiste '(...) tegen het beginsel van goed bestuur noch tegen een ander algemeen beginsel van gemeenschapsrecht'.[118]

Het Unierecht op goed bestuur ('*good administration*') in strikte zin ziet op het onpartijdigheidsbeginsel, het verbod van vooringenomenheid, eisen van fair play en billijkheid, het tijdigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel (*principle of care*; *principle of diligence*), eisen van hoor en wederhoor, het duidelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en – wat men kan noemen – het bekendmakingsbeginsel. Aspecten van goed bestuur (waaronder ook bepaalde traditionele beginselen van behoorlijk bestuur) die hun grondslag vinden in andere algemene beginselen van

116 G. della Cananea, *Due Process of law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford: Oxford University Press 2016.

117 Vergelijk gevoegde zaken C-33/79 en 75/79 (Kuhner/Commissie), ECLI:EU:C:1980:139, punt 25.

118 Zaak C-141/02 P (Commissie/T-Mobile Austria GmbH), ECLI:EU:C:2005:98, punt 72.

het Unierecht, vallen er dus niet onder.[119] Te wijzen valt op het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het verdedigingsbeginsel en het transparantiebeginsel. Deze beginselen staan in het Unierecht als zelfstandige fundamentele normen naast het in art. 41 Hv opgenomen recht op goed bestuur. Daarbij moet erop worden gewezen dat dit artikel nog maar een summiere uitwerking bevat van de rechtsbeginselen die in de overwegingen bij hoofdstuk 1 van de *ReNEUAL Model Rules* zijn opgenomen. Al deze beginselen van primair Unierecht staan hoog in de normenhiërarchie.

Verwevenheid van algemene rechtsbeginselen: enkele voorbeelden

Er is in het Unierecht sprake van een intensieve vervlechting of verwevenheid van rechtsbeginselen. Dit is een belangrijk gegeven om goed in de gaten te houden bij de verdere ontwikkeling van de nationale beginselen en de codificaties daarvan. Verbanden en functies van beginselen kunnen niet langer vanuit een geïsoleerd nationaal perspectief worden bezien; bovendien dient de naamgeving 'beginselen van goed bestuur' aan te sluiten op de ruimere werkingssfeer dan de klassieke in ons land bekende beginselen van behoorlijk bestuur.

Zo is het '*right to be heard*' een cruciaal aspect van het recht op goed bestuur ('*good administration*'). Dit recht staat echter tevens in het teken van het constitutionele verdedigingsbeginsel (hoor en wederhoor), dat in het Nederlandse bestuursrecht maar beperkt is geïncorporeerd.[120] We zien dat de in dit hoofdstuk gesignaleerde ontwikkelingen van rechtsbeginselen betrekking hebben op zowel de normering door het bestuur als de toetsing door de rechter. Ook het motiveringsbeginsel staat in het Unierecht onder invloed van het verdedigingsbeginsel en krijgt hierdoor een zwaardere lading. Een schending van dit beginsel is meer dan een formeel gebrek dat eenvoudig kan worden gepasseerd. De Luxemburgse rechtspraak stelt in voorkomende gevallen hoge eisen aan de motivering van besluiten met het oog op de rechten van de verdediging en de eisen van een effectieve rechtsbescherming.[121] Vooral gebreken met betrekking tot horen moeten worden gecompenseerd door een scherpe motivering.[122]

De verplichting tot horen, alvorens een nadelige individuele maatregel wordt genomen, is neergelegd in art. 41, tweede lid, aanhef onder a Handvest. Het verdedigingsbeginsel garandeert in dit verband – achteraf – een inhoudelijk debat met het

119 Aspecten van *vertrouwensbescherming* komen wel in beeld in het kader van de bepalingen over de intrekking van beschikkingen. Vergelijk art. 24 EP-voorstel. Hierover in meer detail hoofdstuk 7 van dit rapport.

120 Dat dit aandacht behoeft staat vast. Het Nederlandse bestuursrecht zal aan dit beginsel ook buiten de sfeer van de '*criminal charge*' – gedifferentieerd – aandacht moeten besteden vanuit het (*rights*-) perspectief van de burger. Vergelijk A. de Moor-van Vugt, '"The Ghost of 'Criminal Charge": the EU Rights of Defense in Dutch Administrative Law', *REALaw* 2012/2, p. 5 e.v. Zie ook R.J.N. Schlössels, 'Kamino & Datema. Recht op behoorlijk bestuur', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 657 e.v. Zie ook hoofdstuk 6 van dit rapport.

121 Hierover uitvoerig Mihaescu Evans 2015, p. 264 e.v. De auteur wijst ook in dit kader op de nauwe banden tussen art. 47 en 41 van het Handvest. Het motiveringsbeginsel wordt door haar gepresenteerd als '*the main bridge*' tussen de non-contentieuze en contentieuze fase (p. 271).

122 Zie zaak T-228/02 (Organisation des Modjehedines du peuple d'Iran), ECLI:EU:T:2006:384.

(Unie)bestuur. Dit is een fundamenteel subjectief recht.[123] Hier dient zich direct een belangrijk accentverschil aan met de hoorplichten van de Awb die van origine vooral het bestuurlijke zorgvuldigheidsbeginsel beogen te dienen (de feitenvergaring). Het Hof stelt het beperken van het hoorrecht zonder omhalen in het teken van de rechtspraak over het beperken van grondrechten. Gelet op eisen van evenredigheid, mag het (materiële) hoorrecht niet in de kern worden aangetast.[124] Voor het Nederlandse recht is het van belang te weten of de hoorplichten van de Awb (in Unierechtelijk relevante zaken) voldoende aansluiten op de eisen van het verdedigingsbeginsel. In dit verband zijn twijfels geuit.[125] Uit het aangehaalde arrest Kamino & Datema bleek bijvoorbeeld dat een effectieve invordering van (na)heffingen in de sfeer van het Unierechtelijke douanerecht met zich kan brengen dat horen onder omstandigheden achteraf mag plaatsvinden (vergelijk ook art. 4:12 Awb), maar slechts onder de strikte voorwaarde dat dan een effectieve opschorting van de betalingsbeschikking mogelijk moet zijn. De Luxemburgse rechtspraak heeft het nationale fiscale (proces)recht bij de les gehouden wat betreft de toepassing van de art. 4:8 en 4:12 Awb.[126] Van belang is dat horen essentieel is zodra dit had kunnen leiden tot een inbreng die voor het te nemen besluit van belang was en waarvan niet kan worden uitgesloten dat deze tot een besluitvormingsproces met een andere afloop had kunnen leiden.[127] Horen vooraf – zoveel is duidelijk – zal in de primaire fase niet lichtvaardig achterwege mogen blijven, zeker als daartoe een reële mogelijkheid bestaat. De nationale rechtspraak neemt het vooraf horen daarom terecht zeer serieus. Ook in het vreemdelingenrecht, zoals bij besluiten inzake vreemdelingenbewaring,[128] werd de hoorplicht met het oog op het Unierecht op scherp gesteld.

Er zijn meer dwarsverbanden tussen de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht. Wat betreft het transparantiebeginsel komt de band met het recht op goed bestuur bijvoorbeeld tot uitdrukking in het geclausuleerde recht van eenieder om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier.[129] Dit recht raakt de essentie van het besluitvormingsproces. Het algemene openbaarheidsrecht van de Unie – dat

---

123 Het Luxemburgse Hof plaatst het recht om te worden gehoord vanaf het begin in het teken van de '*citizen rights*'. Zie reeds X. Groussot 2006, p. 251, onder verwijzing naar het oude arrest *Alvis*, zaak C-32/62, ECLI:EU:C:1963:15.

124 Zie zaak C-129/13 (Kamino International Logistics en Datema Hellmann), ECLI:EU:2014:2041, punt 42; zie ook zaak C-28/05 (Texdata Software), ECLI:EU:C:2013:588, punt 84 onder verwijzing naar zaak C-28/05 (Dokter e.a.), ECLI:EU:C:2006:408. Terzijde: een schending van het hoorrecht – hoe fundamenteel ook – hoeft uiteindelijk niet zonder meer fataal te zijn voor een besluit. De schending moet van invloed kunnen zijn geweest op de uitkomst van de procedure. Vergelijk reeds zaak C-404/04/P (*Technische Glaswerke Ilmenau*), ECLI:EU:C:2007:6 (punt 131).

125 Zie J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Europeanisering door rechtsbeginselen', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 88.

126 Zie voor een overzicht P. Fortuin, 'Het EU-rechtelijke verdedigingsbeginsel (deel 1), *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht* 2016/8.

127 Zie HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2989, *AB* 2015/426 m.nt. R. Ortlep en HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2165. Vergelijk ook HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2013:BR0671, *AB* 2015/276, m.nt. R. Ortlep.

128 Zie ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:949, onder verwijzing naar *Sopropé*, *Mukarubega* en het arrest *Mahdi* (zaak C-146/14, ECLI:EU:C:2014:1320).

129 Zie art. 41, tweede lid, onder b, Handvest.

eveneens steunt op het transparantiebeginsel – maakt echter geen deel uit van het besluitvormingsrecht in strikte zin. Het is afzonderlijk geregeld.[130] Er zijn ook belangrijke dimensies van het transparantiebeginsel die het Unierecht op behoorlijk bestuur in klassieke strikte zin niet rechtstreeks raken maar die wel weer (Unierechtelijk en nationaal) relevant zijn voor de hedendaagse besluitvorming. Te denken valt aan de specifieke eisen betreffende aanbesteding en een eerlijke verdeling van schaarse rechten. Deze eisen zijn op hun beurt nauw verweven met het fundamentele gelijkheidsbeginsel.[131]

3.7 Vier conceptuele verschillen tussen de Awb en het relevante (ontwerp-)Unierecht

De Awb hanteert een beredeneerd besluitvormingsmodel.[132] Dit model is in hoofdzaak uitgewerkt in de hoofdstukken 3 en 4, terwijl de hoofdstukken 1 en 2 betrekking hebben op alle bestuursgedragingen inclusief besluiten. Het besluitvormingsrecht van de Awb bestaat vooral uit bepalingen die zijn geformuleerd als instructies aan en verplichtingen van het bestuur. Dat is opvallend omdat men van een wet die de wederkerige rechtsbetrekking tussen bestuur en burger benadrukt(e) een meer relationeel-functionele benadering zou verwachten. Toch overheerst het klassieke besluitmodel met als dogmatische spil de eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling.

Op enkele plaatsen komen overigens ook verantwoordelijkheden van de burger in beeld. Opvallend aan de Awb is verder de nadruk op het besluitvormingsrecht en de relatief beperkte normatieve en conceptuele duiding van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger. Ten aanzien van deze betrekking worden bijvoorbeeld nagenoeg geen dragende beginselen benoemd of gecodificeerd (bijvoorbeeld in hoofdstuk 2 van deze wet) en ook de theorievorming inzake subjectieve rechten van burgers jegens het bestuur is maar beperkt ontwikkeld. Tussen de basisgedachten van de Awb en de uitgangspunten van het Unierechtelijk besluitvormingsrecht tekenen zich in dit kader op voorhand enkele opmerkelijke verschillen af.

Beginselen als bestuurlijke gedragsregels versus subjectieve burgerrechten

Zo kent de Awb geen specifieke bepalingen die de beginselen van behoorlijk bestuur expliciet formuleren in termen van subjectieve rechten ('*rights*') van burgers of belanghebbenden.

130 Art. 15, derde lid, VWEU en de daarop steunende 'Eurowob', Verordening 1049/2001. Signaleer dat deze 'Eurowob' kennelijk naast de 'EuroAwb' komt te staan. Iets soortgelijks doet zich ook in Nederland voor (Awb-Wob).

131 Zie over het gelijkheidsbeginsel in samenhang met het transparantiebeginsel de bespreking van rechtspraak bij Prechal & Widdershoven 2017, p. 257-258. De Hoge Raad – HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078 – zegt het aldus: het transparantiebeginsel, naast en in samenhang met het gelijkheidsbeginsel; zie over het zelfstandig transparantiebeginsel, Addink 2019, hoofdstuk 8, en Addink 2021 (in voorbereiding), hoofdstuk 19.

132 Zie R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 7.5.1.

In de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel wemelt het juist van deze '*rights*'. Veelal gaat het hier om uitwerkingen van het paraplurecht op goed bestuur ('*good administration*'). De Unierechtelijke notie van '*good administration*' is een '*frameworkconcept*' met een open, niet-uitputtend en evoluerend karakter. De kracht ervan schuilt in het weloverwogen en selectief erkennen van (procedurele) '*rights*' waarop burgers zich in concreto kunnen beroepen. Het gaat hier om duidelijke en onvoorwaardelijke aanspraken.[133] Of uit dit conceptuele verschil tussen de Awb en het Unierecht een wezenlijk inhoudelijk verschil volgt – bijvoorbeeld wat betreft meer of minder waarborgen voor de burger – kan echter niet in het algemeen worden beoordeeld.

Opvallend is echter dat de Awb, die uitgaat van een rechtsbetrekking tussen bestuur en burger, van wederkerigheid en – steeds meer – van een subjectief rechtsbeschermingsconcept, dit in het besluitvormingsrecht niet of maar beperkt operationaliseert in termen van subjectieve rechten van burgers. Nu wil dit laatste overigens niet zeggen dat deze rechten er niet zijn. De manier waarop bijvoorbeeld de rechtspraak bestuurlijke gedragsnormen toepast kan wijzen op de erkenning van afdwingbare rechten (bijvoorbeeld een recht op contra-expertise of een recht op wederhoor). Het wettelijk duiden van rechten ('*rights*') heeft volgens ons vanuit het perspectief van de burger echter minimaal een (conceptuele) meerwaarde voor diens rechtspositie.

Goed bestuur versus goede rechtspleging

Een tweede verschil tussen de Awb en de Unierechtelijke uitgangspunten van besluitvorming betreft de scheiding tussen de rechtsnormen voor besluitvorming (bestuur) en de normen die gelden voor rechtsbescherming (rechter).

De Unierechtelijke (ontwerp)documenten zien uitdrukkelijk niet op de rechtspleging bij het Hof en het Gerecht (vergelijk ook art. 2.2.b EP-voorstel). Toch lijkt de scheiding tussen de eisen van goed bestuur en normen van goede rechtspleging op een aantal punten minder scherp dan in het Nederlandse bestuursrecht.[134]

Diverse ontwerpbepalingen vertonen sporen van rechtsnormen die zijn ontleend aan de eisen van een goede rechtspleging. Zo wordt ten aanzien van het bevoegde bestuur een onpartijdigheidsvereiste gesteld (art. 9 en 13 EP-voorstel; art. III.3 en III.10 MR), dat wat verder lijkt te gaan dan de eisen die volgen uit het verbod van bestuurlijke vooringenomenheid van de Awb (art. 2:4, eerste lid, Awb).

De osmose tussen de normen voor besluitvorming en rechtspraak wordt gefaciliteerd doordat het HvJ EU in zijn rechtspraak art. 41 Hv en art. 47 Hv (recht op onpartijdige rechtspraak) soms in één adem noemt. Belangrijk is de focus van het Unierecht op het voorkomen van de (schijn) van partijdigheid, waarbij door de beschikbare rechtspraak relaties zijn gesuggereerd met de rechterlijke onpartijdigheid.[135] Dit

133 In dit verband wijst de literatuur op de klassieke 'Van Gend en Loos'-rechtspraak inzake directe werking. Vergelijk Mihaescu Evans 2015, o.m. p. 472-473.

134 G.H. Addink, 'Beginselen van goede bestuursrechtspraak. Over het concept van goede procesorde en de uitwerking van het verdedigingsbeginsel in het bestuursprocesrecht', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht, afscheidsbundel Boudewijn de Waard*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 251-265.

135 Zie zaak C-439/11 P (Ziegler), ECLI:EU:C:2013:513 en zaak C-604/12 (H.N.), ECLI:EU:C:2014:302, JB 2014/147, m.nt. L.J.M. Timmermans; S. Prechal, 'The Court of Justice and Effective Judicial

geldt ook voor de redelijke termijn. Wat de uitwerking van deze benadering uiteindelijk kan zijn op het nemen van besluiten is nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Maar een verschil in conceptuele benadering valt ook hier niet te ontkennen.

Mihaescu Evans stelt in dit verband dat er sprake is van een 'verrechterlijking' van het bestuur. Ten aanzien van het recht op goed bestuur ('*good administration*') wijst zij op de nauwe banden tussen art. 41 Hv enerzijds en art. 47 Hv/art. 6 EVRM anderzijds:

> *'It is crucial to note in this respect that the content of good administration, such as framed in Article 41 CFR is analogous to the right to a fair trial guaranteed by Articles 6 ECHR and 47 CFR. This may legitimately lead to a sort of 'judicialisation'of the administration'.*

En verder:

> *'First, the content of good administration in the Charter mirrors the various procedural principles provided for by Articles 47 CFR en 6 ECHR. It appears therefore that the right to good administration tends to assimilate individuals' guarantees during the administrative procedures to those enjoyed in judicial proceedings, leading to a sort of "judicialisation" of the administration'.*[136]

Dit alles heeft, zoals bleek, tevens gevolgen voor de formele aspecten van '*good administration*'. In de *ReNEUAL Model Rules* en in het EP-voorstel keert de onderzoekverplichting van het bestuur prominent terug. Wanneer de benadering wordt vergeleken met art. 3:2 Awb dan valt echter een aantal punten op. Zo wordt zorgvuldigheid van bestuur in verband gebracht met veel meer noties zoals het toekennen van het juiste gewicht aan relevante factoren (= belangenafweging) en het uitsluiten van irrelevante argumenten van de afweging (vergelijk het specialiteitsbeginsel). Opmerkelijk is ook dat de (bestuurlijke) feitenvaststelling in het teken staat van *bewijsvoering*. Hier treedt de verwevenheid van de bestuurlijke en rechterlijke fase wederom op de voorgrond. In art. 9 van het EP-voorstel keert het begrip 'bewijs' terug.

Motiveren wordt in het Nederlandse bestuursrecht vooral in verband gebracht met het legitimeren (acceptatie) van het besluit. Er bestaan ruime mogelijkheden om een gebrekkige motivering in de contentieuze fase te passeren (art. 6:22 Awb) op voorwaarde dat er geen sprake is van benadeling van de belanghebbende. Ook zijn er voor het bestuur verschillende manieren om motiveringsgebreken in de contentieuze fase te repareren (inbrengen nadere motivering, formele lus). Wat het Unierechtelijke motiveringsbeginsel betreft, tekent zich een verwevenheid tussen de bestuurlijke en rechterlijke fase af.[137] Adequaat motiveren wordt met name óók gezien als een fundamenteel individueel recht dat het recht op een *effectieve rechtsbescherming* faciliteert en dat in de bestuurlijke fase het verdedigingsbeginsel complementeert. Zo krijgt het motiveringsbeginsel meer een fundamenteel karakter

---

Protection: what has the Charter Changed', in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law. Private and Public Law Perspectives*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016.

136 Mihaescu Evans 2015, p. 79, zie verder p. 477-478 en p. 507.

137 Mihaescu Evans 2015, p. 260 e.v.

(zie ook hiervoor). Wat een en ander betekent voor het in Nederland heersende 'bestuurlijke' perspectief valt niet op voorhand te voorspellen. Maar ook hier geldt dat de Unierechtelijke rechtsontwikkeling niet naadloos aansluit op de nationale.

Het voorafgaande duidt – voorzichtig gesteld – op een genetisch verschil met het besluitvormingsrecht van de Awb. Vanuit het perspectief van het nationale bestuursrecht en de uitgangspunten van de '*trias*' dient deze ontwikkeling daarom goed te worden gevolgd.

Bestuurlijk perspectief versus burgerperspectief

Ten derde valt op dat de *ReNEUAL Model Rules* rijkelijk gedetailleerd zijn. Het EP-voorstel is overigens wat compacter en strakker geredigeerd. Maar de ingenieuze, gelaagde (en compacte) systematiek van de Awb is hier evenmin aan de orde. Vaak zijn veel meer woorden nodig om hetzelfde te zeggen, wat de toegankelijkheid van de bepalingen voor een breder publiek juist wel ten goede komt. Het lijkt erop dat de verschillen ook hier niet alleen terugvoeren op de verschillen in redactie, maar op een andere basisgedachte. De Awb gaat sterk uit van de (formele) organisatie van het bestuur en van eenzijdig publiekrechtelijk rechtshandelen (gezagsmodel): het gaat, hoe men het ook wendt of keert, vooral om bestuursorganen die besluiten nemen, hoewel de hoofdstukken 1 en 2, alsmede art. 3:1, tweede lid, een ruimere strekking hebben. Ook is de Awb primair een wet voor juristen: het is zonder twijfel een knap staaltje wetgevingstechniek. Wat hierbij opvalt, is het strak omlijnde bestuursorgaanbegrip dat een bredere materiële duiding van het bestuur en van de bestuursfunctie (vergelijk het Unierechtelijke aanbestedingsrecht) goeddeels uitsluit.

De Unierechtelijke documenten lijken meer uit te gaan van het perspectief van de burgers en hun interactie met de bestuurlijk-ambtelijke organisatie. Duidelijkheid, transparantie, dienstbaarheid en benaderbaarheid zijn conceptueel leidend, hoewel generaliseren hier wat riskant is. Op diverse specialistische terreinen van het Unierecht heerst immers de verantwoordelijkheid van de ervaren marktpartijen. Toch speelt de interactie met het publiek en beeldvorming inmiddels een rol van betekenis. Dat ook het Luxemburgse Hof aan het burgerperspectief hecht, blijkt bijvoorbeeld uit de recente rechtspraak over art. 41, eerste lid, Hv ('*good administration*').

Het bestrijden van de *schijn* van vooringenomenheid wordt bijvoorbeeld sterk in het teken geplaatst van hoe *burgers* over de integriteit van de Unie kunnen denken. Dit raakt immers de legitimiteit van haar optreden en handelen.[138] Hier dient in herinnering te worden geroepen dat de relevante bepalingen in de *ReNEUAL Model Rules* en in het EP-voorstel die betrekking hebben op het keren van belangenverstrengeling en partijdigheid zijn gebaseerd op art. 41 Hv. In het eerste lid van dit artikel is sprake van een 'recht' (van eenieder) op een 'onpartijdige' behandeling van *zijn* zaken. De conceptuele frictie met het Nederlandse verbod van vooringenomenheid, dat een globale taakopdracht aan en een (open) zorgplicht voor het bestuur omarmt, valt hier niet zonder meer uit te vlakken. Het EP-voorstel gaat uit van een onpartijdig feitenonderzoek (art. 9.1 EP-voorstel). De *ReNEUAL Model Rules* stellen eveneens het recht op onpartijdige behandeling centraal (art. III-3.1). Verder is er

138 Vergelijk zaak C-680/16 P (August Wolff), ECLI:EU:C:2019:257.

sprake van een '*conflict of interests*'-regeling (art. 13 EP-voorstel; zie art. III-3.2 e.v.) die lijkt te zijn geïnspireerd door het strenge Duitse recht (vergelijk het leerstuk van '*Befangenheit*'[139]). Dat er vanuit het Nederlandse perspectief reden is om naar deze invalshoek te kijken blijkt onder meer uit het feit dat het bestrijden van de schijn van vooringenomenheid onder de Awb nog niet voldoende van de grond wil komen.[140]

Zo bezien lijkt het 'burgerperspectief' in het Unierecht dus duidelijk te zijn aangezet.[141] Overigens mag dit perspectief zich de laatste jaren ook in Nederland op een warme belangstelling verheugen.[142] De Afdeling bestuursrechtspraak heeft het perspectief eveneens uitdrukkelijk benoemd.[143] Hoe de burger iets ervaart en redelijkerwijs mag begrijpen telt. Relationaliteit en responsiviteit van bestuursrecht, alsmede het rekening houden met de daadwerkelijke (doe)vermogens van burgers[144] en dienstbaarheid krijgen de nodige aandacht. Verder kunnen beginselen goed fungeren als correctiemechanismen om bij gedetailleerde regels maatwerk te realiseren.[145] Op deze punten, die de legitimiteit van het bestuurshandelen raken, kan dus prima aansluiting worden gevonden bij de ontwikkelingen op Europees niveau.

In de uitvoerige considerans bij het EP-voorstel wordt in dit verband onder meer overwogen: '*Citizens are entitled to expect a high level of transparency, efficiency, swift execution and responsiveness from the Union's institutions, bodies, offices and agencies*' (onder 2 considerans). Europese burgers dienen goed te worden geïnformeerd. Onnodige formalisering moet worden voorkomen. Te wijzen valt verder op art. III.6.1 MR, waar wordt gesteld dat aanvragen '(...) *shall not be subject to unnecessery formal land documentary requirements(...)*'. In het EP-voorstel is dit verdicht tot '*unnecessary formal requirements*' (art. 7.2 EP-voorstel). Ook de eerste bepaling van de motiveringsverplichting in de MR spreekt boekdelen: '1. *The public authority shall state reasons for its decisions in a clear, simple and understandable manner.*' (art. III-29.1 MR). De idee van

139 Hierover R.J.N. Schlössels & L.J.M. Timmermans, 'Integriteit, bestuur en recht. Enige systematiserende en rechtsvergelijkende beschouwingen', in: S.C. Loeffen e.a. (red.), *Integriteit in politiek en bestuur. De (on)mogelijkheden van het recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, i.h.b. p. 21 e.v.

140 Zie M.H.W.C.M. Theunisse, 'Artikel 2:4 Awb gewogen: de rol van schijn van vooringenomenheid en schijn van belangenverstrengeling', *JBplus* 2019/3, p. 52 e.v. Zie voorts het voorstel tot aanpassing van art. 2:4 Awb: G.H. Addink, 'Concept of Integrity Breakthrough in Law and Social Science', in: G. de Graaf (red.), *It is all about integrity, stupid, afscheidsbundel Leo Huberts*, Den Haag: Eleven International Publishing 2019, p. 55-65.

141 Dit kan wellicht samenhangen met het feit dat de MR en het EP-voorstel in verband staan met initiatieven van de Europese Ombudsman en de Code of Good Administrative Behaviour (2000).

142 Zie M. Scheltema, 'De troonrede en het burgerperspectief', *NTB* 2019/38, p. 389 e.v. En meer uitvoerig, M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, p. 246 e.v.

143 Zie r.o. 11.3 in de bekende standaarduitspraak over het vertrouwensbeginsel, ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (dakterras Amsterdam).

144 Zie i.h.b. het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag 2017; J.B.J.M. ten Berge, 'Responsiviteit als beginsel van goed bestuur', in: A. Buijze e.a. (red.), *Goed bestuur in perspectief, afscheidsbundel Henk Addink*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 59-66; G.H. Addink, 'Het participatiebeginsel in het bestuursrecht. Opmerkingen bij het voorontwerp Wet versterking participatie op decentraal niveau', *NTB* 2020/172.

145 Vergelijk Scheltema 2019, p. 391-392.

een dienende overheid – vergelijk het '*Service Principle*'[146] – is op Unierechtelijk niveau dus goed in beeld, zij het misschien op een wat idealistische en wellicht niet altijd even realistische wijze.

Het 'burgerperspectief' heeft overigens ook een andere gedaante. Opvallend is dat de geclausuleerde medewerkingslast voor de *aanvrager* van een beschikking (vergelijk art. 4.2, tweede lid, Awb) in het EP-voorstel aan de orde is in de vorm van een meer algemene '*duty to cooperate*' die geldt voor *partijen*. Gelet op de definitiebepaling is een partij: '*any natural or legal person whose legal position may be affected by the outcome of an administrative procedure*' (art. 4.f EP-voorstel). De medewerkingsverplichting van het EP-voorstel luidt: '*The parties shall assist the competent authority in ascerting the facts and circumstances of the case*'. Deze verplichting lijkt ruimer te zijn geformuleerd dan de medewerkingslast van de Awb, die zich immers beperkt tot de aanvrager. De algemene clausule dat het moet gaan om informatie ('*facts and evidence*') die *redelijkerwijs* kan worden geproduceerd (art. III.13.1 MR) ontbreekt in het EP-voorstel. Van Unieburgers wordt dus veel (mede)verantwoordelijkheid verwacht.[147]

Waarborg versus effectiviteit

De Unieburger wordt ook aangesproken op diens verantwoordelijkheid voor de besluitvorming. Het EP-voorstel heeft bijvoorbeeld oog voor misbruik van aanvragen waardoor de doelmatigheid van het Uniebestuur in gevaar kan komen (considerans 22). Verder is er, zoals opgemerkt, sprake van een stevige medewerkingsverplichting voor partijen.

Dit brengt een laatste verschil in conceptuele benadering in beeld, hoewel ook hier voorzichtigheid is geboden. Onder invloed van de '*good governance*'-benadering lijkt er in de Unierechtelijke benadering – misschien nog meer dan in de Awb – sprake van een dubbele verankering van de idee van '*Administrative Procedure*' in eisen van zowel de rechtmatigheid als doelmatigheid. Effectiviteit en doelmatigheid worden verweven met eisen van snelheid (tijdigheid) en responsiviteit (dialogiserend) die worden geacht op hun beurt het belang van de burger te dienen. Effectiviteit is aldus een rechtsbeginsel geworden, in ieder geval in de context van het Europese bestuursrecht.[148]

Toch lijkt het aldus vernieuwde doelmatig kunnen doorzetten van Uniebeleid per saldo een belangrijke drijfveer te zijn, wat weliswaar aansluit bij de instrumentele oriëntatie van het Unierecht maar ook ruimte schept voor de burgers. Zo bezien verbaast het uiteindelijk niet – vanwege de instrumentele dimensie – dat de begrippen '*efficient* (Union) *administration*' en '*administrative efficiency*' meer dan eens vallen in de considerans bij het EP-voorstel. Anderzijds dient ook vanuit de (constitutionele) waarborgen die zijn verankerd in de beginselen van de nationale rechtsorden het instrumentele streven van het Unierecht te worden bewaakt. Ook vanuit het

146 R.J.N. Schlössels, 'Service Principle', *Gst.* 2016/20, p. 101.

147 Bij deze Europese aandacht voor (ook) burgerplichten past de erkenning door het Hof als algemeen EU-rechtsbeginsel van beginsel van verbod van misbruik van recht door burgers, in zaak C-251/16 (Cussens e.a.), ECLI:EU:C:2017:881, en zaak C-359/16 (Altun), ECLI:EU:C:2018:63. Zie reeds paragraaf 2.4 in dit rapport.

148 Zie over het effectiviteitsbeginsel, waaronder de verhouding tot efficiency, Addink 2019, p. 141-156.

Unierecht als zodanig dient de balans tussen instrumentaliteit en waarborg voldoende aandacht te krijgen.

Tussenstand: bevindingen en deelconclusie

Het Unierechtelijk besluitvormingsrecht lijkt op macroniveau – de grondgedachten – niet onbelangrijke verschillen te vertonen met het nationale recht. Deze verschillen betreffen onder meer de inbedding van de rechten van de betrokken burgers ('*rights*') in het besluitvormingsproces en de wat geringere scheiding tussen de normen voor rechtspraak enerzijds en normen voor besluitvorming anderzijds. Dit zijn niet louter operationele en praktische verschillen, maar verschillen in basisfilosofie.

Het in het Unierecht gehanteerde *burgerperspectief* beoogt de toegankelijkheid en transparantie van het besluitvormingsproces te bevorderen. Dit laatste sluit uiteraard goed aan bij de intenties van de Awb, hoewel deze wet onder invloed van de rechtspraak niet heeft geleid tot een wezenlijke deformalisering van het besturen. Of dit binnen de Unie wel lukt, valt uiteraard nog te bezien.

Van belang is verder dat de Unierechtelijke benadering meer dan het stelsel van de Awb sporen draagt van het hedendaagse denken in termen van '*good governance*'. De relaties tussen juridische eisen van behoorlijk bestuur, democratie en openbaarheid, fundamentele rechten, maar ook doelmatigheid van bestuur zijn – veel duidelijker dan in de Awb – hecht. Dit is goed verklaarbaar omdat de Awb in ontwerp een technisch product is van de jaren tachtig van de vorige eeuw (dat toen deels voortborduurde op de oude Wet Arob) en dus dateert van ruim voor de bloei van het geïntegreerd denken in termen van '*good governance*'. Overigens beweegt er rondom de Awb inmiddels ook het nodige (denk aan de aanhoudende discussies over het starre 'besluitmodel', aandacht voor responsiviteit etc.)

Maar er is meer. De Awb is een algemene bestuurswet die naar Nederlandse traditie geen al te stevige brug bouwt tussen constitutionele waarborgen en de eisen van goed (inclusief behoorlijk) bestuur. Onder invloed van het Unierecht zal dit (geleidelijk) kunnen en ook moeten veranderen. In dit verband is van belang dat het recht op goed bestuur ('*good administration*') en het daarmee corresponderende algemene rechtsbeginsel een gelijke status hebben als de andere algemene rechtsbeginselen van het Unierecht. Al deze beginselen zijn op hun beurt nauw verweven met de fundamentele (mensen)rechten. Zo bezien is er sprake van een constitutionalisering van het besluitvormingsrecht. Hierdoor kan de realisatie van het bestuursrecht meer in het teken komen te staan van het borgen van fundamentele rechten, zij het dat vanuit het Unierecht naast deze constitutionaliserende tendens ook sprake is van een sterke focus op doelmatigheid en efficiency.

3.8 Conclusies en aanbevelingen

Zowel in het internationale, Europese als nationale bestuursrecht spelen verschillende soorten rechtsbeginselen een belangrijke rol. De betekenis van deze rechtsbeginselen lijkt eerder toe te nemen dan af te nemen. Beginselen – basale concepten of meer operationele beginselen – hebben de unieke potentie om rechtsorden te binden en zij vormen ook de motor voor een vruchtbare rechtsvorming en normatieve vernieuwing. Het gehele systeem van bestuursrechtelijk relevante beginselen omvat

al lang niet meer alleen de klassieke beginselen van behoorlijk bestuur. Naast algemene rechtsbeginselen, rechtsstatelijke en democratische noties, spelen uitgangspunten van doelmatigheid, effectiviteit en efficiency een belangrijke rol. Niet op de laatste plaats lijkt de betekenis van de fundamentele rechten in het bestuursrecht conceptueel en via beginselmatige uitwerkingen steeds verder toe te nemen waarbij noties van goed (inclusief behoorlijk) bestuur en mensenrechten verder vervlochten raken.

Met het oog op de verdere ontwikkeling van het Nederlandse (algemeen) bestuursrecht en de daarin dominante Awb is een aantal ontwikkelingen van belang. Naast de toegenomen aandacht voor de fundamentele rechten betreft dit de constitutionalisering van de eisen van goed bestuur als zodanig. De ontwikkelingen binnen het Unierecht (waaronder de *ReNEUAL Model Rules* en EP-voorstel) wijzen op tendensen waarbij het burgerperspectief en het denken in termen van '*rights*' (subjectieve rechten) duidelijk aan belang winnen. Deze ontwikkeling sluit eigenlijk naadloos aan op de toenemende betekenis van de fundamentele rechten in bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen.

Ook normen van een goede rechtspleging en bestuurlijke gedragsnormen raken op punten vervlochten en worden geïntegreerd. Hierdoor wint de normering via de beginselen aan kracht. Deze ontwikkelingen – waarbij soms andere accenten worden gelegd dan binnen het klassieke domein van de beginselen van behoorlijk bestuur – dienen goed te worden gevolgd en kunnen aanleiding zijn om het beginselenarsenaal van de Awb aan te vullen en te herijken. Wat dit laatste betreft, is en blijft het opmerkelijk dat de Awb duidelijk de nadruk legt op de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger, maar deze conceptuele focus niet heeft weten te vertalen naar het conceptuele niveau van de normering waar de nadruk immers nog altijd sterk ligt op het normeren van het nemen van besluiten. Een bredere, geïntegreerde benadering van diverse beginselen en fundamentele rechten is nog niet aan de algemene codificatie verankerd terwijl de Europese en mondiale ontwikkelingen wél eenduidig in die richting wijzen. Dit is een belangrijk agendapunt.

Uit het voorgaande kunnen diverse aanbevelingen aan de diverse actoren binnen de trias worden gedestilleerd.

Aanbeveling 1 (grondwetgever)
Het recht op goed bestuur dient expliciet in de Grondwet te worden opgenomen (paragrafen 3.5 en 3.7).

Aanbeveling 2 (wetgever)
Het verdient aanbeveling om in lijn met de Unierechtelijke ontwikkelingen en een grondwettelijke erkenning van het recht op goed bestuur hoofdstuk 2 van de Awb normatief te versterken. Hier dienen – onverminderd alle andere (nadere) wettelijke uitwerkingen van genoemd recht – de algemene rechten van burgers in relatie tot het bestuur een plaats te krijgen. Te denken valt aan de erkenning van (paragrafen 3.4 en 3.7):
- *een recht op een integer en transparant bestuur;*
- *een recht op een participatief en responsief bestuur;*
- *een recht op een dienstbaar bestuur;*
- *een recht op een begrijpelijk en benaderbaar bestuur.*

Aanbeveling 3 (wetgever)
De huidige codificaties en uitwerkingen van beginselen van goed bestuur in de Awb (in hoofdzaak abbb) dienen vanuit een Unierechtelijk en burgerperspectief te worden geëvalueerd en waar nodig te worden aangescherpt. Hierbij dient vooral te worden bezien of naast bestuurlijke gedragsinstructies ook specifieke subjectieve burgerrechten kunnen worden geformuleerd, bijv. recht op hoor en wederhoor, recht op contra-expertise, recht op inzage et cetera (paragraaf 3.7).

Aanbeveling 4 (wetgever en rechter)
De wetgever dient in de (algemene en specifieke) wetgeving steeds aandacht te besteden aan de uitwerking van het recht op goed bestuur. De rechter dient meer dan tot dusverre voorop te lopen bij de interpretatie en toepassing van genoemd recht en deelaspecten daarvan en dit ook gestructureerd in zijn uitspraken tot uitdrukking te brengen (paragraaf 3.2). Op Europees en internationaal niveau worden bijvoorbeeld al veel vaker toepassingen van het transparantiebeginsel, het participatiebeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het mensenrechtenbeginsel in relatie tot het besluitvormingsrecht aangetroffen (paragraaf 3.4).

Aanbeveling 5 (bestuur)
Het bestuur dient (beleidsmatig en in concreto) meer dan nu het geval is gericht verantwoording af te leggen met het oog op de verschillende deelaspecten van 'goed bestuur'. De ministers van Justitie en BZK dienen hieromtrent meer kennis te verzamelen en vervolgens op basis daarvan voorlichting te verstrekken aan de bestuursorganen op (de)centraal niveau.

Aanbeveling 6 (wetgever, bestuur, rechter)
De wisselwerking tussen rechtsbeginselen op nationaal en Unierechtelijk niveau dient te worden bevorderd. Van de algemene beginselen van bestuursrecht op het nationale niveau die in het internationale recht meer betekenis zouden moeten krijgen kan worden gedacht aan het specialiteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Omgekeerd zouden vanuit het internationale en het Europese recht vooral het transparantiebeginsel, het participatiebeginsel en het voorzorgsbeginsel een positieve bijdrage kunnen leveren aan vooral de democratische dimensie van de algemene rechtsbeginselen (paragraaf 3.3).

Aanbeveling 7 (wetgever, bestuur en rechter)
De nationale rechtsbeginselen dienen in de rechtspraktijk niet langer louter 'nationaal' te worden (door)ontwikkeld. De verdere ontwikkelingen, verfijningen en vernieuwingen dienen – onder meer om fricties te voorkomen en rechtseenheid te bevorderen – steeds te worden bezien in de Unierechtelijke context. Dit bindt ook de betrokken rechtsorden (paragrafen 3.5 en 3.6).

4 Regelgeving

4.1 Inleiding

Boek II van de *ReNEUAL Model Rules* gaat over het op EU-niveau reguleren van het verschijnsel dat we in Nederland zouden aanduiden met de term 'bestuurswetgeving'; algemeen verbindende voorschriften die door bestuursorganen worden vastgesteld.[1] In de inleiding van hoofdstuk II wordt het als volgt beschreven:

> *'This book addresses rule-making procedures by the EU authorities acting in an executive capacity, i.e. those that remain outside the formal legislative procedures provided for in EU law.'*

Boek II bevat slechts zes bepalingen. In dit hoofdstuk zullen wij deze bepalingen bespreken. Bij deze bespreking zullen wij conform de centrale probleemstelling van dit rapport ingaan op de vraag welke van de in boek II voorgestelde artikelen, eventueel in een enigszins gewijzigde vorm, vanuit de optiek van het Nederlandse bestuursrecht een verrijking zouden kunnen betekenen voor het algemeen bestuursrecht en *vice versa*.

De EU staat erom bekend niet makkelijk in institutionele hokjes te vangen te zijn. Een regulier 'parlementair' of 'presidentieel' stelsel betreft het in ieder geval niet. Alle reden om een tendens zoals nu binnen het Europese recht waar te nemen valt, namelijk om regelgeving steeds meer aan een reguleringskader te onderwerpen, op zichzelf te beschouwen. Het kader waar wij op doelen bestaat momenteel vooral uit door het *Better Regulation*-beleid aangemoedigde *soft law*-instrumenten als consultatierichtlijnen en evaluatieprocedures. Deze worden de laatste jaren ook steeds relevanter geacht voor secundaire regelgeving (in de zin van 'niet-wetgevingshandelingen' van de EU). Toch acht *ReNEUAL* het noodzakelijk om 'harde regels' voor te stellen, met name met het oog op een groep (semi)regelgevers die steeds maar aan *Better Regulation*-kaders lijkt te ontsnappen: de agentschappen.[2] Blijkens de toelichting bij boek II hebben de auteurs wel overwogen om de reikwijdte van de bepalingen uit te breiden tot regelgevende activiteit die de lidstaten ondernemen ter uitvoering van het EU-recht. Zij hebben daar gezien de complexiteit van een dergelijke uitbreiding toch van afgezien.[3] Verder wordt opgemerkt dat de regulering van

1 S.E. Zijlstra e.a., *Wetgeven. Handboek voor centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 42.

2 De reikwijdte van boek II van *ReNEUAL* omvat blijkens art. II-1 overigens alle niet-wetgevingshandelingen ('*These rules apply to the procedures leading to the establishment, amendment and repeal of legally binding non-legislative acts of general application*').

3 Toelichting bij boek II, p. 45, www.reneual.eu/images/Home/BookII-AdministrativeRulemaking_individualized_final_2014_09_03.pdf.

regelgeving in het voorstel voor een 'Europese Awb' dat het EP in 2016 het licht heeft doen zien, in het geheel niet terugkomt.[4]

Als wij de regels van boek II in paragraaf 4.4 analyseren en vervolgens beoordelen op hun meerwaarde voor de Nederlandse context, houden wij een ruime blik. Juist omdat de institutionele context zo anders is en de normenhiërarchie complexer is op EU-niveau, nemen wij niet bij voorbaat aan dat de regels uit boek II alleen relevant zijn voor bestuurswetgeving (en eventueel beleidsregels), maar zullen wij de regulering van wetgeving in formele zin ook meenemen. Regelgeving op provinciaal en gemeentelijk niveau zal buiten beschouwing worden gelaten.

Voordat wij in paragraaf 4.4 toekomen aan de bespreking van de artikelen uit boek II van de *ReNEUAL Model Rules* en de beantwoording van de hierboven gestelde vraag, enkele opmerkingen vooraf over de wijze waarop het Nederlandse bestuursrecht het proces van totstandkoming, gebruik en onderhoud van algemene regels reguleert (paragraaf 4.2) en de wijze waarop de totstandkoming van algemene regels op dit moment wordt beïnvloed door het Europese recht (paragraaf 4.3). Paragraaf 4.5 bevat de belangrijkste conclusies en aanbevelingen van dit hoofdstuk.

4.2 Europeanisering en algemene regels

Het Nederlandse (bestuurs)recht reguleert het proces van totstandkoming, gebruik en onderhoud van algemeen verbindende voorschriften nauwelijks. Dit is in lijn met de internationale trend binnen parlementaire stelsels.[5] Omdat het handhaven van regeerakkoorden zo centraal staat in deze stelsels, lijken de coalitiepartners belang te hebben bij het zo veel mogelijk langs hiërarchische lijnen controleren van elkaars voorstellen voor regelgeving.[6] In presidentiële systemen, zo geeft de theorie aan, ligt dit anders en kan het uitbesteden van deze controle aan de handhavers van algemene regels voor regelgeving (vaak de rechter) juist aantrekkelijk zijn. Zo bevat de Amerikaanse (federale) APA verschillende door de rechter toepasbare voorschriften voor het maken van regels door '*agencies*', waarvan '*notice and comment*', de verplichting om conceptregels te publiceren en de feedback daarop te verwerken, de bekendste is.

In Nederland bestaan er op het niveau van de wet in formele zin nauwelijks regels die het proces van totstandkoming, gebruik en onderhoud van (bestuurs)wetgeving reguleren. In de Grondwet is de regelgevende bevoegdheid van de regering tot het vaststellen van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur (art. 89, eerste lid), van provincie- en gemeentebesturen tot het stellen van regels inzake hun

4 Resolutie van het Europees Parlement van 9 juni 2016 over een open, doeltreffend en onafhankelijk Europees ambtenarenapparaat (2016/2610(RSP)), zie www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0279+0+DOC+XML+V0//NL#BKMD-9.

5 C.B. Jensen & R. J. McGrath, 'Making Rules about Rulemaking: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems', *Political Research Quarterly* 2011, p. 656-667. In dit artikel worden 'algemene wetten bestuursrecht' (*administrative procedure acts*) uit zestien landen en 48 Amerikaanse staten geanalyseerd en wordt geconcludeerd dat het reguleren van bestuurlijke regelgeving zeldzaam is in parlementaire systemen.

6 C.B. Jensen & R. J. McGrath, 'Making Rules about Rulemaking: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems', *Political Research Quarterly* 2011, p. 658.

huishouding (art. 124) en Provinciale Staten en de gemeenteraad tot het vaststellen van verordeningen (art. 127) vastgelegd. Ministers zijn uitsluitend bevoegd tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften indien een wet in formele zin daarvoor een grondslag bevat.[7] Daarnaast wordt in dit kader gewezen op de bekendmakingsvoorschriften in de Grondwet (art. 89, derde en vierde lid), de Bekendmakingswet, de Gemeentewet (art. 139 e.v. en 176) en de Provinciewet (art. 136 e.v.).

Alle andere regels die het proces van totstandkoming, gebruik en onderhoud van (bestuurs)wetgeving reguleren vallen binnen het domein van de '*soft law*'. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw wordt er op rijksniveau door de achtereenvolgende kabinetten wetgevingsbeleid gevoerd. In het kader van dit wetgevingsbeleid is er in de loop der tijd een groot aantal instrumenten ontwikkeld dat bij de voorbereiding van (bestuurs)wetgeving moet worden gebruikt. Belangrijke voorbeelden hiervan zijn op rijksniveau het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving[8] en de Aanwijzingen voor de regelgeving.[9] Ook op decentraal niveau zijn er 'Aanwijzingen voor de regelgeving' ontwikkeld.[10] Daarnaast vindt er sinds 2011 – ook weer op rijksniveau – internetconsultatie plaats van voorstellen tot regelgeving[11] en bestaat er sinds een aantal jaren een zogenoemde wetgevingskalender die inzicht geeft in welke wetten en algemene maatregelen van bestuur eraan komen.[12] Als gezegd zijn deze instrumenten een kwestie van beleid.

Boek II is interessant omdat het voorstelt een aantal normen uit het *Better Regulation*-kader van de Europese Commissie van hun *soft law*-status te ontdoen, en daarmee een bestuursrechtelijke vertaling van dit beleid geeft. Het is goed om te vermelden dat de regels uit boek II van *ReNEUAL* niet lijken te behoren tot de meest kansrijke om op korte termijn in een 'Europese Awb' terecht te komen. De Europese Commissie mijdt immers sinds het *Better Regulation*-beleid in 2002 van start ging al elke juridisering hiervan.[13] Daarnaast heeft de Commissie ook zonder extra regulering zoals van boek II uit zou gaan al genoeg te stellen met private partijen die zich erop beroepen dat de Commissie bij het voorbereiden van regels fouten heeft gemaakt.[14] Het ontbreken van regels voor het regelgevingsproces in het EP-voorstel uit 2016 is alvast een veeg teken. Toch kan ook van deze *ReNEUAL Model Rules* een 'schaduwwerking' uitgaan (zie paragraaf 1.3 in dit rapport). Sterker nog, in het geval van 'europeanisering' van regelgeving lijkt de 'horizontale route',[15] die 'spontaan,

7 Zie hierover uitvoeriger de hoofdstukken 3 en 8 in Zijlstra e.a. 2012.
8 *Kamerstukken II* 2009/10, 31731, 6.
9 https://wetten.overheid.nl/BWBR0005730/2018-01-01.
10 Zie: https://vng.nl/files/vng/publicaties/2016/100-ideeen.pdf. Zie ook D. Corver, '100 Ideeën en 1 suggestie voor de Aanwijzingen', *RegelMaat* 2018/1, p. 87-94.
11 Soms ook van beleidsvoornemens.
12 Zie: www.internetconsultatie.nl/ en https://wetgevingskalender.overheid.nl/.
13 Zie A.C.M. Meuwese, 'Een 'Europese Awb'? De Commissie heeft er nog steeds geen zin in', *Publiekrecht & Politiek*, 18 juli 2018, www.publiekrechtenpolitiek.nl/een-europese-awb-de-commissie-heeft-er-nog-steeds-geen-zin-in/.
14 Een goed voorbeeld is zaak C-183/16 P (Tilly-Sabco/Europese Commissie), ECLI:EU:C:2017:704. In deze zaak werd de praktijk van de Commissie om ontwerpverordeningen pas tijdens de vergaderingen van de beheerscomités in te dienen, in strijd geacht met de Comitologieverordening.
15 Zie Van Ommeren, in zijn bijdrage aan de VAR 75 jaar-bundel, waar hij dit de 'tweede Europeaniseringsroute, die meer van horizontale aard is' noemt en die volgens hem 'ontstaat door de

vaak tussen lidstaten, op het niveau van bepaalde stakeholders en met of zonder coördinerende rol voor de Europese instellingen'[16] ontstaat, de meeste relevante. Ten slotte is het *ReNEUAL*-hoofdstuk over regelgeving (boek II) kort, waardoor het haalbaar is om de daarin opgenomen bepalingen als leidraad te nemen van een bespreking van mogelijke 'horizontale' europeaniseringseffecten.[17] Dit zullen wij, als gezegd, in paragraaf 4.4 oppakken; eerst volgt een inventarisatie van de (sporen van) 'verticale' europeanisering, in de zin van bindende normen van EU-recht die in de Nederlandse rechtsorde geïmplementeerd moeten worden.

4.3 Verticale europeanisering van randvoorwaarden voor regelgeving

Het EU-recht lijkt de randvoorwaarden en procedures voor het stellen van algemene regels in Nederland op het eerste gezicht grotendeels ongemoeid te laten. Dit is verklaarbaar vanuit het beginsel van de institutionele autonomie. Toch kunnen uit Europeesrechtelijke bepalingen en eisen die worden gesteld aan de implementatie van Europese regelgeving, soms regels worden afgeleid die de Nederlandse wetgever in acht moet nemen. Zo staat aan het slot van elke richtlijn een artikel dat lidstaten ertoe verplicht de Europese Commissie onverwijld in kennis te stellen van 'de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen' die (voor het eind van de implementatietermijn uiteraard) in werking treden om aan de desbetreffende richtlijn te voldoen. In de regelgeving die ter implementatie wordt aangenomen of bij de bekendmaking ervan, moeten lidstaten verwijzen naar de richtlijn.[18] Tot slot zijn de lidstaten verplicht de Commissie de tekst van de belangrijkste bepalingen van intern recht mede te delen, die zij op het onder de desbetreffende richtlijn vallende gebied vaststellen. Voor dit soort meldingen heeft de Commissie een elektronische notificatiedatabase in het leven geroepen.[19] Lidstaten moeten hun implementatiemaatregelen in deze database elektronisch bij het Secretariaat-Generaal van de Commissie aanmelden.

---

veelvuldige contacten die plaatsvinden in een sterk internationaliserende rechtswereld die zich van statelijke grenzen steeds minder aantrekt'. F.J. van Ommeren, 'Overheidsovereenkomsten: rechtsvergelijking en de ReNEUAL Model Rules', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 121-135.

16 A.C.M. Meuwese, 'Regels over regelgeving', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 99-106.

17 *ReNEUAL* boek II met 'regels over regelgeving' bevat zes bepalingen en 65 pagina's aan inleiding en uitleg. Onder 'regelgeving' (*rulemaking*) wordt in dit boek verstaan 'handelingen van algemene toepassing' (*acts of general application*). De beoogde toepassing is beperkt tot '*executive rule-making*': gedelegeerde regelgeving op grond van art. 290 VWEU en implementatiemaatregelen tot stand gekomen op basis van art. 291 VWEU. De 'regelgever' kan de Europese Commissie zijn, maar evengoed een EU-agentschap of een ander orgaan (art. II-I(1)).

18 Ook dit is meestal aan het slot van de richtlijn bepaald. Op grond van Aanwijzing 9.11 van de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt hieraan in Nederland uitvoering gegeven door in de eerste alinea van de toelichting van een implementatieregeling, onder verwijzing naar de aanduiding van de bindende EU-rechtshandeling, te vermelden dat het gaat om implementatie.

19 NIM genaamd (NIM is een acroniem van *National implementing measures*). Het NIM kan worden bereikt via: http://eur-lex.europa.eu/collection/n-law/mne.html.

In sommige gevallen moeten lidstaten een transponeringstabel of andere toelichtende stukken maken en in de database zetten.[20]

De hiervoor besproken eisen hadden met elkaar gemeen dat zij zagen op de informatieplicht die de lidstaten jegens de Commissie hebben *bij de implementatie* van richtlijnbepalingen. Soms worden echter (ook) eisen gesteld aan de *procedure* van totstandkoming van andere nationale regelgeving. Enkele voorbeelden:

Dienstenrichtlijn

Op grond van de Dienstenrichtlijn mogen bepaalde eisen niet aan dienstverrichters worden gesteld dan na de beoordeling door de Commissie (art. 15, zevende lid, Drl). Denk bijvoorbeeld aan de eisen die van een dienstverrichter verlangen dat hij een bepaalde rechtsvorm heeft of een verbod om op het grondgebied van dezelfde lidstaat meer dan één vestiging te hebben. Een lidstaat die voornemens is dergelijke eisen te gaan stellen, moet de Commissie in kennis stellen van de nieuwe regelgeving. De Commissie onderzoekt op grond van art. 15, zevende lid (alinea 2), 'of deze nieuwe eisen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht en stelt zij waar passend een beschikking vast waarin zij de betrokken lidstaat verzoekt van vaststelling van de eisen af te zien of deze in te trekken'.

Deze kennisgevingsprocedure blijkt overigens niet goed te werken. Daarom is er op dit moment een nieuwe richtlijn in voorbereiding die de huidige kennisgevingsprocedure 'moderniseert'.[21] De ontwerprichtlijn bevat een uitvoeriger procedure waarbij onder andere duidelijker wordt vermeld in welke gevallen er precies een kennisgeving moet worden gedaan. Kennisgeving moet overigens niet alleen worden gedaan van de ontwerpregelgeving, maar ook van eventuele wijzigingen die er daarna in worden aangebracht en uiteindelijk ook van de vastgestelde maatregel. Zolang de beoordelingsprocedure van een ontwerp of een gewijzigd ontwerp niet is afgerond, mag de nieuwe regelgeving niet worden vastgesteld.[22]

20 Lidstaten hebben zich hiertoe verbonden in de Gezamenlijke politieke verklaring van 28 september 2011 van de lidstaten en de Commissie over toelichtende stukken (2011/C 369/02). Een voorbeeld van een richtlijn waaruit volgt dat een transponeringstabel dient te worden opgesteld en ingediend, is Richtlijn 2013/55 van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 2013 tot wijziging van richtlijn 2005/36/EG betreffende de erkenning van beroepskwalificaties en verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het informatiesysteem interne markt ('de IMI-verordening') (zie overweging 38).

21 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt, tot vaststelling van een kennisgevingsprocedure voor vergunningstelsels en vereisten met betrekking tot diensten en tot wijziging van Richtlijn 2006/123/EG en Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt.

22 Zie voor een soortgelijke procedure bij nationale initiatieven tot vaststelling van technische voorschriften: Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij.

Richtlijn gereglementeerde beroepen
Een tweede voorbeeld in dit kader biedt de richtlijn uit 2018 over gereglementeerde beroepen (zoals artsen, advocaten en beëdigde tolken en vertalers).[23] Daarin is bepaald dat lidstaten een *ex ante* evenredigheidstoets moeten invoeren. Deze *ex-ante* evenredigheidsbeoordeling moet plaatsvinden voorafgaand aan een nieuwe reglementering van beroepen én moet in overeenstemming zijn met de voorschriften van deze richtlijn. De richtlijn bepaalt dat in geval van 'reglementering van beroepen' (lees: voorgenomen invoering van nieuwe regels over beroepen) een memorandum moet worden opgesteld met een *uitgebreide* toelichting van de elementen op basis waarvan de naleving van het evenredigheidsbeginsel kan worden beoordeeld. Voorts schrijft de richtlijn voor dat de redenen waarom een bepaling gerechtvaardigd, noodzakelijk en evenredig wordt geacht, met kwalitatief en, zo mogelijk, kwantitatief bewijsmateriaal wordt onderbouwd. Tot slot bepaalt de richtlijn dat de lidstaten burgers, afnemers van diensten, representatieve verenigingen en andere relevante belanghebbenden dan de beroepsbeoefenaars voordat zij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen invoeren of wijzigingen niet alleen informeren, maar hun ook de gelegenheid geven hun standpunten kenbaar te maken.[24] Nederland liep voorop met dit onderwerp, want voordat deze richtlijn er was, gold in Nederland al de zogenoemde 'proportionaliteitstoets gereglementeerde beroepen'. Deze toets maakte (en maakt) deel uit van het Integraal Afwegingskader (IAK), dat dient als hulpmiddel bij het uitvoeren van de verschillende (beleidsmatig) verplichte toetsen voor wetgeving. Het commissievoorstel was hierop gebaseerd.[25] De in Nederland geldende 'proportionaliteitstoets gereglementeerde beroepen' is naar aanleiding van de richtlijn aangepast per 16 juni 2020 en geldt als implementatie.[26]

Een ander type van eisen volgt uit het Verdrag van Aarhus. Bij dit type gaat het niet zozeer om eisen die worden gesteld aan de totstandkoming van nationale regelgeving, maar is er sprake van een uitzondering op de eisen die het Verdrag stelt gedurende de totstandkomingsprocedure van een wet. Het Verdrag van Aarhus geeft regels over de toegang tot milieu-informatie, inspraak bij de besluitvorming over bindende regels die een aanzienlijk effect op het milieu kunnen hebben en de aanwezigheid van een gerechtelijke procedure over milieuzaken. In zaak Flachglas Torgau was de vraag aan de orde of het ministerie dat bezig was wetgeving voor te bereiden over emissiehandel, mocht weigeren om aan het bedrijf Flachas Torgau gegevens over milieubeleid, meer specifiek over emissiehandel, te verstrekken gedurende deze wetgevingsprocedure.[27] Het HvJ EU oordeelde dat

> 'zowel uit het Verdrag van Aarhus zelf als uit Richtlijn 2003/4, die ertoe strekt dit Verdrag in het recht van de Unie ten uitvoer te leggen, blijkt dat de opstellers ervan,

23 Richtlijn (EU) 2018/958 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan een nieuwe reglementering van beroepen.
24 Art. 4 en 7 van Richtlijn (EU) 2018/958.
25 *Kamerstukken II* 2016/17, 22112, 2315, p. 2-7.
26 *Stcrt.* 2020, 37281 en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/NIM/?uri=CELEX:32018L0958.
27 Zaak C-204/09 (Flachglas Torgau), ECLI:EU:C:2012:71.

door van "overheidsinstanties" te gewagen, bestuurlijke overheden voor ogen hadden, aangezien het deze overheden zijn die in de staten in de uitoefening van hun functies gewoonlijk over milieu-informatie beschikken'[28] en dat 'het in dit Verdrag gebruikte begrip "overheidsinstantie" "geen organen of instellingen [omvat] die optreden in een rechterlijke of wetgevende hoedanigheid", zonder dat ter zake enig voorbehoud is gemaakt'.[29]

Tijdens de totstandkomingsprocedure van de wet is het ministerie dus uitgezonderd van de begripsomschrijving van overheidsinstantie als bedoeld in art. 2 van Richtlijn 2003/4 en hoeft het geen milieu-informatie te verstrekken.[30] De uitzondering geldt uitsluitend voor wetten in formele zin.

Een volgende categorie voorbeelden ziet op de eisen die een '*spin-off*' vormen bij sectorspecifieke randvoorwaarden aan toezichtarrangementen en die in de Nederlandse context gevolgen kunnen hebben voor de wijze waarop meer in het algemeen met regelgevende bevoegdheden wordt omgegaan. Een voorbeeld hiervan betreft een arrest van het HvJ EU over het Besluit Interoperabiliteit, een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van de Kaderrichtlijn voor elektronische communicatiediensten,[31] waarin de materieelrechtelijke vraag aan de orde was of in het Besluit Interoperabiliteit een verplichting voor telecomaanbieders mocht worden opgenomen om voor bellen naar niet-geografische nummers geen hogere tarieven te rekenen dan voor bellen naar geografische nummers.[32] Institutioneelrechtelijk is hier interessant dat het Hof oordeelde dat bij de totstandkoming van deze aanvullende verplichting, die voor alle aanbieders buiten het marktanalysekader om mag worden opgelegd, wel de procedurevoorschriften van de Kaderrichtlijn gevolgd moeten worden, ook als Nederland er voor kiest om deze verplichting in een algemene maatregel van bestuur uit te werken.[33] Daarnaast is interessant dat het Hof oordeelt dat deze aanvullende verplichting niet uitsluitend door de ACM mag worden opgelegd, maar dat de lidstaat er ook voor mag kiezen dat via een AMvB te laten lopen, zolang er echter wel aan de eisen van onafhankelijkheid en transparantie wordt voldaan.[34]

In deze paragraaf bespraken wij de vraag op welke wijze de totstandkoming van algemene nationale regels op dit moment reeds wordt beïnvloed door het EU-recht.

---

28 Punt 40.

29 Punt 41.

30 Zie punten 40-43. Is de wetgevingsprocedure eenmaal beëindigd, dan vervalt de uitzondering weer (zie overweging 58). De uitzondering strekt er immers toe de lidstaten in staat te stellen het goede verloop van de wetgevingsprocedure te verzekeren (zie overweging 43).

31 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (*PbEG* 2002, L 108/33).

32 Zaak C-85/14 (KPN BV/Autoriteit Consument en Markt), ECLI:EU:C:2015:610.

33 Punt 49.

34 Punt 58: '(...) mits deze instantie voldoet aan de in richtlijn 2002/21, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140, gestelde voorwaarden inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie, en dat tegen de besluiten die zij neemt effectief beroep kan worden ingesteld bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen, hetgeen aan de verwijzende rechter ter beoordeling staat'. In de uitspraak van het CBb die hierop is gevolgd, is aan de toetsing van de procedurevoorschriften echter niet toegekomen; er is alleen gezegd dat tussen partijen geen punt van discussie is dat aan de eisen van onafhankelijkheid etc. wordt voldaan.

Het beginsel van institutionele autonomie van de lidstaten brengt met zich dat lidstaten in hoge mate vrij zijn om hun eigen wetgeving en wetgevingsprocessen in te richten. De besproken voorbeelden laten echter zien dat er in de praktijk – geheel los van de *ReNEUAL Model Rules* – al de nodige eisen worden gesteld aan de nationale wetgever.

4.4 De *ReNEUAL*-speerpunten uit boek II: een artikelsgewijze bespreking

In deze paragraaf wordt een algemene inleiding op boek II gegeven en worden de *ReNEUAL*-speerpunten, zoals deze uit de verschillende inhoudelijke bepaling van boek II naar voren komen, beschreven, verklaard en alvast in enige mate doorgelicht op hun toepasbaarheid buiten de specifieke EU-context van de 'niet-wetgevingshandelingen'.

Een woord vooraf over boek II in vergelijking tot de andere boeken van de MR: boek II heeft een wat afwijkende aard ten opzichte van de andere boeken. Om te beginnen is het minder gedetailleerd. Niet alleen het boek zelf, ook de bepalingen zijn relatief kort en laten behoorlijk wat ruimte voor invulling door het EU-orgaan tot wie zij gericht zijn (bijvoorbeeld de bewoordingen '*relevant aspects*', zie onder). Ook is het, anders dan de meeste andere MR-boeken die voortkomen uit een wens tot uniformering, een reactie op een specifiek verschijnsel: de wildgroei van semi-regelgeving en dan met name de rol van de agentschappen daarin. De agentschappen bereiden later door de Europese Commissie vast te stellen regels vaak voor en hebben zo veel invloed op de uiteindelijke inhoud.

Reikwijdte

> *II-1 Scope*
> *(1) These rules apply to the procedures leading to the establishment, amendment and repeal of legally binding non-legislative acts of general application, including:*
> *(a) acts adopted by the Commission or the Council under Articles 290 and 291 TFEU;*
> *(b) legally binding non-legislative acts of the EU institutions, bodies, offices and agencies adopted on the basis of Treaty provisions or legislative acts.*
> *(2) These rules also apply to preparatory acts by EU institutions, bodies, offices and agencies leading to the establishment, amendment and repeal of Acts in the sense of Paragraph 1 of this Article.*
> *(3) These rules do not apply to acts of the Court of Justice of the European Union when acting in its judicial capacity.*

Dit eerste artikel van boek II bepaalt de reikwijdte. Als gezegd heeft boek II betrekking op het EU-niveau reguleren van het verschijnsel dat we in Nederland zouden aanduiden met de term 'bestuurswetgeving'; algemeen verbindende voorschriften die door bestuursorganen worden vastgesteld. Boek II ziet dus niet op wetten in formele zin en ook niet op beleidsregels. Dit reikwijdteartikel moet vooral worden gezien in de specifieke EU-context van de 'niet-wetgevingshandelingen'.

Vertaald naar de Nederlandse context roept dit artikel een aantal vragen op. Ten eerste de principiële vraag of de reikwijdte waarvoor op EU-niveau is gekozen, voor de Nederlandse situatie eveneens een voor de hand liggende is. Met andere woorden: waarom zou het proces van de voorbereiding en totstandkoming van

bestuurswetgeving wél wettelijk gereguleerd moet worden en dat van wetgeving in formele zin (en beleidsregels) niet? Zoals we hierna zullen laten zien, gelden bepaalde eisen die de *ReNEUAL*-regels aan bestuurswetgeving stellen, in Nederland – weliswaar op grond van beleid – al (of: juist) voor wetten in formele zin en algemene maatregelen van bestuur. Een uitbreiding van de reikwijdte naar bestuurswetgeving lijkt ons voor de Nederlandse situatie logischer dan een beperking tot bestuurswetgeving. Hoewel de vraag of het noodzakelijk is om een wettelijke regeling te maken nog wel beantwoord moet worden.

Voorts rijst de vraag wat de meest geëigende plek zou zijn als we het proces van de voorbereiding en totstandkoming van bestuurswetgeving in Nederland eveneens zouden willen reguleren. In paragraaf 4.2 werd al gewezen op een beperkt aantal bestaande bepalingen in de Grondwet, Bekendmakingswet, Gemeentewet en Provinciewet. Onderzocht zou moeten worden of aanvulling van (een deel van) deze bepalingen in de rede ligt of dat wellicht een regeling in de Awb meer voor de hand zou liggen. Wanneer de keus zou vallen op een regeling in de Awb, zou die regeling vermoedelijk een eigen reikwijdtebepaling moeten krijgen en zou art. 3:1 Awb in ieder geval moeten worden gewijzigd. Tot slot zou moeten worden bezien wat de beste plaats in de Awb zou zijn voor een dergelijke regeling. Hoofdstuk 3 Awb lijkt op het eerste gezicht een voor de hand liggende plaats. Indien de regeling ook van toepassing zou moeten zijn op de voorbereiding en totstandkoming van beleidsregels, zou vanwege het feit dat het onderwerp beleidsregels in hoofdstuk 4 Awb is geregeld, in art. 4:81 Awb een verwijzing naar hoofdstuk 3 Awb moeten worden opgenomen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door een derde lid aan art. 4:81 Awb toe te voegen, luidende: Afdeling 3.x is van overeenkomstige toepassing op de voorbereiding van beleidsregels.

Bekendmaking in de voorbereidingsfase

> *II-2 Initiative*[35]
> *An EU authority planning an act mentioned in Article II-1 shall make public*
> *(a) the draft title of the planned act.*
> *(b) a short description of its objective and its legal basis.*
> *(c) the name of the institution, agency, body, or office in charge of drafting the act.*

Op grond van dit artikel moet het orgaan openbaarheid betrachten over de voorgenomen regelgeving (die valt onder het bereik van dit hoofdstuk). Naast de ontwerptitel van het voorstel moet een korte omschrijving worden gegeven van het onderwerp en de rechtsbasis en moet worden aangegeven welk orgaan de regelgeving voorbereidt. Het artikel is opgenomen uit een oogpunt van transparantie. Blijkens de toelichting wordt de verplichting om openbaarheid te betrachten over in voorbereiding zijnde regelgeving, beschouwd als een eerste stap om effectieve consultatie en participatie, zoals voorgeschreven in art. II-4 te verzekeren.

35 De *ReNEUAL Model Rules* zijn vertaald naar het Frans, Duits, Italiaans, Pools, Roemeens, Spaans en Japans (zie www.reneual.eu/index.php/projects-and-publications/reneual-1-0) maar tot op heden nog niet naar het Nederlands, vandaar dat wij hier de Engelse tekst gebruiken.

Voor wetten in formele zin en algemene maatregelen van bestuur bestaat een met art. II-2 vergelijkbare verplichting reeds in Nederland, zij het dat deze niet uit enig wettelijk voorschrift volgt, maar dat het beleid is.[36] Deze bekendmaking vindt plaats op de zogenoemde Wetgevingskalender en is bedoeld om inzicht te geven in de totstandkoming van wetten en AMvB's.[37] Soms worden ook ministeriële regelingen aangekondigd op de Wetgevingskalender. Voor beleidsregels en voor decentrale regelgeving geldt geen met art. II-2 vergelijkbare verplichting. Incidenteel maken decentrale wetgevers wel bekend dat zij bezig zijn met de voorbereiding van nieuwe regelgeving, maar dit gebeurt niet stelselmatig en ook niet op een vaste plek en in een vast format zoals de Wetgevingskalender, maar bijvoorbeeld in de vorm van een nieuwsbericht op de gemeentelijke website.[38]

Hoewel het nut van het inzicht geven in de totstandkoming van in voorbereiding zijnde regelgeving niet wordt betwist, rijst wel de vraag wanneer een bestuursorgaan zou moeten overgaan tot bekendmaking dat er regelgeving wordt voorbereid. Als er een duidelijk politiek besluit is genomen dat er nieuwe regelgeving wordt voorbereid, ligt het voor de hand dat er bekendheid wordt gegeven aan het voornemen. Maar ook voordat er een dergelijk politiek besluit is genomen zijn er al (soms gedurende langere tijd) voorbereidende werkzaamheden verricht. Gesteld zou kunnen worden dat er in dat geval nog geen kennis hoeft te worden gegeven van het voorstel omdat er nog geen politiek besluit ligt. Deze opvatting roept echter de vraag op hoe concreet het politieke besluit moet zijn. Bij complexe onderwerpen kan het heel wel gebeuren dat nog niet meteen duidelijk is of er regelgeving nodig is, zodat er voordat er bekendheid wordt gegeven aan het in voorbereiding zijn van voorgenomen regelgeving, al heel wat tijd kan zijn gaan zitten in ambtelijke voorbereiding.[39]

Eisen aan de voorbereiding

> *II-3 Preparation of the Draft Act*
> *(1) The EU authority in charge of drafting the act shall:*
> *(a) carefully and impartially examine the relevant aspects.*
> *(b) undertake an assessment of the societal and economic impact of the act, as well as its impact on fundamental rights and on other values protected under EU law such as the environment. Impact assessment may include a cost-benefit analysis.*
> *(c) write an accompanying explanatory memorandum including the impact assessment, explanation of the reasons for the choices made and their alternatives.*
> *(2) If experts or interest groups are heard in the preparatory phase of drafting the act, the explanatory memorandum shall name them and publish their supporting documents indicating the source of such materials.*

36 Sinds april 2015, zie hierover *Kamerstukken II* 2014/15, 29515, 355.
37 www.wetgevingskalender.overheid.nl.
38 http://rtvstichtsevecht.nl/artikel/2482478/gemeente-stichtse-vecht-bereidt-verordening-op-de-naleving-van-de-drank-en-horecawet-voor.
39 Overigens komt het andersom ook regelmatig voor dat er wetgeving in het vooruitzicht wordt gesteld, nog voordat duidelijk is of dit vanuit juridisch oogpunt beschouwd, wel noodzakelijk is.

In art. II-3 worden de eisen genoemd die zouden moeten gelden voor de voorbereiding van secundaire EU-regelgeving: een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek naar de relevante aspecten, een assessment 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. Kostenbatenanalyse wordt alleen als mogelijkheid genoemd. Verder is het vermelden van namen en bronnen van geconsulteerde experts en belangengroeperingen een specifiek vereiste.

De eisen die deze bepaling stelt, zijn beduidend zwaarder dan de eisen die de Commissie zichzelf oplegt onder de noemer van *Better Regulation*: impact assessment van Europese 'bestuurswetgeving' (eerste lid) is niet vereist en ook de transparantie over de inbreng van experts en lobbygroeperingen (tweede lid) is niet zo precies geregeld. De MR-auteurs doen in de toelichting echter hun best om het innovatieve karakter van de bepaling af te zwakken: de voorgestelde regels vloeien voort uit algemene beginselen van het EU-recht, in het bijzonder dat van goed bestuur en evenredigheid, zoals uitgewerkt door het Hof.[40] Daarnaast zou de bepaling een praktisch aspect hebben door simpelweg de voor consultatie (art. II-4) benodigde ingrediënten te leveren.

De Nederlandse en de Europese praktijk rond de voorbereiding van regelgeving verschillen nogal. Dit is niet de plaats om deze verschillen uitgebreid uit de doeken te doen, dus volstaan wij met het noemen van een niet onbelangrijk accentverschil. In de EU volgt na een vaak behoorlijk uitgebreide *impact assessment* een 'toelichtingsgat'. De juridische slag die na afronding van de *impact assessment* nog gemaakt wordt, blijft veelal zonder goede toelichting. In Nederland ligt het accent juist op de memorie van toelichting. De fase daarvoor, de effectbeoordeling, komt in de memorie van toelichting wel aan bod, maar de presentatie ervan verschilt omdat de memorie van toelichting is opgebouwd volgens verplichte inhoudelijke eisen die de Aanwijzingen voor de regelgeving en het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving stellen.[41]

> Sinds enige jaren is het Integraal Afwegingskader (IAK) in gebruik als hulpmiddel bij het uitvoeren van de verschillende (beleidsmatig) verplichte toetsen voor wetgeving. Elk voorstel voor beleid of regelgeving dient voorzien te worden van een antwoord op de volgende hoofdvragen: wat is de aanleiding?, wie zijn betrokken?, wat is het probleem?, wat is het doel?, wat rechtvaardigt overheidsinterventie?, wat is het beste instrument? en wat zijn de gevolgen? De bevindingen worden echter in beginsel niet gepubliceerd in een met een '*impact assessment*' vergelijkbaar openbaar rapport.[42]

40 Toelichting bij boek II, p. 55, www.reneual.eu/images/Home/BookII-AdministrativeRulemaking_individualized_final_2014_09_03.pdf.

41 Zie hierover de Interdepartementale Schrijfwijzer Memorie van Toelichting (2017): www.kcwj.nl/kennisbank/schrijfwijzer-memorie-van-toelichting.

42 A.C.M. Meuwese, 'Waarom het IAK het keurmerk "IA" (nog) niet mag voeren', *RegelMaat* 2012/1, p. 17-28.

De link die in de toelichting bij art. II-3 gelegd wordt tussen de effectbeoordeling en consultatie ligt in het verlengde van de laatste ontwikkelingen in Nederland. De nieuwe interdepartementale schrijfwijzer verplicht tot publicatie van een hoofdlijnenverslag van de toetsing op de internetconsultatiepagina en schrijft beantwoording van de IAK-vragen in de memorie van toelichting voor. Deze enigszins met art. II-3 vergelijkbare verplichting, die althans in lijn is met de in de toelichting verwoorde gedachte dat transparante effectbeoordeling een ingrediënt vormt voor effectieve consultatie, volgt derhalve niet uit enig wettelijk voorschrift, maar is beleid.

Het doortrekken van de *ReNEUAL*-aanpak naar de Nederlandse context zou betekenen dat er een stevigere koppeling ontstaat van wat nu nog vaak afzonderlijke onderdelen van het regelgevingsproces zijn: consultatie, effectbeoordeling én memorie van toelichting. Wij lezen de woorden '*and their alternatives*' namelijk zo dat de memorie van toelichting altijd melding moet maken van de alternatieven die op tafel lagen, maar waarvoor niet gekozen is. Een regel als deze zou nogal wat teweegbrengen in de Nederlandse praktijk. Een memorie van toelichting is nu een stuk waarin de regering wetsvoorstellen vooral verdedigt.[43] Als de praktijk meer in de richting van de *ReNEUAL*-aanpak zou bewegen, zou het meer dan nu om een verslag van de onderzochte aspecten en de gemaakte belangenafweging moeten gaan. De effectbeoordeling binnen het IAK zou minder op de voorgestelde wettekst en meer op de verschillende (overwogen) opties komen te liggen. Voor de Europese context betekent deze koppeling overigens vooral dat het 'toelichtingsgat' aan het einde van de rit gedicht wordt (hoe verhoudt zich de uiteindelijke tekst tot de beleidsanalyse?).

Het tweede lid van de voorgestelde bepaling zet in op maximale transparantie rond lobbypraktijken in de voorbereidende fase. Namen van experts en belangengroeperingen[44] die gehoord zijn, alsmede de 'ondersteunende documenten die bronverwijzingen bevatten',[45] moeten worden gepubliceerd, niet zozeer in de *impact assessment*, zoals nu de praktijk van de Commissie is, maar als onderdeel van de memorie van toelichting. Dit onderdeel van het voorgestelde artikel is voor de Nederlandse context het minst ingrijpend. In de Nederlandse praktijk is de memorie van toelichting al bij uitstek het document waarin verantwoording wordt afgelegd over de consultatie.[46] Bovendien is het gebruikelijk om de namen van de partijen die

43 Zie ook T.C. Borman, 'Transparantie van het wetgevingsproces: een kijk vanuit de wetgevingspraktijk', *Regelmaat* 2017/1, p. 145.

44 Die overigens ook kunnen samenvallen. Een expert kan ook belanghebbend zijn en andersom.

45 Een enigszins vrije vertaling; deze bepaling blinkt niet uit in helderheid.

46 Eijlander (2017) wees in dit verband op aanwijzing 213 van de Aanwijzingen voor de regelgeving en pleitte voor aanscherping van de normen op dit vlak. Hij steunde de in de kabinetsnotitie over transparantie van het wetgevingsproces voorgestelde aanscherping van de geldende Aanwijzing 213 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, die aldus luidde: 'In de toelichting wordt, voor zover mogelijk en relevant voor de inhoud van de regeling, vermeld welke externe partijen inbreng hebben geleverd bij de totstandkoming van de regeling, op welke wijze dat is gebeurd, wat de strekking van de inbreng was en wat er met de inbreng is gedaan'. P. Eijlander, 'Wie schrijft de wet (voor)? Over lobbyen in het wetgevingsproces', *NJB* 2017, p. 2031-2085. Sinds 1 januari 2018 is art. 213 Ar gewijzigd en staat de zo-even geciteerde tekst in de Aanwijzingen (per die datum zijn de Aanwijzingen overigens ook hernummerd. Aanwijzing 213 is tegenwoordig Aanwijzing 4.44).

bij de totstandkoming van de regeling inbreng hebben geleverd in de toelichting te noemen, alsmede op welke wijze dat is gebeurd, wat de strekking van de inbreng was en wat er met de inbreng is gedaan (zie Aanwijzing 4.44 Ar). De documenten waarin partijen hun reacties hebben verwoord, worden meegestuurd naar de Tweede Kamer bij indiening van het wetsvoorstel.[47] Deze gewoonte zou bij het naar de letter volgen van de *ReNEUAL*-regels ook 'consultatie' buiten het afgebakende proces van de internetconsultatie om moeten gaan beslaan.

Het belangrijkste punt waarop art. II-3 dus invloed zou doen gelden is de koppeling tussen de effectbeoordeling en de memorie van toelichting. In de EU komt dit vooral neer op zwaardere eisen aan de inhoud van de toelichting; in Nederland betekent het vooral een uitgebreidere effectbeoordeling die vroeger in het proces, op transparante wijze plaatsvindt en waarvan meer aspecten een plek krijgen in de memorie van toelichting. Als hiervoor gekozen zou worden, is de regel uit het tweede lid er wellicht één die zich kan beperken tot de effectbeoordelingsfase. Transparantie over bronnen in de *impact assessment* zelf, in de *ReNEUAL*-benadering immers altijd een openbaar stuk, zou voldoende moeten zijn. Sterker nog, het lijkt van belang te voorkomen dat de memorie van toelichting gaat samenvallen met dit laatstgenoemde document. Beide hebben een eigen functie: de effectbeoordeling/*impact assessment* dient een gezonde dosis analyse te injecteren in een politiek proces en de memorie van toelichting dient de uiteindelijke beleidskeuze en de wijze waarop deze in een wetsvoorstel vervat is te rechtvaardigen. Dat bij deze laatste activiteit ook verantwoording van hoe deze keuze zich verhoudt tot de analytische bevindingen komt kijken, kan het parlementaire (en maatschappelijke) debat alleen maar verrijken. Een afgezwakte versie van de *ReNEUAL*-regel, of een beweging van de Nederlandse *soft law* op dit punt in die richting, valt daarom toe te juichen.

Consultatie

> *II-4 Consultation and Participation*
> *(1) The EU authority in charge of drafting, amending or withdrawing the act, shall give effect to the obligations in Article 11 TEU by consultation in accordance with the following paragraphs.*
> *(2) The draft act and the explanatory memorandum shall be published on a central EU website for consultations and shall*
> *(a) be accompanied by an open invitation to any person to electronically submit comments in any of the official languages of the Union;*
> *(b) contain information about the adoption procedure including the deadline for submissions which cannot be shorter than twelve weeks after publication;*
> *(c) in an annex contain studies, data and other supporting material used for the drafting of the act including the impact assessment; and*
> *(d) be made available in at least those languages which the EU authority in charge of drafting the act has identified as its working languages.*

47 Vroeger werden deze reacties ter inzage gelegd bij het documentatiecentrum van de Tweede Kamer. Tegenwoordig worden ze opgenomen in het digitale dossier van het wetsvoorstel en zijn ze eenvoudig te raadplegen via www.officielebekendmakingen.nl.

(3) The EU authority in charge of drafting the act may also identify and address persons who are likely to be affected by the draft act and invite them to comment.
(4) Comments are made public in a way that allows public exchange of views. Natural persons have the right to request their identity to be concealed in duly justified cases.
(5) Where the comments lead to the necessity of substantial revision of the initial draft act, the EU authority in charge of drafting the act must consider whether a new phase of consultation under Article 4 paragraphs 1-5 is necessary.

Art. II-4 verwoordt het uitgangspunt dat de instellingen en organen een proactieve houding moeten hebben ten aanzien van consultatie en participatie, door aandacht te besteden aan gebruiksvriendelijkheid van consultatiefora en door belanghebbenden die minder goed in staat zijn hun stem te laten horen, actief te benaderen.

Naar Nederlands recht bestaat er geen wettelijke verplichting tot het houden van een (internet)consultatie bij de voorbereiding van regelgeving. Omwille van de transparantie van het wetgevingsproces is consultatie[48] van wetsvoorstellen (en in toenemende mate ook beleidsvoornemens) gemeengoed. Sinds 2011 is het – na een korte experimenteerperiode die startte in 2009 – vast kabinetsbeleid dat er een internetconsultatie wordt georganiseerd over conceptwetsvoorstellen.

In het kader van de voorbereiding van nationale regelgeving voeren ministeries consultaties uit over concepten van wetten, algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. Deze consultaties hebben in de praktijk verschillende vormen. Ministeries benaderen bepaalde betrokkenen bij de voorstellen rechtstreeks en sinds een aantal jaren is internetconsultatie erbij gekomen omdat het als een nuttig instrument werd beschouwd in aanvulling op de al bestaande consultatiepraktijk. Door internetconsultatie worden meer mensen, bedrijven en instellingen bereikt die mogelijk opvattingen over in voorbereiding zijnde voorstellen hebben en kenbaar willen maken. In sommige gevallen wordt internetconsultatie ook opengesteld voor beleidsnotities en ook de Tweede Kamer gebruikt internetconsultatie soms voor de consultatie van initiatiefvoorstellen.

Vergeleken met art. II-3 bevat art. II-4 voor de Nederlandse context minder ingrijpende normen, aangezien het eerste raakt aan hoe de regelgevingspraktijk en politieke verantwoording zich tot elkaar verhouden, terwijl het tweede slechts interessante wenken bevat voor hoe consultatie gebruikersvriendelijker gemaakt kan worden. We lichten er één regel uit, de norm dat in een situatie waarin consultatie-input heeft geleid tot inhoudelijke aanpassing van het oorspronkelijke voorstel, een nieuwe consultatieronde overwogen moet worden. Regels die slechts verplichten tot het 'overwegen' van een bepaalde handeling zijn bij voorbaat problematisch, zeker als hun toepassing afhankelijk is van zoiets kneedbaars als een 'substantiële aanpassing'. Toch is de gedachte dat op de een of andere manier voorkomen dient

48 Consulteren kan op veel verschillende manieren. Vroeger was het gebruikelijk om zgn. *stakeholders* te verzoeken om te reageren op conceptwetsvoorstellen of werden er '*expertmeetings*' georganiseerd. Deze vormen van consultatie bestaan nog steeds, maar sinds de opkomst van het internet is de internetconsultatie erbij gekomen. Deze biedt bij uitstek de mogelijkheid om het grote publiek ook te consulteren. Aangezien de toelichting op art. II-5 betrekking heeft op consultatie van '*the public*', ziet deze toelichting ook hoofdzakelijk op consultatie van het publiek ('eenieder').

te worden dat consultaties tot een verplicht nummer verworden ook voor de Nederlandse context een interessante. Tegelijkertijd dient voorkomen te worden dat de toch al hoge druk die op de voorbereiding van regelgeving rust, door het houden van meerdere consultatierondes torenhoog wordt. Daarom is het interessant om de tekst van art. II-4, vijfde lid, MR, zo te lezen dat deze vooral aanmoedigt om consultaties in wisselwerking met het regelgevingsproces te doen plaatsvinden.

Motivering

> *II-5 Reasoned Report*
> *(1) After consultation, the EU authority in charge of drafting the act shall create a reasoned report which*
> *(a) shall be published in the languages referred to in Article 4(2), shall consist of the explanatory memorandum as well as the material listed in Article 4(2)(c) and shall explain whether and how comments which were made during the consultation were taken into account or, as the case may be, why they were disregarded.*
> *(b) shall be sufficiently reasoned to enable effective administrative and judicial review.*
> *(2) The reasoned report shall add specific mention of changes made to the initial draft act*
> *(a) following consultations with the Council and the European Parliament under Article 290 TFEU or*
> *(b) following consultations with the committee defined in the legal act establishing the power to adopt an implementing act under Regulation No 182/2011 and Article 291 TFEU.*

Art. II-5 verplicht tot het zorgvuldig beoordelen van de verkregen consultatiereacties en het verantwoording afleggen over hoe er is omgegaan met deze reacties. Dit verslag moet de vorm krijgen van een publicatie (in de talen op de centrale EU-website voor consultaties, zie art. II-4 tweede lid) die hoort bij het definitieve voorstel. In het verslag moet worden vermeld welke wijzigingen er zijn aangebracht in het initiële voorstel naar aanleiding van de consultaties van de Raad, het Europees Parlement of een comité als bedoeld in Verordening 182/2011 (comitologie).

Ook vast beleid is dat de verkregen consultatiereacties zorgvuldig moeten worden beoordeeld en dat wordt toegelicht tot welke wijzigingen de reacties aanleiding hebben gegeven en waarom.[49] De vorm is evenwel anders dan bij EU-regelgeving. Het resultaat van de consultatie en de verwerking daarvan in het conceptwetsvoorstel wordt op twee plaatsen verwerkt. Ten eerste in de toelichting op het wetsvoorstel en ten tweede in een verslag op hoofdlijnen op de website www.internetconsultatie.nl. Dit verslag op hoofdlijnen wordt uiterlijk gepubliceerd nadat de ministerraad het voorstel voor een wet of een AMvB of de minister het voorstel voor een ministeriële regeling heeft goedgekeurd.[50]

49 *Kamerstukken II* 2010/11, 29279, 121, p. 2.
50 www.internetconsultatie.nl.

> *II-6 Expedited Procedures*
> *(1) Under the expedited procedure, the EU authority in charge of drafting the non-legislative act of general application may proceed to adopt and temporarily put into place an act without prior notification and consultation of the public. In that case, the EU authority in charge of drafting the act*
> *(a) shall make public that the act has been adopted by the expedited procedure and give reasons.*
> *(b) shall start the consultation and participation procedure under Article 4 within a period of 4 weeks after the adoption of the act. After consultation the EU authority in charge of drafting the regulatory act will undertake the necessary amendments.*
> *(2) An act adopted by means of the expedited procedure is valid for a maximum duration of 18 months after its adoption.*

Art. II-6 staat toe dat er onder omstandigheden wordt afgeweken van de verplichting om kennis te geven van het in voorbereiding zijn van regelgeving en om het voorstel in consultatie te brengen voordat het wordt aangenomen. Als wordt gekozen om gebruik te maken van de mogelijkheden die dit artikel biedt, dan moet het orgaan bekendmaken dat de regelgeving tot stand is gebracht met deze versnelde procedure en binnen vier weken alsnog een consultatie starten. De betreffende regelgeving is slechts achttien maanden geldig. Binnen die periode moet de consultatie dus worden afgerond, moet er een verslag worden opgesteld en moeten eventuele wijzigingen in de regelgeving worden aangebracht. Uit de toelichting blijkt dat de opstellers voor deze procedurele aanpak hebben gekozen omdat zij menen dat die zich, in tegenstelling tot een lijst van gevallen waarin het opportuun is om de bekendmaking en de consultatie over te slaan, niet leent voor misbruik.

In Nederland vindt de consultatie bij voorstellen voor wetten en AMvB's in beginsel altijd plaats. Van internetconsultatie kan echter worden afgezien indien daar goede gronden voor zijn. In het Draaiboek voor de regelgeving, dat procedures, voorschriften en modellen bevat die bedoeld zijn te gelden voor de hele rijksdienst, maar dat geen formele status heeft, staat dat hiervan bijvoorbeeld sprake is bij spoedwetgeving, het voorkomen van calculerend gedrag bij fiscale voorstellen en gevallen waarin consultatie niet in betekenende mate kan leiden tot de aanpassing van het voorstel (denk aan een-op-een implementatie van een EU-richtlijn).[51] Een horizonbepaling in combinatie met een verplichting om alsnog te consulteren, zoals in art. II-6, zou in ieder geval voor de twee laatstgenoemde omstandigheden in de Nederlandse situatie weinig zinvol zijn en dus onwenselijk. De genoemde situaties roepen op hun beurt wel de vraag op of er op EU-niveau werkelijk geen enkel geval bedacht kan worden waarin de horizonbepaling en de latere consultatie weinig zinvol zijn.

51 Zie nr. 9a Draaiboek voor de wetgeving, www.kcwj.nl/kennisbank/draaiboek-voor-de-regelgeving.

4.5 Conclusie en aanbevelingen

De *ReNEUAL Model Rules* van boek II kennen op dit moment geen wettelijk gereguleerde evenknie in het Nederlandse (bestuurs)recht. In zoverre zou kunnen worden betoogd dat wij van de *ReNEUAL*-voorstellen kunnen leren hoe het proces van de voorbereiding en totstandkoming van bestuurswetgeving zou kunnen worden gereguleerd. Dit is wat ons betreft echter een te eenvoudige voorstelling van zaken. Ten eerste perkt de reikwijdtebepaling (art. II-1) het toepassingsgebied van hoofdstuk II vergaand in. In paragraaf 4.4 hebben wij laten zien dat hier principiële vragen over te stellen zijn in de context van de Nederlandse situatie. De overige vijf artikelen van boek II leveren blijkens de analyse in paragraaf 4.4 geen normen op die rechtstreeks en in ongewijzigde vorm in de Nederlandse context toepassing zouden kunnen vinden. Bovendien vinden de meeste van deze normen al toepassing in Nederland, weliswaar niet op grond van regelgeving, maar op grond van beleid. Niettemin hebben wij drie punten geïdentificeerd die de moeite van nadere beschouwing zeker waard zijn.

Het eerste gaat over de functie en aard van de memorie van toelichting, en dan vooral in verhouding tot de effectbeoordeling (of *impact assessment*). Beide bestaan al in zowel de EU-context als in de Nederlandse context, maar zouden beter op elkaar aan kunnen sluiten. Belangrijk is dat de '*evidence base*' van regelgeving (of informatie over het gebrek daaraan!) te vinden is op plekken waar potentiële gebruikers van deze informatie haar verwachten. Hier kan dus zowel in de Nederlandse als in de EU-context winst worden geboekt.

Het tweede punt betreft een vraag die door de *ReNEUAL Model Rules* wel opgeworpen maar niet beantwoord wordt: hoe lang ga je door met consulteren? Art. II-4 verplicht tot het overwegen van nadere consultatie bij substantiële wijzigingen als gevolg van de oorspronkelijke consultatie, maar laat daarbij de reële kwestie van de met zulke eisen gepaard gaande administratieve lasten ongemoeid. 'Consultatiemoeheid' dient voorkomen te worden. Het *finetunen* van consultatieprocessen, waardoor deze gebruikersvriendelijker en daarmee hopelijk ook effectiever worden, de aanpak die de MR voorstaan, is echter juist ook voor het Nederlandse systeem een interessante denkrichting.

Het derde punt heeft betrekking op de mogelijkheid om een versnelde procedure te volgen, mits wordt bekendgemaakt waarom deze procedure is gevolgd, er alsnog wordt geconsulteerd binnen vier weken nadat het voorstel is aangenomen en de regeling na achttien maanden vervalt. De keuze voor de procedurele aanpak gaat eraan voorbij dat er omstandigheden kunnen zijn waarin een horizonbepaling in combinatie met een verplichting om alsnog te consulteren, niet zinvol is. Bovendien kan deze procedurele aanpak ertoe leiden dat er vaker dan nodig voor de versnelde procedure wordt gekozen. Een beperkte lijst met gevallen waarin mag worden afgezien van bekendmaking en consultatie of een beperkte lijst in combinatie en een procedurele bepaling voor andere gevallen waarin – om wat voor reden dan ook – wordt gekozen voor een versnelde procedure, lijkt ons nuttiger. Naar onze mening zou de Nederlandse aanpak op dit punt dan ook tot voorbeeld kunnen strekken.

Het opvallendst zijn wat ons betreft echter de bevindingen uit paragraaf 4.3: strikt genomen stelt het EU-recht geen algemene eisen aan regelgeving. En blijkens de toelichting op de *ReNEUAL Model Rules* heeft de groep wetenschappers die de MR heeft

opgesteld er, gezien de complexiteit, uitdrukkelijk van afgezien om de reikwijdte van de bepalingen uit te breiden tot regelgevende activiteiten die lidstaten ondernemen ter uitvoering van het Unierecht. Toch begint zich zo langzamerhand een praktijk op dit vlak af te tekenen. Dit gaat niet alleen om de bekende informatieplicht die de lidstaten jegens de Europese Commissie hebben bij de implementatie van richtlijnen, maar ook om de eisen die soms toch gesteld blijken te worden aan de totstandkomingsprocedure van nationale regelgeving ter uitvoering van het EU-recht. Daarnaast is een aantal voorbeelden gegeven van eisen die neerkomen op een *spin-off* van sectorspecifieke randvoorwaarden aan toezichtsarrangementen. Regulering van nationale regelgeving blijkt, ook los van de *ReNEUAL Model Rules*, dus toch vatbaar voor enige mate van verticale europeanisering.

5 Overheidscontracten en schaarse publieke rechten

5.1 Inleiding

Diverse lidstaten van de Europese Unie kennen een algemene wettelijke regeling voor het gebruik van overheidsovereenkomsten; andere lidstaten kennen, net als Nederland, ter zake slechts enige bijzondere wettelijke voorzieningen voor dit soort contracten.[1] Het is opvallend dat de *ReNEUAL Model Rules* een separaat Boek bevatten waarin de figuur van de overheidsovereenkomst is geregeld. Het idee achter deze *Model Rules* is niet uitsluitend om regels te geven voor EU-autoriteiten, maar ook om een inspiratiebron te zijn voor het nationale bestuursrecht van de lidstaten. Daarom wordt in dit hoofdstuk besproken in hoeverre dit boek IV een inspiratiebron kan zijn voor een algemene regeling inzake overheidsovereenkomsten in het Nederlandse bestuursrecht en te bezien of en in hoeverre er fundamentele of andere problemen zijn die daaraan in de weg staan.

Daarbij zij eraan herinnerd dat het oorspronkelijk de bedoeling van de Awb-wetgever was dat de Awb een eigen algemene regeling over bestuursovereenkomsten zou krijgen, maar dat deze regeling nooit, althans nog niet, is gerealiseerd.[2] Dit neemt niet weg dat in de bestuursrechtelijke literatuur het denken niet stil is blijven staan.[3] De hier opgeworpen vraag naar de mogelijke betekenis van de MR sluit daarbij naadloos aan.

In dit verband verdient ook de omgekeerde vraag enige aandacht: wat zou het *ReNEUAL*-project van het Nederlandse overheidscontractenrecht kunnen leren? Nu wij geen algemene wettelijke regeling kennen, zal dat op het eerste gezicht wellicht niet al te veel zijn, maar iets zou *ReNEUAL* toch wel van ons kunnen opsteken.

Voor de goede orde zij opgemerkt dat de MR geen aanleiding geven om in te gaan op de rechterlijke competentieverdeling bij geschillen over overheidscontracten. Daarom wordt de rechterlijke competentieverdeling hier niet nader geproblematiseerd.[4] In dit hoofdstuk wordt uitsluitend naar de mogelijke materiële rechts-

1 Zie R. Noguellou & U. Stelkens (red.), *Droit comparé des Contracts Publics; Comparative Law on Public Contracts*, Brussel: Bruylant 2010.

2 Zie het voorontwerp voor de eerste tranche (1987). Vergelijk ook *Kamerstukken II* 1999/2000, 26800 VI, 7, p. 9.

3 Zie de hierna genoemde literatuurverwijzingen.

4 Zie daarvoor vooral P.J. Huisman, 'De rechterlijke competentieverdeling van geschillen over bevoegdhedenovereenkomsten', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 233 e.v. en A.A. van Rossum, 'Overeenkomsten tussen

regels voor overheidscontracten gekeken.[5] In het kielzog daarvan verdienen ook de schaarse publieke rechten aandacht.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Paragraaf 5.2 bevat een globaal overzicht van de inhoud van boek IV van de *ReNEUAL Model Rules*. In paragraaf 5.3 wordt de vraag gesteld of en in hoeverre boek IV een inspiratiebron zou kunnen zijn voor een regeling van overheidscontracten in de Awb. In paragraaf 5.4 wordt tegen deze achtergrond dieper ingegaan op enige onderdelen van boek IV die mogelijkerwijs een soortgelijke voorziening in de Awb zouden kunnen krijgen. In paragraaf 5.5 wordt ingegaan op een specifiek onderwerp: de verdeling van overheidscontracten in concurrentie en de vraag of en in hoeverre een regeling over schaarste ook betrekking zou moeten hebben op de verdeling van schaarse vergunningen en subsidies. In paragraaf 5.6 wordt aandacht besteed aan de vraag wat het *ReNEUAL*-project van enige Nederlandse ervaringen zou kunnen leren. In paragraaf 5.7 wordt afgesloten met een kort slotwoord over de perspectieven en problemen die gaandeweg de rit aan de orde kwamen. De diverse aanbevelingen die uit dit hoofdstuk voortvloeien worden vermeld in hoofdstuk 10 van dit rapport.

5.2 Overheidsovereenkomstenrecht voor EU-autoriteiten

5.2.1 *Reikwijdte van boek IV Contracts*

Wat staat er in boek IV van de *ReNEUAL Model Rules*, het Boek dat betrekking heeft op de contracten?[6] Boek IV vormt een omvangrijk boek. Het bevat maar liefst 39 artikelen. Die artikelen zijn voorzien van vele leden en nadere subonderdelen. Een volledige bespreking van dit boek gaat uiteraard dit bestek ver te buiten. Hier wordt met name aandacht besteed aan zijn inhoud en reikwijdte, zijn oogmerk en enige bijzondere voorzieningen. Daarbij ligt de focus, zoals gezegd, op de bepalingen die een inspiratiebron voor een regeling naar Nederlands recht zouden kunnen vormen.

De reikwijdte van de voorgestelde regeling is vrij groot. De regeling heeft betrekking op allerlei soorten contracten die EU-autoriteiten kunnen sluiten.[7] 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 eerste lid, MR). De wederpartij kan zowel een private partij zijn als een autoriteit

(en met) overheden. Wie is de bevoegde rechter?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 217 e.v.

5 Er is een andere VAR-werkgroep aan de slag die het onderwerp van de rechterlijke competentieverdeling onder haar hoede heeft.

6 Paragraaf 5.2 is ten dele letterlijk gebaseerd op F.J. van Ommeren, 'Overheidsovereenkomsten: rechtsvergelijking en de *ReNEUAL Model Rules*', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht (75 jaar VAR)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 121 e.v.

7 Onder EU-autoriteiten worden de 'instellingen, organen of instanties van de Europese Unie' verstaan. Vergelijk art. I-4, vijfde lid, MR en art. 298 VWEU. Ter voorkoming van misverstanden: daartoe behoren uiteraard ook de agentschappen van de EU.

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 de 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.

De omvang en reikwijdte roepen meteen vragen op over de verhouding van de voorgestelde regels tot het vigerende Europese recht. De *ReNEUAL Model Rules* zijn van toepassing indien er geen specifieke procedurele regel van Unierecht bestaat (art. I-2, eerste lid, MR). Zij hebben derhalve 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, tweede lid, MR). Dat geldt uiteraard ook voor de verhouding tussen dit boek IV en het aanbestedingsrecht zoals dat geldt voor de EU-autoriteiten.[8]

5.2.2 *De totstandkoming van de overeenkomst*

Voor de fase van het aangaan van de overeenkomst kent de voorgestelde regeling de nodige voorschriften. Enkele daarvan die vanuit Nederlands perspectief nogal opvallen, worden hier aangestipt. 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 *ReNEUAL Model Rules* die van toepassing zijn op de totstandkoming van bestuurswetgeving ('*Administrative Rulemaking*') van overeenkomstige toepassing zijn op de totstandkoming van dit soort algemene contractvoorwaarden (art. IV-6 MR).[9] Het betreft hier een procedure die de EU-autoriteit verplicht voor de totstandkoming van bestuurswetgeving bepaalde consultatie- en participatieprocedures uit te voeren. De – terechte – reden voor de van overeenkomstige toepassing-verklaring is dat dit soort algemene voorwaarden een substituut kunnen vormen voor het vaststellen

8 Derhalve gaan de totstandkomingsbepalingen voor *public contracts* uit het *Financieel Reglement* (Verordening 966/2012, *PbEU* 2012, L 298) voor op de bepalingen van de *ReNEUAL Model Rules*.

9 Zie hoofdstuk 4 van dit rapport voor de bespreking van boek II.

van bestuurswetgeving en dat het uiteraard niet de bedoeling is dat de waarborgen daarvoor via de contractuele weg worden ontdoken.[10]

Een volgende voorziening die het noemen waard is, en die de Nederlandse bestuursrechtjurist wellicht iets minder verrassend zou 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 de voorschriften die uitdrukking geven aan de eisen van zorgvuldigheid, motivering, toegankelijkheid et cetera. Tegen het besluit van de EU-autoriteit tot het (al dan niet) aangaan van de overeenkomst staat rechtsbescherming open bij het HvJ EU (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/m IV-19 MR). Zij bevat onder meer de voorschriften die dwingen tot tijdige bekendmaking van de aanbieding zodat potentiële gegadigden gelijke kansen hebben hiernaar mee te dingen. Deze voorziening geldt overigens niet alleen voor overheidscontracten. De 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, vierde lid, MR). De *ReNEUAL Model Rules* bevatten door middel van deze schakelbepaling een algemene regeling voor de verdeling van *schaarse publieke rechten*, zoals schaarse vergunningen en schaarse subsidies.[11] Hoewel er door boek IV van de *ReNEUAL Model Rules* vooral sprake is van 'verpubliekrechtelijking' van het overheidsovereenkomstenrecht, zien we hier tevens een omgekeerde ontwikkeling: voorschriften die naar hun strekking goed bekend zijn uit het overheidscontractenrecht – meer precies: uit het aanbestedingsrecht – doen hun intrede in het recht van de eenzijdige beschikkingen of besluiten. Hierop wordt dieper ingegaan in paragraaf 5.5.

5.2.3 De geldigheid en de uitvoering van de overeenkomst

Ook over de geldigheid en de uitvoering van de overeenkomst bevat boek IV een uitvoerig hoofdstuk. Een van de meer opmerkelijke eigenschappen is dat in dit

---

10 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.; M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 316 e.v.; P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 662 e.v.

11 In Nederland gaan er stemmen op hiervoor een regeling in de Awb te treffen, zie hierover paragraaf 5.5.

hoofdstuk een fundamenteel onderscheid wordt gemaakt tussen twee soorten overeenkomsten met EU-autoriteiten, te weten de overeenkomsten die *uitsluitend worden beheerst door het Unierecht* en de overeenkomsten die *worden beheerst 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 de Unierechtelijke arbeidsovereenkomsten, subsidie-overeenkomsten en bepaalde vaststellingsovereenkomsten (vergelijk art. IV-3, derde lid, 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 het Unierecht, zoals het vaststellen van een verordening, richtlijn of een besluit in de zin van art. 288 VWEU (vergelijk art. IV-3, tweede lid 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.

Dit onderscheid wordt in de *ReNEUAL Model Rules* niet gemaakt voor de fase van de totstandkoming van de overeenkomst. In de andere hoofdstukken speelt het evenmin. Het onderscheid is derhalve uitsluitend relevant voor de geldigheid van de overeenkomst en de fase van de uitvoering van de overeenkomst (hoofdstuk 3).

De reden dat dit onderscheid wordt gemaakt is dat voor de eerstgenoemde soort van overeenkomsten een uniforme toepassing van het Unierecht over het hele territoir van de EU van essentieel belang is, terwijl bij andere overeenkomsten geen eigen en dus eenvormig contractenrecht noodzakelijk is.[12] 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 worden beheerst door het Unierecht* – met bepalingen over verandering van omstandigheden, wijziging of beëindiging van de overeenkomst, heronderhandeling en ongeldigheid van de overeenkomst (art. IV-26 t/m IV-34 MR). Deze bepalingen bevatten voorzieningen die ook voor de Nederlandse bestuursrechtjuristen 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 enkele voorschriften die dit primaat van het nationale recht beogen te verzekeren (art. IV-35 en IV-36 MR). Anders dan men wellicht op het eerste gezicht zou verwachten, zijn – wat de regels over de uitvoering en de geldigheid van de overeenkomst betreft – de onderdelen met bepalingen voor overeenkomsten die *uitsluitend beheerst worden door het Unierecht* als bron van inspiratie voor Nederland dan ook verreweg het interessantst. De enkele regels die ingevolge de MR gelden voor de uitvoering van overeenkomsten die *beheerst worden door het recht van een lidstaat* (dan

12 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.

wel waarop het recht van een derde land van toepassing is) zijn te beperkt om voor het Nederlandse recht inspiratie uit te putten.

De *ReNEUAL Model Rules* schrijven voor dat overeenkomsten met EU-autoriteiten mede worden beheerst door de 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 het Unierecht als op 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.[13] Op deze overeenkomsten worden bovendien onder meer de *general principles of EU contract law* van toepassing geacht (art. IV-4 jo. art. IV-5, tweede lid, 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 *Single Case Decision-Making* (!)[14] – niet alleen op de EU-autoriteit als contractspartij van toepassing zijn, maar ook moeten doorwerken in de rechtsverhoudingen tussen de wederpartij en derden (art. IV-39 MR). Voor ons land laat een dergelijke vergaande stap zich naar huidig recht (nog) niet zo gemakkelijk zetten. Bij ons zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing in verhoudingen tussen private partijen.[15] Dit neemt overigens niet weg dat er in ander verband wel over wordt nagedacht in hoeverre dit soort normen van publiekrechtelijke herkomst in private verhoudingen van toepassing zouden moeten zijn, zoals op private instellingen die publieke taken uitoefenen en meer in het bijzonder in het sociaal domein waar private aanbieders belangrijke taken van de gemeentelijke overheid uitvoeren.[16]

---

13 In paragraaf 5.4 wordt dieper ingegaan op de betekenis van de doorwerking van deze publiekrechtelijke beginselen.

14 Zie voor deze regels hoofdstuk 6 van dit rapport.

15 Zie HR 12 januari 1990, *AB* 1991/430, m.nt. F.J. van Ommeren (Staat/Appels).

16 Zie in algemene zin, F.J. van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in: J.W. Sap e.a. (red), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 149-152; J.A.F. Peters & S.E. Zijlstra, 'Onscherp, maar wel ver genoeg', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend Bestuursrecht (Ten Berge-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 109-125, p. 124; J. Nijland, *De overheidsonderneming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 99 e.v.; F.J. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk', *NTB* 2014/30, p. 248-252; N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 94 e.v.; W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016, p. 391; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 351 e.v. En specifiek voor het sociaal domein, N. Jak, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens private aanbieders', *NTB* 2018/49, p. 267 e.v.

5.3 De *ReNEUAL Model Rules* als bron van inspiratie

5.3.1 *De betekenis van de ReNEUAL Model Rules voor het overheidscontractenrecht*

Tegen deze achtergrond rijst de vraag wat er van de ideeën van boek IV MR, *Contracts*, in het Nederlandse bestuursrecht past. De kracht van boek IV is in de eerste plaats de vanzelfsprekendheid waarmee de figuur van het overheidscontract een eigen plaats heeft in het geheel van het overheidsinstrumentarium, in het bijzonder naast het eenzijdig beslissen (*single case decision-making*). Het biedt houvast aan de betrokken partijen dat het sluiten van contracten in beginsel is toegestaan en biedt rechtszekerheid over de daarbij in acht te nemen condities. Voorts maakt het duidelijk dat op deze contracten de normen van publiekrechtelijke herkomst, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van toepassing zijn. Dat is overigens een aspect dat bij ons al jaren vanzelfsprekend is, maar in andere rechtsstelsels is dat veel minder het geval.[17]

Vanzelfsprekend zijn de bepalingen van boek IV van de MR niet rechtstreeks naar ons recht over te planten, niet alleen vanwege het verschil in normadressaat (EU-autoriteiten in plaats van Nederlandse bestuursorganen) maar ook vanwege een wetgevingscultuur die van geheel andere aard is. Boek IV is dan ook allesbehalve direct over te nemen in het Nederlandse recht; zelfs niet op onderdelen. Daarbij komt dat een aantal belangrijke algemene zaken over het overeenkomstenrecht te onzent al goed is geregeld in het BW. Voorts lopen we – net zoals boek IV MR – aan tegen de afbakening met het aanbestedingsrecht (bij ons: de Aanbestedingswet 2012). Het ligt dan ook meer voor de hand te bezien in hoeverre het zinvol is tot algemeen wettelijke rechtsregels te komen die de bestaande wetboeken en wetten zinvol kunnen *aanvullen*. Als plaats van bestemming valt vanuit overheidsperspectief vooral te denken aan de Awb. Daarvoor biedt boek IV zonder twijfel een belangrijke bron van inspiratie.

Nederlandse beschouwingen over de geoorloofdheid van het gebruik van overeenkomsten door de overheid knopen meestal aan bij de bekende tweewegenleer met zijn formule van de onaanvaardbare doorkruising. Het boek over *Contracts* van de *ReNEUAL* geeft evenwel geen aanleiding om op de tweewegenleer in te gaan. In de eerste plaats moet de tweewegenleer vooral worden begrepen als een typisch Nederlands leerstuk. In andere rechtsstelsels – zoals het Franse en het Duitse, die voor een belangrijk deel model hebben gestaan voor boek IV – wordt het vraagstuk van de toelaatbaarheid van het privaatrechtelijk overheidshandelen heel anders benaderd. In de tweede plaats is de formule van de onaanvaardbare doorkruising bij uitstek een jurisprudentieel leerstuk: zij is van toepassing in die gevallen dat de betrokken wettelijke regeling geen voorziening bevat.[18] Wanneer een wettelijke regeling voor handen is die uitdrukkelijk aangeeft wanneer de overheid een overeenkomst mag aangaan, is dit leerstuk niet aan de orde. De tweewegenleer kan hier dus verder buiten beschouwing blijven.

---

17 Zie Van Ommeren 2014, p. 121 e.v.

18 HR 26 januari 1990, *AB* 1990/408, m.nt. Kleijn, *NJ* 1991/393, m.nt. MS, *AB* Klassiek 2016/13 (Windmill).

5.3.2 *Bevoegdhedenovereenkomsten?*

Zoals hiervoor bleek, is de reikwijdte van boek IV erg groot: het heeft zowel betrekking op de privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten als op (publiekrechtelijke) bevoegdhedenovereenkomsten. Met het oog op de Awb ligt het in de rede de aandacht vooral te richten op de figuur van de bevoegdhedenovereenkomst. De Awb is een wet die immers primair algemene regels geeft voor de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden en de rechtsbescherming daartegen. Het past goed bij het karakter van een dergelijke wet daarin algemene regels op te nemen voor overeenkomsten die eveneens betrekking hebben op de uitoefening van dit soort bevoegdheden. Veel minder passend is het in de Awb algemene regels op te nemen over de privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten. Weliswaar hebben ook deze regels betrekking op overheidshandelen, maar voor het privaatrechtelijk overheidshandelen is de Awb niet direct bestemd, aangezien het wenselijk is – mede vanwege de conformiteit met art. 3:1, tweede lid, Awb – dat haar regels daarop slechts van toepassing zijn voor zover de aard van de handelingen daaraan niet in de weg staat.

De bevoegdhedenovereenkomst is de overeenkomst waarin een bestuursorgaan van tevoren een afspraak maakt over de uitoefening van een aan hem toekomende publiekrechtelijke bevoegdheid. Deze afspraken worden vooral gemaakt voor zover het bestuursorgaan ter zake over enige discretionaire ruimte (beleidsruimte of beoordelingsruimte) beschikt. In Nederland gebeurt dit ten aanzien van zeer uiteenlopende publiekrechtelijke bevoegdheden, niet alleen bevoegdheden waarbij in beginsel geen derden-belanghebbenden zijn betrokken (zoals de fiscale vaststellingsovereenkomst – het zogeheten 'fiscaal compromis' of '*fiscal ruling*')[19] maar ook bevoegdheden waarbij derden-belanghebbenden nu juist bij uitstek een grote rol spelen (zoals de bestemmingsplanovereenkomst).[20] Het bestuursorgaan maakt door het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst inzichtelijk op welke wijze het de aan hem toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid zal gaan gebruiken en het verbindt zich om zich overeenkomstig het bepaalde te gaan gedragen. Uit de bevoegdhedenovereenkomst vloeit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking voort tot het (wel of niet) nemen van een bepaald besluit in de zin van de Awb of tot het verrichten van bepaalde feitelijke bestuurshandelingen ter uitoefening van de betrokken bevoegdheid.

In de rechtspraak is de laatste jaren de bevoegdhedenovereenkomst als rechtsfiguur uitdrukkelijker tot ontwikkeling gekomen. In het arrest *Etam/Zoetermeer* (2011) – en opvolgers – heeft de Hoge Raad deze rechtsfiguur met zoveel woorden erkend.[21]

---

19 Waarover P.J. Huisman, *De fiscale vaststellingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2013.

20 Waarover P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 401-476.

21 HR 8 juli 2011, *AB* 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer); HR 14 juni 2013, *AB* 2013/273, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Ruimte voor Ruimte); HR 11 oktober 2013, *AB* 2014/434; HR 20 december 2013, *AB* 2014/435, m.nt. P.J. Huisman (Fiscale bevoegdhedenovereenkomsten); HR 4 april 2014, *AB* 2014/301, m.nt. F.J. van Ommeren (Subsidieovereenkomst) en HR 24 maart 2017, *AB* 2017/339, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Ruimte voor Ruimte II).

Dit wil overigens niet zeggen dat er voor die tijd geen civiele rechtspraak over deze rechtsfiguur was, integendeel, maar dat deze rechtsfiguur toen nog minder uitdrukkelijk als een apart soort overheidsovereenkomst is onderscheiden. Ook in de (bestuursrechtelijke) literatuur wordt de bevoegdhedenovereenkomst van oudsher onderscheiden als een aparte rechtsfiguur die goed kan worden onderscheiden van de overige soorten overheidsovereenkomsten.[22] In de recente literatuur wordt terecht de term bevoegdhedenovereenkomst 'inmiddels ingeburgerd' geacht.[23] Deze voortschrijdende ontwikkelingen maken het beter mogelijk om juist voor dit soort overheidsovereenkomst algemene wettelijke regels in de Awb tot stand te brengen.

De behoefte aan een aparte set van algemene wettelijke regels is hier ook groter, aangezien het vooral bij dit type overeenkomst is dat bepaalde regels van het burgerlijk recht maar moeizaam – en slechts zeer geadapteerd – zijn toe te passen: het object van de bevoegdhedenovereenkomst is de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid en daarop zijn privaatrechtelijke rechtsregels nu eenmaal minder toegesneden.

Het nut van een algemene wettelijke regeling over bevoegdhedenovereenkomsten is – net als bij de *ReNEUAL Model Rules* – in de eerste plaats gelegen in de rechtszekerheid en vooral in het wegnemen van onzekerheden over of en in hoeverre deze figuur in de praktijk mag worden gebruikt. Dat is niet alleen voor de wederpartij maar ook voor de contractsluitende overheid zelf buitengewoon aantrekkelijk. Door een algemene wettelijke regeling kunnen bovendien met name de belangen van derden-belanghebbenden worden versterkt. Hiervoor kan in het bijzonder worden gedacht aan de eisen die bij de voorbereiding aan de totstandkoming moeten worden gesteld, zoals een hoorplicht, en verder ook aan het schriftelijkheidsvereiste en de wijze van bekendmaking van de overeenkomsten. Voorts speelt het klassieke punt van de binding aan de overeenkomst: hoe moet worden omgegaan met een overheidsinstelling die zich met een beroep op het algemeen belang niet aan haar overeenkomst wil houden? Ook daarin zal een Nederlandse algemene wettelijke regeling, net als boek IV MR, moeten voorzien.

In een rapport van een commissie van de VAR mag ten slotte niet onvermeld blijven dat deze vereniging zich op een jaarvergadering (2013) er bij vrij ruime meerderheid uitdrukkelijk voor heeft uitgesproken dat, vanwege de samenhang met een appellabel besluit in de zin van de Awb, de bestuursrechter kennis dient te kunnen nemen van geschillen over publiekrechtelijke overeenkomsten, zoals de bevoegdhedenovereenkomsten en publiekrechtelijke uitvoeringsovereenkomsten.[24] Weliswaar geven de *ReNEUAL Model Rules*, zoals gezegd, niet direct aanleiding tot een herziening van de Nederlandse rechterlijke competentieverdeling, maar duidelijk zal zijn dat een algemene regeling van bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb kan worden beschouwd als een mogelijke stap op weg in deze richting.[25]

---

22 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 16e druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 242 en R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 7e druk, Deventer: Kluwer 2017, p. 713.

23 Scheltema & Scheltema 2013, p. 209. Zie Huisman & Van Ommeren 2019, p. 581 e.v.

24 *Het besluit voorbij*, Verslag VAR-reeks 151, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 90.

25 Dit is niet noodzakelijk. Men vergelijke de algemene regeling over de beleidsregels in de Awb (titel 4.3), die geen reden vormt de bestuursrechter bevoegd te achten om van een rechtstreeks

5.4 Geïnspireerd door de *ReNEUAL Model Rules*: naar een Awb-regeling over bevoegdhedenovereenkomsten

5.4.1 *Inleiding*

Niet alleen vanwege het verschil in normadressaat maar ook vanwege een wetgevingscultuur die van geheel andere aard is, is boek IV van de MR allesbehalve rechtstreeks over te nemen in het Nederlandse recht; zelfs niet op onderdelen. Wel biedt het een belangrijke bron van inspiratie. Hierna wordt steeds wat dieper ingegaan op de bepalingen uit de MR die rechtstreeks een bron van inspiratie kunnen vormen voor voorschriften met een min of meer vergelijkbare strekking in de Awb. En wordt vervolgens gekeken op welke wijze een dergelijk voorschrift bij ons uitwerking zou kunnen krijgen.

In de literatuur zijn enige uitgewerkte voorstellen gedaan voor de totstandkoming van een algemene regeling inzake bevoegdhedenovereenkomst in de Awb.[26] Tegen de achtergrond van de *ReNEUAL Model Rules* borduren de hier voorgestelde bepalingen, die onderdeel kunnen uitmaken van een algemene Awb-regeling, mede daarop voort. In de eerste plaats rijst in het licht van boek IV de vraag of en in hoeverre separate definities dienen te worden opgenomen en wat de reikwijdte van de regeling is (paragraaf 5.4.2). Vervolgens ligt het voor de hand naar de voorbereiding en de totstandkoming te kijken: in hoeverre vereisen zij een aanvullende regel in de Awb (paragraaf 5.4.3)? In het verlengde daarvan dient de bekendmaking de aandacht te krijgen (paragraaf 5.4.4). Kardinaal punt in het overheidscontractenrecht is de uitvoering: in hoeverre kan de overheid bij gewijzigde omstandigheden met een beroep op het algemeen belang van de overeenkomst afwijken en wat betekent dat voor haar compensatie- of schadevergoedingsplicht (paragraaf 5.4.5)?

5.4.2 *Definities en reikwijdte van de regeling*

Wanneer we naar het boek *Contracts* van de *ReNEUAL Model Rules* kijken dan is een van de eerste vragen of en in hoeverre in een Awb-regeling over bevoegdhedenovereenkomsten definities moeten worden opgenomen. Art. IV-2 MR bevat vrij uitvoerige definities, waarin onder meer wordt uitgelegd wat onder een contract, onder een partij e.d. moet worden verstaan. Het past niet goed bij de wetgevingsstijl van de Awb om dergelijke voorschriften in de Awb over te nemen. In de Awb worden begrippen als persoon, rechtspersoon, handeling, rechtshandeling, wettelijk voorschrift

---

beroep tegen dit soort regels kennis te nemen (art. 8:3, eerste lid, Awb).

26 Zie in het bijzonder, F.J. van Ommeren, 'De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 717 e.v., waaraan in het navolgende ten dele letterlijk passages zijn ontleend, Huisman 2012, p. 623 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. Waarover C.N.J. Kortmann, 'Het vertrouwensdilemma', in: *Vertrouwen in de overheid (preadviezen VAR)*, Den Haag: Boom juridisch 2018, i.h.b. p. 172 e.v. Schlössels & Zijlstra 2017, p. 745 e.v. achten de voordelen gering. Zie meer beknopt, Huisman & Van Ommeren 2019, p. 688 e.v.

e.d. immers niet gedefinieerd. Min of meer impliciet wordt in de Awb ervan uitgegaan dat deze begrippen initieel in beginsel dezelfde betekenis hebben of hadden als in het privaatrecht, maar dat zij vervolgens voor bestuursrechtelijke verhoudingen in de bestuursrechtspraak een eigen invulling of uitwerking kunnen krijgen. De Nederlandse wetgevingsbenadering is dus een geheel andere dan die van de MR.

Wel blijkt uit de MR (art. IV-1 jo. IV-3) op wat voor soort overeenkomsten de MR van toepassing zijn. Vanzelfsprekend moet de reikwijdte ook uit de Awb-regeling blijken. Zoals hiervoor opgemerkt, ligt het in de rede in het bijzonder te denken aan een regeling die betrekking heeft op de bevoegdhedenovereenkomsten. Het is dan ook aangewezen dat dit Awb-hoofdstuk van het begrip 'bevoegdhedenovereenkomst' een definitie bevat. Te denken valt aan een begripsomschrijving in de volgende trant: '*Onder een bevoegdhedenovereenkomst is te verstaan: een schriftelijke overeenkomst van een bestuursorgaan met een of meer personen*[27] *over de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid*'.

Van belang is dat dit type overeenkomst uitsluitend betrekking heeft op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Het woord 'publiekrechtelijk' is essentieel, omdat de term 'bevoegdheid' ook op privaatrechtelijke bevoegdheden betrekking zou kunnen hebben. Privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten vallen echter niet onder deze begripsomschrijving.

Omdat de overeenkomst betrekking heeft op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, dient de verhouding met het besluitbegrip van de Awb klip en klaar te zijn. Een bevoegdhedenovereenkomst is een meerzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling. Daarmee lijkt de bevoegdhedenovereenkomst enigszins op een Awb-besluit, maar zij is het niet. Awb-besluiten zijn immers eenzijdig van aard. Weliswaar blijkt dit eenzijdige karakter niet uit de begripsomschrijving van art. 1:3, eerste lid, Awb, maar het valt wel af te leiden uit de wetgevingsgeschiedenis van deze bepaling met inbegrip van haar voorlopers (Wet Bab en Wet Arob); het eenzijdige karakter volgt ook uit de hedendaagse systematiek van het bestuursrecht.[28] Dat de bevoegdhedenovereenkomst zelf geen Awb-besluit is, neemt overigens niet weg dat haar uitvoeringshandelingen het karakter van een besluit in de zin van de Awb kunnen hebben. Dat laatste is nu juist een van de typische eigenschappen waarin de bevoegdhedenovereenkomst van andere overheidsovereenkomsten verschilt.

Net als in de MR is het van belang om tot uitdrukking te brengen dat het om een schriftelijke overeenkomst gaat. Schriftelijk in de zin van de Awb houdt in dat het stuk schrifttekens moet bevatten, ongeacht wat de drager van die schrifttekens is. Het kan dus ook om een elektronisch geschrift gaan.[29] In de MR is dat niet anders (vergelijk art. III-31 en III-32, die van overeenkomstige toepassing op overeenkomsten zijn verklaard).

---

27 De uitdrukking 'belanghebbende' is niet geschikt, aangezien de overeenkomst geen besluit is en art. 1:2, eerste lid, Awb belanghebbende definieert als degene wiens belang rechtstreeks bij een *besluit* is betrokken.

28 F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij (VAR preadviezen 2013)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 28 en 29.

29 *Kamerstukken II* 2001/02, 28483, 3, p. 6.

5.4.3 *Voorschriften inzake de voorbereiding*

Een van de meer in het oog springende kenmerken van het boek over contracten van de MR is de nauwkeurige en genuanceerde benadering waarmee voorschriften uit de MR die direct bestemd zijn voor publiekrechtelijk handelen van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op de overheidscontracten. Dit gebeurt op meerdere plaatsen. Zoals gezegd, zijn de voorschriften betreffende *Administrative rulemaking* van overeenkomstige toepassing op de totstandkoming van standaardcontracten (algemene voorwaarden) en wel ingevolge art. IV-6. Maar daarbij blijft het niet. Ook veel voorschriften van boek III (*Single Case Decision Making*) zijn van overeenkomstige toepassing verklaard. In art. IV-7 worden maar liefst zestien voorschriften van overeenkomstige[30] toepassing verklaard op de beslissing van een EU-autoriteit om al dan niet een contract te sluiten. In art. IV-21 worden vrijwel[31] dezelfde artikelen uit boek III van overeenkomstige toepassing verklaard op de inhoud en de uitoefening van de contracten. Deze voorschriften betreffen in het bijzonder de '*principle of investigation*', de '*right to be heard by persons adversely affected*' en de '*duty to give reasons*'. We herkennen in deze beginselen de onderzoeksplicht van art. 3:2 Awb, de hoorbepalingen van afdeling 4.1.2 Awb, en natuurlijk de afdeling over motivering, afdeling 3.7 Awb. Veel belangrijker is dat deze voorschriften uitdrukkelijk – en terecht – als specifieke uitwerkingen van de *principles of good administration* worden beschouwd. Zoals gezegd, worden de contracten van de MR onderworpen geacht aan de *principles of good administration*. Uiteraard dient dat in een Nederlandse regeling niet anders te zijn.

Alle overheidshandelen, en dus ook de bevoegdhedenovereenkomst, is naar Nederlands recht onderworpen aan de normen van publiekrechtelijke herkomst, met inbegrip van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[32] In de Awb wordt dit ten dele tot uitdrukking gebracht door art. 3:1, tweede lid, Awb: 'Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet'. Bevoegdhedenovereenkomsten behoren, zoals hiervoor bleek, aan overheidszijde tot de categorie van de 'andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten'. Derhalve zijn de afdelingen 3.2 t/m 3.4 Awb in beginsel ook op bevoegdhedenovereenkomsten van toepassing.

Ondanks de toepasselijkheid van deze algemene waarborgen verdient de positie van derden-belanghebbenden enige speciale aandacht. Op het eerste gezicht staan derden-belanghebbenden – dat wil zeggen de belanghebbenden die geen partij zijn bij de overeenkomst – buiten spel. Dat kan bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden problematisch zijn. Dat leidt tot de vraag of en in hoeverre derden-belanghebbenden bij de totstandkoming van de bevoegdhedenovereenkomst

30 Wij zouden waarschijnlijk niet van 'overeenkomstige' toepassing spreken, omdat het besluit tot het aangaan een echt Awb-besluit kan zijn (vergelijk art. 8:3, tweede lid, Awb), maar dit soort verfijndheden ligt in de MR wat anders.

31 Eén artikel (art. III-6) ontbreekt – logischerwijs – in dit overzicht, omdat het speciaal op de totstandkoming betrekking heeft.

32 Met inbegrip van het privaatrechtelijk overheidshandelen: HR 27 maart 1987, *AB* 1987/273, m.nt. FHvdB, *AB Klassiek* 2016/11, m.nt. M. Scheltema (Amsterdam/Ikon).

dienen te worden betrokken en of daarvoor aanvullende wettelijke voorschriften nodig zijn.

De uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst bestaat aan overheidszijde doorgaans uit het nemen van besluiten in de zin van de Awb. Bij deze besluiten kunnen de belangen van derden een belangrijke positie innemen; het niet in acht nemen van deze belangen bij de besluitvorming kan leiden tot een vernietiging van het uitvoeringsbesluit door de bestuursrechter. *Juridisch* gezien is de positie van een derde niet anders bij een besluit ter uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst dan bij een 'gewoon' besluit; heeft hij een stevige positie bij een besluit, dan behoudt hij deze. De *feitelijke* positie van de derde kan daarentegen wel degelijk sterk verzwakt zijn, aangezien de contractspartijen, buiten de derde om, overeenstemming hebben, waardoor het voor hem moeilijker kan zijn om via zijn wettelijk gegarandeerde positie in de fase van de besluitvorming het tij nog te keren.[33] Vanwege hun feitelijk verzwakte positie is het wenselijk om de positie van derden bij bevoegdhedenovereenkomsten en de uitvoering daarvan toch ook juridisch te verstevigen. Daardoor ontstaat er symmetrie tussen de bevoegdhedenovereenkomst en het uitvoeringsbesluit, ook ten aanzien van derden-belanghebbenden. Concreet betekent dit dat in die gevallen dat een derde bij de besluitvorming gehoord dient te worden en van het besluit op de hoogte dient te worden gebracht, hij ook reeds bij het aangaan van de overeenkomst moet worden gehoord en van de overeenkomst in kennis moet worden gesteld.

Net als voor Awb-beschikkingen zijn met het oog daarop aanvullende bepalingen over de voorbereiding wenselijk. Het is van belang dat bestuursorganen wanneer zij voornemens zijn een bevoegdhedenovereenkomst te gaan sluiten, verplicht zijn derden-belanghebbenden te horen over de voor hen relevante feiten en belangen. Uiteraard is dit niet in alle gevallen zinvol; dat ligt in het bijzonder aan de aard van de bevoegdheid waarover wordt gecontracteerd. Voor een fiscaal compromis is deze waarborg niet nodig, voor een bestemmingsplanovereenkomst des te meer. Afdeling 4.1.2 Awb bevat een regeling over het horen van aanvragers en derden-belanghebbenden voor het geven van beschikkingen, waarin met dit soort verschillen rekening is gehouden. Het ligt dan ook in de rede deze afdeling van overeenkomstige toepassing te verklaren op de totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst. De Awb zou derhalve een voorschrift moeten bevatten dat op de totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst afdeling 4.1.2 van overeenkomstige toepassing verklaart.

Het verdient wellicht overweging om een stap verder te gaan. De vraag rijst of als een besluit zelf wordt voorbereid met behulp van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb), de bevoegdhedenovereenkomst die daarop betrekking heeft, eveneens aan de hand van deze voorbereidingsprocedure moet

33 Dit is een klassiek probleem, waarvoor in de literatuur veel aandacht is gevraagd, zie D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982, p. 176 e.v.; S.E. Zijlstra, *Convenanten, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 58 e.v.; C.N.J. Kortmann, 'Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?', in: *De vijfde tranche (preadviezen jonge VAR 2002)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 110 e.v.; Huisman 2012, p. 648 e.v. en Kortmann 2018, p. 172 e.v.

worden voorbereid. Het gaat erg ver zulks dwingend voor te schrijven. In wezen wordt het (gehele) besluitvormingsproces daardoor sterk naar voren gehaald. Te betwijfelen valt of dat noodzakelijk is. Uiteraard kan het bestuursorgaan deze voorbereidingsprocedure wel toepassen op de totstandkoming van de bevoegdhedenovereenkomst in die gevallen dat het dat wenselijk acht (hetgeen zelden zal voorkomen), het is immers een facultatieve procedure.[34]

5.4.4 *Bekendmaking van de bevoegdhedenovereenkomst*

Boek IV van de *ReNEUAL Model Rules* zegt opmerkelijk weinig over de bekendmaking van de overeenkomsten. Er wordt, ten dele impliciet en ten dele expliciet, van uitgegaan dat partijen het contract ondertekenen en aan elkaar ter beschikking stellen. Toch verdient dit onderwerp de aandacht. Want hoe zit het met de kennisname door derden? Juist bij overheidscontracten, en dan met name de overheidscontracten waarbij de belangen van derden in het geding zijn, is de bekendmaking een belangrijk punt.

De MR zwijgen niet helemaal over de bekendmaking. Zoals gezegd in paragraaf 5.2, zijn belangrijke delen van boek III, over *single-case decision-making*, van overeenkomstige toepassing verklaard op het sluiten van contracten. Anders dan bij ons, waar de Awb zwijgt over de ondertekening van besluiten of beschikkingen door bestuursorganen, schrijven de MR voor dat besluiten van autoriteiten schriftelijk van aard moeten zijn,[35] ondertekend moeten worden en dat de identiteit van de beslissende autoriteit kenbaar moet zijn (art. III-31, eerste lid). Voorts schrijven zij voor – net als bij ons de Awb – dat besluiten op een bepaalde wijze bekend moeten worden gemaakt (art. III-33). Wanneer we nu bekijken welke bepalingen uit het boek over *single-case decision-making* van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op contracten,[36] dan springt in het oog dat de bepaling die een schriftelijk document en ondertekening vereist wél van overeenkomstige toepassing is verklaard, maar de bepaling die de bekendmaking voorschrijft niet. Dat zal geen toeval zijn. Art. III-32, tweede lid, MR schrijft voor dat een besluit algemeen bekendgemaakt *mag* worden voor zover dit onder het Unierecht is toegestaan. Een dergelijk voorschrift gaat de opstellers van de MR voor contracten blijkbaar te ver.

Voor de bekendmakingsvereisten van bevoegdhedenovereenkomsten maakt het wezenlijk verschil op wat voor een soort bevoegdheid de overeenkomst betrekking heeft: betreft het een publiekrechtelijke bevoegdheid waarbij derden-belanghebbenden een wezenlijke rol spelen of juist niet? Een fiscaal compromis behoeft uit de aard der zaak niet aan anderen dan de contractspartijen bekend te worden gemaakt, een bestemmingsplanovereenkomst echter juist wel. Aangezien de Awb voor de

34 Eventueel zou gedacht kunnen worden aan een afgeslankte openbare voorbereidingsprocedure, zie Kortmann 2018, p. 174.

35 Dat wil zeggen: '*in writing*'. Dit sluit geschriften in elektronische vorm bepaald niet uit (vergelijk art. III-32).

36 Zie art. IV-21 en ook art. IV-7: art. IV-7 verklaart bepaalde artikelen van boek III van overeenkomstige toepassing op het besluit tot het aangaan van de overeenkomst en art. IV-21 verklaart bepaalde artikelen van boek III van overeenkomstige toepassing op de overeenkomst zelf en de uitvoering ervan.

bekendmaking van besluiten reeds een goed doordacht systeem kent waarbij rekening wordt gehouden met de betrokkenheid van derden-belanghebbenden ligt het enigszins voor de hand om voor de bevoegdhedenovereenkomsten daarbij aan te sluiten. Het is daarom van belang dat de art. 3:41 en 3:42 Awb van overeenkomstige toepassing op bevoegdhedenovereenkomsten worden verklaard. Ingevolge art. 3:42 geschiedt de bekendmaking door kennisgeving van het besluit (lees: de overeenkomst) of door de zakelijke inhoud ervan. De Wro kent overigens een min of meer vergelijkbaar systeem voor de publicatie van zogeheten anterieure exploitatieovereenkomsten (art. 6.24, derde lid, Wro jo. art. 6.2.12 Bro): van de overeenkomst wordt aan het publiek kennis gegeven en de zakelijke inhoud van de overeenkomst wordt ter inzage gelegd.[37]

Het is goed mogelijk deze bekendmakingsregeling enigszins te verrijken, door te bepalen dat van de bekendmaking mededeling wordt gedaan aan degenen die zijn gehoord en eventueel aan adviseurs, zeker indien van hun advies is afweken. Art. 3:43 Awb heeft daarop betrekking. Voor het (uitzonderlijke) geval dat de bevoegdhedenovereenkomst is voorbereid met behulp van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (zie paragraaf 5.4.3) is de mededelingsplicht van art. 3:44 Awb relevant. Dit brengt al met al met zich dat de art. 3:41 tot en met 3:44 Awb van overeenkomstige toepassing dienen te worden verklaard op de bevoegdhedenovereenkomsten.

Aan de andere kant is het ook denkbaar voor bevoegdhedenovereenkomsten waarbij derden-belanghebbenden een rol spelen – iets – terughoudender te zijn en aan te sluiten bij het systeem dat art. 3:42 Awb en de Wro kennen. Daardoor wordt wellicht ook iets dichter bij de geest van de *ReNEUAL Model Rules* gebleven, die, zoals gezegd, tamelijk terughoudend over de bekendmaking zijn. Wat daarvan zij, er zijn meer dan voldoende aanknopingspunten om de bekendmaking van bevoegdhedenovereenkomsten adequaat te regelen.

5.4.5 *Bindende kracht van de bevoegdhedenovereenkomst*

De *ReNEUAL Model Rules* over contracten bevatten een drietal artikelen over de wijziging van de omstandigheden en daarmee samenhangende bepalingen. In de eerste plaats is er een voorschrift dat betrekking heeft op de verandering van omstandigheden. Bij een substantiële wijziging van omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst is de benadeelde partij bevoegd om de wederpartijen om wijziging van de overeenkomst te verzoeken of, wanneer wijziging onmogelijk is of niet redelijkerwijs van de andere partij kan worden verwacht, bevoegd om de overeenkomst te ontbinden (art. IV-28). Een belangrijk kenmerk van deze bepaling, zo blijkt ook uit de toelichting, is dat voor de wijziging of ontbinding van de overeenkomst een vordering bij de rechter niet noodzakelijk is. Het gaat dus om een eigenstandige bevoegdheid van de contractspartijen. Voorts is er de bevoegdheid voor de overheidsautoriteit om de overeenkomst te ontbinden indien daarmee kan worden voorkomen dat ernstige schade aan het algemeen belang wordt toegebracht; in dat geval

37 Vergelijk Kortmann 2018, p. 173.

zal de overheid de nadelen voor de wederpartij financieel compenseren (art. IV-29). Ten slotte hebben alle contractspartijen de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden bij fundamentele niet-nakoming door een andere contractspartij; het recht op schadevergoeding wordt hierdoor niet uitgesloten (art. IV-30). Blijkens de toelichting hebben vooral het Duitse *Verwaltungsverfahrensgesetz* en de *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* voor het Europese privaatrecht voor deze bepalingen model gestaan.

Het ligt voor de hand dat een Nederlandse algemene wettelijke regeling eveneens voorschriften bevat die betrekking hebben op de wijziging van omstandigheden. Het is van belang om in het oog te houden dat volgens de *ReNEUAL Model Rules* geen rechterlijke tussenkomst voor de wijziging of ontbinding noodzakelijk is. Dit spreekt aan, omdat het voorkómt dat de gang naar de rechter moet worden gevolgd in gevallen waarin partijen geen geschil hebben. In de Nederlandse literatuur is hier overigens geen overeenstemming over. Er is ook wel een systeem bepleit waarin overheidscontracten enkel door de rechter kunnen worden gewijzigd of ontbonden.[38] Het *ReNEUAL*-voorbeeld inspireert daartoe evenwel niet.

De centrale gedachte van de genoemde *ReNEUAL Model Rules* is dat de overheid onder bijzondere omstandigheden zich niet aan de overeenkomst behoeft te houden maar daarvan kan afwijken dan wel de overeenkomst kan beëindigen. Dit sluit aan bij de koers in de Nederlandse rechtspraak, zoals is ingezet met het klassieke arrest *GCN/Nieuwegein*.[39] De Hoge Raad overwoog over een vordering tot nakoming:

> *'Niet uitgesloten is dat een zodanige vordering moet worden afgewezen, en de wederpartij genoegen moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.'*

Uit dat arrest blijkt dat de vraag of de omstandigheden op grond waarvan de overheid zich niet aan de overeenkomst hoeft te houden, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren, niet van wezenlijk belang is. De Hoge Raad overwoog over de vraag wanneer voor deze uitkomst voldoende rechtvaardiging bestaat:

> *'Daarbij zal onder meer moeten worden gelet op de aard van de overeenkomst, de aard van de overheidstaak op de uitoefening waarvan het overheidslichaam zich beroept, en, wanneer het om een beleidswijziging gaat, op de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend.'*

Bij de aard van de overeenkomst dient in het bijzonder gedacht te worden aan de omstandigheid of het een bevoegdhedenovereenkomst of een ander soort overeenkomst betreft. Evenals bij de aard van de overeenkomst zal bij de aard van de overheidstaak vooral van belang zijn in hoeverre het algemeen belang de actie tot

38 Kortmann 2018, p. 180, 181.

39 HR 23 juni 1989, NJ 1991/673, m.nt. MS, *AB Klassiek* 2016/12, m.nt. G.A. van der Veen. Zie ook HR 10 september 1993, NJ 1996/3, m.nt. MS (Den Dulk/Curaçao). Deze rechtspraak is kritisch besproken door Kortmann 2018, p. 178.

nakoming kan doen verlammen, zodat vooral slechts de mogelijkheid van schadevergoeding overblijft. Bij een beleidswijziging – en daar zal het in de regel vaak om gaan – dienen bovendien de maatschappelijke belangen in ogenschouw te worden genomen. Het is om deze reden het algemeen belang – in deze context niet iets wezenlijk anders dan het maatschappelijk belang – dat aan de nakoming in de weg kan staan.

In beginsel mogen partijen er in het bestuursrecht gerechtvaardigd op vertrouwen dat overeenkomstig de bepalingen van de overeenkomst zal worden opgetreden.[40] Dit geldt ook voor de betrokken bestuursorganen. Maar met een beroep op zwaarwegende algemene belangen die nauw verband houden met de publiekrechtelijke bevoegdheid die het object is van de bevoegdhedenovereenkomst, zal het bestuursorgaan zich aan deze bepalingen kunnen onttrekken. Een algemene regeling in de Awb inzake de bevoegdhedenovereenkomsten zal voorschriften van deze strekking moeten bevatten. De algemene belangen waarop het bestuursorgaan een beroep doet, moeten van voldoende gewicht zijn om de afwijking van de bevoegdhedenovereenkomst te rechtvaardigen. De Awb zou dit tot uitdrukking kunnen brengen door te bepalen dat het bestuursorgaan overeenkomstig de bevoegdhedenovereenkomst handelt, tenzij zwaarwegende algemene belangen zich daartegen verzetten.

Welke algemene belangen voldoende zwaarwegend van aard zijn, is in abstracto moeilijk te zeggen. Zowel gewijzigde omstandigheden als gewijzigde (politieke) inzichten kunnen hiertoe aanleiding geven. Aansluitend bij de in het Unierecht ontwikkelde criteria ligt enigszins in de rede dat het van de bevoegdhedenovereenkomst afwijkende handelen noodzakelijk en evenredig moet zijn. Dit betekent in het bijzonder dat dit handelen onmisbaar dient te zijn, in die zin dat de beoogde algemene belangen niet met ander handelen, waarvoor niet van de overeenkomst behoeft te worden afgeweken, kunnen worden gerealiseerd en dat dit handelen niet verder mag gaan dan voor het bereiken van de algemene belangen ten minste nodig is. Dat is een tamelijk streng criterium: afwijken zal dus niet snel mogelijk zijn.

Het risico dat de overheid zich niet aan haar bevoegdhedenovereenkomsten zal kunnen houden, is bovendien in zoverre te reduceren dat ter zake van de betrokken publiekrechtelijke bevoegdheid inspanningsverplichtingen in plaats van resultaatsverplichtingen worden opgenomen. Overigens moet men niet denken dat een inspanningsverplichting juridisch betekenisloos is. Voor de nakoming van een inspanningsverplichting zal een bestuursorgaan moeten aantonen dat het op adequate wijze heeft gepoogd deze na te leven. Inspanningsverplichtingen zijn rechtens dus niet per se boterzacht.[41]

Zowel uit de *ReNEUAL Model Rules* als uit de aangehaalde rechtspraak blijkt dat voor zover de overheid niet behoeft na te komen, de daardoor veroorzaakte schade van de wederpartij in beginsel moet worden vergoed. Ook een regeling in de Awb zou daarvoor een voorziening moeten bevatten. Voor een dergelijke voorziening wijst de Nederlandse rechtspraak eveneens de weg. Reeds uit het genoemde arrest

---

40 Vergelijk ABRvS 8 september 2004, *AB* 2004/458, m.nt. C.N.J. Kortmann (Tracébesluit HSL-Zuid V).

41 P.J. Huisman, 'De bevoegdhedenovereenkomst: hoe het niet nakomen van een inspanningsverplichting tot een schadevergoedingsverplichting kan leiden', *JBplus* 2013/1, p. 3-19.

GCN-Nieuwegein volgt dat onder die omstandigheden de wederpartij genoegen moet nemen met schadevergoeding. Wanneer door de wederpartij een vordering tot schadevergoeding wordt ingesteld, kan deze naar huidig recht op wanprestatie worden gebaseerd. Bij die actie wordt door de burgerlijke rechter uitgegaan van de rechtmatigheid van het uitvoeringsbesluit. De formele rechtskracht van dat besluit betekent immers weliswaar dat het besluit voor rechtmatig moet worden gehouden, maar niet dat het overheidslichaam zijn verplichtingen uit de overeenkomst is nagekomen, aldus de Hoge Raad in de zaak *Etam/Zoetermeer*.[42] Ook hier blijkt dat de rechtmatigheid van het overheidsoptreden niet zonder meer impliceert dat de overheid geacht wordt in overeenstemming met het in de overeenkomst bepaalde te hebben opgetreden. De rechtmatigheid van het overheidshandelen staat dan ook niet in de weg aan de toekenning van eventuele schadevergoeding. Zulks kan ook goed in een algemene regeling voor bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb tot uitdrukking worden gebracht.

5.5 Schaarse publieke rechten

5.5.1 *Schaarse publieke rechten in de ReNEUAL Model Rules*

Als gezegd bevat boek IV, hoofdstuk 2, sectie 3 van de *ReNEUAL Model Rules* een regeling voor de totstandkoming van overeenkomsten die in *concurrentie* door de wederpartij van de EU-autoriteit worden aangegaan. Uit art. III-6, vierde lid, MR volgt dat deze regeling van overeenkomstige toepassing is wanneer het gaat om beschikkingen waarvoor geldt dat het aantal te honoreren aanvragen beperkt is en een competitieve toekenningsprocedure wordt gebruikt.[43] Dit betekent dat deze regeling van toepassing is op de verdeling van schaarse publieke rechten, zoals schaarse vergunningen en subsidies.[44] Dat de regeling van overeenkomstige toepassing is, betekent wel dat steeds moet worden bezien of de desbetreffende regel onverkort kan worden toegepast – of wellicht wat aanpassing behoeft – omdat het nu eenmaal niet gaat om een contract (waarop boek IV ziet), maar om een beschikking. In deze paragraaf worden – omwille van de leesbaarheid – de bepalingen uit boek IV, hoofdstuk 2, sectie 3, besproken in de context van schaarse publieke rechten. In de bepalingen zelf wordt uiteraard steeds gesproken van '*contract*'.

Het van overeenkomstige toepassing zijn van boek IV, hoofdstuk 2, sectie 3 op de verdeling van schaarse publieke rechten, betekent onder meer dat de beschikbaarheid van deze rechten voldoende toegankelijk moet zijn voor iedereen die redelijkerwijs geïnteresseerd zou kunnen zijn om deze rechten te verkrijgen (art. IV-11). Per geval moet worden bezien welk medium daarvoor geschikt is. Uiteraard dient de aankondiging van het beschikbare schaarse publieke recht voorafgaand aan de toekenning daarvan plaats te vinden. De aankondiging kan worden beperkt

42 HR 8 juli 2011, *AB* 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer).

43 De toelichting op art. III-6, vierde lid, geeft aan dat deze bepaling is geïnspireerd door art. 12, eerste lid, Dienstenrichtlijn.

44 Het woordje 'publiek' duidt aan dat het gaat om schaarse rechten die door middel van een beschikking worden verstrekt.

tot een korte beschrijving van de essentiële onderdelen van het schaarse publieke recht en de toekenningsprocedure, met daarbij een uitnodiging om de desbetreffende EU-autoriteit te contacteren (art. IV-12 eerste lid). In de documenten die op het te verdelen schaarse publieke recht betrekking hebben, moet de inhoud van het schaarse publieke recht op een non-discriminatoire wijze worden omschreven.

In art. IV-13 wordt een aantal uitzonderingen gemaakt op de verplichting tot aankondiging van de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht, bijvoorbeeld wegens technische of artistieke redenen. Art. IV-14 garandeert de gelijke toegang van alle marktdeelnemers van alle EU-lidstaten tot schaarse publieke rechten. Met het oog daarop mag de EU-autoriteit die het schaarse publieke recht uitgeeft louter voorwaarden opleggen die niet discrimineren.

Belangrijk is verder dat art. IV-15 regelt dat de EU-autoriteit maatregelen mag nemen om het aantal deelnemers aan een tender te beperken, onder de voorwaarde dat dit op een transparante en non-discriminatoire wijze gebeurt. Daartoe dienen objectieve factoren te worden gehanteerd, zoals de ervaring van de deelnemers, de grootte van de ondernemingen, hun technische en professionele mogelijkheden of andere factoren. Ook kan worden gekozen voor een loting. Interessant is verder dat art. IV-15, tweede lid, mogelijk maakt dat een lijst van gekwalificeerde personen kan worden opgesteld, door middel van een voldoende bekendgemaakte, transparante en open procedure. Wanneer vervolgens een schaars publiek recht beschikbaar komt dat binnen de reikwijdte valt van de personen die op deze lijst staan, dan mogen uit deze lijst personen worden geselecteerd die mee mogen doen aan de tender. Uiteraard moet dat weer op een non-discriminatoire wijze gebeuren, bijvoorbeeld door middel van een roulatiesysteem.

Art. IV-16 bepaalt dat de contacten tussen de EU-autoriteit en de deelnemers aan de tenderprocedure tijdens deze procedure voldoen aan de eisen van transparantie en gelijke behandeling. Deze contacten mogen niet leiden tot verandering van de bepalingen en voorwaarden van de schaarse publieke rechten of de originele tender. Art. IV-17 maakt het mogelijk om voor schaarse publieke rechten met een lage waarde een versoepeld regime te hanteren. Het is de vraag of deze bepaling altijd onverkort kan worden toegepast op de verdeling van schaarse publieke rechten, nu de waarde daarvan – zoals bij een vergunning – niet altijd eenvoudig zal zijn vast te stellen.

Art. IV-18 ziet op de bekendmaking van degenen die na afloop van de tenderprocedure in aanmerking komen voor de schaarse publieke rechten. Ingevolge het tweede lid informeert de EU-autoriteit tegelijkertijd alle deelnemers aan de tender wier aanvraag is afgewezen onder vermelding van de redenen daarvoor. Aan de deelnemers die op zichzelf voldoen aan de uitsluitings- en selectiecriteria, moet bovendien worden meegedeeld wat de kenmerken en relatieve voordelen zijn van de aanvraag/aanvragen die wel is/zijn gehonoreerd. Ook de namen van degenen wier aanvraag is toegewezen, moeten worden vermeld. Specifieke details hoeven echter niet bekend te worden gemaakt als hun openbaarmaking aan toepassing van de wet in de weg staat, in zou gaan tegen het openbaar belang, gerechtvaardigde zakelijke belangen schade toebrengt of de eerlijke mededinging zou kunnen verstoren.

In art. IV-19 is geregeld dat alvorens een schaars publiek recht daadwerkelijk wordt verstrekt, een *stand-still*-periode van veertien dagen in acht dient te worden genomen. Deze periode begint te lopen nadat zowel de succesvolle als niet succesvolle

aanvragers zijn geïnformeerd over de uitkomst van de tenderprocedure. In deze periode kunnen alle deelnemers aan de tenderprocedure en bekende potentiële aanvragers hun bezwaren naar voren brengen. Als dat noodzakelijk is, kan de verstrekking van de schaarse publieke rechten worden opgeschort in geval dit naar aanleiding van deze bezwaren of andere informatie gerechtvaardigd is. Anders dan in het aanbestedingsrecht, is deze *stand-still*-periode niet gekoppeld aan de mogelijkheid om een procedure bij de rechter te starten.

Art. IV-9, derde lid, ziet op de mogelijkheid tot wijziging van eenmaal verstrekte schaarse publieke rechten. Wanneer het gaat om een substantiële wijziging, dan dient dit te worden beschouwd als een nieuwe toekenning, in welk geval opnieuw een tenderprocedure moet worden gevolgd. Er is sprake van een substantiële wijziging als de wijziging leidt dat een wezenlijk andere beschikking dan die oorspronkelijk is verstrekt. Vervolgens wordt een aantal wijzigingen genoemd die niet wezenlijk zijn, namelijk wijzigingen die voorvloeien uit de rechten die worden toegekend in art. IV-6, tweede en derde lid, art. IV-8, vierde lid, art. IV-23, derde lid, art. IV-24, derde lid, art. IV-28 en art. 32. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de situatie dat sprake is van wezenlijke veranderde omstandigheden (zie art. IV-28).

5.5.2 *Schaarse publieke rechten en het Nederlandse bestuursrecht*

De Awb kent geen algemene regeling voor (de verdeling van) schaarse publieke rechten. Alleen in de subsidietitel is een aantal regels te vinden die zien op de verdeling van subsidies ingeval een subsidieplafond is vastgesteld, en dus sprake is van schaarste.[45] Zo is in art. 4:26, eerste lid, Awb neergelegd dat bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld. Op grond van het tweede lid van dit artikel wordt bij de bekendmaking van het subsidieplafond de wijze van verdeling vermeld. Het gaat hier dus om de wijze van verdeling en de bekendmaking daarvan.

Wat betreft de verdeling van schaarse dienstenvergunningen, dient in het oog te worden gehouden dat sinds het arrest *Appingedam*[46] duidelijk is geworden dat de regels uit hoofdstuk III Dienstenrichtlijn over de verdeling van schaarse vergunningen, ook van toepassing zijn op de verdeling van schaarse vergunningen voor diensten – en ook de detailhandel in goederen – in zuiver interne situaties.[47] Dit betekent onder meer dat de selectieprocedure alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie moet bieden, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.[48]

Voorts heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraak van 2 november 2016 een eigen rechtskader voor de verdeling van schaarse vergunningen ontwikkeld.[49] Volgens de Afdeling geldt in het Nederlandse recht een rechtsnorm die

45 W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 114 e.v.
46 Gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16 (Appingedam), ECLI:EU:C:2018:44.
47 Zie C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam', *SEW* 2018, p. 288-301. Zie ook paragraaf 2.5 in dit rapport.
48 Zie art. 12, eerste lid, Drl.
49 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Hieruit vloeit onder meer voort dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. In haar latere uitspraak van 12 april 2017 heeft de Afdeling overwogen dat deze eis is gebaseerd op de uit de jurisprudentie van het HvJ EU voorvloeiende transparantieverplichting.[50] Inmiddels geldt deze rechtspraak ook voor onderwijsbekostiging en schaarse subsidies.[51]

Het voorgaande betekent dat er in Nederland verschillende regimes voor de verdeling van schaarse publieke rechten bestaan. De verdeling van schaarse dienstenvergunningen wordt beheerst door de Dienstenrichtlijn, zowel in grensoverschrijdende als in interne situaties. De verdeling van overige schaarse vergunningen, subsidies en onderwijsbekostiging wordt beheerst door het beginsel van gelijke kansen en de transparantieverplichting. Op de verdeling van schaarse onderwijsbekostiging en subsidies is bovendien een aantal verdelingsregels uit de subsidietitel van de Awb van toepassing. Bezien vanuit hun verschillende achtergrond valt het ontstaan van deze verschillen goed te verklaren, maar voor de toekomst rijst wel de vraag hoe wenselijk de handhaving van deze verschillen nog is. De betekenis van de onderlinge verschillen is in de praktijk nogal subtiel en de toepassing ervan is daardoor tamelijk complicerend. Een meer geharmoniseerd en uniform rechtsregime voor de verdeling van schaarse publieke rechten moet dan ook wenselijk worden geacht.

De voor de hand liggende plaats voor een algemene wettelijke regeling over schaarse publieke rechten is de Awb. In de literatuur wordt over een regeling in de Awb voor schaarse publieke rechten evenwel tot op heden ietwat verschillend gedacht, zij het dat het met name de voorstanders zijn die zich hierover hebben uitgelaten.[52] De eisen die worden gesteld aan de bekendmaking van de beschikbaarheid

---

50 ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994.

51 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86 (onderwijsbekostiging) en ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310 (schaarse subsidies).

52 Zie over de pro's en contra's van een regeling in de Awb, 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; M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen...' *JBplus* 2011, p. 57; J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 711-713; 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; C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd', NTB 2014, p. 64-65; A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015, p. 356 e.v.; F.J. van Ommeren, 'Voer voor de wetgever: de verdeling van schaarse publieke rechten', *RegelMaat* 2017, p. 5; F.J. van Ommeren,

van de schaarse vergunning en schaarse subsidies en de verdelingsprocedure zijn op hoofdlijnen wel duidelijk (gelijkheidsbeginsel/gelijke kansen/ mededingingsruimte bieden/transparantie-eisen), maar het is de vraag of het ook met het oog op de rechtszekerheid toch niet de voorkeur verdient om in de Awb een uniforme en gedetailleerdere regeling op te nemen over de verdeling van schaarse publieke rechten. Daarbij kunnen de *ReNEUAL Model Rules* goed als inspiratiebron dienen.

Voor de verdeling van schaarse subsidies is met name interessant dat in de MR is bepaald dat een substantiële wijziging van eenmaal verstrekte schaarse publieke rechten wordt beschouwd als een nieuwe toekenning, hetgeen betekent dat opnieuw een tenderprocedure moet worden gevolgd. In veel Nederlandse subsidieregelingen is geregeld dat de subsidieverstrekker toestemming kan geven voor het essentieel wijzigingen van de wijze van de uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten, zonder dat daarbij is bepaald dat een nieuwe tenderprocedure moet worden gevolgd.[53] Ten slotte is interessant dat in de MR is geregeld dat alvorens een schaars publiek recht daadwerkelijk wordt verstrekt, een *stand-still*-periode van veertien dagen in acht dient te worden genomen, zodat deelnemers aan de tenderprocedure en bekende potentiële aanvragers hun bezwaren naar voren kunnen brengen.

5.6 Wat kan *ReNEUAL* van ons leren?

Ten slotte enige korte opmerkingen over de vraag wat het *ReNEUAL*-project op het terrein van de overheidsovereenkomsten van het Nederlandse recht kan leren. Aangezien wij (nog) geen algemene wettelijke regeling voor het overheidscontractenrecht kennen is de Nederlandse invloed tamelijk beperkt. Dit wil echter niet zeggen dat *ReNEUAL* helemaal niets van ons zou kunnen opsteken.

In de eerste plaats valt te wijzen op de rol van de bevoegdhedenovereenkomst. Zoals gezegd heeft boek IV *ReNEUAL Model Rules* mede betrekking op (bepaalde) bevoegdhedenovereenkomsten maar de bevoegdhedenovereenkomst is evenwel slechts een van de vele (soorten) overheidscontracten waarop boek IV betrekking heeft. Anders dan bij ons is de bevoegdhedenovereenkomst minder nadrukkelijk onderscheiden van de overige overheidscontracten. Vanuit bestuursrechtelijk perspectief is de bevoegdhedenovereenkomst evenwel een soort overeenkomst dat veel dichter bij de kern van het gewone bestuursrecht ligt. Dit komt doordat de bevoegdhedenovereenkomst – per definitie – betrekking heeft op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. De bevoegdheid om een bevoegdhedenovereenkomst te sluiten is een bevoegdheid die geïmpliceerd moet worden geacht in

---

'Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 206; C.J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *RegelMaat* 2017, p. 6. e.v. en C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsrecht en algemeen bestuursrecht. Naar een Algemeen Deel Verdelingsrecht?', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 Jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 814.

53 Hierop is in het licht van onder meer het gelijkheids- en transparantiebeginsel ook kritiek uitgeoefend, zie bijvoorbeeld CBb 26 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:183, *AB* 2018/199, m.nt. M.A.M. Dieperink, punt 5 en ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, *AB* 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink, punt 4.

de bijzondere publiekrechtelijke bevoegdheid waarop zij betrekking heeft.[54] De gedachte dat er – naast allerlei privaatrechtelijke titels – ook over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden overeenkomsten kunnen worden gesloten en dat derhalve de publiekrechtelijke bevoegdheid een volwaardige titel voor een overheidsovereenkomst kan zijn, is nog niet overal doorgedrongen, laat staan aanvaard. Niet ieder rechtsstelsel biedt deze ruimte.[55] Maar als deze mogelijkheid als uitgangspunt wordt aanvaard, dan ligt het voor de hand daarvoor rechtsregels op te stellen, nog daargelaten of deze rechtsregels van de rechter of van de wetgever komen. In zoverre kan de bevoegdhedenovereenkomst worden beschouwd als een exportproduct.

In de tweede plaats valt te wijzen op de verdeling van schaarse vergunningen. Dat bepaalde overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten door middel van een aanbestedingsprocedure in de markt moeten worden gezet, is breed aanvaard. Het op het Unierecht gebaseerde aanbestedingsrecht heeft daarvoor een stevige basis gelegd.[56] Dat schaarse Unierechtelijke subsidies op een voldoende transparante wijze moeten worden verleend is ook al lange tijd voorgeschreven.[57] De gedachte dat behalve dit soort overheidsopdrachten en schaarse EU-subsidies ook allerlei andere rechten van overheidswege door middel van een competitieve verdeelmethode kunnen worden verleend is, zeker buiten het Nederlandse recht, nog veel minder bekend. Weliswaar geeft het Unierecht, en in het bijzonder ook de Dienstenrichtlijn, een aanzienlijke impuls om ook op andere schaarse publieke rechten het beginsel van gelijke kansen en het transparantiebeginsel met zijn vereiste van een passende mate van openbaarheid van toepassing te achten, de mate waarin en de wijze waarop dit moet gebeuren zijn nog niet erg uitgekristalliseerd. Wat dat betreft is het Nederlandse bestuursrecht al een stuk verder. Bij ons is het fenomeen van de verdeling van schaarse vergunningen en schaarse (nationale) subsidies immers een niet meer weg te denken leerstuk van het bestuursrecht. Met name de rechtspraak van het CBb en de ABRvS hebben daaraan een aanzienlijke bijdrage geleverd.[58] Dat neemt overigens niet weg dat dit ook bij ons nog tot uiteenlopende rechtsvragen leidt, waarover het laatste woord nog niet is gezegd.[59]

---

54 P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht', in: S. Lierman e.a., *Preadviezen 2015. Vereniging voor de Vergelijkende studie van het Recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 120 en 121.

55 Huisman & Van Ommeren 2019, p. 583.

56 Vergelijk C. Jansen, 'The Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective', in: P. Adriaanse, F. van Ommeren, W. den Ouden & J. Wolswinkel (red.), *Scarcity and the State I, The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2016, p. 239-275.

57 Vergelijk J. van den Brink, 'Requirements under EU Law on the Allocation of Scarce European Subsidies', in: Adriaanse e.a. 2016, p. 127-161.

58 CBb 3 juni 2009, *AB* 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel, *AB Klassiek* 2016/36 (Hommerson) en ABRvS 2 november 2016, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (Vlaardingen).

59 Zie de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (Windpark Zeewolde).

In zoverre is het leerstuk van de schaarse vergunningen goed te beschouwen als een Nederlands exportproduct.[60] In zekere zin is iets van die exportgedachte reeds te zien in de *ReNEUAL Model Rules*. Boek IV bevat, zoals gezegd, een vrij uitvoerige regeling voor het aangaan van overheidscontracten door middel van een competitieve procedure. De gedachte dat deze regeling onder omstandigheden ook op de verlening van een vergunning of andere eenzijdige bestuurshandeling van toepassing kan zijn, is vanuit Nederlandse zijde in de *ReNEUAL*-werkgroep over overheidscontracten gepropageerd. Daarvoor bleek in de debatten ook steun van de Europese Ombudsman, die overigens meer in het algemeen het *ReNEUAL*-project een warm hart toedraagt. Ook de bekendheid met de problematiek van de verdeling van schaarse EU-subsidies zal hieraan hebben bijgedragen. Niet uitgesloten is dat – mede via het *ReNEUAL*-project – ook het recht van andere lidstaten gevoelig voor de schaarse publieke rechten-benadering zal kunnen worden.

5.7 Slot

Van boek IV, *Contracts*, van de *ReNEUAL Model Rules* valt te leren dat het zinvol kan zijn ook in ons recht een algemene wettelijke regeling tot stand te brengen die betrekking heeft op overheidsovereenkomsten. In het bijzonder valt te denken aan het in de Awb invoegen van een algemene regeling over het gebruik van bevoegdhedenovereenkomsten. Tegen het in de Awb opnemen van een algemene regeling over privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten bestaan ernstige bezwaren. Een fundamentele reden is dat het karakter van de Awb daaraan in de weg staat. De Awb is primair een wet die gericht is op de regulering van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden met inbegrip van de rechtsbescherming daartegen. Een algemene regeling over privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten past daarbij minder goed. Een andere reden is dat dan ook de verhouding met de Aanbestedingswet 2012 in het gedrang zou kunnen komen. Ten slotte valt van de *ReNEUAL Model Rules* te leren dat het te overwegen valt in de Awb een algemene regeling op te nemen over de verdeling van schaarse publieke rechten.

60 Zie J. Wolswinkel, F. van Ommeren & W. den Ouden, 'Limited Authorisations Between EU and Domestic Law: Comparative Remarks from Dutch Law', *European Public Law* 2019/4, p. 559-586, voortbouwend op: Adriaanse e.a. 2016.

6 Voorbereiding van besluitvorming

6.1 Inleiding

Boek III van de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel voorzien in een stevig opgetuigde procedure voor de totstandkoming van EU-besluiten voor individuele gevallen ('*single case decision-making*'). Volgens de Awb-terminologie gaat het om 'beschikkingen'. Bij een vergelijking op hoofdlijnen met de Awb valt een aantal algemene zaken op.

Het eerste punt is ook al in paragraaf 3.7 vermeld: het perspectief van waaruit de regelingen zijn geschreven verschilt. De Awb gaat voor de besluitvormingsfase vooral uit van het perspectief van het bestuur en de mogelijkheden om feiten en gegevens te verzamelen voor de besluiten. Dat uit zich in de formulering van plichten: de plicht zorgvuldig onderzoek te doen, de plicht om in bepaalde gevallen betrokkenen te horen en de plicht om een besluit te onderbouwen met een deugdelijke motivering. De *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel gaan daarentegen uit van de positie van de burger. Daardoor ligt de nadruk op de rechten van die burger op deelname aan de besluitvorming en op transparantie van die besluitvorming, onder andere op het recht op toegang tot informatie en stukken en het recht te worden gehoord. In de volgende paragrafen worden deze en andere punten besproken.

Ten tweede valt op dat, anders dan in de Awb, in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel niet is voorzien in een bestuurlijke heroverweging van een eenmaal genomen besluit. Het Awb-recht gaat uit van besluitvorming in twee fasen voorafgaand aan een rechterlijke toets. De hoofdregel is dat op de primaire besluitvormingsfase een fase volgt waarin de verplichte voorprocedure (meestal bezwaar met bestuurlijke heroverweging) wordt doorlopen. Mede daardoor kan de Awb volstaan met een relatief lichte procedure *in primo* die in beginsel voor alle besluiten geschikt is. Art. 4:7 en 4:8 Awb voorzien daarom slechts in een beperkte hoorplicht die nog weer verder wordt versmald door art. 4:12 Awb, dat grof gezegd financiële beschikkingen van de hoorplicht uitzondert. De niet al te zware eisen die de Awb aan de voorbereiding van een beschikking stelt, worden gecompenseerd in de bezwaarprocedure, waarin het bestuursorgaan verplicht is om de primaire beschikking op de grondslag van het bezwaar te heroverwegen, dat wil zeggen zowel de rechtmatigheid als de doelmatigheid van de genomen beschikking opnieuw onder ogen te zien. In deze procedure zijn diverse verdedigingsrechten, zoals het recht om te worden gehoord, wel geregeld. Zowel de *ReNEUAL Model Rules* als het EP-voorstel gaan echter uit van een enkelvoudige besluitvormingsfase. Dat betekent onder meer dat er in Nederlandse ogen zwaar aangezette verdedigingsrechten worden voorgesteld, die gewoonlijk in de bezwaarprocedure een plaats vinden.

In dit verband zijn er ontwikkelingen in de rechtspraak van het HvJ EU die meebrengen dat die verdedigingsrechten en rechtswaarborgen, zoals het recht zich te

verweren tegen een voorgenomen besluit, al in de primaire besluitvormingsfase moeten worden gegarandeerd. Daardoor komt bij Nederlandse besluiten, binnen de werkingssfeer van het Unierecht, de Awb-hoorplicht al meer in de sleutel van deze verdedigingsrechten te staan. Daarom wordt hierna ook de vraag besproken of in de besluitvormingsfase zou moeten worden voorzien in een algemeen recht van de belanghebbende op inzage in zijn dossier. In dat kader komt ook de vraag naar de regeling van het bewijsrecht in die procedure aan de orde. In zijn algemeenheid kan de ontwikkeling in de Europese rechtspraak, zoals die zijn weerslag heeft gevonden in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel, aanleiding zijn om te bezien of de plaats van bepaalde waarborgen in de wettelijke regeling van het besluitvormingsrecht moet worden heroverwogen.

Een derde verschil is dat de Awb geldt voor alle complexe en minder complexe besluiten, terwijl de EU-besluiten waarop de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel van toepassing zijn, in de praktijk bijna altijd complex zijn. Het betreft mededingingsboeten van tientallen en soms honderden miljoenen euro's, besluiten waarbij nationale steun aan soms omvangrijke groepen burgers wordt aangemerkt als verboden staatssteun die moet worden teruggevorderd, besluiten waarbij een persoon of organisatie op de zwarte lijst wordt geplaats wegens verdenking van ondersteuning van terrorisme, antidumpingbesluiten met grote financiële en politieke consequenties et cetera. De aard van deze besluiten brengt mee dat de voorbereiding ervan complex is, en dat de betrokken partijen ruim de gelegenheid moeten hebben om zich tegen de voorgenomen besluiten te verweren. Dit kleurt de invulling van de procedurele rechten in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel.

6.2 Toepassingsbereik

Boek III van de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel bevatten regels over het besluitvormingsrecht in individuele gevallen. Het voorgestelde toepassingsbereik van beide regelingen is in beginsel beperkt tot de besluitvorming door EU-bestuursorganen.[1] Art. III MR bepaalt dat de regels van toepassing zijn, wanneer een EU-autoriteit een beslissing neemt als gedefinieerd in art. III-2, en een beslissing is ingevolge art. III-2 een rechtens bindende handeling van een EU-autoriteit gericht tot één of meer publieke of private personen. Het EP-voorstel heeft een vergelijkbare reikwijdte. De *ReNEUAL Model Rules* zijn daarnaast van toepassing op de beslissingen van de autoriteiten van de lidstaten, wanneer dat in de bijzondere EU-wetgeving is bepaald. Bovendien kunnen ze van toepassing zijn op de besluitvorming door nationale bestuursorganen als de lidstaat daar zelf voor kiest (art. III-2).

In abstracto is er geen verschil tussen het toepassingsbereik van de *ReNEUAL Model Rules* en de Awb: zij hebben beide betrekking op alle beschikkingen van

1 In het EP-voorstel is het aangrijpingspunt voor de regeling de administratieve activiteiten van de 'instellingen, organen en instanties van de Unie' of het 'ambtenarenapparaat van de Unie', in de MR is dat de '*public authority*', waaronder in eerste instantie een '*EU authority*' wordt verstaan. Zie overweging 15 en 16 en art. 2, eerste en tweede lid, EP-voorstel en art. III-1 (1)1 en III-2 (2) MR en de daarbij behorende algemene toelichting bij de randnummers (3) op p. 70 en de artikelsgewijze toelichting op p. 94 en 95, randnummers (1), (2) en (6).

respectievelijk de EU-overheid en de Nederlandse overheid. Maar wat betekent het in concreto? Barents en Brinkhorst merken over de aard van de individuele besluiten van de EU-autoriteiten het volgende op:

> *'Tot een particulier gerichte besluiten houden vooral de toepassing van de concurrentiebepalingen in (boeten, besluiten in het kader van fusiecontrole), toekenning van intellectuele eigendomsrechten (merken en modellen) en vergunningen voor het in de handel brengen van producten (medicijnen). Besluiten die tot een lidstaat zijn gericht houden veelal een toestemming in voor het verrichten van bepaalde handelingen (staatssteun) of om bepaalde in de regelgeving voorziene derogaties toe te passen (handelspolitiek, btw).'*[2]

Kortom, het gaat om besluiten die gecompliceerd van aard en vaak omvangrijk zijn.

De nationale overheden – dus ook de Nederlandse overheid – zijn met veel meer uitvoerende taken belast dan de EU die in wezen altijd nog grotendeels een wetgevingsmachine is en de uitvoering in belangrijke mate aan de lidstaten overlaat. Dat betekent dat de Awb de uitoefening van veel meer beslissingsbevoegdheden raakt. Deze beslissingsbevoegdheden lopen naar hun aard en omvang sterk uiteen. Het toepassingsbereik van de Awb loopt van het opleggen van belastingaanslagen, het verstrekken van socialezekerheidsuitkeringen en van toeslagen, tot het opleggen van bestuurlijke boetes, het verlenen van omgevingsvergunningen voor grote infrastructurele projecten, zoals bijvoorbeeld de aanleg van een windmolenpark, en het verlenen van toestemming voor fusies. De Awb beoogt derhalve zowel de juridische gang van zaken in de beschikkingenfabrieken, zoals de Belastingdienst en het UWV, te regelen als de juridische gang van zaken voor het nemen van omvangrijke gecompliceerde beslissingen. De toepasselijkheid van de Awb strekt zich dus ook uit over de totstandkoming van relatief eenvoudige beschikkingen, die kwantitatief veruit het belangrijkst zijn én *in primo* vaak digitaal, zonder menselijke tussenkomst worden genomen. Dan ligt het voor de hand dat de algemene regeling voor de totstandkoming van beschikkingen een sober karakter draagt, waarbij eventuele misslagen vervolgens in de bezwaarfase hersteld kunnen worden. In de meeste gevallen blijft het overigens bij het primaire besluit en wordt er geen bezwaar gemaakt, zodat een uitgebreide primaire fase over de gehele linie weinig zoden aan de dijk zou zetten.

Soms is dat echter anders. Bij besluiten waar vele tegengestelde belangen worden geraakt, is het uitermate waarschijnlijk dat na een genomen primair besluit de ene of andere belanghebbende daartegen op zal komen. Ook bij besluiten waarbij aanzienlijke boetes worden opgelegd, zoals bijvoorbeeld die van de AFM en de ACM, leert de ervaring dat daartegen vrijwel altijd bezwaar wordt gemaakt.[3] In een dergelijke procedure volgt de bezwaarfase op een verzwaarde primaire fase met inzagerechten en een hoorzitting. Ook in de sfeer van het asielrecht, om een ander voorbeeld te noemen, wordt bij een negatieve beslissing vaak doorgeprocedeerd. In dat soort gevallen is het de vraag of het niet beter is de primaire besluitvorming

---

2 *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 234.

3 Al wordt de bezwaarprocedure soms wel ervaren als 'rondje om de kerk'. Om die reden is de mogelijkheid van rechtstreeks beroep (art. 7:1a Awb) ingevoerd.

direct te voorzien van alle waarborgen die de bezwaarprocedure biedt en met deze uitgebreide primaire fase te volstaan. In het asielrecht is dat – onder schrapping van de bezwaarfase – ook gebeurd.

Afdeling 3.4 Awb voorziet in een verzwaarde besluitvormingsfase. Hierin wordt de uniforme openbare voorbereidingsprocedure geregeld. Wanneer een besluit overeenkomstig die procedure tot stand is gekomen, staat ingevolge art. 7:1, eerste lid, onder d, Awb geen bezwaar meer open. Afdeling 3.4 is in meer dan zestig wetten in formele zin van toepassing verklaard, vooral in de sfeer van het omgevingsrecht. Aldus geldt ook in Nederland dat voor bepaalde ingrijpende en/of gecompliceerde besluiten – dus de soort van besluiten waarop ook de Europese voorstellen betrekking hebben – een uitgebreide primaire fase zonder heroverweging in bezwaar. De uniforme openbare voorbereidingsprocedure is bedoeld voor besluiten waardoor belangen van velen worden getroffen. Ook bij besluiten in tweepartijverhoudingen of met een beperkte aantal belanghebbenden kan echter een zwaardere primaire fase in bepaalde gevallen mogelijk in de plaats komen van de als zinloos ervaren bezwaarprocedure. We komen op dit punt in paragraaf 6.5.4 terug.

6.3 Toegang tot de procedure van totstandkoming van het besluit

In de Awb is de toegang tot de procedure van de totstandkoming van het besluit in de regel vormgegeven via het belanghebbende-begrip. In de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel wordt gewerkt met het begrip '*party*'. De inhoud van dit begrip wijkt af van het Awb-begrip belanghebbende. De procedurele rechten van een *party* zijn gebaseerd op de rechtspraak van het HvJ EU over de rechten van de verdediging.[4]

In verband met de toegang tot de procedure hanteren de *ReNEUAL Model Rules* ook de term '*the interested public*' (art. III-2, vierde lid, MR). Deze term is afkomstig uit het Verdrag van Aarhus, dat voor de EU-lidstaten is omgezet in de Aarhus-richtlijn.[5] Het EP-voorstel kent enkel het begrip *party* (art. 4). In de paragraaf komen aan de orde de definitie van deze begrippen en de vraag wat de status van *party* of *interested public* meebrengt voor iemands rol en rechten bij de totstandkoming van een besluit. Daarbij worden ook de verschillen met de Awb belicht.

6.3.1 De definitie van 'party'

Art. 1, aanhef en sub f, EP-voorstel definieert het begrip *party* als:

> '*(f) "party" means any natural or legal person whose legal position may be affected by the outcome of an administrative procedure.*'

4 Zie *Explanatory Memorandum* bij het EP-voorstel, p. 5-6.

5 Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, ondertekend te Aarhus op 25 juni 1998 en namens de EG goedgekeurd bij besluit 2005/370/EG van de Raad van 17 februari 2005 (*PbEU* 2005, L 124/1). De Aarhus-richtlijn 2003/35 wijzigt met het oog op de omzetting van het verdrag, Richtlijn 85/337, betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (inmiddels opnieuw gecodificeerd in Richtlijn 2011/92) en de IPPC-richtlijn 96/91 (inmiddels opnieuw gecodificeerd in Richtlijn 2010/75, betreffende industriële emissies).

Art. III-2, derde lid, MR definieert een *party* als:

> '*the addressee of the intended decision and other persons who are adversely affected by it and who request to be involved in the procedure. EU sector-specific law may assign the status of party to persons not adversely affected.*'

De definitie van '*other persons*' sluit aan bij de definitie van '*person*' die is gegeven in boek I – *General provisions*, die voor alle andere boeken geldt. Volgens art. I-4, zesde lid, MR wordt onder '*person*' verstaan:

> '*any natural or legal person. Other associations, organizations or groups may be considered as a person on the basis of EU sector-specific legislation or the case law of the Court of Justice of the European Union.*'

Een aantal punten valt op, ook in vergelijking met de definitie van de belanghebbende in art. 1:2, eerste lid, Awb als 'degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken'.

Het begrip '*party*' in de *ReNEUAL Model Rules* is in beginsel beperkt tot de geadresseerde van het voorgenomen besluit en degenen die op nadelige wijze door het voorgenomen besluit worden geraakt. Uit de toelichting bij art. III-2 volgt dat het niet gaat om personen die slechts een (subjectieve) interesse hebben bij het besluit. Het gaat om een objectieve maatstaf die wordt vastgesteld door het uitvoerende bestuursorgaan en dat eventueel door de rechter getoetst wordt.[6]

Derden voor wie het besluit begunstigend werkt, zijn gelet op de tekst uitgesloten. Bovendien worden derden die zijn benadeeld door het betrokken besluit pas bij de procedure betrokken als ze daarom hebben verzocht. Hieruit blijkt al de sterke focus van de *ReNEUAL Model Rules* op tweepartijenverhoudingen. Het EP-voorstel omschrijft de *party* als degene wiens rechtspositie door de uitkomst van de procedure kan worden geraakt. Dit lijkt te impliceren dat ook de begunstigde derde in beginsel kan meedoen in de procedure.[7]

De definitie in de *ReNEUAL Model Rules* is dus beperkter, omdat naast de geadresseerde van een voorgenomen besluit uitsluitend die personen als *party* worden aangemerkt die (1) *zelf* verzoeken om bij de procedure te worden betrokken en (2) *nadelig* door het voorgenomen besluit worden geraakt. Personen anders dan de geadresseerde van het voorgenomen besluit, moeten dus zelf om de status van *party* verzoeken. Dit betekent dat het bestuursorgaan deze derden niet ambtshalve hoeft te betrekken in de procedure. Dat is een bewuste beperking van het aantal mogelijke deelnemers aan de procedure, zo blijkt uit de toelichting.[8]

---

6 Zie de toelichting op art. III-2, derde lid, bij boek III – *Single Case Decision Making*, p. 96.

7 Tenzij moet worden aangenomen dat het woord 'rechtspositie' hieraan in de weg staat, omdat men zou kunnen stellen dat die derde wel in zijn feitelijke belangen wordt geraakt, maar niet in zijn rechtspositie.

8 Toelichting *ReNEUAL Model Rules*, hoofdstuk 1, punt 8.

Ook de beperking tot personen die in nadelige zin door het voorgenomen besluit worden geraakt – en dus niet ook personen van wie het belang in meer algemene zin bij het voorgenomen besluit is betrokken – is bewust, geeft de toelichting aan.[9] De *ReNEUAL Model Rules* laten uitsluitend de mogelijkheid open dat bij wege van uitzondering in sectorspecifieke EU-regelgeving de status van *party* ook aan personen die niet nadelig worden geraakt maar van wie (zo mag worden aangenomen) het belang wel voldoende bij het voorgenomen besluit is betrokken, wordt toegekend (zie de tweede zin van art. II-2, derde lid, MR). De opstellers van de *ReNEUAL Model Rules* hebben willen aansluiten bij art. 41, tweede lid, onder a, Handvest. In het kader van het recht op behoorlijk bestuur is daarin het recht van eenieder vervat om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen. De definitie van '*party*' en de rechten die die status bij de voorbereiding van een besluit met zich brengt, worden daarmee geplaatst in de sleutel van het recht om over mogelijk nadelige beslissingen te worden gehoord. Omdat het hier alleen gaat om de voorbereiding van een besluit, is dat misschien niet zo gek. Maar tegelijkertijd komt hierna aan de orde dat de procedurele rechten die de *ReNEUAL Model Rules* verbinden aan de status van *party* verder gaan dan het recht om te worden gehoord. Dan ligt het in onze ogen meer voor de hand om ook personen van wie in algemene zin het belang wordt geraakt, bij de besluitvorming te betrekken. Voor een derde-belanghebbende kan dat juist van belang zijn, bijvoorbeeld in de situatie dat tegen een besluit beroep wordt ingesteld met een kans op een voor de derde-belanghebbende nadelige uitkomst. Hij heeft zijn inbreng dan echter niet al in de besluitvormingsfase kunnen laten meewegen. In dit opzicht zouden met name de *ReNEUAL Model Rules* moeten worden aangevuld. In het EP-voorstel zit die ruimte mogelijk al, maar is het niet duidelijk of dat ook zo bedoeld is.

De Awb vereist dat een belang rechtstreeks door het besluit wordt getroffen. Dat betekent dat ook derden-belanghebbenden door een besluit kunnen worden geraakt, hetzij in nadelige, hetzij in begunstigende zin. Die uitbreiding geven de *ReNEUAL Model Rules*, geschreven voor de EU-instellingen en organen, niet. Dat is vooral opvallend, omdat dit niet hoeft te sporen met de toegang tot de Europese rechter, zoals geregeld in art. 263 VWEU. Voor een recht op beroep tegen handelingen van organen of instanties van de Unie waarmee rechtsgevolgen voor derden worden beoogd, is vereist dat die handelingen tot de betrokkene zijn gericht of hem 'rechtstreeks en individueel raken', zonder dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de wijze waarop zij worden geraakt.[10] Een beroep van degene die in begunstigende zin wordt geraakt, zou echter procesbelang kunnen ontberen en op die manier buiten de boot vallen. In die zin lost dit mogelijke conflict in regelgeving zich dan op. In het EP-voorstel zit deze complicatie niet. De toelichting maakt echter niet duidelijk of bedoeld is om de kring van personen die zich in de totstandkoming van het besluit mogen mengen, ruimer te trekken.

9 Toelichting *ReNEUAL Model Rules*, hoofdstuk 1, punt 8.

10 Zaak 25/62 (Plaumann), ECLI:EU:C:1963:17; zaak C-50/00P (UPA/Raad), ECLI:EU:C:2002:462; en zaak T-458/17 (Schindler), ECLI:EU:T:2018:838.

Het ligt niet voor de hand om op Europees niveau een verschil te maken tussen de personen die bij de totstandkoming van een besluit mogen meedoen en dan de kring van betrokkenen die vervolgens beroep mogen instellen ruimer te trekken. Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv) particulieren enkel toegang tot de rechter moeten hebben als het Unierecht hun rechten toekent.[11] Daarbij moet worden aangetekend dat in de benadering van het Hof vooral van belang is wat de personele werkingssfeer van een Europese regeling is. In milieuzaken is die soms heel ruim, als het recht op gezondheid wordt beschermd of als het gaat om milieu-informatie.[12] In andere gevallen is die beperkt(er).[13] De *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel leggen, anders dan de Awb, geen rechtstreeks verband tussen de deelname aan de besluitvormingsprocedure en de toegang tot de (Europese) rechter. Zouden de *ReNEUAL Model Rules* in die vorm worden overgenomen in de Nederlandse wetgeving, dan dient dit verband wel te blijven bestaan. De *ReNEUAL Model Rules* voorzien erin dat het gebruik van het ruimere begrip '*party*' mogelijk is in sectorspecifieke regelingen. Dat is vanwege het Awb-systeem voor Nederland niet nodig en ook niet wenselijk. Dat de kring van deelnemers in de voorfase beperkt is, is gelet op de rechtspraak van het Hof over de toegang tot de nationale rechter niet problematisch, omdat die kring ook beperkt mag zijn. Wij vinden het echter onwenselijk om in de besluitvormingsfase een beperktere kring van betrokkenen te hanteren dan in de beroepsfase. Dat kan allerlei complicaties opleveren met betrekking tot de reikwijdte van de belangenafweging die het bestuursorgaan moet doen: in de voorfase zou die dan beperkter kunnen zijn dan in de beroepsfase. Dat lijkt ons geen aantrekkelijke gedachte. Wij voelen in dit opzicht meer voor het EP-voorstel, omdat het vermoedelijk meer ruimte biedt. Het meeste voelen we er overigens voor om het Awb-systeem met het belanghebbendenbegrip gewoon te handhaven.

Een ander opvallend verschil met de Awb is dat in beide Europese regelingen geen regeling is opgenomen voor rechtspersonen die algemene of collectieve belangen behartigen (zoals in art. 1:2, derde lid, Awb). De opstellers van het EP-voorstel en de *ReNEUAL Model Rules* lijken dergelijke partijen niet de formele status van *party* te willen geven. Hier moeten we echter de hiervoor genoemde definitie van '*person*' in gedachten houden, omdat op grond daarvan deze organisaties kunnen behoren tot de groep *other persons*, mits zij *adversely affected* zijn. Als dat niet het geval is, vallen zij onder het ruimere begrip *interested public*. Op dat begrip, dat alleen voorkomt in de MR, gaan we hierna in.

---

11 Gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90 (Verholen), ECLI:EU:C:1991:314; zaak C-13/01 (Safalero), ECLI:EU:C:2003:447; en zaak C-174/02 (Streekgewest Westelijk Noord-Brabant), ECLI:EU:C:2005:10.

12 Zaak C-361/88 (TA Luft), ECLI:EU:C:1991:224; zaak C-237/07 (Janacek), ECLI:EU:C:2008:447.

13 Zie voor een zeer beperkte benadering, zaak C-216/02 (Östereichischer Zuchtverband für Ponys, Kleinpferde und Spezialrassen), ECLI:EU:C:2004:703. Zie ook zaak C-441/07 P (Alrosa), ECLI:EU:C:2010:377.

6.3.2 *De definitie van 'interested public'*

Art. III-2 (4) definieert '*interested public*' als:

> '*every natural or legal person and other associations, organizations or groups expressing an interest in an administrative procedure*'.

Aan deze definitie valt op dat hij zeer ruim is, en geen formele drempels opwerpt om als *interested public* te worden aangemerkt. Er wordt geen eis van rechtspersoonlijkheid gesteld, en evenmin wordt bewijs verlangd dat een groepering zich daadwerkelijk eerder een bepaald belang heeft aangetrokken en dat de groepering in dat belang wordt geraakt. Het alleen laten blijken van belangstelling voor een procedure volstaat. Deze categorie wordt gebruikt bij de voorbereiding van besluiten met verreikende effecten. Dan moet het bestuursorgaan overgaan tot de openbare consultatie van een breed publiek.

Het verschil in de status van *party* en van *interested public* verklaart het ontbreken van formele eisen aan het 'geïnteresseerde publiek'.

Gevolgen van de status van 'party' en 'interested public'

Aan de status van *party* zijn – in de volgorde van de *ReNEUAL Model Rules* – de volgende rechten verbonden:

- het recht om te verzoeken een ambtenaar in geval van belangenverstrengeling van de zaak te halen (art. III-3, vierde lid);
- het recht te worden geïnformeerd over de start van een ambtshalve procedure, tenzij kort gezegd het onderzoek daardoor in gevaar zou komen (art. III-5, tweede lid);
- het recht om een ontvangstbevestiging van de aanvraag te krijgen in geval van een aanvraagprocedure (art. III-6, derde lid);
- de procedurele rechten zoals neergelegd in art. III-8, eerste en tweede lid, waaronder:
  - het snel verkrijgen van duidelijke informatie over alle vragen met betrekking tot de procedure;
  - op afstand en digitaal, met inbegrip van videoconferencing, mogen communiceren en procedurele formaliteiten vervullen;
  - elke officiële taal van de EU gebruiken;
  - op de hoogte gesteld worden van alle procedure stappen en beslissingen die hem kunnen raken;
  - vertegenwoordigd te worden door een advocaat of juridisch gemachtigde;
  - uitsluitend redelijke en proportionele rechten voor een procedure te betalen;
  - klachten in te dienen over de verantwoordelijke ambtenaar.
- getuigen en experts voorstellen (art. III-15, tweede lid);
- het recht op toegang tot het dossier (art. III-22);
- het recht om te worden gehoord, als hij in nadelige zin door het voorgenomen besluit wordt geraakt (art. III-23);
- voor zover de *party* ook geadresseerde is van het besluit, het recht om over de beroepsmogelijkheden geïnformeerd te worden (art. III-30, eerste

lid) – kennelijk is dit recht beperkt tot geadresseerden en strekt dit zich niet uit tot alle *parties*;
– maar wel hebben alle *parties* het recht om te worden geïnformeerd zodra het besluit is genomen (art. III-33, eerste lid) – al is dat ook omdat het besluit anders niet in werking treedt (art. III-33, tweede lid).

Een betrekkelijk volwaardige set van rechten om als partij aan de besluitvormingsprocedure deel te nemen, die op punten – zoals het recht om getuigen en deskundigen voor te stellen – verder gaat dan wat een belanghebbende in de primaire fase in de Awb aan rechten heeft gekregen. Daarbij moet wel bedacht worden dat in de *ReNEUAL Model Rules* de bezwaarfase ontbreekt.

Aan de status van *interested public* zijn daarentegen geen rechten verbonden. Het begrip wordt uitsluitend gebruikt om aan te geven hoe een besluit publiek geconsulteerd kan worden. EU-autoriteiten hebben de mogelijkheid om een voorgenomen besluit openbaar te consulteren, door een openbare hoorzitting of via een internetconsultatie. Zij dienen daarbij dan de (beperkte) procedurevoorschriften van art. III-25 MR te volgen. Iedereen die dat wil – het geïnteresseerde publiek dus – mag aan de consultatie deelnemen. Hoe de EU-autoriteit moet omgaan met wat in de openbare consultatie wordt ingebracht, vormt geen onderdeel van de regeling.

Dit is toch een andere regeling dan de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. In art. 3:15 Awb is opgenomen dat belanghebbenden een zienswijze kunnen indienen. Gelet op de definitie van art. 1:2 Awb is dat een beperktere kring van personen dan in de *ReNEUAL Model Rules*. Bij wettelijk voorschrift kan overigens worden bepaald dat ook anderen dan belanghebbenden, meer in het bijzonder eenieder, zienswijzen kunnen indienen (art. 3:15, tweede lid, Awb). Zo'n *actio popularis* geldt bijvoorbeeld voor bestemmingsplannen (art. 3.8, eerste lid, onder d, Wro) en voor diverse omgevingsvergunningen, onder meer alle vergunningen die binnen de reikwijdte van de Aarhus-richtlijn vallen (art. 3.12, vijfde lid, Wabo).[14]

6.3.3 Collectieve en algemene belangengroeperingen

Volgens de toelichting op de *ReNEUAL Model Rules* is voor de mogelijkheid van openbare consultatie van het publiek gekozen vanwege de vaak ingrijpende effecten van besluiten op de collectieve belangen.[15] Daarom is ook gekozen voor een heel brede definitie van het publiek dat aan een openbare consultatie kan deelnemen, waaronder ook groeperingen die zich het algemene of collectieve belang aantrekken, kunnen vallen. Maar verder dan de mogelijkheid om aan een consultatie deel te nemen als de EU-autoriteit voor een openbare consultatie kiest, gaan de rechten van de personen en groeperingen die zich de bovenindividuele belangen aantrekken niet. Zij kunnen geen openbare consultatie afdwingen. Evenmin kunnen zij als

14 Dit overigens tot verbazing van A-G Bobek in zijn conclusie in de zaak *Stichting Varkens in Nood*, zaak C-826/18, ECLI:EU:C:2020:514, punten 81-85. Binnen de reikwijdte van de Aarhus-richtlijn vallen alle milieubesluiten, die onder de MER-richtlijn en de Richtlijn Industriële Emissies vallen.

15 Toelichting MR op art. III-25, punt 100.

party in de zin van de *ReNEUAL Model Rules* worden aangemerkt, althans niet wanneer ze dat algemene belang behartigen.[16] Verdere rechten om zich in een procedure te mengen, hebben zij dus niet, ook niet als het voorgenomen besluit rechtstreeks de belangen die zij zich aantrekken, raakt. Mogelijk ligt daar een vrees voor de complicatie van procedures aan ten grondslag. De regeling in de Awb laat zien dat die vrees niet terecht is, en dat de mogelijkheden van behartigers van het algemeen belang om zich in de besluitvorming te mengen goed kunnen worden beperkt tot de besluiten die daadwerkelijk belangen raken die zij zich al aantrokken. Als men belangengroeperingen een sterkere plaats wil geven, en daarmee het burgers ook eenvoudiger maken om zich te laten horen, heeft een sterkere rol voor belangengroeperingen als volwaardige *party* een meerwaarde. Waar de MR deze rol beperkt tot de gevallen waarin sectorspecifieke EU-regelingen dit bepalen, heeft de Awb de MR daar zeker wat te bieden.

Dat geldt ook voor groeperingen die belangen van hun leden bundelen. In de *ReNEUAL Model Rules* laat men het bij de mogelijkheid om – bij een grote hoeveelheid individuele partijen – een gedwongen vertegenwoordiger aan te wijzen (art. III-8, derde lid, MR).[17] Als ook rechtspersonen, die belangen van hun leden vertegenwoordigen, als algemene regel als *party* zouden worden toegelaten, zou dat in veel gevallen wellicht niet nodig zijn. Personen voelen zich dan mogelijk meer gehoord, en dat zal mogelijk de acceptatie van de uitkomst van de procedure vergroten.

6.4 Behandeling van de aanvraag

6.4.1 *Aanvraag*

In hoofdstuk II van boek III van de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel zijn algemene bepalingen over de besluitvormingsprocedure opgenomen (start, duur, informatieplichten van de overheid). In de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel wordt, evenals in het Nederlandse bestuursrecht, een onderscheid gemaakt tussen ambtshalve besluiten en besluiten op aanvraag (art. III-5, eerste lid, MR; art. 5 EP-voorstel). Vervolgens zijn in beide voorstellen specifieke regels voor beide aanvraagprocedures opgenomen (art. III-6 MR; art. 7 EP-voorstel).

Een definitie van het begrip 'aanvraag' ontbreekt zowel in het EP-voorstel als in de *ReNEUAL Model Rules*. In de Awb is het begrip 'aanvraag' gedefinieerd als een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen (art. 1:3, derde lid, Awb). Daarmee is de mogelijkheid om een aanvraag te doen, met alle verplichtingen die voor een bestuursorgaan aan de behandeling van een aanvraag zijn verbonden, beperkt tot de belanghebbenden. Een dergelijke beperking tot bijvoorbeeld *parties* kennen de *ReNEUAL Model Rules* niet, maar het EP-voorstel wel (art. 7).

De voorschriften voor de aanvraagprocedure bevatten veel bekende elementen, zoals een doorzendplicht (art. III-6, tweede lid, MR; art. 7, vijfde lid, EP-voorstel), de verplichting voor het bestuursorgaan om de ontvangst van de aanvraag te

16 Wanneer zo'n ngo een vergunning of subsidie aanvraagt, is zij als '*addressee of the intended decision*' uiteraard wel *party* in de zin van art. III-2 lid 3 MR.

17 Hierover meer in paragraaf 6.4.3 van dit hoofdstuk.

bevestigen (art. III-6, derde lid, MR; art. 7, derde lid, EP-voorstel) en de verplichting om gelegenheid te bieden voor verzuimherstel (art. III-6, derde lid, MR; art. 7, vierde lid, EP-voorstel).

Anders dan de Awb kennen de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel een uitdrukkelijke verplichting voor de EU-autoriteiten om aanvragen niet onnodig formeel te behandelen en de administratieve lasten te beperken (art. III-6, eerste lid, MR; art. 7, tweede lid, EP-voorstel). Daarin ziet men het beginsel van de dienende overheid, dat in de Europese voorstellen een prominente plaats heeft.[18] Een bepaling met deze strekking past goed bij de toenemende aandacht in Nederland voor een goed contact tussen de burger en overheid, zonder onnodig formele obstakels. Tot nu toe vertaalt deze aandacht zich nog niet in wettelijke regels. De Awb kent weliswaar een zorgvuldigheidsplicht, maar die betreft enkel het feitenonderzoek. Ook kent de Awb bepalingen over het verkeer tussen bestuur en burger (onpartijdigheid, vertrouwelijkheid, doorzendplicht, gebruik van de taal). Een 'paarsekrokodilbepaling' waarin tot uitdrukking komt dat de overheid geen onnodige bureaucratische obstakels mag opwerpen en de plicht heeft het de burger niet onnodig moeilijk te maken, kent de Awb echter niet. Dat is volgens de commissie een gemis. Ter operationalisering van de aanbeveling in paragraaf 3.8, om het recht op een dienstbare overheid door opname in hoofdstuk 2 Awb expliciet te erkennen, zou in dat hoofdstuk ook een met de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel vergelijkbare overheidsverplichting kunnen worden opgenomen.[19]

6.4.2 *De zaaksambtenaar*

Een bijzonderheid van de *ReNEUAL Model Rules* is dat er voor iedere procedure een 'zaaksambtenaar' (*responsible official*) moet worden aangewezen (art. III-7 MR). Deze is het gezicht van de procedure en bewaakt niet alleen de voortgang, maar ook de rechten van de partijen met betrekking tot informatie over de (inhoud van de) procedure, taalkwesties, bijstand et cetera. De ambtenaar is ook verantwoordelijk voor een adequate dossiervorming in het belang van transparantie, efficiency, de rechten van de verdediging en het rechterlijk toezicht. Het EP-voorstel is aanmerkelijk eenvoudiger dan de MR: in een aanvraagprocedure moeten de contactgegevens van de behandelend ambtenaar worden opgenomen in de ontvangstbevestiging (art. 7, derde lid).

Een regeling als in de *ReNEUAL Model Rules* kent het Nederlandse bestuursrecht niet. Wie zaaksverantwoordelijk is, wordt in het algemeen bepaald door de interne organisatie van een bestuursorgaan. In het kader van de verbetering van het contact met de overheid wordt er wel naar gestreefd om voor burgers herkenbare, vaste

18 Zie reeds en uitvoeriger, paragraaf 3.7 van dit rapport.

19 Een dergelijke bepaling is ons inziens meer dan symboolwetgeving. Zij kan worden toegepast door een ombudsman en bovendien de rechterlijke interpretatie van wettelijke voorschriften beïnvloeden. Verder blijkt een vergelijkbare 'vage' opdracht aan de rechter, namelijk de opdracht om een geschil 'zo veel mogelijk definitief te beslechten' (art. 8:41a Awb), waarvan ook werd gedacht dat het symboolwetgeving was, in de praktijk wel degelijk invloed te hebben op het rechterlijke handelen. Zie A.T. Marseille & M. Wever, 'Snelheid, maatwerk en finaliteit in bestuursrechtelijke procedures bij de rechtbank', NJB 2019/41, p. 3080-3090.

contactpersonen aan te wijzen, maar meer dan een *best practice* is dat niet. De verantwoordelijkheid voor de dossiervorming en de juistheid van de gegevens ligt bij het bestuursorgaan en niet bij de individuele ambtenaren. Ook is het bestuursorgaan als zodanig verantwoordelijk voor het waarborgen van de rechten van de verdediging. Hier botsen de Europese voorstellen met de in Nederland gangbare doctrine voor het duiden van de overheid. Die doctrine en ook de Awb gaan uit van de orgaanbenadering, terwijl de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel uitgaan van de ambtsbenadering, waarin de bevoegde ambtenaar centraal staat. In de considerans van het EP-voorstel (punt 14) wordt ook vermeld waarom: het doel van het voorstel is het verzekeren van een open, doeltreffend en onafhankelijk ambtenarenapparaat en een gepaste handhaving van het recht op goed bestuur. De ambtsbenadering sluit beter aan bij de realiteit (aanvragen worden behandeld door ambtenaren en niet door 'organen') en bij de beleving van de burger. Daarom is er volgens de commissie veel voor te zeggen om een regeling van de zaaksambtenaar ook in de Awb op te nemen. Of de Awb-regeling zo zwaar moet worden aangezet als in de *ReNEUAL Model Rules* is een kwestie van nadere uitwerking. Wel zou de zaaksambtenaar – zoals hierna in paragraaf 6.6.2 wordt bepleit – volgens ons ook een rol moeten hebben bij het waarborgen van het recht op inzage.

6.4.3 *Massaprocedures*

Een volgende bijzonderheid is dat het bestuursorgaan op grond van art. III-8 MR in procedures met een groot aantal getroffen personen ('*adversely affected*'), voor al deze partijen samen een collectieve vertegenwoordiger kan aanwijzen. Voordat een aanwijzing plaatsvindt, krijgen de betrokkenen de gelegenheid zelf iemand aan te wijzen. Deze regeling is geïnspireerd door het Duitse *Verwaltungsverfahrensgesetz*, dat het bestuursorgaan in §18 de mogelijkheid biedt om in een procedure met meer dan vijftig personen een *Vertreter für Beteiligte bei gleichem Interesse* aan te (doen) wijzen. Op grond van art. 1:2, derde lid, Awb kunnen burgers zich wel verenigen om collectief op te treden in bestuurlijke procedures.[20] Een bestuursorgaan beschikt echter niet over een juridische mogelijkheid om burgers daartoe te dwingen. De bevoegdheid daartoe zou het bundelen van procedures wel kunnen bevorderen.

6.4.4 *Zinloze aanvragen en misbruik van recht*

Zowel de *ReNEUAL Model Rules* als het EP-voorstel kennen een regeling voor zinloze ('*pointless*') aanvragen. Van aanvragen die zo vaak worden herhaald dat sprake is van misbruik, hoeft de ontvangst niet eens te worden bevestigd. Ook zinloze of overduidelijk ongegronde aanvragen mogen buiten behandeling worden gelaten (art. III-6, derde lid, MR). Art. 7, derde lid, EP-voorstel bepaalt dat na een aanvraag een ontvangstbevestiging moet worden gezonden. Als de aanvraag incompleet is,

20 L.F. Wiggers-Rust, *Collectieve' acties; Een interne rechtsvergelijking tussen privaatrecht en bestuursrecht* (Cahier 2014-11), Den Haag: WODC 2014; Y.E. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', *NJB* 2013/20, p. 1314-1323. Zie voorts T. Gerverdinck (e.a.), *Massale procedures*, Preadvies Jonge VAR, Jonge VAR-reeks 12, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

moet daarbij worden aangegeven hoe dit verzuim hersteld kan worden. Kennelijk ongegronde aanvragen kunnen daarbij direct niet-ontvankelijk worden verklaard. In misbruiksituaties hoeft in het geheel geen ontvangstbevestiging te worden gezonden. Beide regelingen zijn een 'wapen' tegen aanvragen die als enige doel lijken te hebben het ontregelen van de administratie. De regelingen sluiten aan bij de rechtspraak van het HvJ EU over het beginsel van verbod van misbruik van recht.[21]

Tot nu toe is het leerstuk van misbruik van recht in het Nederlandse bestuursrecht heel beperkt ontwikkeld. Terwijl de rechter wel stappen heeft gezet om het strooien van zand in de machine tegen te gaan, biedt het Awb-besluitvormingsrecht (vrijwel) geen instrumenten.[22] Beide Europese voorstellen bieden voor Nederland een voorbeeld hoe dit onderwerp wel in de Awb zou kunnen worden geregeld. Een dergelijke regeling heeft als bijkomend voordeel dat aan de maatregelen tegen misbruik een wettelijke basis wordt gegeven.

6.4.5 *Beslistermijnen*

Voor de behandeling van de aanvraag zijn ten slotte de regels voor beslistermijnen van belang. De Awb bepaalt dat een aanvraag buiten behandeling kan worden gelaten als bepaalde gegevens ontbreken. Dat kan pas als de aanvrager eerst een termijn heeft gekregen om de aanvraag aan te vullen. De beslistermijn wordt opgeschort tot de dag waarop de gegevens zijn aangevuld of de dag waarop de termijn voor aanvulling ongebruikt is verstreken (art. 4:15, eerste lid sub a, Awb). Dit heeft tot gevolg dat het bestuursorgaan een tijdadministratie moet bijhouden en soms onduidelijk is wanneer de beslistermijn is verstreken. Duidelijkheid hierover is onder meer van belang voor de toepassing van paragraaf 4.1.3.2 Awb (dwangsom bij niet tijdig beslissen) en paragraaf 4.1.3.3 (positieve fictieve beschikking bij niettijdig beslissen).

In het EP-voorstel start de beslistermijn op het moment van de kennisgeving van het besluit tot inleiding van een administratieve procedure, dan wel, bij een aanvraag, op het moment van de ontvangstbevestiging (art. 17, eerste lid). Als die ontvangstbevestiging niet binnen drie maanden wordt verzonden, wordt het verzoek geacht te zijn geweigerd (art. 17, derde lid). In de *ReNEUAL Model Rules* is ervoor gekozen om de beslistermijn pas te laten ingaan op het moment dat de aanvraag compleet is (art. III-9, tweede lid, MR). Dit maakt dat vertraging in de aanvraagfase op het conto komt van de aanvrager. Deze heeft het daarmee in beginsel zelf in de hand om ervoor te zorgen dat de besluitvormingsfase snel kan beginnen. De aanvrager is echter ook afhankelijk van de snelheid waarmee het bestuursorgaan laat weten dat er nog gegevens ontbreken en van het moment waarop geoordeeld wordt dat alles compleet is.

---

21 Zaak C-251/16 (Cussens e.a.), ECLI:EU:C:2017:881; zaak C-359/16 (Altun), ECLI:EU:C:2018:63. Zie reeds paragraaf 2.4 in dit rapport.

22 Zie vooral de jurisprudentie over misbruik van recht bij Wob-verzoeken, zoals ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4129 en ECLI:NL:RVS:2014:4135 en ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:426. R. Ortlep, '"Dwangsommetje scoren": misbruik dwangsomregeling door middel van oneigenlijke Wob-verzoeken', *JBplus* 2014/4, p. 226-243.

De *ReNEUAL Model Rules* zijn overzichtelijker en eenvoudiger dan de Awb met zijn systeem van opschorting van de termijn op de momenten dat de aanvraag moet worden aangevuld, maar zijn daarmee niet per se burgervriendelijk. Traagheid aan de kant van het bestuur kan pas worden aangepakt als het bestuur vindt dat alles compleet is. Door conform de *ReNEUAL Model Rules* in de Awb een voorfase in te lassen waarvoor de bestuurlijke termijnen en dus snelheid en efficiency niet gelden, zou de effectiviteit van de Wet dwangsom (paragraaf 4.1.3.2 Awb) en de *Lex Silencio positivo* (paragraaf 4.1.3.3 Awb) op de tocht komen te staan. Al met al is de commissie van oordeel dat de MR-regeling beter niet kan worden overgenomen in de Awb.

6.5 Voorbereiding van besluiten: feitenvergaring en horen

Het EP-voorstel besteedt in het hoofdstuk *Beheer van de administratieve procedure* aandacht aan de feitenvergaring en de procedurele rechten van partijen. De *ReNEUAL Model Rules* kennen twee hoofdstukken over de voorbereiding van besluiten. Hoofdstuk 3 bevat regels over het vergaren van (kort gezegd) gegevens, terwijl hoofdstuk 4 de positie van de betrokkene(n) bij de voorbereiding van een besluit regelt. Hierna worden beide onderdelen besproken. Deze bespreking sluit nauw aan bij paragrafen 3.6 en 3.7, waarin dezelfde problematiek is besproken vanuit de onderliggende beginselen.[23]

6.5.1 Zorgvuldige voorbereiding van besluiten

In art. 3:2 Awb is het (formele) zorgvuldigheidsbeginsel neergelegd in de vorm van een instructie aan het bestuur om bij de voorbereiding van een besluit kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en belangen. Uit deze bestuurlijke verplichting tot ambtshalve onderzoek heeft de rechtspraak onderzoekplichten afgeleid, die afhankelijk van de aard van het besluit (belastend, begunstigend) en de verantwoordelijkheden van belanghebbenden (aanvrager of niet) gedifferentieerd zijn. Deze rechterlijke uitleg is daarna vaak weer gecodificeerd in bijzondere wetgeving. Art. 3:2 Awb is gericht tot het bestuur, maar werkt samen met art. 4:2, tweede lid, Awb door in de bewijsvoering in de contentieuze fase. Dit sluit goed aan bij het Nederlandse besluitmodel waarbij de rechter primair nagaat of in de bestuurlijke fase de feiten zorgvuldig zijn vastgesteld. Wanneer de rechter onvoldoende feiten heeft om het besluit te toetsen, *kan* de rechter op grond van zijn eigen bevoegdheid de feitenvaststelling overnemen (art. 8:69, derde lid, Awb). Dat gebeurt echter heel weinig.

In het Unierecht is geen rechtsnorm aan te wijzen die volledig correspondeert met art. 3:2 Awb. Art. 41 Hv formuleert een recht op behoorlijk/goed bestuur, maar kent geen zorgvuldigheidsplicht voor het bestuur of een daarmee corresponderend recht van betrokkenen op een zorgvuldig voorbereid bestuur. Het HvJ EU heeft in

23 De tekst van deze paragraaf is mede gebaseerd op R.J.N. Schlössels, 'Hoor en wederhoor bij de bestuursrechter. Over "modern" procesrecht en het hart van een behoorlijke procedure', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 234-235.

zijn rechtspraak een *principle of care* geformuleerd, dat nauw verwant is aan de eis van behoorlijk bestuur. Deze *duty* houdt in dat alle relevante informatie, zo nodig ambtshalve, zorgvuldig wordt vergaard voor zover van belang voor de juridische en feitelijke grondslag van een besluit (de eis van *full knowledge*).[24]

In de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel zien we deze Europese onderzoeksverplichting van het bestuur duidelijk terug. Hoofdstuk 3 van de *ReNEUAL Model Rules* zet de zorgvuldige feitenvergaring in het perspectief van veel meer noties van behoorlijk bestuur, zoals het toekennen van het juiste gewicht aan relevante factoren (= belangenafweging) en het uitsluiten van irrelevante argumenten bij de afweging (vergelijk het specialiteitsbeginsel). Ook valt op dat de (bestuurlijke) feitenvaststelling in het teken staat van *bewijsvergaring*. Zo zien we in art. 9 EP-voorstel het begrip 'bewijs' opduiken. Verder valt op dat de algemene onderzoekverplichting in het EP-voorstel beduidend verder is uitgewerkt dan in de Awb.[25] Uitdrukkelijk is vermeld dat met het doel om noodzakelijke informatie te verzamelen, het bestuur getuigen en experts mag horen, documenten mag opvragen, bezoeken mag afleggen en inspecties (*visits and inspections*) mag verrichten. Hieronder bespreken we deze punten in detail.

6.5.2 *Het vergaren van feiten en gegevens: algemene bepalingen*

6.5.2.1 *Inleiding*

Volgens art. III-10, eerste lid, MR moet de bevoegde autoriteit bij de voorbereiding van een besluit alle informatie verzamelen die noodzakelijk is om de relevante feiten vast te stellen ('*Principle of investigation*'). Daarbij moet de autoriteit zorgvuldig te werk gaan en onpartijdig zijn. De art. 3:2 en 2:4 Awb reflecteren hetzelfde uitgangspunt. Wel verdient het de aandacht dat het vereiste van (bestuurlijke) onpartijdigheid in de rechtspraak van het HvJ EU wordt uitgewerkt op een wijze die doet denken aan de rechterlijke onpartijdigheid.[26] Zo omvat het ook de subjectieve onpartijdigheid, in die zin dat geen lid van de betrokken instelling die belast is met de zaak, blijk mag geven van partijdigheid of persoonlijke vooringenomenheid. Anderzijds omvat het de objectieve onpartijdigheid in de zin dat de instelling voldoende waarborgen moet bieden om elke gerechtvaardigde twijfel dienaangaande uit te sluiten. Bovendien moet de instelling elke gerechtvaardigde twijfel over mogelijke vooringenomenheid vermijden en moeten bij de voorbereiding van een besluit (uiteraard) geen dubbele petten betrokken zijn. Op zichzelf biedt art. 2:4, tweede lid, Awb voldoende ruimte om deze rechtspraak te incorporeren. Wel zou – zoals al gesteld in paragraaf 3.7 – de thematiek van de schijn van vooringenomenheid in de Nederlandse rechtspraak verder kunnen worden ontwikkeld.

24 Zie zaak T-369/06 (Holland Malt/Commissie), ECLI:EU:T:2009:319.

25 In de Awb komen deze onderzoeksinstrumenten ten dele pas naar voren in de bezwaarfase. Vergelijk art. 7:8 Awb.

26 Zie zaak C-680/16 P (August Wolff/Commissie), ECLI:EU:C:2019:257; zaak C-439/11 P (Ziegler/Commissie), ECLI:EU:C:2013:513; en zaak T-783/17 (GE Healthcare A/S/Commissie), ECLI:EU:T:2019:624.

6.5.2.2 Het begrip 'party'
In dit hoofdstuk 3 van boek III wordt veelvuldig verwezen naar het begrip '*party*'. *Parties* zijn – zoals al besproken in paragraaf 6.3.1 – in ieder geval betrokkenen in de besluitvormingsprocedure. Zij kunnen uit eigen beweging of op verzoek van het bestuursorgaan informatie verstrekken en zij hebben in bepaalde gevallen een medewerkingsplicht. De inhoud van het besluit en de motivering ervan moeten duidelijk zijn voor de *parties* zodat zij hun rechten en plichten kunnen kennen (art. III-28 en III-29 MR).

6.5.2.3 Inlichtingenplichten
Wat betreft de voor een partij geldende inlichtingenplichten maken de *ReNEUAL Model Rules* onderscheid tussen informatieverzoeken ('*request*', art. III-11 MR) en informatievorderingen ('*mandatory decision*', art. III-12 MR), waarbij alleen voor de laatste een medewerkingsplicht bestaat. De bevoegdheid om inlichtingen te vorderen bij *mandatory decision* moet in sectorale EU-wetgeving zijn toegekend, waarbij ook in *legal consequences* moet worden voorzien in het geval de informatie uitblijft. Een dergelijke plicht geldt ook voor de inlichtingenvordering van art. 5:16 Awb in het kader van het nalevingstoezicht.

De autoriteit kan partijen ook om mondelinge of schriftelijke informatie verzoeken ('*request*'). In dat geval is er geen medewerkingsplicht, maar als een partij toch vrijwillig meewerkt, mag hij geen onjuiste of misleidende informatie verstrekken (art. III-11, tweede lid). Wat de consequentie is van het niet naleven van deze verplichting, vertellen de *ReNEUAL Model Rules* echter niet. De Awb kent een aantal bepalingen over de gevolgen van het verstrekken van onjuiste informatie, met name in de subsidietitel. Zo biedt art. 4:35, tweede lid, Awb in dat geval de bevoegdheid om een subsidie te weigeren en bevat art. 4:48, eerste lid, onder c, Awb de bevoegdheid om de subsidieverlening in te trekken wanneer onjuiste/onvolledige gegevens zijn verstrekt. Een algemeen verbod op het verstrekken van onjuiste inlichtingen bestaat echter niet. Wel bevat art. 4:3, eerste lid, Awb voor de aanvrager de mogelijkheid om bepaalde gegevens niet over te leggen. De vraag is of zo'n algemeen verbod een meerwaarde zou hebben in het stelsel van de Awb. Wij denken van niet, omdat in de Awb centraal staat dat het verstrekken van onjuiste gegevens bij een aanvraag consequenties heeft voor de inhoud van besluiten. Het uitgangspunt is immers dat een besluit dat steunt op onjuiste informatie kan worden ingetrokken, zelfs als het in rechte onaantastbaar is geworden. Wel ontbreekt in de Awb een algemene regeling voor de intrekking van besluiten. De vraag of aan zo'n regeling, die wel is te vinden in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel, ook in Nederland behoefte bestaat, wordt besproken in hoofdstuk 7 van dit rapport.

Krachtens sectorale EU-regelgeving kan voor de burger een informatieverplichting gelden, alsmede een sanctie als niet wordt meegewerkt (art. III-12, eerste lid, MR, vergelijk ook art. 4:3, tweede lid, Awb). In het verzoek om informatie moet duidelijk worden aangegeven welke informatie wordt gevraagd, binnen welke termijn, of er een medewerkingsplicht geldt en wat de sanctie is voor het verstrekken van onjuiste of misleidende informatie. De *ReNEUAL Model Rules* regelen niet welke sancties mogelijk zijn in het geval van niet of te laat verstrekken van de informatie. In de Awb is een informatieverplichting voor de burgers alleen geregeld voor het nalevingstoezicht als onderdeel van handhaving (titel 5.2 Awb). Daarom bespreken

wij deze verplichting hierna in paragraaf 6.7.2. In de bijzondere wetgeving komen informatieverplichtingen buiten het kader van toezicht wel voor. Volgens sommige wetten kan die verplichting worden afgedwongen met behulp van een last onder dwangsom,[27] volgens andere met een bestuurlijke boete.[28] In dat laatste geval gelden de bijzondere waarborgen die art. 6 EVRM en de Awb aan de oplegging van bestraffende bestuurlijke sancties stellen.

Ook los van de informatieplicht hebben partijen een verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de feiten. De *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel verplichten hen namelijk om assistentie te verlenen bij de feitenvergaring, in het bijzonder als zij de meest gerede partij zijn om de gegevens te verstrekken (art. III-13 MR; art. 10 EP-voorstel). De toelichting van de *ReNEUAL Model Rules* noemt als voorbeeld onder meer de gegevens over inkomen en gezondheid. Deze verplichting zet de onderzoeksplicht van het bestuur niet opzij. Het bestuursorgaan zal de aangeleverde gegevens nog op juistheid moeten controleren. Deze verplichting past bij wat wij in paragraaf 3.7 het 'burgerperspectief' van de *ReNEUAL Model Rules* hebben genoemd: niet alleen het bestuur heeft (dienstbaarheids)verplichtingen naar de burger, ook van de burger wordt verwacht dat hij mede de verantwoordelijkheid neemt voor de inhoud van de besluitvorming.

Hoewel de Awb voor de burgers een dergelijke algemene verplichting tot bijstand bij de feitenvaststelling niet kent (los van de context van het toezicht), kunnen we in de notie van de 'wederkerige rechtsbetrekking', die bij de totstandkoming van de Awb een rol heeft gespeeld, wel een verantwoordelijkheid herkennen aan de kant van de burger om feiten en gegevens te verstrekken die het bestuursorgaan nodig heeft bij de voorbereiding van een besluit. Deze notie heeft in de Awb vooral zijn uitwerking gekregen bij de bepalingen over de aanvraag (onder andere art. 4:5, tweede lid, en 4:4), de subsidieverlening en -vaststelling (onder andere art. 4:37, eerste lid sub c, 4.45 (vaststelling) en het toezicht (art. 5:16 en 5:17 juncto 5:20).

Voor zover de plicht tot bijstand niet in de Awb is geregeld, vinden we die over het algemeen in de bijzondere wetgeving, en in het rechterlijk bewijsrecht. Aan art. 4:2, tweede lid, Awb wordt ontleend dat bij een aanvraag de aanvrager in beginsel alle feiten en gegevens moet verstrekken die het bestuursorgaan nodig heeft om de beslissing te kunnen nemen. Dit heft de verplichting van het bestuursorgaan tot het vergaren van feiten en gegevens op grond van art. 3:2 Awb niet op. Het bestuursorgaan zal aanvullend onderzoek moeten doen.[29]

De omstandigheid dat de verplichting tot bijstand in de Awb zo verspreid is geregeld, roept de vraag op of in de Awb geen algemene regeling zou moeten worden opgenomen. Het antwoord op deze vraag hangt nauw samen met de discussie over de opname van het bewijsrecht in de Awb.[30] Een regeling van de verplichting tot bijstand zou kunnen aansluiten bij art. 3:2, maar omdat de *ReNEUAL Model Rules* vooral

27 Bijvoorbeeld op grond van art. 1:74 jo 1:79 Wft.

28 Bijvoorbeeld op grond van art. 6b in verbinding met art. 12m Instellingswet ACM. Ook in de sociale zekerheid geldt een inlichtingenplicht die met een bestuurlijke boete wordt afgedwongen. Zie voor een voorbeeld CRvB 7 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1693.

29 Vergelijk Y.E. Schuurmans, 'Besluit gevraagd, bewijslast gekregen', *JBplus* 2004/3, p. 213-228.

30 Bijvoorbeeld R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Preadvies VAR, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

betrekking hebben op de beschikkingen, zou hoofdstuk 4 Awb naar onze mening een passender plek zijn. In paragraaf 6.8 komen we op dit punt terug.

6.5.2.4 Beoordeling vooraf van gegevens bij een aanvraag

Hoewel de onderzoeksplicht op de bevoegde autoriteit ligt, dienen partijen als gezegd wel feiten en gegevens te verstrekken voor zover dat redelijkerwijs verwacht kan worden. Bij het ontbreken van die informatie, mag de beslissing in beginsel worden gebaseerd op de beschikbare gegevens (art. III-13, eerste lid, MR). In de aanvraagprocedures kan de aanvrager vooraf een *opinion* vragen over de te leveren feiten en gegevens (*information to be supplied*); de bevoegde autoriteit moet voor de beantwoording van die vraag een lidstaat of een orgaan van de EU die in de procedure een adviserende rol heeft ook advies vragen ten aanzien van de aan te leveren gegevens. Deze *opinion* staat niet in de weg aan de plicht om desgevraagd meer gegevens aan te leveren.

Autoriteiten die over de voor de aanvraag relevante informatie beschikken, moeten die desgevraagd aan de aanvrager verstrekken, indien redelijkerwijs niet van deze verwacht kan worden dat hijzelf deze gegevens verstrekt. Dit sluit aan bij oudere rechtspraak van het CBb over het te hulp schieten van een aanvrager als hij in bewijsnood komt.[31]

Hoewel de Awb niet regelt dat een aanvrager tevoren kan laten beoordelen welke gegevens hij moet aanleveren, vloeit uit art. 3:2 Awb wel voort dat het bestuursorgaan duidelijk moet maken welke gegevens het nodig heeft. Ook art. 4:2, 4:4 en 4:5 Awb duiden daarop. De *ReNEUAL Model Rules* maken echter niet goed duidelijk hoe een *opinion* wordt uitgebracht en wat het gevolg ervan is. Het uitblijven van een *opinion* kan ook de start van de beslistermijn beïnvloeden. Zolang immers de aanvraag volgens het bestuur niet compleet is, start die niet. Het begrip '*opinion*' kan worden opgevat als een advies. In dat geval zou naar Nederlands recht het vertrouwensbeginsel degene die de *opinion* heeft gevraagd beschermen tegen de nadelige gevolgen van het aanleveren van verkeerde of onvolledige gegevens. *Opinion* kan ook worden opgevat als een bestuurlijk rechtsoordeel, namelijk dat verstrekking van de genoemde gegevens verplicht is. Met name in subsidiezaken zou dit relevant kunnen zijn als het bestuursorgaan van oordeel is dat bepaalde gegevens niet zijn verstrekt en indien die wel zouden zijn verstrekt er een andere beslissing zou zijn genomen (vergelijk art. 4:48, eerste lid, Awb). Aan de andere kant wordt voor de meeste aanvraagprocedures een (uitgebreid) aanvraagformulier gehanteerd, waarmee het bestuursorgaan duidelijk maakt welke gegevens het in iedere geval nodig meent te hebben (art. 4:4 Awb). Een *opinion* zou wel meerwaarde kunnen hebben als een aanvrager niet zeker weet of hij bepaalde gegevens moet verstrekken en met het vergaren ervan veel geld of tijd is gemoeid of als hij vindt dat het bestuursorgaan die gegevens niet mag vragen (bijvoorbeeld op grond van de AVG). Vanuit het burgerperspectief zou voor dergelijke situaties de '*opinion*' ook in de Awb kunnen worden opgenomen. In het huidige Awb-stelsel wordt een aanvraag buiten behandeling gelaten als die volgens het bestuursorgaan niet compleet is, of afgewezen

31 CBb 13 november 1992, *AB* 1993/273 (Even Parijs bellen).

als te weinig informatie is verstrekt. De discussie of die informatie moest worden gegeven verplaatst zich dan naar de bezwaar- en beroepsfase met alle gevolgen van vertraging, kosten en frustratie van dien.

6.5.2.5 Uitzondering op plicht verstrekken gegevens bij een aanvraag

In de Europese regelingen ontbreekt een regeling als art. 4:3, eerste lid, Awb, op grond waarvan een aanvrager – buiten specifiek wettelijk geregelde situaties – bepaalde gegevens niet hoeft te verstrekken in verband met de privacy of de bescherming van bedrijfsgeheimen. De *ReNEUAL Model Rules* regelen meer generiek dat de betrokkenen gegevensverstrekking kunnen weigeren (art. III-11), tenzij een wettelijk geregelde informatieplicht als bedoeld in art. III-12, eerste lid, MR geldt. In dat laatste geval is er geen mogelijkheid om te weigeren; dit komt overeen met art. 4:3, tweede lid, Awb. De bijzondere Europese regeling zal echter daar waar nodig steeds een regeling kennen voor de bescherming van privacy- of bedrijfsgevoelige gegevens, zodat dit naar verwachting niet op problemen zal stuiten.

6.5.3 Het vergaren van feiten en gegevens door inspecties

In beide Europese regelingen zijn '*inspections*' een middel om gegevens te verzamelen ten behoeve van het nemen van besluiten *in algemene zin*. Anders dan het 'toezicht op de naleving' van titel 5.2 Awb, behoren inspecties dus niet tot de handhaving en kunnen de resultaten ervan leiden tot andere besluiten dan bestuurlijke sancties, bijvoorbeeld tot de toekenning van een subsidie. Volgens de Nederlandse terminologie omvatten inspecties naar het Unierecht dus zowel het uitvoeringstoezicht als het nalevingstoezicht.[32] Het uitvoeringstoezicht is in de Awb niet geregeld, wel soms in de bijzondere wetgeving. Bovendien staan de bestuursrechters het soms toe dat een bestuursorgaan de toezichtsbevoegdheden van titel 5.2 Awb toepast, ook al betreft het voor te bereiden besluit geen sanctie.[33]

De *ReNEUAL Model Rules* gaan ervan uit dat de bijzondere secundaire EU-regeling de bevoegdheid of verplichting om inspecties te verrichten toekent en bovendien bepaalt met welke specifieke bevoegdheden de inspectie kan plaatsvinden (art. III-16, tweede lid, MR). Deze wijze van regulering wijkt af van de Awb, op grond waarvan een aangewezen toezichthouder het standaardpakket van toezichtsbevoegdheden van art. 5:15 t/m 5:19 Awb heeft, tenzij dat pakket bij wettelijke voorschrift is beperkt of juist uitgebreid (art. 5:15 Awb). Het EP-voorstel geeft aan dat een inspectie kan plaatsvinden als een wettelijke regeling daartoe de bevoegdheid geeft en dit nodig is om een bepaald doel te bereiken (art. 12 EP-voorstel).

Anders dan de Awb regelen de *ReNEUAL Model Rules* ook de wijze waarop de inspectie aanvangt, namelijk door het tonen van een legitimatie en van de kennisgeving

32 Vergelijk F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 18-19, die de term 'uitvoeringstoezicht' wel verwarrend achten.

33 Vergelijk Vz. ABRvS 29 augustus 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2116, waarin de rechter oordeelde dat het vorderen van informatie ten behoeve van de actualisering van een vergunning onder toezicht in de zin van de Awb valt, zodat de vordering met een beroep op de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb kan worden afgedwongen.

dat een administratieve procedure is gestart (art. III-17, tweede lid, MR). Ook het EP-voorstel eist het tonen van de legitimatie, maar markeert daarmee niet per se de start van de inspectie (art. 12, tweede lid, EP-voorstel), want de start moet tevoren worden aangekondigd (art. 12 derde lid). Ook anders dan in de Awb is het opstellen van een verslag van de inspectie verplicht (art. III-17, vijfde lid; art. 12, vijfde lid, EP-voorstel). In veel gevallen zal in Nederland echter ook een rapport worden opgemaakt. Als een bestuursorgaan een besluit wil baseren op de bij het toezicht vergaarde gegevens, zullen deze ingevolge art. 3:2 en 3:46 Awb immers ook op verifieerbare wijze moeten worden vastgelegd. Bij zware boetes is een rapport op grond van art. 5:53, tweede lid, Awb verplicht.

De Europese regels voor inspecties worden gedetailleerder besproken in paragraaf 6.7.2 en 6.7.3, als onderdeel van de handhaving.

6.5.4 *Het hoorrecht*[34]

6.5.4.1 *Horen als constitutioneel Unierecht*

In het Unierecht is het hoorrecht van de burger van origine gebaseerd op het contradictoire verdedigingsbeginsel en daarmee stevig constitutioneel verankerd. In het Handvest is het recht van eenieder om te worden gehoord alvorens een *nadelige* individuele maatregel jegens hem wordt genomen neergelegd in art. 41, tweede lid, onder a, Hv. Hier raken het Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur en het verdedigingsbeginsel elkaar. Het verdedigingsbeginsel borgt het horen in zaken voor het nationale bestuur, althans voor zover die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen. Het verdedigingsbeginsel garandeert het 'hoor en wederhoor' – dat wil zeggen een inhoudelijk debat met het (Unie)bestuur – als fundamenteel subjectief recht.[35] De discussie, alsmede de aanvulling en correctie van gegevens waarop een bezwarend besluit steunt, moet effectief zijn.[36] Dit vraagt vanzelfsprekend om toegang tot relevante informatie (denk aan de inzage in dossiers, informatieverstrekking etc.). Op dit punt is er ook een verband met het transparantiebeginsel. Het verdedigingsbeginsel, dat zowel de bestuurlijke als de rechterlijke fase omvat, betreft wederom (net als het in paragraaf 6.5.2.1 besproken onpartijdigheidsvereiste) een van origine *judicieel principe* dat in overeenstemming met de Unierechtelijke traditie de bestuurlijke gedragsregels kleurt.[37]

In de *ReNEUAL Model Rules* (art. III-23, eerste lid) en het EP-voorstel (art. 14) keert het recht om te worden gehoord terug in een redactie die vrijwel identiek is aan die van het Handvest. Waar in de MR nog een bepaling is opgenomen voor het achterwege laten van vooraf horen in situaties waarin het algemeen belang een

34 De hierna volgende paragraaf is mede gebaseerd op Schlössels 2015, p. 235-237.

35 Het Luxemburgse Hof plaatst het recht om te worden gehoord vanaf het begin in het teken van de '*citizen rights*'. Zie X. Groussot, *General principles of community law*, Groningen: Europa Law Publishing 2006, p. 251, onder verwijzing naar het oude arrest C-32/62, ECLI:EU:C:1963:15 (Alvis).

36 Het Hof spreekt over besluiten die belangen 'aanmerkelijk raken' of 'aanmerkelijk beïnvloeden'. Vergelijk zaak C-419/14 (WebMindLicenses), ECLI:EU:C:2015:832, punt 84; respectievelijk zaak C-161/15 (Abdelhafid Bensada Benallal), ECLI:EU:C:2016:175, punt 33.

37 Vergelijk ook zaak C-129/13 (Kamino & Datema), ECLI:EU:C:2014:2041, punt 27 e.v. onder verwijzing naar zaak C-349/07 (Sopropé), ECLI:EU:C:2008:746.

onmiddellijke beslissing verlangt (art. 4:11 Awb), daar zwijgt het EP-voorstel. Ook de tamelijk uitvoerige bepaling in de MR die het bevoegd gezag discretie toekent voor wat betreft de wijze en inhoud van het horen (art. III-23, vijfde lid), ziet men niet in het EP-voorstel. Dat voorstel lijkt aldus (nog) sterker dan de MR het perspectief van de betrokken burger centraal te stellen. De betrokkene heeft het recht om kennis te nemen van de kernelementen van en de belangrijkste argumenten voor de voorgenomen beslissing (art. III-23, derde lid, MR) en moet voldoende tijd krijgen om te reageren. Het horen kan naar keuze mondeling of schriftelijk gebeuren; daarbij moet het betrokken bestuursorgaan rekening houden met de aard van de betrokken regelgeving en met de zwaarte van de belangen van de betrokkene. Ten slotte valt op dat de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel naast het *right to be heard* ook nog een (discretionaire) bepaling inzake het horen kennen in het kader van de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 9, tweede lid, onder a, EP-voorstel; art. III-10, tweede lid, onder b, MR).

6.5.4.2 *De hoorplicht in de Awb*

In de Awb wordt wat betreft de hoorplichten onderscheid gemaakt tussen de voorbereiding van alle besluiten en die van de bestuurlijke boete. De rechten van de verdediging, zoals opgenomen in het Handvest en in de *ReNEUAL Model Rules*, worden in de Awb wel gegarandeerd bij de voorbereiding van boetebesluiten, maar niet bij die van andere besluiten. De dan geldende hoorplicht van art. 4:7 en 4:8 Awb staat in het teken van het verzamelen van informatie voor het bestuur bij het voorbereiden van aangevraagde beschikkingen. De plicht is geclausuleerd, juist om te voorkomen dat in alle gevallen waarin een nadelige beslissing wordt genomen, zou moeten worden gehoord. Het bestuursorgaan dient de aanvrager bijvoorbeeld alleen te horen bij een afwijzing indien deze is gebaseerd op gegevens over feiten die hem betreffen en die afwijken van de gegevens die de aanvrager ter zake zelf heeft verstrekt. Een ander beperking van de hoorplicht *in primo* betreft de generieke uitzondering bij de financiële beschikkingen (art. 4:12 Awb).[38] De beperkte hoorplicht waarvan de Awb in algemene zin uitgaat, weerspiegelt de Awb-visie op deze plicht als instrument voor het bestuur om de feiten zorgvuldig vast te stellen, en niet als een recht van de belanghebbende. Alleen bij bestraffende sancties, die kwalificeren als *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM, staat dat recht wel centraal en gelden daarom extra waarborgen. Wanneer die waarborgen in veel meer gevallen zouden moeten worden gegarandeerd zou dat de vlotte voortgang van de besluitvorming kunnen hinderen.[39]

De Awb wijkt op drie punten af van de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel. In de eerste plaats dient het horen, zoals al gesteld, de zorgvuldige bestuurlijke feitenvaststelling en niet (primair) de rechten van de verdediging van de belanghebbende(n). In de tweede plaats mist de Awb bepalingen over de accessoire rechten bij het horen, zoals het recht op informatie over het voorgenomen besluit, inzage in het

38 Op grond van art. 4:12, tweede lid, Awb geldt deze uitzondering overigens niet voor besluiten tot weigering, lagere vaststelling en intrekking of wijziging van subsidies.

39 Vergelijk A.J.C. de Moor-van Vugt, '"The Ghost of the Criminal Charge": the EU Rights of the Defense in Dutch Administrative Law', *REALaw* 2012/1, p. 5-16.

dossier en een redelijke voorbereidingstermijn. En, in de derde plaats, bestaan er ruime uitzonderingen op de hoorplicht, die niet lijken te sporen met het Unierecht.

6.5.4.3 Het EU-hoorrecht in de Awb?

Volgens de rechtspraak van het HvJ EU kan het niet horen voorafgaand aan een belastend besluit enkel worden gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang, waarbij het achterwege blijven van het horen niet als een onevenredig zware ingreep mag worden beschouwd die de kern van het recht aantast.[40] In de zaak *Prequ' Italia* is verduidelijkt dat het algemene belang van de EU bij een tijdige inning van de eigen middelen bij douanebeschikkingen altijd als rechtvaardigingsgrond voor beperking van de rechten van verdediging geldt.[41] Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat ook al werd voorafgaand aan het bezwarende besluit niet gehoord, geen sprake is van een schending van het verdedigingsbeginsel, mits uitstel van betaling kan worden verkregen in die gevallen waarin ingevolge art. 244 CDW uitstel behoort te worden verleend en in administratief beroep wel werd gehoord. Hoewel het Hof niet eist dat een betalingsverplichting automatisch wordt opgeschort, is wel een belangrijke voorwaarde dat het bestuur in de gevallen waarin er redenen zijn om aan de rechtmatigheid van het besluit te twijfelen of indien de belanghebbende onherstelbare schade dreigt te lijden zelf tot opschorting overgaat. Dit betekent voor de Awb dat het categorisch uitsluiten van het horen voor financiële beschikkingen risicovol is.

Diverse auteurs hebben daarom gepleit voor de codificatie van de rechten van de verdediging in de Awb.[42] Wij sluiten ons hierbij aan, mede omdat uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het Nederlandse systeem van de bezwaarprocedure met een zware hoorplicht vanwege het ontbreken van schorsende werking geen voldoende reparatie is. Uit de rechtspraak valt niet duidelijk af te leiden of de voorlopige voorziening voldoende reparatie is. Volgens het Hof is het afzien van het horen in de primaire fase in ieder geval geoorloofd als het bestuursorgaan kan overgaan tot opschorting.[43] Mede in het licht van het burgerperspectief van de *ReNEUAL Model Rules* zou hieruit kunnen worden afgeleid dat de eis dat de burger zelf naar de rechter stapt om schorsing te verkrijgen een stap te ver gaat. Het bestuursorgaan moet ook zelf nagaan of het bezwaar doel kan treffen. Is dat het geval, dan moet opschorting volgen.

Ook wij bepleiten opname van de rechten van de verdediging in de Awb. Om het systeem van het horen werkbaar te houden, zijn echter wel praktische oplossingen

---

40 Zaak C-129/13 (Kamino & Datema), ECLI:EU:C:2014:2041.

41 Zaak C-276/16 (Prequ' Italia), ECLI:EU:C:2017:1010, *BNB* 2018/58, m.nt. C.J. Hummel.

42 Onder andere 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; De Moor-van Vugt 2012, p. 9-16; J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Europeanisering door rechtsbeginselen. Op weg naar rechtseenheid en duidelijkheid of de bescherming van de Nederlandse burger in gevaar?', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht, 75 jaar VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 75-97; A.W.G.J. Buijze, 'Het Hof van Justitie in Kamino-Datema: horen in bezwaar onder voorwaarden gesanctioneerd', *NtEr* 2014/9, p. 299-304; R.J.G.M. Widdershoven, 'Een ervaring als staatsraad advocaat-generaal: op zoek naar een rechtsbeginsel', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 87-102.

43 Zaak C-129/13 (Kamino & Datema), ECLI:EU:C:2014:2041.

nodig. De rechtspraak van het Hof biedt daarvoor ook ruimte. De categorische uitzondering van financiële besluiten is niet volledig houdbaar, maar wij kunnen ons wel een gedifferentieerd systeem voorstellen. Bij massabesluiten – de bulk van de besluiten in Nederland – is vooraf horen *in primo* onmogelijk.[44] Horen in bezwaar achteraf zal dan de rechten van de verdediging moeten waarborgen. Om te voldoen aan het Unierecht is dan nodig dat – als het een financiële beschikking is, ook weer de bulk van de massabesluiten – uitstel van betaling kan worden verkregen in die gevallen waarin er redenen zijn om aan de rechtmatigheid van het besluit te twijfelen of indien de belanghebbende onherstelbare schade dreigt te lijden. Dit betekent dat in de Awb of in de bijzondere wet een bepaling moet worden opgenomen die het bestuursorgaan de bevoegdheid geeft om uitstel van betaling te geven, voordat de fase van inning is aangebroken (want daarvoor geldt titel 4.4 Awb).[45] Voor complexe besluiten zou een op de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel geïnspireerde procedure in de Awb kunnen worden opgenomen, waarbij het horen vooraf plaatsvindt met inachtneming van de onderscheiden rechten van de verdediging. Die procedure zou sterk kunnen lijken op de al in de Awb geregelde zware boeteprocedure. Daarbij valt te overwegen dat in de gevallen waarin deze procedure is gevolgd, het bezwaar als regel kan worden overgeslagen. Dat geldt immers ook voor de besluiten die tot stand komen met toepassing van de uitgebreide uniforme voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. Bovendien lijkt de bezwaarprocedure ons na zo'n uitvoerige voorbereiding een herhaling van zetten.

6.5.5 Horen in samengestelde procedures en transnationale situaties[46]

Art. III-24 MR regelt het recht om te worden gehoord bij samengestelde procedures tussen de EU en de lidstaten. Bij dergelijke procedures wordt een besluit genomen door een EU- of een nationale autoriteit, maar is die autoriteit daarbij in belangrijke mate gebonden door een aanbeveling of beslissing van een nationale, respectievelijk EU-autoriteit. Het uitgangspunt van de regeling is dat het recht om te worden gehoord moet worden gerespecteerd in beide fasen van de samengestelde besluitvorming (art. III-24, eerste lid, MR). De EU-autoriteit is daarbij gebonden aan de regels van art. III-23 MR, die in de vorige paragraaf zijn besproken. De nationale autoriteit kan op dit punt zijn nationale recht toepassen, maar dat recht moet wel voldoen aan de Europese rechten van verdediging (art. III-24, tweede lid, MR).

Voor het geval de EU-autoriteit het uiteindelijke besluit neemt, maar daarbij in belangrijke mate is gebonden aan de nationale input, bepaalt art. III-24, derde lid, MR dat de vorm en inhoud van het horen op EU-niveau kan afhangen van de mate waarin de rechten van verdediging al adequaat zijn beschermd tijdens de nationale

44 Ook al omdat die besluiten *in primo* digitaal plegen te worden genomen en bijvoorbeeld een toeslagensysteem onuitvoerbaar wordt als al die besluiten door 'echte' mensen moeten worden genomen.

45 Zaak C-129/13, ECLI:EU:C:2014:2041 (Kamino & Datema), punten 63, 64, 72 en 73.

46 De wederzijdse bijstand tussen de EU-autoriteiten en de lidstaten en tussen de lidstaten onderling is geregeld in boek V van de *ReNEUAL Model Rules* en wordt uitvoerig besproken in hoofdstuk 8 van dit rapport.

fase van de procedure.[47] Was die nationale bescherming adequaat, dan kan het horen op EU-niveau derhalve beperkter zijn (en omgekeerd). Deze regeling is temeer een reden om – zoals hiervoor al bepleit – het Awb-hoorrecht in lijn te brengen met de Europese eisen. Anders moet de EU-autoriteit dit gebrek steeds repareren.

Art. III-11 MR bevat ook een regeling voor transnationale informatieverzoeken en -vorderingen en over het horen in transnationale situaties.[48] Deze regeling geldt zowel voor de besluitvorming door een EU-autoriteit, waarbij deze bevoegdheden worden uitgeoefend in een lidstaat (art. III-11, vierde lid, MR), als voor de situatie dat de besluitvorming plaatsvindt in een lidstaat, maar een geadresseerde betreft die ingezetene is van een andere lidstaat (art. III-11, vijfde lid, MR). In beide situaties geldt dat de verzoekende EU- of nationale autoriteit een kopie van het informatieverzoek of de informatievordering en van informatie over de hoorzitting moet sturen naar de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van de ingezetene. Wanneer het horen plaatsvindt in het kader van EU-besluitvorming, kan die bevoegde autoriteit verzoeken dat zijn ambtenaren assistentie verlenen aan de Europese ambtenaren. Vindt het horen ten behoeve van besluitvorming in de ene lidstaat plaats in de andere lidstaat (van de ingezetene), dan kan die laatste het horen op zijn territoir weigeren. In dat geval gelden de regels over wederzijdse bijstand, die uitvoerig worden besproken in hoofdstuk 8 van dit rapport.

6.5.6 *Consultatie*

Art. III-25 MR, over *consultation*, betreft de voorbereiding van een besluit waar het publiek belang in kan stellen. De bepaling is gericht op '*the interested public*'. Sectorspecifieke regelgeving moet de regeling over *consultation* eerst van toepassing verklaren. In de toelichting wordt als voorbeeld genoemd een activiteit met impact op het milieu. De regeling biedt twee mogelijkheden: een mondelinge hoorzitting of een internetconsultatie. In het eerste geval moet de hoorzitting tijdig openbaar op een website worden aangekondigd. De bijbehorende documentatie moet ter inzage liggen; de *ReNEUAL Model Rules* noemen daarvoor geen termijn. De kennisgeving moet uiterlijk twee weken voor de hoorzitting plaatsvinden.

Als wordt gekozen voor online consultatie, dan stellen de *ReNEUAL Model Rules* eisen aan de website. Die moet helder en eenvoudig zijn en gemakkelijk in het gebruik (art. III-25, vijfde lid). Ook moet de website zo zijn ingericht dat het voor de gebruikers mogelijk is om de zienswijzen van de andere indieners te raadplegen.

Tussen de mondelinge hoorzitting en het nemen van het besluit moet '*sufficient time*' zitten (art. III-25, tweede lid, MR).[49] Wat precies 'voldoende' is, is niet duidelijk. Van de hoorzitting wordt een verslag gemaakt, dat ook op de website komt, waarna betrokkenen binnen twee weken nog correcties van feitelijke aard kunnen

47 Of dat ook geldt voor de '*hearing*' bij een nationaal besluit dat in hoge mate wordt bepaald door EU-input hangt af van het nationale recht, dat overigens wel moet voldoen aan de EU-rechten van verdediging.

48 Zoals al aangegeven in paragraaf 6.5.2.3, is een partij alleen verplicht om inlichtingen te verstrekken bij '*mandatory*' informatievorderingen en niet bij 'eenvoudige' informatieverzoeken.

49 Deze eis is ontleend aan zaak C-349/07 (Sopropé), ECLI:EU:C:2008:746.

voorstellen. Deze laatste mogelijkheid kent de Awb niet (art. 3:17 Awb eist enkel een verslag), al kunnen onjuistheden in beroep wel aan de orde worden gesteld. Schriftelijke zienswijzen worden ook op de website geplaatst.

Voor de internetconsultatie geven de *ReNEUAL Model Rules* vergelijkbare regels. Daarbij valt op dat er geen specifieke termijnen worden genoemd met betrekking tot de voorbereidingstijd voor de zienswijze en de beslissingstermijn. Voor beide typen procedures geldt dat de website duidelijk en gebruikersvriendelijk moet zijn.

De consultatie heeft raakvlakken met de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb, maar is niet geheel hetzelfde. Zo preciseert art. 3:11 Awb dat het bestuursorgaan een ontwerpbesluit moet opstellen. Dat moet met de bijbehorende documentatie ter inzage worden gelegd. De *ReNEUAL Model Rules* geven niet aan dat op basis van een ontwerpbeslissing wordt geconsulteerd. Mogelijk kan dat in de sectorspecifieke regelgeving worden geregeld. Dat is volgens ons wel aan te bevelen, omdat anders de focus uit de procedure verdwijnt. Hier kan de Awb bijdragen aan het aanscherpen van de MR.

Hoewel de Awb een aantal bepalingen kent over elektronisch verkeer tussen bestuur en burger, is afdeling 3.4 nog niet ingericht op de internetconsultatie. Een dergelijke consultatie zal dus, conform de MR, eerst in de bijzondere wet mogelijk moeten worden gemaakt. Afdeling 3.4 Awb kan wel zo worden toegepast dat het internet wordt ingezet in de procedure. Art. 3:12, eerste lid, Awb voorziet nog niet in een elektronische kennisgeving, maar publiceren op een website kan wel gelden als een geschikte wijze van kennisgeving van het voornemen.[50] Als de elektronische weg is geopend, kunnen zienswijzen per e-mail worden ingediend (art. 2:14 e.v. Awb). Er zijn echter geen eisen aan de wijze van presenteren van het ontwerp en de stukken op een website en evenmin ten aanzien van het tonen van de zienswijzen van anderen. Op dit punt bieden de MR, zeker in het digitale postcoronatijdperk, meerwaarde op het punt van transparantie en het vergemakkelijken van burgerparticipatie. Wij zijn dan ook van mening dat de Awb op dit punt zou moeten worden aangevuld.

6.6 Recht op inzage

6.6.1 De Europese voorstellen

6.6.1.1 Inleiding

Hoofdstuk 4 van boek III MR betreft het recht om gehoord te worden. Onderdeel daarvan is het recht op inzage. De regeling voor inzage zoals uiteengezet in art. III-22 draagt bij aan het uitgangspunt van transparantie en de rechten van de verdediging.

50 ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4675; ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:295.

III-22 Access to the File
(1) Every party to the proceedings 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.
(3) Every party to the proceedings shall have the opportunity to examine all documents in his or her file, which may be relevant for its defence, including incriminating and exculpatory evidence, before the decision is taken.
(4) The way in which access to the file is provided is for the public authority to determine, and may be regulated through sector specific legislation, provided that it does not undermine the substance of the right. Subject to this caveat, access to the file may be provided through copies of documentation and/or the opportunity to study the file in the office of the public authority.
(5) The 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.

Art. III-22 stelt in het eerste lid voorop dat iedere partij recht heeft op inzage in zijn dossier ('*file*'). Lid twee tot en met vijf geven specifieke regels voor de uitoefening van dit recht. Deze regels zijn afgeleid uit de jurisprudentie van het HvJ EU.[51] Het EP-voorstel geeft een meer summierdere regeling van het inzagerecht (art. 15).

Het recht op inzage ziet volgens de *ReNEUAL Model Rules* op de totstandkoming van primaire besluiten. De Awb voorziet alleen in een inzagerecht voorafgaand aan het primaire besluit voor besluiten waarop de uniforme voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb van toepassing is, en voor boetebesluiten. In dit opzicht strekken de MR verder dan de Awb. Daarnaast bevatten de MR innovatieve bepalingen die de Awb niet kent. Hierna wordt ingegaan op de vragen waarin inzage moet worden gegeven, aan wie dit inzagerecht toekomt, wanneer die inzage moet worden gegeven en hoe aan die inzage dan invulling kan worden gegeven.

6.6.1.2 Waarop ziet de inzage?

Art. III-22 MR geeft een algemeen inzagerecht aan iedere partij in '*his or her file*'. Wat precies onder *file* wordt verstaan wordt niet uitgewerkt. Dat is ook moeilijk algemeen te omschrijven. Wel kennen de *ReNEUAL Model Rules* een interessante, innovatieve bepaling die meer richting zou kunnen geven aan de mogelijke discussies over de omvang van het inzagerecht. Zoals hiervoor in paragraaf 6.4.2 aangegeven, bepaalt art. III-7 MR dat de EU-autoriteit bij opening van een besluitvormingsprocedure een zaaksambtenaar (*responsible official*) aanwijst. Deze ambtenaar is verantwoordelijk voor het bijhouden van '*an adequate file containing records of all information and documents produced*'. Het bijhouden van een adequaat dossier wordt gezien als cruciaal om transparantie en efficiëntie te waarborgen, om partijen in staat te stellen hun verdedigingsrechten uit te oefenen en om rechterlijke toetsing achteraf mogelijk te

51 Zie de toelichting op art. III-7 bij boek III – *Single Case Decision Making*, p. 124, en de verwijzing daar naar gevoegde zaken C-204-205/00 P (Aalborg Portland/Commissie), ECLI:EU:C:2004:6.

maken.[52] De naam van deze verantwoordelijke ambtenaar dient aan het begin van de procedure aan partijen bekend te worden gemaakt.[53]

Aangenomen mag worden dat de '*file*' die door de zaaksambtenaar wordt bijgehouden, het inzagedossier omvat en daarmee de buitengrens van het inzagerecht afbakent. Het recht op inzage ziet niet automatisch op het volledige dossier dat wordt bijgehouden door de zaaksambtenaar.[54] Het recht op inzage ziet namelijk niet op de documenten die niet relevant of gerelateerd zijn aan het onderwerp van de specifieke zaak (art. III-22, vijfde lid). Daarnaast heeft een partij geen recht op inzage van (relevante) stukken voor zover een gerechtvaardigd belang van vertrouwelijkheid en/of het beroeps- en zakengeheim zich hiertegen verzetten. Het EP-voorstel kent dezelfde uitzondering. Art. III-22, eerste lid, MR schrijft voor dat deze belangen gerespecteerd dienen te worden. Als er sprake is van documenten die dergelijke informatie bevatten dan dient het bestuursorgaan zo mogelijk een niet-vertrouwelijke versie of een samenvatting van het document te verschaffen. Zie ook art. 15 EP-voorstel. Dit is in overeenstemming met de praktijk die in de nationale procedures in het algemeen wordt gevolgd. De *ReNEUAL Model Rules* geven geen verdere invulling aan de vraag wanneer er sprake is van 'een gerechtvaardigd belang van vertrouwelijkheid'. Er is geen (expliciete) aansluiting gezocht bij de uitzonderingsgronden van de EuroWob (Verordening nr. 1049/2001).

6.6.1.3 Wie heeft recht op inzage?

Uit art. III-22 volgt dat het inzagerecht toekomt aan iedere partij (*party*). In paragraaf 6.3.1 werd al besproken wie onder dit begrip vallen.

6.6.1.4 Wanneer heeft een partij recht op inzage?

Art. III-22 MR geeft weinig houvast met betrekking tot het antwoord de vraag wanneer dit recht op inzage geëffectueerd moet worden. Uit de toelichting erop volgt dat het recht op inzage bewust niet gekoppeld is aan het recht om gehoord te worden. Anders geformuleerd, er bestaat een zelfstandig recht op toegang tot het dossier, los van de vraag of er een recht bestaat om gehoord te worden.[55] De zaak *Ispas* roept in dit verband de vraag op of deze ontkoppeling nog houdbaar is. In dit arrest oordeelde het Hof dat het een onderdeel is van de rechten van de verdediging dat op verzoek inzage kan worden verkregen in het controledossier bij btw-heffing, voor zover dat in aanmerking is genomen voor het heffingsbesluit. Dit recht op inzage kan worden beperkt om redenen van algemeen belang, zoals om redenen van

52 Zie expliciet de toelichting op art. III-7 bij boek III – *Single Case Decision Making*, p. 105-106.

53 Zie art. III-5 derde lid.

54 Volgens het Hof in zaak C-298/16 (Ispas), ECLI:EU:C:2017:843, *AB* 2018/125, m.nt. Widdershoven, hoeft een overheidsinstantie in btw-zaken alleen informatie en gegevens die de instantie bij de vaststelling van een btw-besluit in aanmerking heeft genomen, op verzoek van de betrokkene, te verstrekken. Bij mededingingsbesluiten ligt de lat hoger en moet de Europese Commissie ambtshalve toegang verlenen tot in beginsel alle belastende en ontlastende stukken die de Commissie in haar bezit heeft, tenzij het belang van vertrouwelijkheid en/of het beroeps- en zakengeheim zich hiertegen verzetten. Vergelijk J.E. van den Brink e.a., 'Hoofdstuk IV – Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.) 2017, p. 235.

55 Zie de toelichting op art. III-22 bij boek III – *Single Case Decision Making*, p. 124.

vertrouwelijkheid of het beroepsgeheim.[56] Dit laatste is conform de rechtspraak over rechten van de verdediging, die volgens het Hof immers niet absoluut zijn.[57]

Ook de tekst van art. III-22 MR zelf lijkt die volgens de toelichting aangebrachte ontkoppeling van het hoorrecht te ontkrachten. In het derde lid staat dat iedere partij de gelegenheid moet krijgen om de documenten te bestuderen '*which may be relevant for its defence*'.[58] Hieruit kan afgeleid worden dat een partij nog wel in de gelegenheid moet zijn om na het verkrijgen van inzage de informatie uit de stukken te gebruiken voor zijn (mondelinge of schriftelijke) verdediging. Het ligt gelet op de rechtspraak van het Hof niet in de rede – met name niet bij belastende besluiten – de inzage eerst daags voor het nemen van een besluit te verlenen, maar op een zodanige termijn dat een partij dit onderdeel van zijn procedurele verdedigingsrecht ook daadwerkelijk kan aanwenden.[59]

6.6.1.5 Hoe dient inzage te worden gegeven?

De wijze waarop een bestuursorgaan toegang tot het dossier verleent, wordt overgelaten aan het bestuursorgaan. Het vierde lid van art. III-22 voegt hieraan toe dat sectorspecifieke regels hier nadere invulling aan kunnen geven, zolang het recht op inzage zelf maar niet wordt ondergraven. Het vierde lid beschrijft ook drie mogelijke wijzen waarop inzage verleend kan worden: het verstrekken van kopieën van de documenten; de mogelijkheid bieden de stukken ten kantore van het bestuursorgaan te bestuderen; een combinatie van de twee voorgaande wijzen.

6.6.2 Vergelijking tussen de Europese voorstellen en de Awb

Zowel in de *ReNEUAL Model Rules* als in de Awb wordt het inzagerecht gezien als een fundamenteel procedureel recht voortkomend uit het verdedigingsbeginsel. Wil een partij zich adequaat kunnen weren tegen een besluit waar zij het niet mee eens is, dan is het noodzakelijk dat deze partij inzage krijgt in alle stukken die van belang zijn voor de beoordeling (zowel belastend als ontlastend materiaal). Beide systemen zijn op dit principiële uitgangspunt geënt.

6.6.2.1 Moment van inzage

Een belangrijk verschil tussen beide regelingen is het moment waarop de opstellers ervan uitgaan dat dit verdedigingsrecht effect moet krijgen. De *ReNEUAL Model Rules* geven een algemeen recht op toegang tot het dossier voor iedere partij, vóórdat het bestuursorgaan een beslissing neemt. De Awb kent dit recht pas toe op het moment dat een besluit is genomen én daartegen bezwaar is gemaakt (art. 7:4 Awb).

---

56 Zaak C-298/16 (Ispas), ECLI:EU:C:2017:843.

57 Zie Van den Brink e.a. 2017, p. 230-246.

58 Aangenomen wordt dat de MR met de zinssnede '*all documents in his or her file, which may be relevant for its defence*' geen ander criterium hebben willen aanleggen voor de vraag waarin het recht precies inzage geeft dan in het eerste lid is gegeven ('*his or her file*'). De in het derde lid gebruikte terminologie lijkt een samensmelting van het eerste en het vijfde lid te zijn: het gaat om een recht op toegang tot het dossier voor zover het gaat om relevante stukken. De toelichting op het artikel gaat hier niet specifiek op in.

59 Zaak C-349/07 (Sopropé), ECLI:EU:C:2008:746.

Hierop bestaan twee uitzonderingen, namelijk in het geval de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb van toepassing is en bij de voorbereiding van een bestuurlijk boetebesluit. In die gevallen is terinzagelegging voordat er een besluit wordt genomen de norm.

De vraag is welke winst er behaald wordt met het toekennen van een algemeen recht op inzage voordat een besluit wordt genomen. Partijen krijgen dan al inzage voordat het bestuursorgaan zelf een formeel oordeel heeft gevormd. Wil een dergelijke inzage zinvol zijn, dan dient een bestuursorgaan al wel van tevoren aan te geven welke discussiepunten er zijn of een idee te geven van de richting waarin het bestuursorgaan met het te nemen besluit wil gaan. Hier kan de vergelijking worden gemaakt met het voorgenomen besluit zoals de Awb voorschrijft bij de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (art. 3:11 Awb) en het rapport bij een boeteprocedure (art. 5:48 en art. 5:53 Awb).[60] Hierop kan dan worden gehoord of in elk geval kunnen partijen in dat licht een reactie geven. Het debat over het inhoudelijk besluit kan dan daadwerkelijk voorafgaand aan het primaire besluit plaatsvinden. Voordeel hiervan is dat het bestuursorgaan alle standpunten en bedenkingen kan meenemen in zijn oordeelsvorming. In paragraaf 6.5.4.3 werd al een lans gebroken voor het opnemen in de Awb van een verzwaarde primaire procedure voor complexe besluiten (buiten de uniforme openbare voorbereidingsprocedure), waarbij de bezwaarprocedure zou kunnen vervallen. Na een grondige procedure in lijn met de Europese voorstellen zal deze procedure immers niet meer zijn dan een rituele dans. Bij de 'gewone' primaire besluitvorming (vooral bij massabesluiten) is het uitgangspunt van de Awb om pas inzage in de '*file*' te verlenen in de bezwaarfase praktischer. Alleen als een partij het niet eens is met het besluit moet een bestuursorgaan dan een inzagedossier samenstellen. Dit kan overigens, zeker in omvangrijkere zaken, een behoorlijk tijdrovende aangelegenheid zijn.

6.6.2.2 Welke stukken moeten ter inzage worden gelegd?

Wat betreft de omvang van het recht op inzage ('welke stukken') kennen we uit nationale procedures voorbeelden van discussies waarbij partijen zich op het standpunt stellen dat ze ten onrechte geen beschikking hebben gekregen over bepaalde stukken en/of dat het bestuursorgaan bepaalde (gedeelten) van stukken ten onrechte als vertrouwelijk heeft aangemerkt. Zowel in het systeem van de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel als onder de Awb maakt het bestuursorgaan hier in eerste instantie de afweging en is er geen sprake van *equality of arms*. Wel vereist het EP-voorstel dat een beperking in het recht op inzage goed moet worden gemotiveerd (art. 15, eerste lid). De *ReNEUAL Model Rules* kennen deze verplichting niet.

Partijen blijven echter afhankelijk van de selectie die een bestuursorgaan maakt en kunnen die selectie niet zelfstandig toetsen. Pas op het moment dat er een procedure bij de rechter wordt gestart, wordt deze ongelijkheid enigszins recht getrokken. De rechter beoordeelt dan de door het bestuursorgaan gemaakte keuzes. Het is echter aan de partij om tegenover de rechter concreet en gemotiveerd uiteen te zetten waarom bepaalde stukken die zich niet in het dossier bevinden, voor haar

60 Vergelijk ook het voornemen bij een asielbesluit.

verdediging relevant zijn. Enkel de stukken die ten grondslag zijn gelegd aan het besluit zijn immers de 'op de zaak betrekking hebbende stukken'.[61] Een dergelijke motiveringsplicht is voor een partij die geen (volledig) overzicht heeft van de stukken die niet door het bestuursorgaan geselecteerd zijn en al helemaal geen kennis heeft van de inhoud van die stukken, een lastige opgave. Hiervoor is in de paragrafen 6.4.2 en 6.6.1.2 al gesuggereerd dat de aanwijzing van een dossierverantwoordelijke ambtenaar, zoals in de *ReNEUAL Model Rules* voorgesteld, mogelijk meer sturing zou kunnen geven aan dergelijke discussies. Ook versterking van de motiveringsplicht van het bestuursorgaan over de samenstelling van het dossier, zoals het EP-voorstel voorstelt, kan helpen.

6.6.2.3 Partiële vertrouwelijkheid

Ten slotte, in hun uitwerking lijken zowel de Awb als de *ReNEUAL Model Rules* ervan uit te gaan dat in de procedure sprake is van slechts twee partijen: het bestuursorgaan en de geadresseerde. De Awb noch de *ReNEUAL Model Rules* geven houvast of richting voor de situatie dat er sprake is van een meerpartijengeschil en de bijzondere problemen die dit meebrengt ten aanzien van de dossiervorming en vertrouwelijkheid. Een partij wil het bestuursorgaan (en daarna de rechter) immers vaak wel van alle benodigde informatie voorzien om tot een zorgvuldig besluit te komen, maar wil niet dat deze informatie (integraal) terecht komt bij andere bij de zaak betrokken partijen. De MR zouden hier aandacht aan kunnen besteden en met oplossingen kunnen komen. Hierbij zou gedacht kunnen worden aan het opnemen van de mogelijkheid voor een bestuursorgaan om – indien hiervoor rechtvaardige redenen bestaan – onderscheid te maken tussen de partijen met betrekking tot de vraag in welke stukken zij inzage krijgen.[62]

Een oplossing voor een balans tussen het recht van verdediging en vertrouwelijkheid kan verder worden gezocht in het toekennen van beperkte inzagerechten. Zo heeft de rechter-commissaris van de rechtbank Rotterdam in een 8:29 Awb-beschikking aansluiting gezocht bij art. 8:32 Awb, dat de mogelijkheid biedt om bepaalde vertrouwelijke gegevens niet te delen met een partij, maar wel met een aan te wijzen persoon die de partij uit hoofde van zijn professie bijstaat (bijvoorbeeld een advocaat of medisch specialist).[63] Strikt genomen stelt dit artikel deze route echter alleen open indien er sprake is van informatie die de lichamelijke of geestelijke gezondheid van een partij kan schaden. Dit is een lastig betoog voor de gevallen waarin sprake is van bedrijfsvertrouwelijke informatie die niet voor kennisneming van andere betrokken partijen in aanmerking komt.[64] Interessant in dat verband is

61 Zie CBb 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1.

62 Zie bijvoorbeeld de mogelijkheid die art. 93, tweede lid, Mw biedt voor de gevallen waarin een consumentenorganisatie belanghebbende van rechtswege is: 'De ACM kan bij toepassing van art. 3.11, tweede lid, Awb in zaken waarbij een consumentenorganisatie als bedoeld in het eerste lid belanghebbende is, om gewichtige redenen onderscheid maken tussen de overtreder en genoemde consumentenorganisatie bij de beoordeling van de vraag of op de zaak betrekking hebbende stukken of gedeelten van stukken ter inzage worden gelegd.'

63 Zie Rb. Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10082.

64 Dergelijke situaties doen zich in de praktijk veelvuldig voor, met name in de procedures in het kader van het financieel-economisch toezicht.

de praktijk van *data rooms* en *confidentiality rings* waarvan de Europese Commissie bij fusiecontrolezaken veelvuldig gebruikmaakt en waarvoor zij ook een uitgewerkte regeling heeft.[65] De *ReNEUAL Model Rules* bieden de kans om deze sectorspecifieke regeling algemene toepassing te geven. Dit zou voor de Awb dan een inspiratie kunnen vormen voor een wettelijke oplossing van de gesignaleerde problematiek in de bestuurlijke fase en wellicht ook voor de daarop volgende procedure voor de rechter.

6.7 Regels voor handhaving

6.7.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de handhaving centraal. Dat thema omvat beslissingen of handelingen in verband met inspecties, toezicht en bestuurlijke sanctionering. Sanctiebeslissingen worden niet apart geregeld in de *ReNEUAL Model Rules* of in het EP-voorstel. Het *drafting team* van de *ReNEUAL Model Rules* ziet regels ten aanzien van sancties wel als een goede aanvulling in een later aan de MR toe te voegen boek.[66]

Zoals al aangegeven in paragraaf 6.5.3 zien de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel inspecties/toezicht niet als een onderdeel van handhaving, maar als een instrument voor het EU-bestuur om informatie te vergaren voor alle besluiten. Dat kunnen sanctiebesluiten zijn, maar ook andere, bijvoorbeeld een subsidiebesluit. In Nederland zou men in dat laatste verband spreken van 'uitvoeringstoezicht'. Hoewel inspecties in de Europese regels dus een ruimere strekking hebben, bespreken we ze toch in het kader van de handhaving, omdat dit in de Awb ook gebeurt. De bevoegdheden die in het kader van inspecties kunnen worden uitgeoefend zijn goed vergelijkbaar met de standaardbevoegdheden van de Nederlandse toezichthouder zoals geregeld in titel 5.2 Awb. Een gedetailleerdere vergelijking van de Awb met de Europese voorstellen wordt hierna gegeven in paragraaf 6.7.2.[67]

In paragraaf 6.7.3 wordt ingegaan op de bestuurlijke sancties. Omdat de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel deze sancties (nog) niet specifiek regelen en de Awb wel, wordt in deze paragraaf vooral bekeken wat die Europese voorstellen van Nederland kunnen leren.

6.7.2 Toezicht op de naleving

6.7.2.1 De Awb-regeling

Het nalevingstoezicht is geregeld in titel 5.2 Awb. Op grond van art. 5:11 Awb heeft elke als toezichthouder aangewezen persoon standaard de toezichtbevoegdheden genoemd in art. 5:15 tot en met 5:19 Awb (betreden plaatsen, vorderen inlichtingen, vorderen zakelijke gegevens en bescheiden, onderzoek van zaken

65 Zie *Best practices on the disclosure of information in data rooms* van de Europese Commissie van 2 juni 2015. Zie de column van J.H. de Wildt, 'Een blik over de grenzen: Vertrouwelijkheid, data rooms en confidentiality rings', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2017/1.

66 Zie Toelichting bij boek III, p. 115.

67 Voor de grensoverschrijdende aspecten van toezicht verwijzen we naar hoofdstuk 8, in het bijzonder paragraaf 8.2.3.1, van dit rapport.

en vervoersmiddelen). Die bevoegdheden kunnen bij wettelijk voorschrift worden beperkt of uitgebreid. Titel 5.2 Awb geeft daarnaast een breed geformuleerde medewerkingsplicht bij toezichtvorderingen (art. 5:20 Awb), een verplichting aan de toezichthouder zich op verzoek te legitimeren (art. 5:12 Awb) en een specifieke bepaling inzake het evenredigheidsbeginsel dat de toezichthouder bij het gebruik van zijn bevoegdheden in acht dient te nemen (art. 5:13 Awb).

In de jurisprudentie is bepaald dat de inzet van een toezichtbevoegdheid geen besluit in de zin van de Awb is, maar een feitelijke handeling is waartegen dus geen bezwaar en beroep kan worden ingesteld.[68] Zo is ook een informatievordering of de aankondiging van een onderzoek geen besluit dat vatbaar is voor bezwaar en beroep.[69]

6.7.2.2 *Medewerkingsplicht*

Zoals in paragraaf 6.5.3 werd aangegeven, kennen de *ReNEUAL Model Rules* zelf geen bevoegdheden toe, maar geven ze procedurele regels voor het gebruik van de in de sectorale EU-regelgeving toegekende inspectiebevoegdheden. Wel bevat art. III-16, tweede lid, MR een overzicht van de wijzen waarop door inspecties informatie ten behoeve van bestuursbesluiten kan worden verkregen. Daarop wordt in paragraaf 6.7.2.4 ingegaan.

De *ReNEUAL Model Rules* geven eerst enkele algemene regels en gaan daarna specifiek in op de inspecties. In art. III-11 MR wordt vooropgesteld dat een publieke autoriteit informatie en inlichtingen kan vragen, al dan niet in de vorm van een interview: *investigation by request*. Dat lijkt misschien een overbodige bepaling – vragen staat vrij – maar biedt meer duidelijkheid dan de Awb die alleen ingaat op de vorderingen en niet op de verzoeken zonder medewerkingsplicht. In de praktijk leidt dat er vaak toe dat het onderscheid tussen de verzoeken en vorderingen onvoldoende duidelijk is en daardoor ook onduidelijk is of een medewerkingsplicht bestaat of niet. De vraag of medewerking verplicht is, kan echter van groot belang zijn, bijvoorbeeld om te bepalen of de persoonsgegevens die in de verzochte informatie besloten liggen al dan niet verstrekt (verwerkt) mogen worden.

De *ReNEUAL Model Rules* maken, zoals al aangegeven in paragraaf 6.5.2.3, een duidelijk onderscheid tussen verzoeken om informatie (art. III-11) en vorderingen (art. III-12). Bij verzoeken mag beantwoording worden geweigerd, maar mag geen misleidende of onjuiste informatie worden verstrekt. Als op grond van de sectorspecifieke Europese wetgeving een inlichtingen- of inzagevordering mag worden gegeven, ontstaat een medewerkingsplicht en moeten de vragen naar waarheid worden beantwoord en de verzochte informatie worden verstrekt. De autoriteit moet wel kenbaar maken wat de juridische gevolgen zijn als niet aan de vordering wordt voldaan.

---

68 Zie bijvoorbeeld CBb 21 juli 1998, ECLI:NL:CBB:1998:ZF3595 (Bosque Teca Verde), *AB Klassiek* 2009, nr. 32, m.nt. Michiels; CBb 2 maart 1999, ECLI:NL:CBB:1999:AA3409; Rb. Rotterdam 4 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR4191, r.o. 2.3.9. Wel kan hiertegen een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter worden ingesteld. Vergelijk gerechtshof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:470 (Digitale werkwijze ACM).

69 ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2662.

Naast de medewerkingsplicht van art. III-12 bepalen de *ReNEUAL Model Rules* meer algemeen dat partijen moeten meewerken aan de vaststelling van de feiten van een zaak door informatie te verstrekken waarover zij beschikken of waarvan mag worden verwacht dat zij die verstrekken. Doen zij dat niet, dan wordt het besluit genomen op grond van de beschikbare informatie. Slechts als het evident is dat er meer bewijs is, is de autoriteit verplicht nader onderzoek te verrichten (art. III-13). In de toelichting wordt uiteengezet dat de mate waarin medewerking van de betrokkene wordt verwacht ook afhangt van de aard van het besluit.

6.7.2.3 Het zwijgrecht en het legal professional privilege

In art. III-14, eerste lid, MR wordt specifiek ingegaan op de situatie dat de informatie die op grond van een vordering is verstrekt door de EU-autoriteit kan worden gebruikt om een overtreding van het Unierecht vast te stellen *'and this violation may lead to an administrative sanction'*.[70] De autoriteit is dan verplicht om het *privilege against self-incrimination* en het *legal professional privilege* van de betrokken particulier te respecteren. Wat betreft *the right against self-incrimination* bevat art. 10, derde lid, EP-voorstel een vergelijkbare waarborg.[71] Deze rechten gelden zowel voor natuurlijke als voor rechtspersonen. Art. III-14, tweede lid, MR bevat ook nog een bewijsuitsluitingsregel: als een van de rechten is geschonden mag de verkregen informatie niet worden gebruikt als bewijs voor een te sanctioneren overtreding, ten minste als de inhoud van het besluit daardoor zou kunnen zijn beïnvloed. Daarop komen we terug in paragraaf 6.8.2.

Voor het respecteren van het *legal professional privilege* (LPP) in de toezichtfase bevat de Awb voldoende garanties. Art. 5:20, tweede lid, Awb bepaalt immers dat een toezichtvordering kan worden geweigerd door hen, die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding. Professionele geheimhouders, zoals advocaten, zijn dus niet verplicht tot medewerking aan het toezicht, voor zover dat uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit.[72]

Wat betreft de *privilege against self-incrimination* zit er wel enig licht tussen de Europese voorstellen en het Nederlandse recht. In de eerste plaats geldt het beginsel op grond van de Europese regels voor alle 'bestuurlijke sancties' (*ReNEUAL Model Rules*) of '*penalties*' (EP-voorstel), terwijl het Nederlandse zwijgrecht alleen geldt voor 'bestraffende sancties' (art. 5:10a, eerste lid, Awb). De ruime Europese reikwijdte, die door de opstellers van de *ReNEUAL Model Rules* is beoogd,[73] is in overeenstemming

70 Dezelfde waarborgen gelden uiteraard ook als de informatie zou kunnen leiden tot een strafrechtelijke sanctie. Naar wij aannemen is dat in de *ReNEUAL Model Rules* niet vermeld omdat de EU-autoriteiten, waarvoor boek III geldt, geen strafrechtelijke sancties kunnen opleggen (dat moet nationaal gebeuren) en EU-regels die het strafrecht betreffen niet kunnen worden gebaseerd op art. 298 VWEU (de rechtsbasis voor de MR), maar moeten worden vastgesteld op grond van hoofdstuk 4 VWEU (Justitiële samenwerking in strafzaken).

71 Wel gebruikt dat artikel de term '*penalty*' in plaats van '*adminstrative sanction*'.

72 De bescherming die het Nederlandse LPP biedt, gaat voor hen zelfs verder dan het Europese LPP, omdat dat laatste niet geldt voor in-house advocaten (vergelijk zaak C-550/07 P (AKZO & Akcros), ECLI:EU:C:2010:512), terwijl het Nederlandse LPP alle advocaten die toegelaten zijn tot de balie beschermt.

73 Toelichting MR, boek III, p. 115. De considerans van het EP-voorstel bevat over de reikwijdte van het begrip '*penalty*' geen nadere toelichting.

met de rechtspraak van het HvJ EU over de reikwijdte van het beginsel als een van de rechten van de verdediging.[74] Tegelijkertijd heeft de schaarse rechtspraak van het Hof over het beginsel altijd betrekking op zaken waarin een bestraffende mededingingsboete kon worden opgelegd.[75] Het is mede daarom niet uitgesloten dat het Hof in de toekomst – in lijn met de rechtspraak van het EHRM – de reikwijdte van het recht zal beperken tot bestraffende sancties.[76] Dat zou ook in lijn zijn met de, in paragraaf 2.4 al besproken, verplichting van het HvJ EU op grond van art. 52, derde lid, Hv, om de rechten van het Handvest te interpreteren conform de rechtspraak van het EHRM betreffende met die Hv-rechten corresponderende EVRM-rechten, ook al biedt die bepaling het HvJ EU wel expliciet de mogelijkheid om meer bescherming te bieden.

In de tweede plaats moet een bestuursorgaan op grond van de Europese modelregels het recht al garanderen als het een overtreding kan vaststellen die 'zou kunnen leiden' ('*may lead*') tot een bestuurlijke sanctie, terwijl het Nederlandse zwijgrecht pas geldt als iemand 'wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen' van een bestraffende sanctie (art. 5:10a, eerste lid, Awb). Volgens de ABRvS (grote kamer) is dat het moment dat 'naar objectieve maatstaven door een redelijke waarnemer kan worden vastgesteld dat de betrokkene wordt gehoord' met het oog op die sanctie.[77] Dat is beduidend later dan het moment van de Europese modelregels. Tegelijkertijd kent het Nederlandse recht wel een aantal andere waarborgen. In de eerste plaats is door de ABRvS (grote kamer) bepaald dat wilsafhankelijke informatie die is verstrekt onder dwang van de medewerkingsplicht van art. 5:20, eerste lid, Awb, niet kan worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag liggen.[78] Daarmee volgt zij de Hoge Raad, die eerder oordeelde dat een civiele voorzieningenrechter een bevel tot het afgeven van wilsafhankelijk materiaal alleen mag geven met de restrictie dat het verstrekte materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van de belastingheffing en niet voor de oplegging van een boete.[79] Volgens het CBb moet een bestuursorgaan deze beperking ook expliciet vermelden in een bestuursrechtelijke inlichtingenvordering.[80] Het EHRM heeft geoordeeld dat Nederland aldus voldoet aan de eisen die op grond van het *nemo tenetur*-beginsel door

74 Volgens zaak C-85/76 (Hofmann-La Roche), ECLI:EU:C:1979:36, gelden de rechten van verdediging in iedere administratieve procedure tegen iemand 'die tot een bezwarend besluit kan leiden'. Deze categorie omvat alle sancties en niet alleen bestraffende. Hetzelfde geldt voor de frase 'een voor hem nadelige individuele maatregel' in art. 41 tweede lid, onder a, Hv.

75 Bijvoorbeeld zaak C-374/87 (Orkem), ECLI:EU:C:1989:387; zaak T-112/98 (Mannesmannröhren-Werke), ECLI:EU:T:2001:61.

76 Aldus ook A.J.C. de Moor-van Vugt & R.J.G.M. Widdershoven, 'Hoofdstuk V – Bestuurlijke handhaving', in: Prechal & Widdershoven 2017, p. 293.

77 ABRvS (grote kamer) 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, punt 7.2.

78 ABRvS (grote kamer) 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, punt 7.3. Dat deze garantie is beperkt tot 'wilsafhankelijk' materiaal is Unierechtelijk niet problematisch, omdat het EU-beginsel tegen zelfincriminatie alleen betrekking heeft op het stellen van vragen die een onderneming zouden verplichten 'antwoorden te geven, waardoor zij het bestaan van de inbreuk zou moeten erkennen, die de Commissie heeft te bewijzen' (zaak C-374/87 (Orkem), ECLI:EU:C:1989:387, punt 35), en dus niet op wilsonafhankelijk materiaal.

79 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640.

80 Aldus CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.

art. 6 EVRM worden gesteld.[81] Gelet op art. 52, derde lid, Hv denken wij daarom dat met deze handelwijze ook is voldaan aan de Europese modelregel, ook al weten we dat niet zeker omdat het HvJ EU (ook) op dit punt meer bescherming dan het EVRM zou kunnen voorschrijven.

Al met al bestaat er op dit moment nogal wat onzekerheid over de precieze reikwijdte van het Unierechtelijke beginsel tegen zelfincriminatie. Daarom zien wij in zoverre vooralsnog geen reden om de Nederlandse bescherming van het beginsel, die na vele jaren rechtspraak eindelijk in grote lijnen helder is en conform het EVRM, te vervangen door die van de Europese modelregels.[82] Het lijkt ons verstandig om verdere rechtspraak van het HvJ EU af te wachten.

6.7.2.4 Bevoegdheden en waarborgen

Autoriteiten mogen op grond van de *ReNEUAL Model Rules* alleen inspecties ter plaatse uitvoeren als zij daartoe in specifieke wetgeving de bevoegdheid hebben gekregen en als het noodzakelijk is om hun taken uit te voeren (art. III-16, eerste lid). In deze bepaling liggen het legaliteitsbeginsel (er moet een expliciete bevoegdheidstoekenning zijn) en het evenredigheidsbeginsel (op dezelfde wijze als in art. 5:13 Awb) besloten. En ook de medewerkingsplicht wordt in dit artikel herhaald (art. III-16, derde lid). Art. III-16, tweede lid, bevat aanwijzingen voor de sectorale EU-wetgever en niet voor de autoriteit die een inspectie uitvoert. In de EU-regelgeving moet namelijk worden bepaald welke concrete bevoegdheden door een inspectie in de desbetreffende sector kunnen worden uitgeoefend. De bepaling noemt de volgende bevoegdheden:

> *(a) to enter any premises, land and means of transport or other areas, which can be searched according to the basic act providing for inspection powers,*
> *(b) to search for, examine and take or obtain copies or extracts of documents,*
> *(c) to ask for explanations,*
> *(d) to take samples,*
> *(e) to exchange information gathered by an inspection under the conditions laid down in Book VI, and*
> *(f) to seal premises or documents.*

Uit dit rijtje blijkt dat de concrete EU-inspectiebevoegdheden vergelijkbaar zijn met de standaardtoezichtbevoegdheden van titel 5.2 Awb. De enige bevoegdheid die niet wordt genoemd is het vorderen van inzage in een identiteitsbewijs (art. 5:16a Awb). Een opvallende aanvulling vergeleken met de Awb is de bevoegdheid tot verzegeling. Die bevoegdheid is niet in de Awb geregeld, terwijl daaraan in de praktijk wel regelmatig behoefte blijkt te bestaan als een onderzoek een langere periode in

81 EHRM 16 juni 2015, nr. 784/14 (Van Weerelt/Netherlands).
82 'In zoverre', omdat we in paragraaf 6.8.2 wel een kleine wijziging met betrekking tot de bewijsuitsluiting zullen aanbevelen.

beslag neemt.[83] Dit zou eenvoudig aan titel 5.2 Awb kunnen worden toegevoegd.[84] Evenals de Awb (art. 2:5 Awb) geven de *ReNEUAL Model Rules* een algemene geheimhoudingsplicht (art. III-17, derde lid).

Art. III-17 MR bevat drie waarborgen die niet of anders in de Awb zijn geregeld. In de eerste plaats verleent art. III-17, eerste lid, de autoriteit de verantwoordelijkheid ervoor te zorgen dat de inspecteurs in overeenstemming met het Unierecht en het Handvest handelen en ook voldoen aan de nationale bepalingen inzake de bescherming van persoonsgegevens. Dat die verplichting niet in de Awb staat, betekent overigens niet dat toezichthouders in Nederland niet gehouden zijn zich aan de wet te houden. Als sprake is van schendingen, kan dat tot gevolg hebben dat het door die toezichthouders verzamelde bewijs niet mag worden gebruikt. De daarvoor aangelegde drempel is echter wel hoog: daarvoor wordt het zogenoemde 'zozeer indruist'-criterium gebruikt.[85] Anderzijds moet worden bedacht dat het opnemen van deze verplichting in de *ReNEUAL Model Rules* in de praktijk niet noodzakelijkerwijs tot een hogere bescherming leidt.

Een tweede afwijking van de Awb betreft art. III-17, tweede lid, MR, dat bepaalt dat 'inspecteurs en andere geautoriseerde personen' hun bevoegdheden alleen mogen uitoefenen na het tonen van een schriftelijke autorisatie waaruit hun identiteit en positie blijkt en een schriftelijke notificatie van de start van een bestuursrechtelijke procedure. In het EP-voorstel ontbreekt de notificatieplicht. De notificatie moet volgens art. III-5, derde lid, MR in elk geval bevatten: een registratienummer, de reden voor de start van de procedure, de naam en contactinformatie van de verantwoordelijke ambtenaar, een beschrijving van de procedurele stappen, het bevoegde bestuursorgaan, de besluitvormingstermijn en de mogelijkheden om daartegenop te komen en het adres van de website met meer informatie als die beschikbaar is. Zo'n bepaling zou een welkome aanvulling zijn voor de Awb. De Awb bepaalt nu in art. 5:12 slechts dat de toezichthouder een legitimatiebewijs bij zich draagt dat hij desgewenst toont. Dat legitimatiebewijs bevat echter geen informatie over het onderzoek of de gestarte procedure.[86]

De derde afwijking is dat op grond van art. III-17, vijfde lid, MR altijd een rapport moet worden opgesteld met de bevindingen van de inspectie. In de Awb is een rapport alleen verplicht als het gaat om een overtreding waarvoor een boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd.[87] Toch kan ook bij andere bestuurlijke sancties of niet-sanctiebesluiten behoefte bestaan aan vastlegging van de bevindingen van de toezichthouder. In de praktijk gebeurt dat doorgaans ook.

---

83 Zie bijvoorbeeld gerechtshof Den Haag 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041, waarin het gerechtshof in de bevoegdheden uit de Awb een bevoegdheid inleest om te vorderen dat bepaalde gegevens bewaard blijven.

84 Zie in dit verband art. 12b Instellingswet ACM, dat voorziet in een algemene verzegelingsbevoegdheid voor de ACM. Voorheen bevatte de Mededingingswet deze bevoegdheid en gold zij alleen voor het mededingingstoezicht, bij de oprichting van de ACM heeft de wetgever ervoor gekozen om de ACM deze bevoegdheid ook bij zijn andere toezichttaken toe te kennen.

85 Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4078, CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947 en ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1163.

86 De vraag is wel of de legitimatieplicht niet in de weg zal staan aan het optreden van toezichthouders als *mystery shopper*; zie CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

87 Art. 5:53 jo. 5:48 Awb.

6.7.3 *Bestuurlijke sancties*

6.7.3.1 *Inleiding*

Zoals in paragraaf 6.7.1 al is vermeld, heeft *ReNEUAL* ervoor gekozen in de *Model Rules* nog geen modelbepalingen over bestuurlijke sancties op te nemen. Wel bevatten deze regels procedurele waarborgen voor ambtshalve beschikkingen, die ook van toepassing zijn op bestuurlijke sancties. In paragraaf 6.7.4.4 bespreken we de vraag in hoeverre deze waarborgen een plaats verdienen in de Awb.. Hierna worden echter vooral de hoofdlijnen uitgewerkt van een EU-modelregeling voor bestuurlijke sancties die *ReNEUAL* in een volgende fase zou kunnen vaststellen (paragrafen 6.7.4.3 en 6.7.4.4). Omdat daarbij inspiratie wordt ontleend aan de regeling van bestuurlijke sancties in de Awb, wordt deze eerst kort besproken.

6.7.3.2 *Bestuurlijke sancties in de Awb*

Hoofdstuk 5 Awb gaat over zowel toezicht als sanctionering. Titel 5.1 bevat algemene bepalingen, zoals een definitie van overtreder en overtreding, herstelsanctie en bestraffende sanctie, de bepaling dat overtredingen zowel door natuurlijke als rechtspersonen begaan kunnen worden, de bepaling dat ook opdrachtgevers, feitelijk leidinggevers en medeplegers als overtreder aangemerkt kunnen worden, het legaliteitsbeginsel, samenloopbepalingen en het zwijgrecht. Titel 5.2, dat ziet op toezichtbevoegdheden, is hiervoor al besproken.

Titel 5.3 gaat over herstelsancties, waaronder worden begrepen de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang. Evenals bij de toezichtbevoegdheden kent de Awb geen bevoegdheden toe, maar beschrijft de bevoegdheden die bij bijzondere wet van toepassing verklaard kunnen worden. Zoals hierna zal worden uitgewerkt, is dat een wetgevingstechniek die ook in de *ReNEUAL Model Rules* zou kunnen worden gekozen bij een aanvulling daarvan met een hoofdstuk over sancties. In Titel 5.3 is bepaald wat de vorm van deze sanctiebesluiten moet zijn en hoe en wanneer deze mogen worden toegepast. Deze titel bevat weinig bepalingen die zien op de rechtsbescherming van de betrokkene, maar geven vooral de randvoorwaarden. Een uitzondering daarop is art. 5:39 Awb, dat bepaalt dat een bezwaar, beroep of hoger beroep tegen een last onder dwangsom mede betrekking heeft op het invorderingsbesluit indien dat wordt betwist.

Titel 5.4 Awb gaat over bestuurlijke boeten en bevat meer procedurele voorschriften die raken aan de onderwerpen die ook in de *ReNEUAL Model Rules* worden geregeld. Titel 5.4 legt het *una via*-beginsel vast, het *ne bis in idem*-beginsel, de verjaringstermijn, de toepasselijkheid van het evenredigheidsbeginsel en de opleggingsprocedure. Die procedure is afhankelijk van de hoogte van de op te leggen boete. Kan een boete van meer dan € 340 worden opgelegd – en dat geldt voor vrijwel alle boetesystemen – dan gelden zwaardere eisen.[88] De procedureverschillen tussen hoge en lage boetensystemen betreffen het maken van een rapport van de overtreding. Bij een lage boete kan een rapport van de overtreding worden opgemaakt

88 Zie onder meer de inventarisatie in O.J.D.M.L. Jansen, 'Bestuurlijk en justitieel bestraffen in Nederland – op zoek naar (nog) meer eenheid', in: R.C. van Houten (red.), *Economisch strafrecht en bestuurlijke boete*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 21-79 en p. 153-181.

(art. 5:48 Awb), bij een hoge boete is dat verplicht (art. 5:53 Awb). Een verschil wordt ook gemaakt bij de zienswijze: bij een hoge boete moet een zienswijzegelegenheid worden geboden voordat een besluit wordt genomen, bij een lage boete niet (art. 5:50 Awb). Specifiek voor een hoge boete is bepaald dat de overtreder gelegenheid moet krijgen het procesdossier in te zien en dat de gegevens zo veel mogelijk in een voor hem begrijpelijke taal moeten worden aangeboden (art. 5:49 Awb). Na toezending van het boeterapport en het boetevoornemen moet het bestuursorgaan binnen dertien weken een besluit nemen over het al dan niet opleggen van een boete (art. 5:51 Awb). Dat is echter een termijn van orde, die door diverse bestuursorganen vaker niet dan wel wordt gehaald.

6.7.3.3 ReNEUAL Model Rules voor bestuurlijke sancties: reikwijdte en begripsbepaling

In deze en de volgende paragraaf worden, zoals gezegd, de hoofdlijnen geschetst van een modelregeling voor een aantal in het Unierecht veel voorkomende maatregelen en sancties, die als basis zou kunnen dienen voor een boek met de *ReNEUAL Model Rules* voor bestuurlijke sancties, vast te stellen door *ReNEUAL*. Daarbij wordt inspiratie ontleend aan de Awb.

> In titel 5.1 Awb is een aantal overtrederbegrippen opgenomen, waarvan de commissie niet zeker weet of deze in elke andere lidstaat van de EU vergelijkbaar zijn en/of zich lenen voor opname in een algemene regeling op Unieniveau, zoals door de *ReNEUAL Model Rules* nagestreefd wordt. Er worden dan ook geen voorstellen gedaan om die *Model Rules* daarmee aan te vullen.

Eerst worden in het vervolg van deze paragraaf de sancties en maatregelen besproken die naar het oordeel van de commissie op dit moment een plaats zouden verdienen in de *ReNEUAL Model Rules*. Vervolgens worden in paragraaf 6.7.4.4 de voor de sancties en maatregelen in acht te nemen rechtswaarborgen besproken.

In het Unierecht wordt onderscheid gemaakt tussen maatregelen, bestuurlijke sancties (soms *penalties* genoemd) en strafrechtelijke sancties. De precieze definitie daarvan is niet steeds helder. In de *ReNEUAL Model Rules* moet daarom een deels modificerende keuze worden gemaakt. Een aan de *ReNEUAL Model Rules* toe te voegen boek zou betrekking moeten hebben op zowel maatregelen als bestuurlijke sancties, en dient duidelijk te maken wat daaronder wordt verstaan.

In het licht van het huidige Europese wetgevingsbeleid en rechtspraak van het HvJ EU dient de term maatregelen als een restcategorie te worden beschouwd naast bestraffende en niet-bestraffende bestuurlijke sancties en strafrechtelijke sancties. In de omschrijving van bestraffende bestuurlijke sanctie dient de huidige rechtspraak te worden gecodificeerd waarin door het HvJ EU aansluiting wordt gezocht bij de EHRM-rechtspraak over de drie zogenoemde *Engel*-criteria.[89] Herstelsancties zouden kunnen worden omschreven op een wijze vergelijkbaar met de Awb-definitie

89 Zie reeds zaak C-45/08 (Spector Photo Group), ECLI:EU:C:2009:806; en nadrukkelijker zaak C-489/10 (Bonda), ECLI:EU:C:2012:319; zaak C-617/10 (Åkerberg Fransson), C-617/10 ECLI:EU:C:2013:105; zaak C-537/16 (Garlsson Real Estate), ECLI:EU:C:2018:183; zaak C-524/15 (Menci), ECLI:EU:C:2018:197.

daarvan. De zeer grote diversiteit van de categorie maatregelen maakt dat een definitie daarvan lastig is. Waarschijnlijk zal daarom moeten worden volstaan met een restdefinitie op grond waarvan als zodanig alle overige maatregelen kwalificeren, die niet kunnen worden beschouwd als herstelsanctie of bestraffende bestuurlijke sanctie. Het te ontwerpen boek moet met het oog op de afbakening in de toelichting duidelijk maken wat een strafrechtelijke sanctie is, maar bevat daarover geen nadere bepalingen.[90]

Vervolgens zouden in het boek *ReNEUAL Model Rules* moeten worden opgenomen over de in het Unierecht meest voorkomende maatregelen en bestuurlijke sancties,[91] met – onder benadrukking van het dynamische karakter van het boek – de mogelijkheid om nieuwe en andere maatregelen en sancties op te nemen in de toekomst. Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat de bijzondere Unieregelgever deze *ReNEUAL Model Rules* van toepassing zal verklaren in de sectorale Unieregelingen waarin deze sancties en maatregelen voorkomen. Op die manier wordt bijgedragen aan een grotere eenheid van Uniewetgeving. Het ligt voor de hand om bij het vormgeven van de *ReNEUAL Model Rules* onderscheid te maken tussen soorten maatregelen en herstelsancties. Er kan daarbij worden gedacht aan maatregelen of sancties gericht op verkregen of te verkrijgen begunstigende rechten (voordelen, toestemmingen, vergunningen en subsidies bijvoorbeeld), maatregelen of sancties gericht op het gedrag van een onderneming of rechtspersoon of de bestuurders daarvan, en maatregelen of sancties gericht op de bescherming van het algemeen belang of het collectief belang van bepaalde groepen (zoals consumenten, marktdeelnemers, afnemers).

Wat betreft de concrete sancties zal in elk geval een standaardregeling van de last onder dwangsom in de *ReNEUAL Model Rules* moeten worden opgenomen Deze sanctie is niet alleen in ons nationale recht, maar ook in het Unierecht een veel voorkomende bestuurlijke herstelsanctie.[92] Dat geldt niet voor de in het Unierecht zelden voorkomende last onder bestuursdwang. Er zijn echter meer herstelsancties die als kandidaten kunnen worden beschouwd. Het gaat daarbij vaak om maatregelen die als herstelsanctie moeten worden beschouwd als ze in reactie op een overtreding worden opgelegd, maar ook kunnen worden toegepast zonder dat er sprake is van een overtreding. Anders gezegd, deze maatregelen kunnen afhankelijk van het doel waarvoor ze worden gebruikt, een maatregel zonder sanctiekarakter, een

90 Deze materie valt immers onder hoofdstuk 4 VWEU, betreffende justitiële samenwerking in strafzaken.

91 We gaan niet in op de vraag of sommige van deze Unierechtelijke sancties of maatregelen, die Nederland nu niet kent, een nuttige aanvulling zouden kunnen zijn op het Nederlandse instrumentarium van bestuurlijke sancties.

92 Voorbeelden zijn te vinden in het mededingingsrecht (art. 16 Richtlijn 2019/1; art. 24 Verordening 1/2003), het financiële bestuursrecht (art. 66 Verordening 648/2012; art. 39 Verordening 806/2014), het consumentenrecht (art. 9, vierde lid, sub h, Verordening 2017/2394), het telecommunicatierecht (art. 29, eerste lid, Richtlijn 2018/1972), de bescherming van persoonsgegevens (art. 58, tweede lid, aanhef en onder c en d, jo. 84 AVG), en bij de regelgeving over de burgerluchtvaart (art. 25 Verordening 216/2008 en Uitvoeringsverordening 646/2012), veterinaire medicijnen (art. 136 Verordening 2019/6), en scheepvaart (art. 6 Verordening 391/2009).

herstelsanctie of misschien wel een bestraffende sanctie zijn.[93] Een belangrijk voorbeeld daarvan is uiteraard de intrekking van een begunstigend besluit.[94] Daarnaast valt te denken aan een zelfstandige last, de uitsluiting van begunstigende besluiten of van procedures om een dergelijk besluit aan te vragen, de terugvordering van ten onrechte ontvangen bedragen, en de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Voorbeelden van maatregelen die geen herstelsanctie zijn, en die nu of in de toekomst als kandidaat voor toevoeging aan de *ReNEUAL Model Rules* kunnen worden beschouwd, zijn de maatregelen die op het handelen binnen een onderneming of rechtspersoon, dan wel van een bestuurder daarvan zijn gericht, zoals het toetsen van bestuurders, het aanstellen van een bijzondere curator, bewindvoerder of liquidateur,[95] het beperken van het stemrecht van aandeelhouders,[96] de tijdelijke of permanente sluiting van een vestiging of installatie,[97] alsmede de publicatie van overtredingen, overtreders of sancties.[98] Ten slotte komen op het terrein van de financiële belangen van de Unie diverse sancties voor die – gelet op de zaak *Bonda* – grotendeels niet als bestraffende sanctie kunnen worden aangemerkt, ook al gaan ze beduidend verder dan herstel.[99] Gelet op het ruime terrein waarop deze sancties worden toegepast, zijn ook zij kandidaten voor regulering in de *ReNEUAL Model Rules*. Het betreft:[100]

- *de betaling van een bedrag dat groter is dan de wederrechtelijk ontvangen of ontdoken bedragen, eventueel vermeerderd met rente;*
- *de volledige of gedeeltelijke intrekking van een bij de communautaire regeling toegekend voordeel;*
- *de uitsluiting of intrekking van het voordeel voor een periode in de toekomst:*
- *de tijdelijke intrekking van een voor deelneming aan een communautaire steunregeling nodige goedkeuring of erkenning;*
- *het verlies van een gestelde zekerheid of borgsom of het opnieuw verschaffen van het bedrag van een ten onrechte vrijgegeven zekerheid.*

93 Zie bijvoorbeeld de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel die in Verordening 2988/95 niet alleen als administratieve maatregel (art. 4), maar ook als bestraffende sanctie (art. 5) is geregeld.

94 Zie bijvoorbeeld art. 22 Verordening 1073/2009; art. 48 Verordening 528/2012; art. 18 Richtlijn 2013/36.

95 Zie bijvoorbeeld art. 293 Richtlijn 2009/138.

96 Zie bijvoorbeeld art. 26 Richtlijn 2013/36.

97 Zie bijvoorbeeld art. 7 Richtlijn 2009/52 en art. 8 Richtlijn 2010/75.

98 Zie bijvoorbeeld art. 71 Richtlijn 2014/65/EU (MiFID II).

99 Zaak C-489/10 (Bonda), ECLI:EU:C:2012:319. Zo ook HR 14 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:241. Alleen voor de waarborgsom kan ons inziens worden verdedigd dat zij een bestraffend karakter kan hebben, voor zover zij althans wordt opgelegd als garantie dat de marktdeelnemer aan bepaalde verplichtingen voldoet. Vergelijk De Moor-van Vugt & Widdershoven 2017, p. 322.

100 Deze sancties worden vermeld in art. 5 Verordening 2988/95 betreffende de bescherming van financiële belangen van de Gemeenschap. Deze sancties worden toegepast op alle onregelmatigheden van marktdeelnemers waardoor de begroting van de Unie wordt benadeeld, hetzij doordat ontvangsten van de eigen middelen achterwege blijven (btw, douanerechten), hetzij doordat onverschuldigde uitgaven worden gedaan (Europese subsidies).

Een voorbeeld van een bestraffende bestuurlijke sanctie waarover *ReNEUAL Model Rules* zouden moeten worden vastgesteld, is natuurlijk de – ook in het Unierecht regelmatig voorkomende – bestuurlijke boete.

6.7.3.4 ReNEUAL Model Rules voor bestuurlijke sancties: procedurele waarborgen

In boek III van de *ReNEUAL Model Rules* zijn al veel procedurele waarborgen opgenomen voor het ambtshalve nemen van beschikkingen, die ook van toepassing zijn of moeten worden verklaard op het opleggen van bestuurlijke sancties en maatregelen. In aanvulling daarop moeten vooral voor bestraffende bestuurlijke sancties, in het bijzonder de bestuurlijk boete, extra waarborgen worden geregeld. Deze betreffen het zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel, waarbij overeenkomstig art. 5:10a Awb ook de cautieverplichting moet worden opgenomen. Verder moeten de *ReNEUAL Model Rules* voorschrijven dat het boetemaximum voor onderscheiden overtredingen in een secundaire EU-regeling wordt opgenomen en kunnen nadere voorzieningen worden getroffen in verband met de evenredigheid van boeten.[101]

Ten slotte dienen de *ReNEUAL Model Rules* de problematiek van samenloop van boeten met andere sancties en maatregelen te regelen. Daarbij zou wat ons betreft het *ne bis in idem*-beginsel moeten gelden ter voorkoming van samenloop met andere bestuurlijke boeten of andere bestraffende sancties voor hetzelfde feit.[102] Wat betreft de samenloop met andere sancties en maatregelen zou in een algemeen deel van het boek over bestuurlijke sancties kunnen worden bepaald dat het totaal aan sancties/maartregelen evenredig moet zijn met de ernst van de overtreding. Daartoe moet het bestuursorgaan dat de laatste sanctie oplegt rekening houden met het feit dat de overtreding al op andere wijze is 'bestraft' en kunnen ook andere afstemmingsregels in de *ReNEUAL Model Rules* worden opgenomen.

6.7.3.5 Inspiratie voor de Awb

Als gezegd bevatten de *ReNEUAL Model Rules* van boek III al diverse procedurele waarborgen voor ambtshalve besluiten en dus ook voor bestuurlijke sancties. Deze waarborgen gelden in Nederland wel voor het opleggen van een bestuurlijk boete, maar niet voor de toepassing van andere bestuurlijke sancties. Naar de opvatting van de commissie zou dat laatste voor wat betreft de volgende voorzieningen welkom zijn.

In art. III-22 MR wordt – zoals al gesignaleerd in paragraaf 6.6.5.2 – geregeld dat een *party* altijd toegang tot het dossier moet worden geboden (en niet alleen in het geval van bestuurlijke boetes), dat die toegang moet zien op alle documenten die voor de verdediging van belang kunnen zijn, zowel belastende als ontlastende documenten, en dat die toegang moet worden geboden voordat een besluit is genomen.

---

101 Vergelijk art. 5:46 Awb.

102 Overigens heeft het Hof in onder meer zaak C-524/15 (Menci), ECLI:EU:C:2018:197, bepaald dat de oplegging van een strafrechtelijke sanctie en bestuurlijke boete voor hetzelfde feit onder strikte voorwaarden een toelaatbare beperking van het beginsel van *ne bis in idem* van art. 50 Hv vormt. Omdat hierdoor ruimte bestaat voor de nationale systemen waarin (binnen die voorwaarden) deze bestraffende sancties wel voor hetzelfde feit kunnen worden opgelegd, zullen de *ReNEUAL Model Rules* hiervoor vermoedelijk ruimte moeten laten.

Deze regeling zou op grond van de Awb volgens ons moeten gelden voor de oplegging van alle bestuurlijke sancties.

Art. III-23, eerste lid, MR regelt het recht gehoord te worden voor een besluit wordt genomen. Van dat horen kan op grond van het tweede lid worden afgezien als dat strikt noodzakelijk is in het algemeen belang of als er een serieus risico gemoeid is met uitstel. Bij de boeteoplegging lijkt het niet goed voorstelbaar dat een van deze situaties zich zal voordoen en heeft de regeling van art. 5:53, derde lid, Awb, die geen uitzonderingsmogelijkheid bevat, onze voorkeur. Wat betreft de andere bestuurlijke sancties zou de hoorregeling van art. III-23, eerste lid, MR, plus de uitzondering van het tweede lid, in de Awb moeten worden overgenomen. Dat betekent voor deze sancties een wettelijk gegarandeerde verruiming van het hoorrecht, omdat van het horen niet meer kan worden afgezien bij financiële sancties en evenmin omdat een sanctie steunt op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbenden betreffen, maar door deze ter zake niet zijn verstrekt.[103] Het enige punt waarop de Awb ruimer is, betreft de vorm van het 'horen': de Awb laat de keuze tussen een mondelinge of schriftelijke zienswijze aan de belanghebbende, de *ReNEUAL Model Rules* bepalen dat de autoriteit daarin discretie heeft. Volgen ons heeft op dit punt de Awb de voorkeur.

6.8 Bewijs

6.8.1 Inleiding

In met de Awb vergelijkbare codificaties van het bestuursrecht van andere lidstaten is een aantal bepalingen opgenomen over het bewijsrecht bij de besluitvorming door bestuursorganen (veelal naast bepalingen over het bewijsrecht bij de bestuursrechter).[104] De Awb-wetgever heeft er uitdrukkelijk van afgezien om regels over bewijs bij de rechter op te nemen, en dat geldt temeer voor regels over bewijs in de besluitvormingsfase.[105] Dat is een keuze die niet zonder discussie is gebleven.[106] In de *ReNEUAL Model Rules* zijn de bewijsrechtelijke voorzieningen beperkt tot de wettelijke opsomming van vormen van informatievergaring en het wettelijk regelen van een aantal bevoegdheden daartoe. Ook is er een verdeling van de onderzoeksplicht en bewijsvoeringslast opgenomen in de regeling van de verplichting van de belanghebbenden om mee te werken aan het onderzoek van het bestuursorgaan (art. III-13 MR). Deze vertoont grote gelijkenis met het Nederlandse recht op dit punt.

In paragraaf 6.5.1 werd opgemerkt dat de (bestuurlijke) feitenvaststelling in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel in het teken staat van *bewijsvergaring*. Zowel

---

103 Vergelijk voor deze uitzonderingen art. 4:12 (financiële beschikkingen) en art. 4:8, eerste lid, Awb. In de praktijk plegen bestuursorganen belanghebbenden overigens wel *in primo* te horen, voordat zij een bestuurlijke sanctie opleggen.

104 Zie bijvoorbeeld art. 77 en 78 van de Spaanse Awb (*Ley* 39/2015), en § 45 e.v. van de Oostenrijkse Awb (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*).

105 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 131. Vergelijk Y.E. Schuurmans, 'Besluit gevraagd, bewijslast gekregen', *JBplus* 2004/3, p. 213-228.

106 Vergelijk R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Preadvies VAR, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

art. III-10 MR als art. 9 EP-voorstel bevat een algemene bepaling die voorschrijft dat het bestuursorgaan zorgvuldig de relevante feiten moet onderzoeken. Deze bepalingen zijn vergelijkbaar met art. 3:2 Awb. Het gaat hier om het beginsel van zorgvuldig onderzoek dat ook in met de Awb vergelijkbare bestuursrechtelijke codificaties van andere lidstaten is neergelegd.[107] Het beginsel maakt deel uit van het grondrecht op behoorlijk bestuur (art. 41, eerste lid, Hv).

In de *ReNEUAL Model Rules* (art. III-5, eerste lid) en het EP-voorstel (art. 5) wordt wat het bewijs betreft het gebruikelijke onderscheid gemaakt tussen besluitvorming op aanvraag en ambtshalve besluitvorming. Net als in het Nederlandse bestuursrecht het geval is, is de informatievergaring ter voorbereiding van een besluit verdeeld over het bestuursorgaan en de (belanghebbende) burger. In de Awb is dat neergelegd in het spel van de verdeling van de onderzoeksplicht en bewijsvoeringslast op grond van art. 3:2 en 4:2, tweede lid, Awb. In de laatste bepaling is de informatieverplichting van de belanghebbende neergelegd die om een besluit heeft gevraagd. Voor grote delen van het bestuursrecht gelden daarnaast omvangrijke informatieverplichtingen voor de belanghebbende die los staan van een aanvraag. Denk aan art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen, en de informatieverplichtingen in het sociale zekerheidsrecht.

6.8.2 *Bewijsmiddelen*

De wijze van verkrijging van feiten en gegevens is opgesomd in het tweede lid van art. III-10 MR, dat luidt:

> *(2) The public authority may under the conditions laid down in Article III-11 and Article III-12 or in other provisions of EU law:*
> *(a) gather information of all kinds,*
> *(b) hear the evidence of the parties to the proceedings, witnesses and experts or gather statements in writing or electronically from parties to the proceedings, experts and witnesses,*
> *(c) obtain documents and records, and*
> *(d) under the conditions of Article III-16 visit and inspect the premises involved.*

Het gaat in deze bepaling dus om het vergaren van informatie, het kennisnemen van bewijs dat partijen, getuigen en deskundigen aandragen, het bijeenbrengen van documenten en '*records*' (officiële stukken) en het verzamelen van informatie door middel van inspectiebezoeken ter plaatse. Ofschoon een dergelijke algemene bepaling in de Awb ontbreekt, is dit ook geldend Nederlands bestuursrecht.[108] Zo bezien zou er niets op tegen zijn een vergelijkbare bepaling in de Awb op te nemen

107 Zie bijvoorbeeld § 24 (2) *Verwaltungsverfahrensgesetz*; art. 6, eerste lid, onder b, *Legge 7 agosto 1990 no. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)*; *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.

108 Deze bepaling vertoont grote gelijkenis met § 26 *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Daarin worden deze methoden van informatievergaring bewijsmiddelen genoemd.

ter uitwerking van art. 3:2 Awb. Of een uitwerking meerwaarde heeft, kan worden betwijfeld, gelet op het volgende.

Van de opgesomde wijzen van verkrijging is enkel het bewijs van getuigen niet expliciet in de Awb geregeld, althans niet voor de bestuurlijke fase. Het vergaren van getuigenbewijs valt onder art. 3:2 Awb. Met betrekking tot de deskundigen regelt afdeling 3.3 Awb dat de bijzondere wet bepaalt of deskundigenadvies nodig is. Art. 3:9 Awb regelt de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor de zorgvuldigheid van het deskundigenonderzoek. De inschakeling van een deskundige en de verantwoordelijkheid voor diens onderzoek vloeien bij buitenwettelijke adviezen voort uit art. 3:2 Awb.[109]

Getuigen en deskundigen zijn op grond van art. III-15, eerste lid, MR verplicht een verklaring af te leggen of een advies te geven als de wet dit bepaalt. Partijen kunnen zelf ook getuigen en deskundigen aandragen, maar het bestuursorgaan is niet verplicht het voorstel daartoe over te nemen, als het dergelijke informatie niet nodig acht om de feiten vast te stellen (art. III-10, eerste lid, MR). Het EP-voorstel regelt enkel dat partijen (het horen van) getuigen en deskundigen kunnen voorstellen (art. 11 EP-voorstel).

In de praktijk van het bestuursrecht wordt uiteraard veelvuldig gebruikgemaakt van verklaringen van getuigen en rapporten van deskundigen. Bestuursorganen maken gebruik van eigen deskundigen en getuigen, belanghebbenden brengen de verklaringen van eigen getuigen of rapporten van eigen deskundigen in.

In de besluitvormingsfase bestaat ingevolge de Awb geen verplichting voor deskundigen om op verzoek van het bestuursorgaan te verklaren of te adviseren. Toch zien we hier niet direct een probleem in, omdat een belanghebbende een vrijwillig deskundigenrapport kan inbrengen in de procedure. Op grond van het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel zal het bestuursorgaan deze informatie toch moeten meewegen. De kosten kunnen wel een obstakel vormen. Daarover bepalen de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel echter ook niets. Deskundigen kunnen op grond van de Awb niet worden gedwongen advies te geven. In de praktijk lijkt dit in de besluitvormingsfase echter niet op problemen te stuiten.

Het bestuursorgaan kan getuigen wel tot medewerking dwingen met behulp van art. 5:20 Awb. Het is echter niet verplicht om op verzoek van de belanghebbende bepaalde getuigen te dwingen te verklaren, ook niet als dat ontlastend zou kunnen zijn voor de belanghebbende en deze de verklaring niet vrijwillig kan verkrijgen. Alleen voor de bezwaarprocedure is bepaald dat de belanghebbende op verzoek de door hem meegebrachte getuigen en deskundigen kan doen horen (art. 7:8 Awb). Er is niet geregeld dat andere (voor het bestuursorgaan belastende!) getuigen (zoals werknemers van het bestuursorgaan bij een beroep op het vertrouwensbeginsel) of deskundigen op verzoek kunnen of moeten worden gehoord. Het overbrengen van een bepaling vergelijkbaar met art. 7:8 Awb naar de primaire besluitvormingsfase sluit aan bij het toenemende belang van de rechten van verdediging in deze fase. Het verdient aanbeveling om deze bepaling vorm te geven op een wijze vergelijkbaar met art. III-15 MR.

109 CRvB 11 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1113.

6.8.3 *Waarborgen en bewijs*

In de toelichting bij de *ReNEUAL Model Rules* wordt terecht opgemerkt dat de verplichting tot zorgvuldig onderzoek moet worden onderscheiden van de wijzen waarop de informatie wordt verkregen om aan die verplichting gevolg te geven. Voor een aantal methoden van informatievergaring is op grond van het legaliteitsbeginsel een expliciete wettelijke grondslag vereist. De *ReNEUAL Model Rules* voorzien in zo'n grondslag met een aantal uitdrukkelijke bevoegdheden: het verzoek te worden gehoord om informatie te geven (art. III-11), de vordering om verplichtende onderzoekshandelingen te verrichten (art. III-12), de verplichting van belanghebbenden om aan het onderzoek van het bestuursorgaan mee te werken (art. III-13), het horen van getuigen en deskundigen (verplicht indien dat bij bijzondere wettelijke grondslag is bepaald, art. III-15). Ook de in paragraaf 6.7.3 besproken toezichtbevoegdheden bieden even zovele wettelijke grondslagen voor methoden van informatievergaring.

Zoals in paragraaf 6.7.2.3 al werd aangegeven, is in de *ReNEUAL Model Rules* een specifieke grond voor bewijsuitsluiting opgenomen. Indien de *privilege against self-incrimination* of het *legal professional privilege* zijn geschonden bij de informatievergaring, mag de daarmee verkregen informatie niet als bewijs worden gebruikt indien deze informatie '*could have had an impact on the content of the decision*' (art. III-14, tweede lid). Op de onzekerheden over de precieze reikwijdte van het Unierechtelijke *privilege against self-incrimination* is al in paragraaf 6.7.2.3 ingegaan. Als dat beginsel is geschonden, dan geldt in het Nederlandse bestuursrecht voor de uitsluiting van bewijs het 'zozeer indruist'-criterium.[110] Op grond hiervan wordt bewijs uitgesloten als de wijze van verkrijging – kort gezegd – te zeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht.[111] Aan dit criterium is voldaan als bij het uitvoeren van het onderzoek fundamentele rechten, in het bijzonder het zwijgrecht of het huisrecht, zijn geschonden,[112] en als de onderzoeksbevoegdheden, die een ernstige inbreuk maken op het recht op privéleven van art. 8 EVRM, worden ingezet zonder wettelijke grondslag.[113] Wij kennen geen voorbeelden van rechtspraak waarin het schenden van het *legal professional privilege* leidde tot uitsluiting van bewijs. In aanvulling op voorgaande heeft de ABRvS (grote kamer) bepaald dat een verklaring die betrokkene heeft afgelegd onder dwang van de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb of omdat ten onrechte geen cautie is gegeven, (in beginsel) niet kan worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag zijn gelegd.[114] Hoewel de Afdeling dit niet met zoveel woorden zegt,

110 Vergelijk Y.E. Schuurmans, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht', *AA* 2017, p. 388-399.

111 HR 1 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028 (Zwartrijder).

112 CBb 26 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:343 (schending cautieplicht); ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1163 (huisrecht).

113 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947 (peilbaken); HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286.

114 ABRvS (grote kamer) 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, punten 7.2 en 7.3. De frase 'in beginsel' staat bewust tussen haakjes, omdat de Afdeling haar wel heeft opgenomen in punt 7.2, in verband met de bewijsuitsluiting omdat ten onrechte de cautie niet is verleend, maar niet in punt 7.3, in verband met de uitsluiting van verklaringen die onder dwang zijn afgelegd.

kan deze regel volgens ons worden beschouwd als een toepassing van het 'zozeer indruist'-criterium, in die zin dat bij deze schendingen van het *nemo tenetur*-beginsel aan dat criterium is voldaan.

Vergelijkt men de *ReNEUAL Model Rules* met de Nederlandse rechtspraak, dan biedt die rechtspraak ons inziens iets meer bescherming. Volgens de rechtspraak moet bewijs dat is vergaard op een wijze die aan het 'zozeer indruist'-criterium voldoet, zonder meer worden uitgesloten. Bij schending van het *nemo-tenetur*-beginsel is aan dit criterium voldaan. Volgens de Afdelingsformule kan een verklaring die als gevolg van zo'n schending is afgelegd, niet worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag zijn gelegd, en wordt die verklaring in zoverre dus ook uitgesloten. Op grond van de *ReNEUAL Model Rules*, zoals wij die lezen, wordt bewijs wegens schending van het beginsel pas uitgesloten, als het '*impact*' zou kunnen hebben gehad op de inhoud van het besluit. Nu zal naar Nederlands recht gewoonlijk de vraag naar de wijze van bewijsverkrijging pas van belang worden, als dat bewijs ook van invloed is op de besluitvorming. Zo bezien zijn er geen grote verschillen. Toch kan, wanneer het gaat om bijkomend bewijs, dit verschil van belang zijn. Op grond van de *ReNEUAL Model Rules* kan bewijs dat als zodanig geen '*impact*' heeft, mogelijk wel worden gebruikt om ander (wel rechtmatig verkregen) bewijs voor een besluit te versterken. Naar Nederlands recht moet het worden uitgesloten, met als gevolg dat er misschien toch nog te weinig bewijs overblijft.

De *ReNEUAL Model Rules* laten zien dat bewijs en rechten van de verdediging nauw met elkaar verbonden zijn. Bij belastende besluiten is het kunnen aanvechten van de vastgestelde feiten van groot belang. Daarbij horen rechten om in de besluitvormingsprocedure tegenbewijs te kunnen inbrengen. Zoals hiervoor is aangegeven, voldoet het Nederlandse recht in de praktijk veelal wel aan de *ReNEUAL Model Rules*. Er zijn kleine verschillen, zoals met betrekking tot getuigen, deskundigen en bewijsuitsluiting, maar het Nederlandse bestuursrecht biedt niet minder waarborgen. In Nederland zijn de waarborgen echter niet gecodificeerd, maar het product van rechtersrecht, dat uiteen kan lopen en gemakkelijk aan verandering onderhevig is. Het voorbeeld van de *ReNEUAL Model Rules* biedt aanknopingspunten om bepaalde minimumwaarborgen te codificeren. Dat geldt bijvoorbeeld voor de bewijsuitsluiting bij schending van het *nemo tenetur*-beginsel of het *legal professional privilege*, waarbij wij wel een voorkeur hebben voor de door de Afdeling gehanteerde formulering boven die van de *ReNEUAL Model Rules*.

6.9 Conclusies en aanbevelingen

Wat levert bestudering van de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel over *single case decision-making* op voor de regeling daarvan in de Awb? Bezinning op de Awb-relevantie van deze Europese regels laat zien dat daarin soms zaken en standaarden wettelijk worden geregeld die wij in Nederland beschouwen als een verstandige of burger- en bedrijfsvriendelijke praktijk, en soms eerder aanmerken als bestuurlijke behoorlijkheidsnormen dan als 'harde' rechtsnormen. Tegelijkertijd roept dat weer de vraag op of deze normen, als ze toch al bestendige praktijk zijn of zouden moeten zijn, geen regulering in de Awb verdienen.

De *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel hebben een ander uitgangspunt dan de Awb. Waar de Awb uitgaat van de plichten van het bestuursorgaan, gaan die

voorstellen uit van de positie van de burger. Daardoor ligt de nadruk op de rechten van die burger op de deelname aan de besluitvorming en op de transparantie van die besluitvorming. Dit maakt dat bepaalde onderdelen van de besluitvormingsprocedure anders van opzet zijn: de burger heeft rechten, die het bestuur moet respecteren en ondersteunen. Ook zijn de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel sterk georiënteerd op tweepartijenverhoudingen.

De burgerinvalshoek betekent overigens niet dat de Europese regels alleen maar rechten voor burgers bevatten. Op onderdelen bevatten zij juist burgerplichten die in de Awb niet uitdrukkelijk worden geregeld of stellen zij op andere wijze grenzen aan de uitoefening van die rechten. Die grenzen, bijvoorbeeld ten aanzien van zinloze of 'misbruikelijke' aanvragen (zie hierna), dienen ook de effectiviteit van de procedure.

Met deze verschillen in het achterhoofd worden hierna zowel aanbevelingen gedaan voor de Awb (aanbeveling 1 t/m 10) als voor de *Model Rules* van *ReNEUAL* (aanbeveling 11 en 12).

Aanbeveling 1 (dienstbare overheid)
In hoofdstuk 2 Awb dient te worden bepaald dat het bestuur aanvragen niet onnodig formeel behandelt en administratieve lasten beperkt (paragraaf 6.4).

In de Awb moet conform de *ReNEUAL Model Rules* worden bepaald dat het bestuur aanvragen niet onnodig formeel behandelt en administratieve lasten beperkt (paragraaf. 6.4). Deze zogeheten 'paarsekrokodilbepaling' operationaliseert het recht op dienstbaar bestuur (zie paragraaf 3.8).

Aanbeveling 2 (dienstbare overheid)
De Awb moet voorzien in de aanwijzing van een zaaksambtenaar (paragrafen 6.4.2 en 6.6.2).

Conform de MR-regeling dient de Awb te voorzien in de aanwijzing van een zaaksambtenaar voor de behandeling van aanvragen. Deze is een persoonlijk aanspreekpunt voor de burger, verleent bijstand indien noodzakelijk, bewaakt de voortgang van de procedure en naleving van de procedurele rechten en is bijvoorbeeld ook verantwoordelijk voor de inhoud van het dossier. In dat kader kan hij of zij ook bewaken dat bepaalde vertrouwelijke gegevens niet ter inzage worden gegeven in geval van beperkte inzagerechten én dat daarbij een motivering wordt verstrekt. Een dergelijke ambtenaar past ook bij onze aanbeveling in verband met dienstbaar bestuur (paragraaf 3.8) en draagt bij aan de versterking van het vertrouwen tussen de burger en het bestuur.

Aanbeveling 3 (differentiatie van besluitvormingsprocedures en de rechten van verdediging)
In de Awb moet een gedifferentieerde regeling van de voorbereiding van de besluitvorming in primo worden opgenomen (paragraaf 6.5.4.2).

De Awb moet wat betreft de voorbereiding van de besluitvorming *in primo* differentiëren tussen complexe en andere besluiten binnen de reikwijdte van het Unierecht enerzijds en (veelal digitaal genomen) massabesluiten anderzijds. Voor de eerste

groep besluiten moet in de Awb een regeling worden opgenomen die voldoet aan de Unierechtelijke verdedigingsrechten die ook zijn gecodificeerd in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel. In die procedure heeft de betrokkene het recht te worden gehoord over een voorgenomen besluit, en gelden voor dat horen diverse accessoire rechten (zie hierna). Als een besluit deze procedure heeft doorlopen kan de bezwaarprocedure worden overgeslagen. Voor massabesluiten volstaat de voorbereidingsprocedure van afdeling 4.1.2 Awb (en de daarin geldende beperkte hoorplicht), en worden de EU-rechten van verdediging pas volledig gerealiseerd in de bezwaarprocedure. Als de belanghebbende bezwaar maakt, moet, in aanvulling op diens recht om een voorlopige voorziening te verzoeken, het bestuursorgaan de bevoegdheid hebben om de werking van het besluit op te schorten als er redenen zijn om aan de rechtmatigheid ervan te twijfelen of indien de belanghebbende onherstelbare schade dreigt te lijden.

Aanbeveling 4 (differentiatie van besluitvormingsprocedures en de rechten van verdediging)
In de procedure voor complexe besluiten moeten de rechten van verdediging wat betreft het horen en de inzage in het dossier ten volle worden gerealiseerd (paragrafen 6.5.4.2; 6.5.5; 6.6.5; 6.8.2).

In de procedure voor complexe en andere besluiten binnen de werkingssfeer van het Unierecht moeten de EU-rechten van verdediging volledig worden gerealiseerd. Dat is ook wenselijk in verband met de samengestelde besluitvorming, omdat anders de Nederlandse gebreken op dit punt moeten worden hersteld door de EU-autoriteit. 'Volledig' betekent dat de belanghebbenden het recht hebben om te worden gehoord over het voorgenomen besluit, dat zij ter voorbereiding daartoe inzage hebben in het dossier voor zover dat ten grondslag ligt aan het voorgenomen besluit, dat zij voldoende tijd hebben om de hoorzitting voor te bereiden, dat zij getuigen en deskundigen kunnen meenemen, dat getuigen en deskundigen verplicht zijn om te verklaren et cetera. Wel zouden de regels een mogelijkheid moeten bieden voor een beperkte inzage van bedrijfsvertrouwelijke informatie.

Aanbeveling 5 (regeling van bewijsrecht)
De Europese voorstellen bieden inspiratie voor een Awb-hoofdstuk over bewijs in de bestuurlijke fase. Onderwerpen die daarin een plek zouden kunnen krijgen zijn: de burgerplicht om medewerking te verlenen bij de feitenvergaring (paragraaf 6.5.2.3); de opinion over de aan te leveren gegevens (paragraaf 6.5.2.4), getuigen en deskundigen als bewijsmiddel (paragraaf 6.8.2) en de bewijsuitsluiting bij schending van het zwijgrecht (paragraaf 6.8.3).

De Europese voorstellen bieden inspiratie voor een regeling in de Awb van diverse aspecten van bewijsrecht in de bestuurlijke fase. Dat betreft in de eerste plaats de burgerplicht om medewerking te verlenen bij de feitenvergaring. In Nederland geldt die regel ook op grond van de rechtspraak en de bijzondere wetgeving. In de Awb is die verplichting, waarop de burger wel afgerekend wordt, nogal onzichtbaar. Dat zou anders moeten. In de tweede plaats bevatten de *ReNEUAL Model Rules* een instrument, de *opinion*, waarmee het bestuur op verzoek van de aanvrager vooraf

duidelijkheid moet scheppen over welke feiten en gegevens deze precies moet aanleveren. Dit instrument zou in Nederland ook moeten worden geregeld voor de complexe aanvragen. Ten derde bieden de *ReNEUAL Model Rules* en in minder mate ook het EP-voorstel een goed voorbeeld hoe ook in Nederland verklaringen van deskundigen en getuigen als bewijsmiddel in de bestuurlijke fase zouden kunnen worden geregeld. Ten slotte bevatten zij een regeling van bewijsuitsluiting in het geval van schending van het zwijgrecht en het *legal professional privilege*, die met een beperkte aanpassing in de Awb zou kunnen worden opgenomen.

Aanbeveling 6 (het nalevingstoezicht)
In de Awb zou moeten worden bepaald dat een toezichthouder zijn bevoegdheden pas kan uitoefenen na een schriftelijke notificatie van de redenen van het toezicht en dat hij van zijn bevindingen rapport opmaakt (paragraaf 6.7.2.4).

Volgens de *ReNEUAL Model Rules* kunnen inspecteurs hun bevoegdheden pas uitoefenen na het tonen van een schriftelijke autorisatie waaruit hun identiteit en positie blijkt en van een schriftelijke notificatie van de start van de activiteit, die duidelijke informatie bevat over onder meer de reden van het toezicht. Ook moet zij contactinformatie van de verantwoordelijke ambtenaar bevatten en een beschrijving van het vervolg. Bovendien moet van de inspectiebevindingen een rapport worden opgemaakt. Dat alles lijken ons welkome aanvullingen voor de Awb, die nu slechts bepaalt dat de toezichthouder een legitimatiebewijs bij zich draagt dat hij desgewenst toont.

Aanbeveling 7 (het nalevingstoezicht)
In titel 5.2 Awb zou de verzegelingsbevoegdheid als standaardbevoegdheid van een toezichthouder kunnen worden opgenomen (paragraaf 6.7.2.4).

Volgens de *ReNEUAL Model Rules* is de bevoegdheid tot verzegeling een van de middelen waarmee de inspecties kunnen worden uitgeoefend. In het standaardpakket van toezichtbevoegdheid van titel 5.2 ontbreekt deze bevoegdheid, hoewel daaraan in de praktijk behoefte bestaat. Daarom zou deze bevoegdheid ook in de Awb kunnen worden opgenomen.

Aanbeveling 8 (varia)
De Awb moet voorzien in de mogelijkheid van een collectieve vertegenwoordiger bij massaprocedures (paragraaf 6.4.3).

Een nuttige MR-aanvulling voor de Awb is dat bestuursorganen bij massaprocedures de bevoegdheid krijgen om een collectieve vertegenwoordiger voor alle partijen aan te wijzen. Voordat het orgaan daartoe kan overgaan, krijgen partijen zelf de mogelijkheid om iemand aan te wijzen. Deze uit het Duitse *Verwaltungsverfahrensgesetz* overgenomen mogelijkheid bevordert een efficiënte afdoening van zaken, zonder dat de belangen van individuele partijen in het gedrang komen.

Aanbeveling 9 (varia)
In de Awb moet een regeling worden opgenomen voor zinloze aanvragen en voor aanvragen die kunnen worden aangemerkt als misbruik van recht (paragraaf 6.4.4).

In de Awb zou conform de *ReNEUAL Model Rules* een regeling moeten worden opgenomen voor zinloze aanvragen en aanvragen die zo vaak worden herhaald dat zij kunnen worden aangemerkt als misbruik van recht. Op grond daarvan zouden zinloze aanvragen niet-ontvankelijk moeten kunnen worden verklaard zonder dat de betrokkene de mogelijkheid voor herstel behoeft te worden geboden. Op 'misbruikelijke' aanvragen behoeft het bestuursorgaan überhaupt niet te reageren. Aldus wordt de door de rechtspraak gecreëerde mogelijkheid om misbruik van recht te bestrijden, van een wettelijke basis voorzien.

Aanbeveling 10 (varia)
De Awb zou aanvullende regels moeten bevatten in verband met internetconsultaties in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (paragraaf 6.5.6).

De uniforme openbare voorbereidingsprocedure is nu nog niet volledig ingericht op elektronisch verkeer tussen het bestuur en de burger. Deels kan deze communicatie binnen de huidige regels wel plaatsvinden. Zo kunnen, als de elektronische weg is geopend, zienswijzen per e-mail worden ingediend. Er worden echter, anders dan in de *ReNEUAL Model Rules*, geen eisen gesteld aan de wijze van presenteren van het ontwerp en de stukken op een website en evenmin ten aanzien van het tonen van de zienswijzen van anderen. Op deze punten zou de Awb moeten worden aangevuld.

Aanbeveling 11 (aanbevelingen voor ReNEUAL en het EP-voorstel)
De ReNEUAL Model Rules en het EP-voorstel moeten procedurele rechten in de voorbereidingsprocedure niet slechts toekennen aan de party, maar – conform de Awb – aan de belanghebbenden, inclusief rechtspersonen die een algemeen of collectief belang behartigen (paragraaf 6.3).

De Europese voorstellen kennen procedurele rechten in de voorbereidingsprocedure alleen toe aan de *party*. Dat begrip is zodanig gedefinieerd dat derden voor wie een voorgenomen besluit begunstigend is en rechtspersonen die een algemeen of collectief belang behartigen, zijn uitgesloten. Dat achten wij een onwenselijke beperking die er bovendien toe kan leiden dat de kring van betrokkenen in de voorfase beperkter is dan die in de rechterlijke fase. Op dit punt zouden de Europese voorstellen inspiratie kunnen ontlenen aan het Awb-belanghebbende-begrip.

Aanbeveling 12 (aanbevelingen voor ReNEUAL en het EP-voorstel)
De ReNEUAL Model Rules moeten worden aangevuld met een boek over bestuurlijke sancties (paragraaf 6.7.3).

In een volgende tranche zouden de *ReNEUAL Model Rules* moeten worden aangevuld met een boek over bestuurlijke sancties. Dat boek moet in elk geval een regeling bevatten over de last onder dwangsom, de bestuurlijke boete en een aantal andere maatregelen, in het bijzonder de intrekking, en de publicatie van overtredingen, namen van overtreders en opgelegde sancties. Voor bestraffende sancties, in het

bijzonder de bestuurlijke boete, moeten extra waarborgen worden voorgeschreven. Gelet op de regeling van de Awb kan worden gedacht aan de cautie, de wettelijke regeling van het boetemaximum, bepalingen betreffende de evenredigheid en bepalingen die de cumulatie van sancties uitsluiten of beperken. Deze regels kunnen in die sectorale EU-regelgeving, waarin de betreffende sancties voorkomen, van toepassing worden verklaard.

7 Intrekking van besluiten[1]

7.1 Inleiding

7.1.1 *Aanleiding en opzet*

In zowel de *ReNEUAL Model Rules* als in het EP-voorstel worden diverse onderwerpen geregeld die in de Awb weinig of geen aandacht hebben gekregen. Een van die onderwerpen is het intrekken van besluiten; een onderwerp dat – in de woorden van advocaat-generaal Colomer – datgene samenbrengt wat 'waarschijnlijk het meest ingewikkelde dilemma in elk rechtssysteem is: het streven tussen het verlangen naar gerechtigheid en de behoefte aan zekerheid'.[2] Zoals nader wordt besproken in paragraaf 7.3.1, is – naast het gebrek aan politieke prioriteit – de ingewikkeldheid van het onderwerp als reden genoemd waarom in de Awb geen algemene regeling over het intrekken van besluiten voorhanden is. In die zin loopt de Awb achter op de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel en ook op andere EU-lidstaten die over een algemene wet bestuursrecht beschikken.[3] Wat betreft beide voorstellen komt uitdrukkelijk naar voren dat het gelet op de beginselen van legaliteit, rechtszekerheid en vertrouwen wenselijk is om tot een intrekkingsregeling over besluiten te komen. De intrekking van besluiten betreft een publiekrechtelijke bevoegdheid die veelal ingrijpende gevolgen heeft voor de verkregen rechten van particulieren.

De hierboven genoemde voorstellen voor een Ewb – en als onderdeel daarvan: een intrekkingsregeling – richten zich primair tot het directe bestuur door de EU-instellingen, organen en instanties (het EU-bestuur). In de eerste twee hoofdstukken van dit rapport is echter aangegeven dat dit niet betekent dat die voorstellen geen invloed op het recht van de lidstaten (kunnen) hebben. Ook wat betreft de intrekking van besluiten is het niet uitgesloten dat een zogeheten schaduwwerking ontstaat.[4] Bepaalde intrekkingsregels uit de voorstellen voor een Ewb kunnen immers worden overgenomen in toekomstige sectorale secundaire EU-regels. Daarmee worden zij binnen het kader van die regels van toepassing op (de organen van) de lidstaten die deze secundaire EU-regels uitvoeren.

---

1 Deels eerder gepubliceerd als J.E. van den Brink & R. Ortlep, 'Europese wet bestuursrecht: inspiratie voor intrekkingsregeling besluiten in de Awb?', NTB 2019/39, p. 393-401.

2 A-G Colomer voor HvJ EG 14 september 1999, AssiDomän Kraft, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:36.

3 Zie bijvoorbeeld voor Duitsland § 48 en §49 *Bundesverfahrensgesetz* en voor Frankrijk art. L241 e.v. *Code des relations entre le public et l'administration*.

4 Vergelijk de zojuist genoemde twee hoofdstukken van dit rapport.

De intrekkingsregelingen uit de voorstellen voor een Ewb zijn gebaseerd op de rechtspraak van het HvJ EU met betrekking tot het intrekken van EU-besluiten en die rechtspraak is weer geïnspireerd door het recht van de lidstaten over het intrekken van nationale besluiten.[5] De rechtspraak van het Hof heeft tevens model gestaan voor enkele specifieke EU-intrekkingsregelingen (opgenomen in verordeningen en richtlijnen) en komt ook terug in de rechtspraak van het Hof waar het gaat om de vraag in hoeverre het EU-recht verplicht tot het intrekken van een met dat recht strijdig nationaal besluit. In het kader van dit rapport en hoofdstuk is het niet mogelijk om al deze lijnen uitvoerig te bespreken en zijn keuzes tot afbakening noodzakelijk. Vanwege het feit dat de intrekkingsregelingen uit de voorstellen voor een Ewb de rechtspraak over het intrekken van EU-besluiten hebben geabsorbeerd, wordt die rechtspraak niet besproken.[6] Verder hebben wij ons wat betreft het bijzondere bestuursrecht beperkt tot het subsidierecht. De rechtvaardiging hiervoor is dat de Awb daarover wel een (specifieke) intrekkingsregeling kent en het subsidierecht een belangrijke rol speelt in de rechtspraak over de vraag in hoeverre het EU-recht verplicht tot het intrekken van een met dat recht strijdig nationaal besluit. Die rechtspraak wordt besproken, omdat deze van invloed is op het nationale bestuursrecht met betrekking tot het intrekken van besluiten. Nadat wij het voorgaande hebben behandeld, komen wij toe aan het bespreken op welke onderdelen de Awb inspiratie kan ontlenen aan de intrekkingsregelingen uit de voorstellen voor een Ewb. Hieruit volgt de laatste beperking van het onderhavige hoofdstuk, namelijk dat wij niet ingaan op alle factoren die blijkens het nationale (on)geschreven recht en de rechtspraak van belang zijn voor het intrekken van besluiten.[7]

7.1.2 *Definiëring*

Naast de algemenere begrippen als 'besluit', 'bestuursorgaan', 'belanghebbende' ('partijen'), worden in dit hoofdstuk enkele specifiekere begrippen gehanteerd die

---

5 Vergelijk reeds HvJ 12 juli 1957, Algera, gevoegde zaken 7/56 en 3/57-7/57, ECLI:EU:C:1957:7. Zie hierover P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 607 e.v.; P. Craig e.a. (red.), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 136-137; J.P. Schneider, 'The ReNEUAL Codification Project – Book III', in: M. Ruffert (red.), *The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication*, Groningen: Europa Law Publishing 2016, p. 1-15, i.h.b. p. 12-13.

6 Vergelijk Craig 2018, p. 607 e.v.; N.A. de Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 142 e.v.; R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 88 e.v.; N.H.A. Gorissen, *Gewekt vertrouwen in Europees perspectief*, Amersfoort: Sdu 2008, p. 272 e.v. Zie C. Voß, *Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zu Gunsten des unionsrechtlichen 'effet utile'?*, Baden-Baden: Nomos 2019; D. Schroeder, *Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG im Vergleich zu denen von Verwaltungsakten nach deutschem Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 2006; J. Raitio, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht: Kluwer Law International 2003; S. Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2000; S. Schønberg, 'Legal Certainty and Revocation of Administrative Decisions: a Comparative Study of English, French, and EC Law', in: P. Eeckhout & T. Tridimas (red.), *Yearbook of European Law 1999-2000*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 257-298.

7 Hierover is immers een proefschrift te schrijven. Vergelijk Ortlep 2011; B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2016.

veelvuldig terugkomen. De laatstgenoemde begrippen worden niet gedefinieerd in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel. Derhalve is het van belang om op deze plek aan te geven wat daaronder wordt verstaan.[8]

In de eerste plaats verstaan wij onder het begrip 'intrekking': het door een rechtshandeling rechtens tenietdoen van een andere rechtshandeling. Gaat het om intrekking met terugwerkende kracht, dan wordt gesproken van 'intrekking *ex tunc*'. Voor intrekking voor het toekomende, wordt 'intrekking *ex nunc*' gehanteerd.[9] De omschrijving van deze begrippen geeft weinig aanleiding tot discussie. Met betrekking tot het begrip 'intrekking' zijn niettemin verschillende variaties te bedenken, zoals het 'wijzigen'. In de literatuur – en zo ook hier – wordt veelal volstaan met de bespreking van de intrekking met daarbij de opmerking dat wat daarover is gezegd *mutatis mutandis* geldt voor de wijziging. Het is verder van belang om de zojuist genoemde begrippen te relateren aan het begrip 'heroverwegen'. Bij het door een rechtshandeling rechtens tenietdoen van een andere rechtshandeling is sprake van een – al dan niet expliciet tot uitdrukking komende – tweetrapsraket, te weten de beslissing tot het heroverwegen van een eerdere rechtshandeling en de beslissing tot de daadwerkelijke intrekking. Het heroverwegen betekent evenwel niet automatisch dat een besluit wordt ingetrokken, maar slechts dat inhoudelijk wordt bekeken of daarvoor aanleiding bestaat.

Zowel met betrekking tot de *ReNEUAL Model Rules* als het EP-voorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen de intrekking van rechtmatige en onrechtmatige besluiten, maar er wordt niet uiteengezet wat daaronder moet worden verstaan. Hier gaan wij ervan uit dat met een onrechtmatig besluit wordt gedoeld op de situatie dat het besluit onjuist is. Den Ouden schrijft dat daarvan sprake is wanneer het bestuursorgaan de relevante feiten niet, onvoldoende of verkeerd heeft vastgesteld, het relevante (Europees of nationaal) recht onjuist heeft toegepast of niet heeft besloten conform geldend beleid, en zodoende een bij nader inzien onrechtmatig besluit heeft genomen.[10]

In overeenstemming met het Nederlandse recht en het EU-recht, vergelijk hieronder, wordt in dit hoofdstuk 'intrekking' onderscheiden van 'rectificeren'. Het laatste betreft namelijk geen intrekking, in de zin dat door een rechtshandeling een andere rechtshandeling teniet wordt gedaan. Bij het rectificeren van een besluit gaat het om een kennelijke fout die eenvoudig herstelbaar is. Het rectificeren van die rechtshandeling bewerkstelligt niet dat zij wordt ingetrokken; de rectificatie wordt door het daartoe bevoegde orgaan aangebracht op een oorspronkelijk besluit en dat

8 Voor de nu volgende definities zie onder meer Ortlep 2011, i.h.b. hoofdstuk 1 en 4. Verder De Kam 2016.

9 Gaat het om een besluit waarmee een recht is toegekend, dan zou gezegd kunnen worden dat het bij intrekking *ex nunc* gaat om de ontneming van de toekenning van een recht en bij intrekking *ex tunc* om de ontneming van een toegekend recht. Daarmee in overeenstemming kan in het geval van intrekking *ex nunc* gesproken worden van 'opzegging' en in het geval van intrekking *ex tunc* van 'ongedaanmaking'.

10 W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 689-715, i.h.b. p. 696. Vergelijk K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'Het intrekken en wijzigen van onjuiste besluiten: niet alles in één keer goed', in: M. Herweijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed*, Deventer: Kluwer 2005, p. 305-323, i.h.b. p. 306.

dient dan met inachtneming van de rectificatie gelezen te worden. Een beslissing tot rectificatie deelt daarmee in het lot van een oorspronkelijk besluit indien daartegen in rechte wordt opgekomen.

Andere begrippen die in dit hoofdstuk terugkomen, zijn: 'belastend besluit' en 'begunstigend besluit'.[11] Deze kwalificaties zeggen iets over de rechtsgevolgen van een besluit voor een belanghebbende, dat wil zeggen de normadressaat. Van een 'begunstigend besluit' is sprake als het rechten of aanspraken geeft die er zonder dat besluit niet zouden zijn of als het reeds bestaande lasten verlicht of een dreigende last voorkomt. Een 'belastend besluit' betekent dat door een dergelijk besluit een last wordt opgelegd die er tevoren niet was of waardoor niet (langer) een verlangde begunstiging wordt toegestaan. Met betrekking tot het voorgaande wordt benadrukt dat een besluit zowel belastend als begunstigend kan zijn en dat wat door de één als begunstigend door een ander als belastend kan worden ervaren.

7.2 Ewb: intrekkingsregelingen

7.2.1 *Inleiding*

In deze paragraaf wordt de regeling over de intrekking van besluiten besproken zoals deze is neergelegd in de *ReNEUAL Model Rules* (paragraaf 7.2.2) en in het EP-voorstel (paragraaf 7.2.3).

7.2.2 *ReNEUAL Model Rules*

7.2.2.1 *Inleiding*

In boek III, hoofdstuk 6, van de *ReNEUAL Model Rules* is een regeling over de intrekking van besluiten te vinden (art. III-35 en III-36). Art. III-35 bevat een regeling voor de intrekking van belastende besluiten.[12] Art. III-36 ziet op de intrekking van begunstigende besluiten.[13] Het kan bij beide bevoegdheden zowel gaan om een gehele intrekking van het besluit, als om alleen het wijzigen van bepaalde aspecten van het besluit die niet kunnen worden gekwalificeerd als kennelijke fouten. De kennelijke fout wordt bestreken door art. III-34.[14] Het gebruik van het woordje '*may*' in zowel art. III-35 als art. III-36 geeft aan dat de bevoegde autoriteit[15] een discretio-

11 Vergelijk De Kam 2016, p. 57 e.v.

12 De *ReNEUAL Model Rules* spreken van '*decisions that have an adverse effect*'.

13 De *ReNEUAL Model Rules* spreken van '*decisions that have a beneficial effect*'.

14 Art. III-34 luidt als volgt: '*The public authority that adopted a decision may at any time correct typographical mistakes, errors in calculation and similar obvious inaccuracies in a decision.*'

15 De Engelse tekst spreekt van '*public authority*'. In art. I-4(7) van de *ReNEUAL Model Rules* worden '*public authorities*' gedefinieerd als: '*EU authorities according to paragraph 5 and Member States' authorities, insofar as these model rules apply to them*'. In art. III 2(2) van de *ReNEUAL Model Rules* wordt '*public authority*' voor de doelstellingen van boek III gedefinieerd als '*an EU authority, and a Member State authority under the conditions specified in Article III-1(2)*'. Ingevolge art. III-1(2) is boek III van de *ReNEUAL Model Rules* van toepassing op de administratieve procedures waarin een autoriteit van de lidstaat een besluit voorbereidt en neemt, voor zover in de Unierechtelijke sectorale regelingen boek III van toepassing wordt verklaard, of voor zover een lidstaat ervoor kiest boek III toe te passen. Blijkens de toelichting op art. III-1(2) kan het bij een '*public authority*' ook gaan om een

naire bevoegdheid heeft om een besluit in te trekken. Zij is dus niet tot intrekking verplicht.[16]

7.2.2.2 Intrekking belastend besluit

Art. III-35 ziet op de intrekking van belastende besluiten. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen onrechtmatige en rechtmatige besluiten. Ingevolge het eerste lid is de bevoegde autoriteit bevoegd om een onrechtmatig belastend besluit in te trekken. Deze intrekking heeft terugwerkende kracht (*ex tunc*). Ingevolge het tweede lid is de bevoegde autoriteit tevens bevoegd om een rechtmatig belastend besluit in te trekken. In dat geval heeft de intrekking evenwel geen terugwerkende kracht, maar werkt zij slechts naar de toekomst (*ex nunc*).

In het derde lid van art. III-35 is geregeld dat de bevoegde autoriteit de voormelde bevoegdheden tot intrekking zowel ambtshalve mag uitoefenen als op verzoek van een partij[17] die door het besluit in negatieve zin wordt geraakt. Voorts mogen rechtmatige en onrechtmatige belastende besluiten ook worden ingetrokken als zij inmiddels in rechte onaantastbaar zijn.[18] Op grond van het vierde lid is de bevoegde autoriteit gehouden om bij de uitoefening van de voormelde bevoegdheden rekening te houden met het effect van de intrekking op '*other parties*' en '*third parties*'.[19] In het vijfde lid is geregeld dat de intrekking op grond van deze bepaling een '*administrative procedure*' is als bedoeld in art. I-4(2). Art. I-4(2) definieert '*administrative procedure*' als '*the process by which a public authority prepares and formulates administrative action as defined in paragraph (1) lit. a to c*'. Het vijfde lid zorgt er derhalve voor dat de procedurele regels uit boek III tevens moeten worden toegepast op de totstandkoming van de intrekking van een belastend besluit. Het betreft hier de ook in het Nederlandse bestuursrecht bekende leer van de *actus contrarius*, in de zin dat, tenzij de wet anders voorschrijft, het intrekken van een besluit volgens dezelfde procedure tot stand dient te komen en aan dezelfde formaliteiten onderworpen dient te zijn als bij het tot stand komen van een in te trekken besluit (vergelijk paragraaf 7.3.1).

7.2.2.3 Intrekking begunstigend besluit

In art. III-36 is de intrekking van begunstigende besluiten geregeld. Ook in dat artikel wordt een onderscheid gemaakt tussen onrechtmatige en rechtmatige besluiten. De bevoegdheid om een onrechtmatig begunstigend besluit in te trekken is neergelegd in het eerste lid van art. III-36. Voor deze bevoegdheid geldt dat deze zowel

---

'*private body fulfilling a public function, if it is entrusted with the power to take a decision, in the sense of Article III-2(1)*'.

16 In de toelichting (Craig e.a. 2017, p. 136) wordt opgemerkt: '*Even in the case of an unlawful decision that has an adverse effect, the authority is not strictly obliged to withdraw that decision but has been left with discretion.*'

17 Art. III-2(3) definieert het begrip '*party*' als '*the addressee of the intended decision and other persons who are adversely affected by it and who request to be involved in the procedure. EU sector-specific law may assign the status of party to persons not adversely affected*'.

18 Art. III-35, derde lid, *ReNEUAL model rules* formuleert het als volgt: '*The power may be exercised outside the time-limits for legal challenge*'.

19 Wij gaan ervan uit dat het bij '*other parties*' en '*third parties*' gaat om anderen dan de normadressaat van het besluit. Ons is niet duidelijk wat precies het verschil is tussen '*other parties*' en '*third parties*'. De toelichting biedt op dit punt geen uitsluitsel.

ambtshalve als op verzoek van een andere partij kan worden uitgeoefend. Voorts mag een onrechtmatig begunstigend besluit ook worden ingetrokken als het in rechte onaantastbaar is.

In het tweede lid van art. III-36 wordt voorgeschreven dat de bevoegde autoriteit bij het besluit om een onrechtmatig begunstigend besluit in te trekken, rekening dient te houden met de mate waarin een partij de gerechtvaardigde verwachting heeft dat het besluit rechtmatig was en de mate waarin een partij daarop heeft vertrouwd. Deze omstandigheden dienen ook mee te wegen bij de vraag – wanneer eenmaal is besloten het besluit in te trekken – of de intrekking terugwerkende kracht heeft dan wel uitsluitend naar de toekomst werkt. Blijkens de toelichting is hierbij een aantal omstandigheden relevant. In de eerste plaats de mate waarin het duidelijk is dat het besluit onrechtmatig is. In de tweede plaats of de begunstigde het onrechtmatig begunstigend besluit heeft verkregen door onjuiste of incomplete informatie. In de derde plaats in hoeverre de begunstigde onomkeerbare investeringen heeft gedaan omdat hij heeft vertrouwd op het besluit.[20]

Vergeleken met de bevoegdheid tot het intrekken van een onrechtmatig begunstigend besluit, zijn de mogelijkheden om een rechtmatig begunstigend besluit in te trekken beperkt.[21] De gedachte is dat begunstigden nu eenmaal meer gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontlenen aan een rechtmatig dan aan een onrechtmatig besluit. De bevoegdheid tot intrekking van een rechtmatig begunstigend besluit kan daarom uitsluitend onder bepaalde voorwaarden worden uitgeoefend buiten de termijnen die openstaan voor de rechtsbescherming. Hoewel de tekst niet helemaal duidelijk is, lijkt het om alternatieve voorwaarden te gaan. In de eerste plaats kan een rechtmatig begunstigend besluit worden ingetrokken wanneer dat is toegestaan in sectorspecifieke Unierechtelijke wetgeving. In de tweede plaats is intrekking van een rechtmatig begunstigend besluit mogelijk wanneer de partij tot wie dat besluit is gericht niet of niet binnen de daarvoor gestelde termijn voldoet aan een verplichting die is neergelegd in dat besluit. Volgens de toelichting gaat het hierbij om een voorwaarde die is ontwikkeld door het HvJ EU met betrekking tot het intrekken van EU-besluiten.[22] In de derde plaats kan de bevoegde autoriteit een rechtmatig begunstigend besluit intrekken om zo ernstige schade te voorkomen of teniet te doen.

Deze derde voorwaarde is geïnspireerd door het Duitse bestuursrecht.[23] De bevoegde autoriteit zal op aanvraag het nadeel vergoeden dat de partij lijdt ten gevolge van het feit dat hij heeft vertrouwd op de continuïteit van een begunstigend rechtmatig besluit, voor zover dat vertrouwen bescherming verdient. Ook hier geldt dat de bevoegdheid tot intrekking zowel ambtshalve als op verzoek van een andere partij mag worden uitgeoefend. Opvallend is dat daarbij – anders dan bij de intrekking van een belastend besluit – niet wordt geëist dat deze partij in negatieve zin

20 Vergelijk Craig e.a. 2017, p. 136-137.
21 Zie art. III-36, derde lid, *ReNEUAL Model Rules*.
22 Vergelijk Craig e.a. 2017, p. 137.
23 Vergelijk *Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23 Januar 2003 (BGBl. I S. 102)*, dat laatstelijk door art. 3 *des Gesetzes vom 25 Juli 2013 (BGBl. I S. 2749)* gewijzigd is, § 49 (2) eerste zin no. 5 met (6) eerste zin.

door het begunstigend besluit wordt geraakt. Dit betekent bijvoorbeeld dat een partij die om intrekking van een subsidiebesluit verzoekt dat is gericht tot haar concurrent, niet hoeft aan te tonen dat dit subsidiebesluit ertoe leidt dat haar omzet daalt. Waarom bij de intrekking van een belastend besluit wel wordt geëist dat de verzoekend partij door dat besluit in negatieve zin wordt geraakt, wordt niet duidelijk.

De leden 4 tot en met 6 van art. III-36 hebben betrekking op zowel de intrekking van onrechtmatige begunstigende besluiten als op de intrekking van rechtmatige begunstigende besluiten. Ingevolge het vierde lid is de bevoegde autoriteit gehouden om bij het intrekken rekening te houden met het effect van de intrekking op andere partijen en op derde partijen. Op grond van het vijfde lid heeft de intrekking alleen terugwerkende kracht als dit geschiedt binnen een redelijke termijn. Blijkens de toelichting gaat het hier om een regel die is ontwikkeld door het HvJ EU in zijn rechtspraak over de intrekking van EU-besluiten. Volgens die rechtspraak gaat de redelijke termijn lopen op het moment dat het besluit aan de relevante partij wordt bekendgemaakt. De toelichting geeft aan dat voor een redelijke termijn is gekozen – en dus niet voor een vaste termijn van bijvoorbeeld een jaar – om de rechter de mogelijkheid te bieden om rekening te houden met de omstandigheden van het geval.[24] Het zesde lid is gelijkluidend aan het – hierboven besproken – vijfde lid van art. III-35: de ook in het Nederlandse bestuursrecht bekende leer van de *actus contrarius* (vergelijk paragraaf 7.3.1).

7.2.3 EP-voorstel

7.2.3.1 Inleiding

De intrekking van belastende en begunstigende besluiten is in het EP-voorstel geregeld in de art. 23 en 24. Art. 23 heeft betrekking op de intrekking van belastende besluiten en art. 24 op de intrekking van begunstigende besluiten. De kennelijke fout wordt geregeld in art. 22.[25]

Een in het oog springend verschil met de hierboven besproken *ReNEUAL Model Rules* is dat de bevoegde autoriteit in de meeste gevallen geen discretionaire bevoegdheid heeft het besluit al dan niet in te trekken. In plaats van het woord '*may*', dat wordt gebruikt in de *ReNEUAL Model Rules*, wordt in het EP-voorstel vrijwel steeds het woord '*shall*' gebruikt. De toelichting op het voorstel gaat helaas niet in op dit verschil, noch op de vraag waarom voor een gebonden bevoegdheid is gekozen. Een uitzondering bestaat voor de intrekking van rechtmatige begunstigende besluiten. In dat geval is wel sprake van een discretionaire bevoegdheid.

In art. 25 van het EP-voorstel is neergelegd dat de relevante bepalingen van de hoofdstukken III, IV en VI van dat voorstel (de verordening) ook van toepassing zijn op de intrekking van besluiten. Dat artikel zorgt ervoor dat allerlei procedurele waarborgen van toepassing zijn (de ook in het Nederlandse bestuursrecht bekende en hiervoor al vermelde leer van de *actus contrarius* (vergelijk paragraaf 7.3.1)).

---

24 Vergelijk Craig e.a. 2017, p. 137.

25 Hierin staat dat '*clerical, arithmetic or similar errors shall be corrected by the competent authority on its own initiative or following a request by the party concerned*'.

7.2.3.2 Intrekking belastend besluit

Op grond van het eerste lid van art. 23 is de bevoegde autoriteit[26] gehouden om ambtshalve dan wel op verzoek van de betrokken partij[27] een onrechtmatig belastend besluit in te trekken. Intrekking heeft terugwerkende kracht. Voor een rechtmatig belastend besluit geldt de verplichting tot intrekking op grond van art. 23, tweede lid, alleen wanneer de redenen die hebben geleid tot het desbetreffende besluit niet langer bestaan. In dat geval heeft de intrekking geen terugwerkende kracht, maar werkt deze alleen naar de toekomst. Ingevolge het derde lid heeft de intrekking pas effect wanneer deze aan de (betrokken) partij is bekendgemaakt. Het vierde lid regelt dat in gevallen waarin een besluit een partij benadeelt, maar tegelijkertijd voor andere partijen een begunstigend besluit inhoudt, een beoordeling dient plaats te vinden van de mogelijke impact op alle partijen. De conclusie van deze beoordeling dient te worden opgenomen in de motivering van het besluit tot intrekking.

7.2.3.3 Intrekking begunstigend besluit

Op grond van art. 24, eerste lid, is de bevoegde autoriteit gehouden om ambtshalve dan wel op verzoek van een andere partij een onrechtmatig begunstigend besluit in te trekken. Op grond van het tweede lid dient terdege rekening te worden gehouden met de gevolgen van de intrekking voor de partijen die gerechtvaardigd konden verwachten dat het besluit rechtmatig was. Wanneer dergelijke partijen door het vertrouwen op de rechtmatigheid van het begunstigend besluit schade lijden, dan zal de bevoegde autoriteit beoordelen of deze partijen recht hebben op een schadevergoeding. Intrekking van een onrechtmatig begunstigend besluit heeft, blijkens het derde lid, alleen terugwerkende kracht wanneer de intrekking geschiedt binnen een redelijke termijn. Wanneer een partij gerechtvaardigd kon vertrouwen op de rechtmatigheid van het besluit en heeft aangevoerd dat het in stand moet worden gelaten, dan heeft de intrekking ten opzichte van die partij geen terugwerkende kracht.

Het vierde lid van art. 24 regelt de intrekking van een rechtmatig begunstigend besluit, zowel ambtshalve als op verzoek van een andere partij. Als gezegd gaat het hier om een discretionaire bevoegdheid. Het intrekken van rechtmatige begunstigende besluiten is alleen mogelijk, en dan zonder terugwerkende kracht, wanneer de redenen die hebben geleid tot het desbetreffende besluit niet langer bestaan. Ook hier geldt dat terdege rekening dient te worden gehouden met de gerechtvaardigde verwachtingen van andere partijen en met een eventueel recht op schadevergoeding. Ingevolge het vijfde lid van art. 24 heeft de intrekking pas effect wanneer deze aan de partij is bekendgemaakt.

---

26 Het voorstel spreekt van '*competent authority*'. In art. 4, onder e wordt '*competent authority*' gedefinieerd als: '*the Union institution, body, office or agency or the entity therein or the holder of a position within the Union's administration which according to the applicable law is responsible for the administrative procedure*'.

27 Het begrip '*party*' wordt gedefinieerd in art. 4, onder f: '*any natural or legal person whose legal position may be affected by the outcome of an administrative procedure*'. Of onder 'betrokken partij' hetzelfde moet worden verstaan, wordt niet duidelijk.

7.3 Nederlands bestuursrecht

7.3.1 Inleiding

In de literatuur is het intrekken van besluiten veelvuldig benoemd als een van de fundamentele vragen van het bestuursrecht.[28] Er bestaat dan ook lang de wens om tot een algemene wettelijke regeling (in de Awb) te komen. Meer concreet is in de Awb een afdeling gereserveerd voor algemene regels over het intrekken van besluiten. Deze beoogde regeling valt samen met de – verdere – codificatie van het vertrouwensbeginsel. Zoals in de inleiding van het onderhavige hoofdstuk is opgemerkt, is – naast het gebrek aan politieke prioriteit – de ingewikkeldheid van het onderwerp als reden genoemd waarom dat tot nu toe niet is gebeurd. Ook in de nationale literatuur komt uitdrukkelijk naar voren dat het gelet op de beginselen van legaliteit, rechtszekerheid en vertrouwen wenselijk is om tot een intrekkingsregeling over besluiten te komen, aangezien het gaat om een publiekrechtelijke bevoegdheid die veelal ingrijpende gevolgen heeft voor de verkregen rechten van particulieren.[29]

Hoewel er geen algemene wettelijke regeling (in de Awb) is over het intrekken van besluiten, is voor bepaalde besluiten in de Awb en soms ook voor bepaalde besluiten in bijzondere wetgeving een intrekkingsregeling opgenomen.[30] Opvallend daarbij is dat in de regel geen, althans niet expliciet, onderscheid wordt gemaakt tussen intrekking van een belastend besluit en intrekking van een begunstigend besluit, intrekking van een rechtmatig besluit en intrekking van een onrechtmatig besluit, en intrekking *ex nunc* en intrekking *ex tunc*. Met het ontbreken van een algemene wettelijke regeling (in de Awb) over het intrekken van besluiten, is de leer van de *actus contrarius*, in de zin dat, tenzij de wet anders voorschrijft, het intrekken van een besluit volgens dezelfde procedure tot stand dient te komen en aan dezelfde formaliteiten onderworpen dient te zijn als bij het tot stand komen van een in te trekken

---

28 Vergelijk De Kam 2016; Ortlep 2011. Verder R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 409 e.v.; Den Ouden 2010; W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, 'Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen', *O&A* 2010, p. 152-173; De Graaf & Marseille 2005; M.A.M. Dieperink, 'Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken', in: C.H. Bangma e.a., *De vijfde tranche*, Jonge VAR-reeks I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 49-84; N. Verheij, 'Vertrouwen op de overheid', in: J.B.M. Vranken e.a., *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, Deventer: Kluwer 1997, p. 43-90. Verder M. Scheltema, 'Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking)', in: M. Scheltema & W. Konijnenbelt, *De rechtsverwerking in het administratieve recht*, VAR-reeks LXXIV, Groningen: Tjeenk Willink 1975, p. 2-56; W. Konijnenbelt, 'Rechtsverwerking door het bestuur: het vertrouwensbeginsel in het administratieve recht', in: M. Scheltema & W. Konijnenbelt, *De rechtsverwerking in het administratieve recht*, VAR-reeks LXXIV, Groningen: Tjeenk Willink 1975, p. 57-117. Zie voorts de achtereenvolgende VAR-rapporten van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht (Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1984; Groningen: Tjeenk Willink 1973; Haarlem: Tjeenk Willink 1967; Haarlem: Tjeenk Willink 1953). En nog verder terug in de tijd A.M. Donner, *De rechtskracht van administratieve beschikkingen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1941.

29 Vergelijk de bronnen genoemd in de vorige voetnoot.

30 Vergelijk De Kam 2016, deel III.

besluit, niet gecodificeerd. Aangenomen wordt echter dat deze leer van toepassing is.[31]

Wat betreft de Awb wordt in het bijzonder gewezen op de art. 4:48 tot en met 4:50, waarin de impliciete bevoegdheid van het bestuursorgaan is gecodificeerd tot het intrekken van zijn subsidiebesluiten. Terwijl in de art. 4:48 en 4:49 Awb de limitatieve gronden voor het bestuursorgaan zijn gecodificeerd om zijn subsidieverlening (art. 4:48 Awb) respectievelijk subsidievaststelling (art. 4:49 Awb) *ex tunc*, vergelijk art. 4:48, tweede lid, en art. 4:49, tweede lid, Awb, in te trekken, zijn in art. 4:50 Awb de limitatieve gronden voor het bestuursorgaan gecodificeerd om zijn subsidieverlening *ex nunc* in te trekken.[32] Daarnaast is bijvoorbeeld met de inwerkingtreding van de Dienstenwet[33] in art. 4:20f, eerste lid, Awb gecodificeerd dat het bestuursorgaan aan een besluit van rechtswege alsnog voorschriften kan verbinden of het kan intrekken voor zover dit nodig is om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen. Ten slotte zij gewezen op het feit dat op 1 juli 2018 de Wet terugvordering staatssteun in werking is getreden.[34] Die wet voorziet – kort gezegd – in een sluitende set van nationaalrechtelijke grondslagen voor de terugvordering van staatssteun die niet overeenkomstig EU-regels is verstrekt. Het daarvoor reeds in 2008 bij de Tweede Kamer ingediende voorstel Wet terugvordering staatssteun[35] is nimmer tot wet verheven en is ingetrokken.[36] In de nieuwe poging van de regering wordt als uitgangspunt gehanteerd dat staatssteun wordt teruggevorderd op basis van een zelfstandige grondslag neergelegd in een aparte wettelijke regeling. Voor langs privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke weg verleende steun wordt dat de Wet terugvordering staatssteun. De bevoegdheidsgrondslag voor de terugvordering van fiscale steun wordt op basis van het wetsvoorstel opgenomen in de Algemene wet inzake rijksbelastingen.[37]

Omdat in de (bijzondere) wetgeving een intrekkingsregeling veelal ontbreekt, zijn het (on)geschreven recht en de rechtspraak in algemene zin bepalend voor het beantwoorden van de vraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, het bestuursorgaan bevoegd (en soms verplicht) is om zijn besluit in trekken. Het uitgangspunt is dat het bestuursorgaan, wanneer de wetgeving dienaangaande zwijgt, met de bevoegdheid om een besluit te nemen de impliciete bevoegdheid heeft om zijn (zowel begunstigend als belastend) besluit in te trekken.[38]

---

31 Vergelijk Schlössels onder ABRvS 12 december 2001, *Gst.* 7173, 6. De Kroon overwoog op 30 oktober 1954 (*AB* 1954, p. 724) dat 'in het algemeen mag worden aangenomen, dat een administratief besluit slechts kan worden gewijzigd of ingetrokken onder de voorwaarden, door het gezag en met inachtneming van de formele vereisten, die voor het oorspronkelijke besluit gelden'.

32 Vergelijk De Kam 2016, p. 217 e.v.

33 Wet van 12 november 2009, *Stb.* 2009, 503.

34 Wet van 21 februari 2018, *Stb.* 2018, 75.

35 *Kamerstukken II* 2007/08, 31418, 1-3.

36 Vergelijk *Kamerstukken II* 2016/17, 34753, 3, p. 3 en p. 9.

37 Vergelijk *Kamerstukken II* 2016/17, 34753, 3, p. 9 e.v. en p. 12 e.v.

38 De Hoge Raad (belastingkamer) ontkent deze bevoegdheid, in de zin dat naar zijn oordeel de belastinginspecteur niet bevoegd is om zijn uitspraak op het bezwaarschrift tijdens de beroepsfase in te trekken en door een andere uitspraak te vervangen. Vergelijk HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT1516.

Of het bestuursorgaan van zijn intrekkingsbevoegdheid rechtmatig gebruik kan maken is afhankelijk van de normering, zoals die tot uitdrukking komt in de wetgeving en in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hieronder zullen wij de hoofdlijnen uit de rechtspraak over het intrekken van besluiten bespreken.[39] Daarbij wordt waar nodig, vergelijk de inleiding van dit hoofdstuk, het subsidierecht als het bijzonder bestuursrecht betrokken. Dit heeft als bijkomende reden dat de Awb-intrekkingsgronden voor subsidiebesluiten in de bijzondere bestuurswetgeving veelal hun equivalent kennen.[40]

7.3.2 Intrekking belastend besluit

Het uitgangspunt is dat het bestuursorgaan, wanneer de wetgeving dienaangaande zwijgt, met de bevoegdheid om een besluit te nemen de impliciete bevoegdheid heeft om zijn belastend besluit in te trekken. Zo heeft het CBb in zijn prejudiciële verwijzingsuitspraak van de – in paragraaf 7.4.2 te bespreken – *Kühne & Heitz*-zaak als volgt overwogen:

> *'Naar Nederlands bestuursrecht staat geen rechtsregel eraan in de weg dat een bestuursorgaan terugkomt op door hem genomen besluiten, die naar nationaal recht definitief zijn geworden, zelfs niet indien er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (nova) zijn. In lijn hiermee biedt art. 4:6 Awb een bestuursorgaan de mogelijkheid een nieuwe aanvraag om een beschikking bij gebreke van nova op eenvoudige wijze af te doen maar verplicht het hiertoe niet. Naar Nederlands recht heeft een bestuursorgaan derhalve in beginsel steeds de bevoegdheid om terug te komen op een beslissing die definitief is geworden; in beginsel, omdat uiteraard aan de belangen van derden niet tekort mag worden gedaan.'*[41]

Op grond van deze rechtsoverweging zou kunnen worden gedacht dat de impliciete bevoegdheid van het bestuursorgaan om zijn belastend besluit in te trekken gecodificeerd is in art. 4:6 Awb. Deze gedachte is evenwel onjuist.[42] De enige bevoegdheid die in dat artikel is neergelegd, is de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan om een 'nieuwe aanvraag', waarin geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (*nova*) zijn vermeld, zonder toepassing te geven aan art. 4:5 Awb, onder verwijzing naar zijn eerder afwijzend besluit, af te wijzen. Zijn in een 'nieuwe aanvraag' wel *nova* vermeld, dan heeft het bestuursorgaan deze bevoegdheid niet en is het verplicht om inhoudelijk op een aanvraag in te gaan. Met andere woorden, het bestuursorgaan dient dan zijn eerder afwijzend besluit te heroverwegen. Hoewel de impliciete bevoegdheid van het bestuursorgaan om zijn belastend besluit in te trekken niet is gecodificeerd in art. 4:6 Awb, is dat artikel blijkens de rechtspraak

39 Hierbij bouwen wij voort op de bronnen genoemd in voetnoot 525. In die bronnen wordt uitvoerig verwezen naar de rechtspraak. Wij zullen daarom slechts op onderdelen naar enkele rechterlijke uitspraken verwijzen.

40 Vergelijk Ortlep 2011, p. 208 e.v.

41 CBb 1 november 2000, ECLI:NL:CBB:2000:AN6567.

42 Vergelijk R. Ortlep, 'Het meest bedrieglijke Awb-artikel en de heroverwegingsplicht naar het Unierecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019, p. 479-487.

wel dienaangaande van belang, omdat het naar analogie wordt toegepast als het bijvoorbeeld gaat om een verzoek aan het bestuursorgaan om zijn – op aanvraag of ambtshalve genomen – belastend besluit in te trekken.

Ten aanzien van het bovenstaande heeft in de rechtspraak een koerswijziging plaatsgevonden.[43] Samengevat is het gevolg van deze wijziging dat de bestuursrechter bij een 'nieuwe aanvraag' niet meer uit zichzelf (ambtshalve) toetst of er *nova* naar voren zijn gebracht, maar de bestuursrechter het besluit van het bestuursorgaan als uitgangspunt neemt. Als het bestuursorgaan een 'nieuwe aanvraag' op inhoudelijke gronden heeft afgewezen, in plaats van te beoordelen of er *nova* zijn, wordt het besluit getoetst alsof dit het eerste besluit op de aanvraag is. Bovendien geldt dat als het bestuursorgaan zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat er geen *nova* zijn, de bestuursrechter toch aan de hand van wat de belanghebbende heeft aangevoerd tot het oordeel kan komen dat het besluit om niet tot heroverweging over te gaan evident onredelijk is. Hoewel het nog niet geheel duidelijk is wat met het laatste is bedoeld, wordt aangenomen dat het bestuursorgaan gehouden kan zijn om zijn belastend besluit in te trekken indien het anders in strijd handelt met bijvoorbeeld een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.[44]

Wat betreft de normering van de uitoefening van de (impliciete) bevoegdheid van het bestuursorgaan om zijn belastend besluit in te trekken, zijn onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van belang. In het geval dat het bestuursorgaan deze bevoegdheid uitoefent, kan er, behoudens het geval dat de intrekking ten dele begunstigend is, van uit worden gegaan dat een belanghebbende daartegen geen bezwaar heeft.[45] Verder zij opgemerkt dat ook het bestuursorgaan in dit kader een beroep toekomt op de rechtszekerheid – als algemeen rechtsbeginsel – en dat het in de rechtspraak toelaatbaar wordt geacht dat het verzoek om een belastend besluit in te trekken wordt afgewezen indien een dergelijk verzoek niet binnen een redelijke termijn is ingediend.[46]

7.3.3 Intrekking begunstigend besluit

Het uitgangspunt is dat het bestuursorgaan, wanneer de wetgeving dienaangaande zwijgt, met de bevoegdheid om een besluit te nemen de impliciete bevoegdheid heeft om zijn begunstigend besluit in te trekken.[47] Zo spreekt de Afdeling bestuursrechtspraak over:

---

43 ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759; ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131. De CRvB (20 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4872) en het CBb (24 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:190) hebben zich hierbij aangesloten. Zie T. Groot, 'Artikel 4:6 Awb en ne bis-jurisprudentie: over de consequenties voor het bestuur', *JBplus* 2017/2; A.T. Marseille, 'Het einde van de bestuursrechtelijke ne bis in idem-rechtspraak', *AA* april 2017, p. 321-326.

44 Vergelijk G.J. Stoepker & D.T. van der Leek, 'Daar lusten de honden geen brood van!', *NTB* 2019/40, p. 402-411.

45 Vergelijk ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8444.

46 Vergelijk CRvB 31 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1238.

47 Kan de intrekking gekwalificeerd worden als een punitieve sanctie, dan dient er op grond van art. 7, eerste lid, EVRM een specifieke en voldoende duidelijke en kenbare wettelijke grondslag te bestaan. Zie De Kam 2016, p. 83 e.v.

> '(...) *het – ongeschreven – bestuursrecht geldende uitgangspunt dat aan het betrokken bestuursorgaan in beginsel niet de bevoegdheid kan worden ontzegd een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht in te trekken indien deze onjuist is. De toelaatbaarheid daarvan werd en wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel.*'[48]

Met het laatste komt de normering van de uitoefening van de (impliciete) bevoegdheid van het bestuursorgaan om zijn begunstigend besluit in te trekken tot uitdrukking. De rechtspraak hierover is deels gecodificeerd in de art. 4:48 tot en met 4:50 Awb en in de bijzondere wetgeving. Met dat als kader wordt hieronder een aantal uitgangspunten besproken die betrekking hebben op het antwoord op de vraag in hoeverre het toelaatbaar is dat het bestuursorgaan zijn begunstigend besluit intrekt.

Hoewel in de regel het onderscheid tussen intrekking van een rechtmatig besluit en intrekking van een onrechtmatig besluit en tussen intrekking *ex tunc* en intrekking *ex nunc* niet, althans niet expliciet, wordt gemaakt, is het – gelet op het materiële rechtszekerheidsbeginsel respectievelijk vertrouwensbeginsel – voor het bestuursorgaan ontoelaatbaar om zijn rechtmatig begunstigend besluit *ex tunc* in te trekken.[49] Als uitvloeisel daarvan is het ontoelaatbaar voor het bestuursorgaan om op grond van feiten en/of omstandigheden zijn rechtmatig begunstigend besluit *ex tunc* in te trekken als dezelfde feiten en/of omstandigheden hem reeds bij het nemen van dat besluit bekend waren of redelijkerwijs bekend hadden kunnen zijn.[50] Intrekking *ex nunc* is – bijvoorbeeld wanneer omstandigheden of gewijzigde inzichten zich in overwegende mate tegen voortduring van het besluit verzetten (vergelijk art. 4:50, eerste lid en onder b, Awb) – in algemene zin wel toelaatbaar, mits, afhankelijk van de gewekte gerechtvaardigde verwachtingen, een afbouwings- of gewenningsperiode wordt geregeld en/of de dispositieschade wordt vergoed (vergelijk art. 4:50 Awb).[51]

Het intrekken van een onrechtmatig begunstigend besluit is voor het bestuursorgaan minder problematisch en draait in de regel om het beantwoorden van de vraag of het materiële rechtszekerheidsbeginsel respectievelijk vertrouwensbeginsel is geneutraliseerd. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien een belanghebbende: (a) een aan een begunstigend besluit verbonden voorschrift niet heeft nageleefd en/of een wettelijk voorschrift, op grond waarvan een in te trekken begunstigend besluit genomen is, heeft overtreden (vergelijk art. 4:48, eerste lid en onder b, en art. 4:49, eerste lid en onder c, Awb),[52] (b) weet of redelijkerwijs kan weten dat een

---

48 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152.

49 Vergelijk CRvB 28 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4455; CRvB 22 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4831; CBb 15 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO6518.

50 Vergelijk ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:581; ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428.

51 Vergelijk CRvB 23 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4982; CBb 25 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:339; CRvB 23 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2466; CBb 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:294; CBb 14 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ1933; ABRvS 11 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV0554; CBb 27 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5867.

52 Vergelijk CRvB 22 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2152; CBb 23 november 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ4199. Ten aanzien van deze grond wordt aangenomen dat de intrekking niet verder terugwerkt dan tot het moment waarop de overtreding zich heeft voorgedaan. Vergelijk wat

begunstigend besluit onrechtmatig is (vergelijk art. 4:48, eerste lid en onder d, en art. 4:49, eerste lid en onder b, Awb),[53] of (c) aan het bestuursorgaan onjuiste en/of onvolledige informatie heeft verstrekt en de verstrekking van juiste en/of volledige informatie tot een ander besluit zou hebben geleid (vergelijk art. 4:48, eerste lid en onder c, Awb).[54] Bij deze gronden is van toepassing dat met het meerdere (intrekking *ex tunc*) ook het mindere (intrekking *ex nunc*) gerechtvaardigd is.[55] Van belang is voorts dat niet al te snel wordt aangenomen dat een belanghebbende weet of redelijkerwijs kan weten dat een begunstigend besluit onrechtmatig is. Van een belanghebbende wordt niet meer kennis verwacht van het toepasselijk wettelijk kader dan van het bestuursorgaan dat het onrechtmatige besluit heeft genomen, zeker niet in gevallen waarin het een ingewikkeld wettelijk kader betreft.[56]

Ten aanzien van het bovenstaande is van toepassing dat het bestuursorgaan dient te bezien of wanneer het vertrouwensbeginsel *niet* is geneutraliseerd, vergelijk hierboven, maar toch wordt ingetrokken uit dat beginsel de plicht kan volgen om de dispositieschade te vergoeden. Hierop wordt in het bijzonder teruggekomen in paragraaf 7.5.3.3. Voorts mag met het verstrijken van de tijd een belanghebbende er in de regel[57] meer op vertrouwen dat een begunstigend besluit blijft voortduren. Daarom worden aan het bestuursorgaan met het verstrijken van de tijd zwaardere beperkingen opgelegd om een begunstigend besluit in te trekken.[58] Een laatste opmerking betreft dat daar waar in de (bijzondere) wet limitatief is bepaald op welke gronden het bestuursorgaan zijn begunstigend besluit kan intrekken, het ontoelaatbaar is dat het bestuursorgaan op een andere grond tot een dergelijke intrekking overgaat.[59]

---

betreft het intrekken van subsidiebesluiten PG Awb III, p. 245: ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2522.

53 Hieruit volgt: weet een belanghebbende niet en kan hij ook redelijkerwijs niet weten dat een begunstigend besluit onrechtmatig is, dan is het – zonder een bijkomende omstandigheid – ontoelaatbaar om dat besluit *ex tunc* in te trekken. Vergelijk CRvB 15 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:102; CRvB 22 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4831; CRvB 21 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1289; ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1413.

54 Vergelijk CRvB 19 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:549; CRvB 22 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1295; ABRvS 7 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4623.

55 Vergelijk Verheij 1997, p. 76.

56 Vergelijk CBb 9 mei 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AX1645 en ook CRvB 20 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1749.

57 Een uitzondering betreft bijvoorbeeld de intrekking *ex nunc* van een begunstigend besluit dat gericht is op een duurzaam rechtsgevolg. Vergelijk ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:750; ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5700.

58 Vergelijk ABRvS 19 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9118; CBb 18 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK5115. Zie art. 4:49, derde lid, Awb, op grond waarvan het bestuursorgaan zijn subsidievaststelling niet meer *ex tunc* ten nadele kan intrekken indien vijf jaar verstreken zijn vanaf de dag waarop zij is bekendgemaakt.

59 Vergelijk ABRvS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2671; ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1885.

7.4 Rechtspraak HvJ EU

7.4.1 *Inleiding*

Over de vraag in hoeverre het EU-recht verplicht tot het intrekken van een met dat recht strijdig nationaal besluit, is in de recente jaren veel geschreven.[60] De rechtspraak van het Hof over de beantwoording van die vraag is ook van invloed op het nationale bestuursrecht met betrekking tot het intrekken van besluiten. In het licht van het beginsel van nationale procedurele autonomie is het uitgangspunt dat, bij een gebrek aan een Unierechtelijke regeling dienaangaande, het EU-recht er niet toe verplicht dat een met dat recht strijdig nationaal (zowel belastend als begunstigend) besluit wordt ingetrokken. Er zijn evenwel omstandigheden waardoor er vanuit het EU-recht een dergelijke verplichting kan bestaan.[61]

In de eerste plaats verplicht het EU-recht in sommige gevallen tot het intrekken van een met het EU-recht strijdig nationaal *belastend* besluit. In de tweede plaats bevat het EU-recht op het terrein van EU-subsidies en staatssteun de verplichting voor de lidstaten om respectievelijk ten aanzien van EU-subsidies waarmee zich onregelmatigheden hebben voorgedaan financiële correcties toe te passen en onrechtmatig verstrekte staatssteun terug te vorderen. Om aan deze verplichtingen te voldoen zullen Nederlandse bestuursorganen hun *begunstigende* subsidiebesluiten moeten intrekken. Hieronder worden deze voorbeelden verder besproken.

7.4.2 *Intrekking nationaal belastend besluit*

Het antwoord op de vraag in hoeverre het EU-recht verplicht tot het intrekken van een met dat recht strijdig nationaal belastend besluit is te vinden in de rechtspraak van het Hof, meer in het bijzonder in de arresten aangaande *Kühne & Heitz*,[62] *i-21 Germany en Arcor*,[63] en *Byankov*.[64] Uit die arresten volgt het uit het beginsel van nationale procedurele autonomie voortvloeiende uitgangspunt dat, bij een gebrek aan een Unierechtelijke regeling dienaangaande, het EU-recht er niet toe verplicht dat een met dat recht strijdig nationaal belastend besluit wordt ingetrokken. Niettemin

60 Vergelijk Ortlep 2011; J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland*, Deventer: Kluwer 2012. Zie J.M. Baumann, *Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht vor mitgliedstaatlichen Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010; A. Saßenroth, *Die Bestandskraft deutscher Steuerbescheide im Licht der Rechtsprechung des EuGH*, Berlijn: Lit 2009; H. Juntunen, *Die Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Bestandskraft von Verwaltungsakten und die Rechtskraft von Gerichtsurteilen*, Berlijn: WVB 2009; F. Foitzik, *Probleme und Grenzen der Europäisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen*, Hamburg: Kovac 2006; A. Fuhrmanns, *Vertrauensschutz im deutschen und österreichischen öffentlichen Recht*, Gießen 2004; H. Müller, *Die Aufhebung von Verwaltungsakten unter dem Einfluss des Europarechts*, Berlijn: Duncker & Humblot 2000.

61 Vergelijk S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, vierde geheel herziene druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, hoofdstuk IV, paragraaf 5 en hoofdstuk VI, paragraaf 6.

62 HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-453/00, Kühne & Heitz, ECLI:EU:C:2004:17.

63 HvJ EG 19 september 2006, gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04, i-21 Germany, ECLI:EU:C:2006:586.

64 HvJ EU 4 oktober 2012, zaak C-249/11, Byankov, ECLI:EU:C:2012:608.

komt in die arresten tot uitdrukking dat er omstandigheden zijn waardoor er uit het EU-recht een dergelijke verplichting volgt. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat het met het Unierecht strijdig nationaal belastend besluit ten onrechte door een nationale rechter in hoogste instantie in stand is gelaten en de situatie dat niet tegen dat besluit tot in hoogste instantie is geprocedeerd.

De eerstgenoemde situatie was aan de orde in het *Kühne & Heitz*-arrest. Het Hof heeft in dat arrest geoordeeld dat het EU-recht – meer in het bijzonder het beginsel van loyale samenwerking – verplicht dat een met dat recht strijdig nationaal belastend besluit in elk geval wordt overwogen indien het gaat om de volgende omstandigheden: (a) het bestuursorgaan is naar nationaal recht bevoegd om het besluit te heroverwegen, (b) het besluit is in rechte onaantastbaar geworden door een uitspraak van een nationale rechter in hoogste instantie, (c) de rechterlijke uitspraak, waardoor het besluit in rechte onaantastbaar is geworden, berust, gelet op latere rechtspraak van het Hof, op een onjuiste uitleg van het Unierecht, gegeven zonder dat het Hof is verzocht om een prejudiciële beslissing, (d) de belanghebbende heeft zich onmiddellijk na van de uitspraak van het Hof kennis te hebben genomen gewend tot het bestuursorgaan.

Is aan deze omstandigheden voldaan, aldus het Hof, dan is het bestuursorgaan verplicht om, krachtens het beginsel van loyale samenwerking, zijn belastend besluit opnieuw te onderzoeken, teneinde rekening te houden met de uitleg die het Hof inmiddels aan een relevante bepaling van het Unierecht heeft gegeven. Aan de hand van de resultaten van dat heronderzoek, aldus nog steeds het Hof, zal het bestuursorgaan moeten bepalen in hoeverre het, zonder de belangen van derden te schaden, op het belastend besluit dient terug te komen. Deze heroverwegingsplicht is het gevolg van de uit de rechtspraak van het Hof voortkomende regel 'nationale bevoegdheid = Europese verplichting'. Deze regel wordt door het Hof gebaseerd op het beginsel van loyale samenwerking en komt erop neer dat nationale rechters en bestuursorganen regels van nationaal recht die hun de bevoegdheid verlenen om nationaalrechtelijke aanspraken al dan niet te effectueren, verplicht moeten toepassen ten gunste van de effectuering van Unierechtelijke aanspraken.

Voor de tweede hierboven genoemde situatie, dat niet tegen het met het Unierecht strijdig nationaal belastend besluit tot in hoogste instantie is geprocedeerd, zijn de arresten *i-21 Germany & Arcor* en *Byankov* van belang. Uit in het bijzonder het laatstgenoemde arrest volgt dat in die situatie de vraag in hoeverre het EU-recht verplicht tot het intrekken (heroverwegen) van een met dat recht strijdig nationaal besluit benaderd dient te worden vanuit het beginsel van procedurele autonomie, zoals dat wordt beperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Daarbij zijn tevens de bijzondere omstandigheden van het geval bepalend voor het aannemen van de voorgemelde plicht tot intrekking (heroverweging). In het *Byankov*-arrest heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat het aan Byankov opgelegde verbod om het grondgebied van Bulgarije te verlaten, onverenigbaar is met Richtlijn 2004/38/EG en met het door art. 21 VWEU verleende recht op vrij verkeer en verblijf van Unieburgers. Mede vanwege deze kennelijke onverenigbaarheid en omdat dit verbod absoluut en voor onbepaalde tijd gold, beslist het Hof dat de nationale onmogelijkheid om het besluit te heroverwegen niet wordt gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel en in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van loyale samenwerking.

In de nationale rechtspraak komt inmiddels ook het hierboven besproken onderscheid in situaties tot uitdrukking.[65] Dit betekent dat als voldaan is aan de omstandigheden uit het *Kühne & Heitz*-arrest, het bestuursorgaan – ondanks het bepaalde in art. 4:6 Awb – gehouden is om zijn nationaal belastend besluit in elk geval te heroverwegen.[66] Is niet voldaan aan een omstandigheid uit het *Kühne & Heitz*-arrest, bijvoorbeeld dat niet tegen een nationaal belastend besluit tot in hoogste instantie is geprocedeerd, dan kan het Unierecht, dat wil zeggen het doeltreffendheidsbeginsel in combinatie met het beginsel van loyale samenwerking, niettemin verplichten tot intrekking (heroverweging) van een met het Unierecht strijdig nationaal belastend besluit indien dat besluit (dat een EU-verkeersvrijheid schendt) anders absoluut en voor onbepaalde tijd zou gelden.[67]

7.4.3 Intrekking nationaal begunstigend besluit

7.4.3.1 Inleiding

De rechtspraak van het Hof over de vraag in hoeverre het EU-recht verplicht tot de intrekking van nationale begunstigende besluiten ziet met name op de terugvordering van EU-subsidies waarmee zich onregelmatigheden hebben voorgedaan en de terugvordering van onrechtmatige staatssteun.[68] Voor zowel de terugvordering van EU-subsidies als staatssteun geldt dat in de daarop betrekking hebbende Unierechtelijke verordeningen is bepaald dat de lidstaten verplicht zijn om financiële correcties toe te passen dan wel tot terugvordering over te gaan.[69] Hoe de lidstaten deze verplichting gestand willen doen, is echter een zaak van nationaal recht.[70] In zoverre geldt het beginsel van procedurele autonomie. Dit betekent echter

65 Bij het voorgaande past de kanttekening dat er ook nog steeds rechtspraak is waarin *niet* tot uitdrukking komt dat het Kühne & Heitz-arrest dienaangaande het exclusieve kader is. Vergelijk ABRvS 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4090; CRvB 3 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:989; ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:115.

66 Vergelijk gerechtshof Amsterdam 12 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA8617; CBb 22 september 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR3068.

67 Vergelijk ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1507. Zie CRvB 11 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3224; ABRvS 1 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2961; CRvB 9 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1388.

68 Vergelijk over de terugvordering van EU-subsidies Van den Brink 2012; W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008. Vergelijk over de terugvordering van staatssteun A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

69 Zie bijvoorbeeld wat betreft EU-subsidies art. 143, tweede lid, Verordening 1303/2013 en wat betreft staatssteun art. 16 Verordening 2015/1589.

70 Voor EU-subsidies volgt dit uit de rechtspraak van het Hof. Zie HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82, ECLI:EU:C:1983:233, Deutsche Milchkontor, en HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, ESF, ECLI:EU:C:2008:165. Voor de terugvordering van onrechtmatige staatssteun volgt dit niet alleen uit de rechtspraak – HvJ EG 21 maart 1990, zaak C-142/87, Commissie/België, en HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89, BUG Alutechnik, – maar ook uit de Procedureverordening 2015/1589. Ingevolge art. 16, derde lid, dient terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat te geschieden.

niet dat het nationale (ongeschreven) recht wat betreft de intrekking van begunstigende besluiten – in veel gevallen gaat het hier om de subsidietitel van de Awb – zonder meer kan worden toegepast.

7.4.3.2 Terugvordering EU-subsidies

Ten aanzien van de terugvordering van EU-subsidies waarmee zich onregelmatigheden hebben voorgedaan is het inmiddels vaste rechtspraak van het Hof dat wanneer het nationale recht geen (toereikende) bevoegdheid bevat om een EU-subsidie terug te vorderen, deze bevoegdheid moet worden geënt op de verplichting tot terugvordering die in een EU-verordening is neergelegd.[71] Voorts bestaat daarbij geen ruimte meer voor toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel; het veel strengere Unierechtelijk vertrouwensbeginsel is van toepassing.[72] Het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel biedt nauwelijks ruimte om van intrekking en terugvordering af te zien.[73] Het Hof noemt in sommige gevallen wel dat rekening kan/moet worden gehouden met het gedrag van de betrokken overheden,[74] maar hieraan is zowel door het Hof als de nationale rechter nog geen handen en voeten gegeven.[75]

Het Hof heeft verder uitgemaakt dat terugvordering van begunstigende subsidiebesluiten niet mogelijk is ingeval deze terugvordering is gebaseerd op een subsidieverplichting die niet kenbaar was voor de begunstigde.[76] Duidelijk is echter dat voor een nationale regeling inzake intrekking van besluiten – zoals in het Nederlandse subsidierecht – die meer bescherming biedt aan de begunstigde, geen ruimte bestaat. De procedurele autonomie die aan lidstaten wordt geboden is met de voormelde rechtspraak van het Hof als het ware Unierechtelijk opgevuld.

De bovenstaande lijn van het Hof wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak op hoofdlijnen gevolgd.[77] Wanneer de conclusie is dat het nationale recht geen grondslag biedt voor terugvordering van EU-subsidies waarmee zich onregelmatigheden hebben voorgedaan – in de meeste gevallen omdat art. 4:49, eerste lid, Awb daaraan

71 HvJ EU 18 december 2014, zaak C-599/13, SOMVAO, ECLI:EU:C:2014:2462. Uit dit arrest blijkt dat de bevoegdheid tot intrekking ook op de heel algemene geformuleerde terugvorderingsverplichting kan worden gebaseerd die is neergelegd in het Financieel Reglement (Verordening 966/2012).

72 In eerdere rechtspraak was het Hof van mening dat wel ruimte bestond voor toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel, mits daarbij ten volle rekening werd gehouden met het belang van de Gemeenschap. Zie HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82, Deutsche Milchkontor, HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-366/95, Steff-Houlberg, en HvJEG 19 september 2002, zaak C-336/00, Huber. Het EFS-arrest (HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, ECLI:EU:C:2008:165) vormde het omslagpunt.

73 Vergelijk in dat kader ook de toepassing van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel in zaken waarin intrekking en terugvordering is geëuropeaniseerd en waarin het Hof steevast oordeelt dat het vertrouwensbeginsel niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling kan worden aangevoerd. Zie HvJ EU 20 juni 2013, zaak C-568/11, Agroferm, ECLI:EU:C:2013:407.

74 Zie HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, ESF, ECLI:EU:C:2008:165 en HvJ EU 18 december 2014, zaak C-599/13, SOMVAO, ECLI:EU:C:2014:2462.

75 In de einduitspraken die de Afdeling heeft gewezen na de arresten ESF en SOMVAO wijdt de Afdeling aan het gedrag van de betrokken overheden geen enkele overweging.

76 HvJ EG 21 juni 2006, zaak C-158/06, ROM-projecten, ECLI:EU:C:2007:370.

77 Het CBb past deze lijn ook toe, zij het dat het CBb soms 'vergeet' te bezien of het nationale recht wellicht wel een bevoegdheid tot terugvordering bevat. Zie CBb 30 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:489.

in de weg staat – oordeelt de Afdeling dat er op grond van het EU-recht een verplichting tot terugvordering voor het desbetreffende bestuursorgaan bestaat.[78] Welk bestuursorgaan vervolgens ook bevoegd is tot terugvordering, dient te worden bepaald aan de hand van een EU-conforme uitleg van art. 4:49 Awb.[79] Dit betekent dat intrekking en terugvordering geschiedt overeenkomstig de Unierechtelijke voorwaarden zoals die zijn geformuleerd in de voormelde rechtspraak van het Hof. Voor de toepassing van de nationale regeling inzake intrekking van subsidiebesluiten en voor het daaraan ten grondslag liggende vertrouwensbeginsel bestaat geen ruimte.

De voormelde rechtspraak laat zien dat het Hof aan de lidstaten de verplichting oplegt om 'terug te komen op' onrechtmatige besluiten tot subsidieverstrekking. Daarbij bestaat nauwelijks tot geen ruimte voor toepassing van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel. Een aantal ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof laat echter zien dat er in de toekomst wellicht meer ruimte bestaat om toch van intrekking en terugvordering af te zien.

In de eerste plaats is in dit verband het arrest *Demmer* relevant.[80] In deze landbouwsubsidiezaak ging het om de uitleg van het gecodificeerd vertrouwensbeginsel, zoals dat thans is neergelegd in art. 7, derde lid, van de Uitvoeringsverordening 809/2014. Uit dat arrest blijkt dat een landbouwer een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel kan doen wanneer in de lidstaat een administratieve praktijk geldt waarbij systematisch in strijd met het EU-recht wordt gehandeld. In dat geval kan niet van een professioneel marktdeelnemer worden verwacht dat hij deze fout had kunnen ontdekken. Deze nieuwe lijn betekent dat een beroep op het gecodificeerd vertrouwensbeginsel ertoe leidt dat een subsidie niet wordt ingetrokken en teruggevorderd, terwijl deze wel degelijk in strijd met een duidelijke bepaling van EU-recht is verstrekt. Toekomstige jurisprudentie van het Hof zal moeten uitwijzen of deze lijn ook betekenis gaat krijgen in zaken waarin het gaat om de toepassing van het ongeschreven Unierechtelijk vertrouwensbeginsel.[81]

In de tweede plaats lijkt het arrest *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen* te betekenen dat – ook als een beroep op het vertrouwensbeginsel niet slaagt – het (nationale) rechtszekerheidsbeginsel aan terugvordering van onrechtmatig bestede EU-subsidies in de weg kan staan.[82] Het Hof stelt daarbij als voorwaarden dat (a) de gestelde voorwaarden dezelfde zijn als die voor de terugvordering van financiële prestaties met een zuiver nationaal karakter (gelijkwaardigheid), (b) ten volle rekening wordt gehouden met het belang van de Unie en (c) de goede trouw van de begunstigde is aangetoond.

---

78 ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3882 (einduitspraak SOMVAO).

79 ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3882 (einduitspraak SOMVAO).

80 HvJ EU 2 juli 2015, zaak C-684/13, Demmer, ECLI:EU:C:2015:439.

81 Zie punt 4 van de annotatie van Van den Brink onder HvJ EU 2 juli 2015, zaak C-684/13, Demmer, ECLI:EU:C:2015:439, *AB* 2016/377.

82 HvJ EU 20 december 2017, zaak C-516/16, Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse, ECLI:EU:C:2017:1011.

7.4.3.3 Terugvordering van onrechtmatige staatssteun

Wat betreft de terugvordering van onrechtmatige staatssteun geldt dat het Hof verschillende keren heeft geoordeeld dat alleen van intrekking/terugvordering kan worden afgezien wanneer de begunstigde zich ervan heeft vergewist dat de staatssteun volgens de procedure van art. 108, derde lid, VWEU is toegekend.[83] Wanneer dat niet het geval is, kan het nationale vertrouwensbeginsel niet aan intrekking/terugvordering van de staatssteun in de weg staan. Dit is alleen anders in het geval van uitzonderlijke omstandigheden. Dergelijke omstandigheden zijn echter, voor zover te overzien, nog nooit aangenomen. Onder verwijzing naar deze rechtspraak van het Hof heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraak *Fleuren Compost* geoordeeld dat het bestuursorgaan dat de staatssteun had verstrekt, op grond van het ongeschreven bestuursrecht bevoegd en ook gehouden was het besluit tot subsidievaststelling met terugwerkende kracht in te trekken.[84] Het beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt niet.

In haar uitspraak *Zorg en Zekerheid* komt de Afdeling bestuursrechtspraak tot dezelfde conclusie.[85] Aan de effectuering van de Unierechtelijke verplichting om onrechtmatig verstrekte staatssteun in te trekken en terug te vorderen, kunnen nationale algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet in de weg staan. Inmiddels is op 1 juli 2018, vergelijk paragraaf 7.3.1, de Wet terugvordering staatssteun in werking getreden. Dit betekent dat per 1 juli 2018 een sluitende set nationaalrechtelijke grondslagen voor de terugvordering van onverenigbare steun bestaat en terugvordering op grond van het ongeschreven recht niet langer noodzakelijk is.

7.4.3.4 Balans

Uit het bovenstaande blijkt dat wanneer het gaat om de terugvordering van onrechtmatige staatssteun en EU-subsidies waarmee zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, de Unierechtelijke verplichting tot terugvordering vooropstaat. Op basis hiervan worden bevoegdheden tot intrekking en terugvordering aangenomen, ook als deze op grond van het nationale recht niet bestaan. Nationale algemene beginselen van behoorlijk bestuur lijken (vooralsnog) geen rol van betekenis te hebben.

7.5 Inspiratie voor de Awb?

7.5.1 Inleiding

Kan, en zo ja op welke onderdelen, de Awb inspiratie ontlenen aan de intrekkingsregelingen uit de voorstellen voor een Ewb? Allereerst herhalen wij de constatering dat de Awb wat betreft het intrekken van besluiten achterloopt op de voorstellen voor een Ewb en ook op andere EU-lidstaten die over een algemene wet bestuursrecht

83 HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89, BUG Alutechnik, en HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95, Alcan. Verder Gerecht van Eerste Aanleg 14 januari 2004, zaak T-109/01, Fleuren Compost.

84 ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416.

85 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152.

beschikken.[86] Binnen het kader van het recht van zevenentwintig lidstaten en het Unierecht zelf is op Europees niveau de ingewikkeldheid van het onderwerp geen reden geweest om niet tot concrete voorstellen voor een intrekkingsregeling te komen. Aangezien het bij het intrekken van besluiten gaat om een publiekrechtelijke bevoegdheid die veelal ingrijpende gevolgen heeft voor de verkregen rechten van burgers, valt dit gelet op de beginselen van legaliteit, rechtszekerheid en vertrouwen toe te juichen. Tegelijkertijd wordt opgemerkt dat de intrekkingsregelingen – zeker in hun toelichting – summier zijn en geen recht doen aan bijvoorbeeld de verschillende gedaanten die een besluit kan aannemen.[87] Dit neemt niet weg dat de Awb inspiratie kan ontlenen aan het feit dat de Ewb-voorstellen überhaupt een intrekkingsregeling bevatten.

In het vervolg van deze paragraaf komen vijf onderdelen van de intrekkingsregelingen uit de voorstellen voor een Ewb aan de orde, waarvoor geldt dat het de moeite waard is om te onderzoeken of zij een plek in een Awb-intrekkingsregeling moeten krijgen. Daarbij verdient het opmerking dat wij ook parallellen trekken met de in Nederland bestaande uitgangspunten over de intrekking van besluiten (vergelijk paragraaf 7.3). Als gezegd gaan we daarbij vooral in op de bijzondere intrekkingsregeling in de Awb die ziet op subsidiebesluiten.

7.5.2 *Verschillende soorten discretionair geformuleerde intrekkingsgronden*

Een eerste inspiratie is dat in de intrekkingsregelingen uit de voorstellen voor een Ewb een expliciet onderscheid wordt gemaakt tussen intrekking van een belastend besluit en intrekking van een begunstigend besluit, intrekking van een rechtmatig besluit en intrekking van een onrechtmatig besluit, en intrekking *ex nunc* en intrekking *ex tunc*. Dit komt de overzichtelijkheid van een intrekkingsregeling ten goede. Een dergelijke categorisering van intrekkingsbesluiten is ook te vinden in de subsidietitel van de Awb. Zo zien de art. 4:48 en 4:49 Awb op de intrekking van subsidiebesluiten *ex tunc* en de art. 4:50 en 4:51 Awb op de intrekking *ex nunc*.

Wat ons betreft zouden de intrekkingsbevoegdheden – net als in de *ReNEUAL Model Rules* en ook in de subsidietitel van de Awb – discretionair moeten worden geformuleerd. Dit betekent dat geen aansluiting zou moeten worden gezocht bij het EP-voorstel dat, met uitzondering van de intrekking van rechtmatige begunstigende besluiten, steeds het woord '*shall*' gebruikt. De keuze voor een discretionaire bevoegdheid heeft tot gevolg dat een bestuursorgaan steeds een belangenafweging moet maken tussen de belangen van derden, de begunstigde en het algemeen belang. Wanneer de wetgever zou bepalen dat een onrechtmatig begunstigend besluit altijd moet worden ingetrokken, dan is het bieden van maatwerk met het oog op de belangen van de partij die door de intrekking wordt benadeeld niet mogelijk. Gelet op de recente rechtspraak van de bestuursrechter die een intensivering van de

86 Zie bijvoorbeeld voor Duitsland § 48 en § 49 *Bundesverfahrensgesetz* en voor Frankrijk art. L241 e.v. *Code des relations entre le public et l'administration*.

87 Denk aan het verschil tussen een besluit dat gericht is op een duurzaam rechtsgevolg versus een besluit dat is gericht op een aflopend rechtsgevolg. Verder zijn er besluiten die zowel gericht zijn op een aflopend als op een duurzaam rechtsgevolg.

rechterlijke toets aan het evenredigheidsbeginsel laat zien, achten wij de bestuursrechter uitstekend in staat om effectief te bewaken dat bestuursorganen hun discretionaire bevoegdheden in dezen niet te buiten gaan.[88] De bestuursrechter heeft immers steeds de mogelijkheid om te beoordelen of het intrekkingsbesluit en de daarin neergelegde belangenafweging voldoet aan het in art. 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel.

7.5.3 Normering van de bevoegdheden tot intrekking

Een volgende vraag is in hoeverre de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel inspireren wat betreft de normering van de intrekkingsbevoegdheden. Wij gaan achtereenvolgens in op de gronden voor intrekking, op de vraag in hoeverre besluiten met terugwerkende kracht kunnen worden ingetrokken en de eis tot het bieden van compensatie.

7.5.3.1 Gronden voor intrekking

In de eerste plaats bevatten de intrekkingsregelingen uit de voorstellen voor een Ewb nauwelijks gronden voor intrekking. Voor de intrekking van zowel onrechtmatige als rechtmatige belastende besluiten zijn zelfs in het geheel geen intrekkingsgronden geformuleerd. Hetzelfde geldt voor de intrekking van onrechtmatige begunstigende besluiten. Alleen voor de intrekking van rechtmatige begunstigende besluiten schrijven de *ReNEUAL Model Rules* voor dat dit slechts kan indien (a) dit is geoorloofd krachtens sectorspecifieke wetgeving, (b) wanneer een partij niet dan wel niet binnen de daartoe gestelde termijn heeft voldaan aan een verplichting die is neergelegd in het begunstigend besluit of (c) ernstige schade moet worden voorkomen of ongedaan moet worden gemaakt. In het EP-voorstel is neergelegd dat intrekking van een rechtmatig begunstigend besluit alleen mogelijk is indien de redenen die hebben geleid tot dit besluit niet langer bestaan.

Om recht te doen aan de rechtszekerheid en het vertrouwen die belanghebbenden aan besluiten mogen ontlenen, zouden in een Awb-regeling in ieder geval een limitatief aantal intrekkingsgronden moeten worden neergelegd wat betreft de intrekking van begunstigende besluiten. In een Awb-regeling zou daarbij een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de gronden die gelden voor de intrekking van onrechtmatige begunstigende besluiten en de gronden die gelden voor de intrekking van rechtmatige begunstigende besluiten. Gelet op het vertrouwen dat belanghebbenden aan rechtmatige besluiten kunnen ontlenen, zullen de intrekkingsgronden voor rechtmatige besluiten beperkter moeten zijn dan die voor onrechtmatige besluiten.

Wat betreft de intrekking van rechtmatige begunstigende besluiten kan worden aangesloten bij de gronden die worden genoemd in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel. Deze gronden zijn vergelijkbaar met art. 4:50, eerste lid, onder b en c, Awb waarin is neergelegd dat een besluit tot subsidieverlening *ex nunc* kan worden ingetrokken voor zover veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten zich in

88 Vergelijk P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, p. 212-221.

overwegende mate tegen voortzetting of ongewijzigde voortzetting van de subsidie verzetten en in andere bij wettelijk voorschrift geregelde gevallen. De intrekking van een rechtmatig begunstigend besluit zou voorts ook mogelijk moeten zijn in gevallen waarin de begunstigde verplichtingen die zijn neergelegd in een begunstigend besluit niet heeft nageleefd.[89] Ook deze grond is terug te vinden in de subsidietitel van de Awb, namelijk art. 4:48, eerste lid, onder b, – intrekking van het besluit tot subsidieverlening wegens het niet voldoen aan de subsidieverplichtingen – en art. 4:49, eerste lid, sub c – intrekking van het besluit tot subsidievaststelling wegens het niet voldoen aan de subsidieverplichtingen.

Omdat de voorstellen voor een Ewb geen intrekkingsgronden bevatten wat betreft de intrekking van onrechtmatige begunstigende besluiten, zou aansluiting moeten worden gezocht bij de subsidietitel van de Awb. Daarin zijn de intrekkingsgronden neergelegd voor subsidiebesluiten die van meet af aan onjuist waren. Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen besluiten die onjuist zijn door het verstrekken van onjuiste gegevens door de subsidieontvanger (zie art. 4:48, eerste lid, onder c, Awb) en besluiten die anderszins onjuist zijn en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten (zie art. 4:48 eerste lid, onder d en art. 4:49, eerste lid, en onder b, Awb).

Wat betreft de laatste categorie onjuiste besluiten zou – anders dan in het EU-recht[90] – niet al te snel moeten worden aangenomen dat een belanghebbende weet of redelijkerwijs kan weten dat een begunstigend besluit onjuist is.[91] Wat betreft de intrekking van subsidiebesluiten geldt dat intrekking alleen mogelijk is in de gevallen waarin een subsidiebesluit *kennelijk* onjuist is. De wetsgeschiedenis bij de subsidietitel noemt in dat verband het klassieke voorbeeld van een subsidiebeschikking waarin als gevolg van een typefout een subsidiebedrag is genoemd dat een factor tien te hoog ligt.[92] Uit de jurisprudentie blijkt dan ook dat de bestuursrechter niet snel aanneemt dat een subsidiebesluit kennelijk onjuist is.[93] Ook uit de eerder besproken jurisprudentie in paragraaf 7.3.3 over de intrekking van andere

89 De *ReNEUAL Model Rules* gaan ervan uit dat een begunstigend besluit waarvan de verplichtingen niet worden nageleefd rechtmatig is. In de Nederlandse rechtspraak, vergelijk paragraaf 7.3.3, wordt doorgaans ervan uitgegaan dat een dergelijk besluit onrechtmatig is vanaf het moment dat de niet-naleving van de verplichting zich voordoet. In dat kader wordt ervan uitgegaan dat de intrekking niet verder terugwerkt dan tot het moment waarop de niet-naleving zich heeft voorgedaan. In het subsidierecht geldt dat intrekking wegens het niet-naleven van de subsidieverplichtingen met terugwerkende kracht geschiedt, maar dat de redelijkheid kan eisen dat de intrekking niet verder terugwerkt dan tot het moment waarop het niet-naleven van de subsidieverplichtingen zich heeft voorgedaan. Vergelijk PG Awb III, p. 245: ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2522.

90 In het EU-recht wordt in dit verband uitgegaan van de professionele marktdeelnemer die op de hoogte is van de inhoud van het recht. Zie J.E. van den Brink, W. den Ouden, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Beginselen en fundamentele rechten', in: Widderhoven & Prechal (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 123-261, p. 205-206.

91 Dit zou wat ons betreft in de memorie van toelichting op een voorstel tot het opnemen van een intrekkingsregeling in de Awb kunnen worden neergelegd. Vergelijk de memorie van toelichting op art. 4:48, eerste lid, onder d, Awb, *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 73.

92 Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 73.

93 Vergelijk ABRvS 30 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK7970; CBb 14 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:286.

soorten besluiten, blijkt dat van een belanghebbende niet meer kennis wordt verwacht van het toepasselijk wettelijk kader dan van het bestuursorgaan dat het onjuiste besluit heeft genomen, zeker niet in gevallen waarin het een ingewikkeld wettelijk kader betreft.

7.5.3.2 Terugwerkende kracht

In de tweede plaats is in de intrekkingsregelingen die zijn neergelegd in de voorstellen voor een Ewb expliciet bepaald of de desbetreffende intrekking al dan niet terugwerkende kracht heeft. Zowel in de *ReNEUAL Model Rules* als in het EP-voorstel is neergelegd dat de intrekking van onrechtmatige belastende besluiten altijd terugwerkende kracht heeft en dat de intrekking van rechtmatige belastende besluiten geen terugwerkende kracht heeft. Het ligt voor de hand dit onderscheid ook in een Awb-intrekkingsregeling te hanteren, gelet op het vertrouwen dat derden-belanghebbenden aan rechtmatige belastende besluiten hebben mogen ontlenen. Wat betreft de intrekking van zowel onrechtmatige begunstigende besluiten als rechtmatige begunstigende besluiten is in de Ewb-intrekkingsregelingen bepaald dat intrekkingsbesluiten alleen terugwerkende kracht hebben wanneer de intrekking geschiedt binnen een redelijke termijn.[94] In paragraaf 7.2 is beschreven dat beide Ewb-intrekkingsregelingen de intrekking van een onrechtmatig begunstigend besluit verder inkaderen.

Voor rechtmatige begunstigende besluiten zou in de Awb als hoofdregel moeten worden vastgelegd dat het voor het bestuursorgaan ontoelaatbaar is om die besluiten met terugwerkende kracht in te trekken. Intrekking *ex nunc* is dan – net als in het Nederlandse subsidierecht – wel mogelijk.[95] Daarnaast zou in aanvulling een bestuursorgaan de mogelijkheid moeten hebben om ten aanzien van de intrekking van rechtmatige begunstigende besluiten een overgangstermijn te bieden.[96] De *ReNEUAL Model Rules*, noch het EP-voorstel, voorziet in een dergelijke overgangstermijn. Een uitzondering op de hoofdregel dat de intrekking van rechtmatige begunstigende besluiten geen terugwerkende kracht heeft, zou moeten worden gemaakt voor de gevallen waarin een begunstigde zich niet aan de voorwaarden verbonden aan het rechtmatig begunstigende besluit heeft gehouden. In dat geval moet intrekking met terugwerkende kracht in beginsel wel mogelijk zijn. Denk hierbij aan het geval waarin een subsidieontvanger zich niet aan de administratieverplichtingen houdt die aan het subsidieverleningsbesluit zijn verbonden. Als de projectadministratie helemaal niet controleerbaar is, dan ligt het voor de hand om de subsidieverlening met terugwerkende kracht in te trekken.

Naar onze mening kunnen er voorts goede redenen zijn om onrechtmatige begunstigende besluiten *niet* met terugwerkende kracht in te trekken, ook als die intrekking geschiedt binnen een redelijke termijn. Dit wordt ook door de Ewb-intrekkingsregelingen onderkend in die zin dat in het EP-voorstel specifiek wordt

94 Uit paragraaf 7.2 bleek dat wat betreft de intrekking van rechtmatige begunstigende besluiten in het EP-voorstel niet wordt geregeld of de intrekking terugwerkende kracht heeft.

95 Zie art. 4:50, eerste lid, Awb.

96 Een dergelijke overgangstermijn is te vinden in art. 4:50 Awb en in de in paragraaf 7.3 genoemde rechtspraak.

beschreven onder welke omstandigheden de bevoegde autoriteit van terugwerkende kracht moet afzien[97] en in de *ReNEUAL Model Rules* vergelijkbare specifieke omstandigheden worden genoemd waarmee rekening moet worden gehouden bij de beslissing of de intrekking al dan niet terugwerkende kracht heeft.[98]

Wij pleiten ervoor dat bestuursorganen in een Awb-intrekkingsregeling meer ruimte krijgen dan voorgesteld in de Ewb-intrekkingsregelingen bij de beslissing of de intrekking van een onrechtmatig begunstigend besluit al dan niet terugwerkende kracht zou moeten hebben. Op deze wijze is gewaarborgd dat altijd een belangenafweging moet worden verricht en kan rekening worden gehouden met alle specifieke omstandigheden van het geval.[99]

7.5.3.3 Compensatie

In de derde plaats geven beide intrekkingsregelingen uit de voorstellen voor een Ewb regels voor het bieden van compensatie voor het intrekken van rechtmatige begunstigende besluiten.

Wij vinden het een goede zaak dat in beide intrekkingsregelingen aandacht bestaat voor de vraag of compensatie moet plaatsvinden wanneer een besluit wordt ingetrokken. Deze lijn zien wij, vergelijk paragraaf 7.3.3, ook terug in de bijzondere Nederlandse intrekkingsregelingen (zie voor het subsidierecht art. 4:50, tweede lid, Awb) en in de rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter.[100] Meer in algemene zin heeft de Afdeling bestuursrechtspraak, in navolging van de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel,[101] in relatie tot het vertrouwensbeginsel overwogen dat indien er zwaarwegender belangen in de weg staan aan honorering van het gewekte vertrouwen voor het bestuursorgaan de verplichting kan ontstaan om de schade die er zonder het vertrouwen niet geweest zou zijn te vergoeden als onderdeel van diezelfde besluitvorming.[102]

Gelet hierop pleiten wij ervoor om de verplichting dat bestuursorganen de schade vergoeden aan de partij die gerechtvaardigd op het ingetrokken besluit heeft mogen vertrouwen, in de intrekkingsregeling in de Awb op te nemen. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij art. 4:50, tweede lid, Awb, waar een verplichting tot vergoeding van de schade is neergelegd in het geval een rechtmatig subsidiebesluit *ex nunc* wordt ingetrokken.

7.5.4 Wie mogen om intrekking verzoeken?

Zowel de *ReNEUAL Model Rules* als het EP-voorstel geven regels over de vraag wie om intrekking van een besluit mag verzoeken. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten besluiten, dat wil zeggen begunstigend, belastend, onrechtmatig en rechtmatig. Het valt op dat in beide voorstellen is geregeld dat

97 Zie art. 24, derde lid, EP-voorstel.
98 Zie art. III-36, tweede lid, *ReNEUAL Model Rules*.
99 Vergelijk De Kam 2016, p. 447.
100 Vergelijk CBb 27 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5867.
101 Conclusie van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896
102 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694. Vergelijk S.A.L. van de Sande, 'Het vertrouwensbeginsel en schadevergoeding', O&A 2019/44, p. 81-89.

alleen andere partijen – dus kennelijk niet de geadresseerde – mogen verzoeken om de intrekking van een begunstigend onrechtmatig dan wel rechtmatig besluit.

Wij kunnen ons echter voorstellen dat ook de begunstigde behoefte kan hebben om een verzoek tot intrekking van een begunstigend besluit te doen. Daarbij kan worden gedacht aan de situatie dat een subsidie is toegekend in strijd met de staatssteunregels. Om een terugvorderingsprocedure met alle ellende van dien te voorkomen heeft de begunstigde van de staatssteun er belang bij dat de mogelijkheid bestaat om tot intrekking te verzoeken. Hetzelfde geldt voor een begunstigend besluit dat op zichzelf rechtmatig is, maar waarvoor geldt dat de begunstigde niet langer aan de voorwaarden voldoet. Ook in dat geval is het van belang dat tevens de begunstigde om intrekking kan verzoeken. In een op te stellen Awb-intrekkingsregeling zou het vorenstaande in ogenschouw moeten worden genomen. Een en ander is eenvoudig te realiseren door in een in de Awb op te nemen intrekkingsregeling te verwijzen naar het belanghebbendenbegrip. In dat geval is het duidelijk dat ook de geadresseerde/begunstigde om intrekking kan verzoeken.

7.5.5 *Termijn voor het intrekken van besluiten*

In de intrekkingsregeling uit de voorstellen voor een Ewb is geen termijn neergelegd waarbinnen de bevoegdheid tot het intrekken van besluiten kan worden uitgeoefend. De termijn waarbinnen een besluit wordt ingetrokken is alleen van belang voor de vraag of het intrekkingsbesluit terugwerkende kracht heeft. Terugwerkende kracht is namelijk uitsluitend mogelijk wanneer intrekking binnen een redelijke termijn plaatsvindt. Dat geen specifieke termijn wordt gegeven waarbinnen een besluit kan worden ingetrokken, heeft waarschijnlijk als oorzaak dat dit veelal zal zijn geregeld in sectorspecifieke Unierechtelijke wetgeving. Zo is voor de intrekking van besluiten in relatie tot de bescherming van de financiële belangen van de EU in Verordening 2988/95 geregeld dat een verjaringstermijn van vier jaar geldt.[103] Denkbaar is dat het tijdsverloop sinds de bekendmaking van het besluit dat wordt ingetrokken een rol speelt in de belangenafweging en daarmee invloed heeft op de vraag of een overgangstermijn moet worden gehanteerd dan wel compensatie moet worden geboden.[104]

Toch verdient het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid naar onze mening de voorkeur dat voor de intrekking van onrechtmatige begunstigende besluiten in een intrekkingsregeling in de Awb een vervaltermijn wordt vastgelegd.[105] Hierbij kan gekeken worden naar art. 4:49, derde lid, Awb, waarin een vervaltermijn van vijf jaar is neergelegd.[106] Daarbij zal wel moeten worden bezien of een gefixeerde termijn dan wel een 'redelijke termijn' de voorkeur verdient.

---

103 Zie art. 3, eerste lid, Verordening 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PbEG* 1995, L 312.

104 Vergelijk Den Ouden 2010, p. 702-703.

105 Vergelijk Den Ouden 2010, p. 703; De Kam 2016, p. 456.

106 Vergelijk Den Ouden 2010, p. 703. Strikt genomen gaat het bij de termijn uit art. 4:49, derde lid, Awb om een vervaltermijn. Deze termijn kan niet worden gestuit of verlengd. De genoemde verjaringstermijn neergelegd in art. 3, eerste lid, Verordening 2988/95 kan wel worden gestuit.

7.5.6 *Afzonderlijke regeling voor Unierechtelijk gereguleerde verplichtingen tot intrekking*

Hiervoor is besproken welke inspiratie een toekomstige Awb-regeling inzake intrekking van besluiten kan ontlenen aan de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel. In deze paragraaf ten slotte past een opmerking over de vraag in hoeverre een dergelijke Awb-regeling onverkort kan worden toegepast op Unierechtelijk gereguleerde verplichtingen tot intrekking van besluiten zoals op het terrein van het staatssteunrecht en EU-subsidies.

In paragraaf 7.4 hebben wij besproken dat het HvJ EU in zijn rechtspraak vergaande beperkingen stelt aan de procedurele autonomie die lidstaten toekomt bij de intrekking van besluiten die raken aan het Unierecht, met name op het terrein van EU-subsidies en staatssteun. Vandaar dat het ons verstandig lijkt om een afzonderlijke regeling te treffen voor gevallen waarin het EU-recht tot intrekking verplicht.[107] Gesteld zou kunnen worden dat dit niet noodzakelijk is omdat de Awb-regeling EU-conform kan worden geïnterpreteerd. Naar onze mening is het echter zaak om ten aanzien van besluiten die het EU-recht raken geen verwachtingen te scheppen richting de burger/ondernemingen die de Awb-regeling nooit zou kunnen waarmaken. Dit verdraagt zich namelijk slecht met het rechtszekerheidsbeginsel. Bijkomend voordeel van een nationale regeling zou zijn dat er eindelijk een afdoende bevoegdheidsgrondslag is voor de intrekking van besluiten op grond van een Unierechtelijke verplichting en wordt voldaan aan de eis van de dubbele bevoegdheidsgrondslag.[108]

7.6 Conclusie en aanbevelingen

In dit hoofdstuk zijn wij ingegaan op de twee voorstellen voor een Ewb voor zover zij een regeling bevatten die gaat over de intrekking van besluiten. In de Awb ontbreekt daarover tot nog toe een algemene regeling. Wij menen dat de voorstellen voor een Ewb een mooie aanleiding zijn om een dergelijke algemene regeling tot stand te brengen, met het oog op de beginselen van legaliteit, rechtszekerheid en vertrouwen. Bovendien lijkt het ons ook efficiënt wanneer de bijzondere wetgever kan terugvallen op een algemene intrekkingsregeling in de Awb. Een dergelijke regeling voorkomt dat bijzondere wetgevers los van elkaar het wiel proberen uit te vinden. Wat betreft de inhoud van een intrekkingsregeling in de Awb, bieden de twee voorstellen voor een Ewb zeker inspiratie.

Toch menen wij dat nadere doordenking noodzakelijk is, omdat de voorstellen summier zijn. In dat verband pleiten wij ervoor dat in de Awb in ieder geval voor discretionaire intrekkingsbevoegdheden wordt gekozen, dat de gronden voor intrekking expliciet worden gemaakt, dat per intrekkingsbevoegdheid wordt bepaald in hoeverre bestuursorganen de ruimte hebben om te beslissen of een intrekkingsbesluit al dan niet terugwerkende kracht heeft, dat aandacht bestaat voor de mogelijkheden om compensatie toe te kennen, dat ook geadresseerden om intrekking van

107 Vergelijk ook Ortlep 2011, p. 561; De Kam 2016, p. 450.

108 Zie hieromtrent R. Molendijk & R. Ortlep, 'De erosie van het Nederlandse legaliteitsbeginsel onder invloed van het Unierecht', *JBPlus* 2017/4, p. 305-324.

begunstigende besluiten mogen verzoeken, dat voor intrekking van onrechtmatige begunstigende besluiten een vervaltermijn geldt en om een afzonderlijke regeling te treffen voor gevallen waarin het EU-recht tot intrekking verplicht.

8 Internationale bestuurlijke bijstand

8.1 Inleiding

In de Europese Unie is sprake van gedeeld bestuur in een geïntegreerde rechtsorde.[1] Ook neemt de mobiliteit van personen, diensten, kapitaal en goederen steeds verder toe. Bestuursrechtelijke bevoegdheden zijn op grond van het territorialiteitsbeginsel echter gebonden aan territoir van de Staat.[2, 3] Voor extraterritoriaal handelen moet daarom transnationaal worden samengewerkt. Die samenwerking vindt plaats binnen de EU, maar ook met de staten buiten de EU. Om ook die tweede vorm te 'dekken' – en dat ligt vanwege het algemene karakter van de Awb voor de hand – heeft de commissie ervoor gekozen om in dit hoofdstuk de term 'internationale bestuurlijke bijstand' te gebruiken. Deze term omvat de wederzijdse bijstand binnen de EU-rechtsorde, waarop – zoals hierna zal blijken – de *ReNEUAL Model Rules* van boek V specifiek betrekking hebben, maar betreft dus ook de samenwerking daarbuiten. Internationale bestuurlijke bijstand bestaat uit een Unie- of internationaalrechtelijke grondslag of verplichting van de staten om op een bepaald terrein samen te werken en uit een nationale regeling die de taak en bevoegdheden aan een bestuursorgaan of toezichthouder geeft om daaraan gevolg te geven. Dergelijke nationale regelingen komen veel en steeds vaker voor in bijzondere wetgeving. Meer dan vijfentwintig jaar geleden oordeelde de regering dat de tijd nog niet rijp was voor een algemene Awb-regeling over internationale bestuurlijke bijstand.[4]

De commissie heeft nagedacht over de vraag of dat inmiddels anders is geworden. In vijfentwintig jaar is de – sinds 2009 in art. 4, derde lid, VEU gecodificeerde – Unierechtelijke verplichting tot loyale samenwerking, die de belangrijkste grondslag

1 P. Boswijk, O.J.D.M.L. Jansen & R.J.G.M. Widdershoven, 'De wettelijke implementatie van administratieve samenwerking in de Europese Unie', *RegelMaat* 2009, p. 322-340, p. 322.

2 Zie onder meer C.J.M. Arts e.a., 'De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie', *NJV-preadviezen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019; R. Klein e.a., *Grensoverschrijdend bestuursrecht, Preadviezen Jonge VAR*, Den Haag: Boom juridisch 2017; O. Jansen, 'Over de grens? Over de territorialiteit van handhavingstoezicht in het bestuursrecht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2016/4. In deze bijdragen wordt vaak gewezen op de vaste rechtspraak van het CBb (CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:2 en CBb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444), die ervan uitgaat dat extraterritoriaal handelen eerst en vooral fysiek grensoverschrijdend handelen is. Zie in meer algemene zin C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, second edition, Oxford: Oxford University Press 2015.

3 Zoals ook uit de hiervoor genoemde literatuur naarvoren komt, bestaan er uiteenlopende opvattingen over de vraag wanneer er precies sprake is van extraterritoriaal handelen door de bestuursorganen of toezichthouders of juist van grensoverschrijdend effect van hun op zichzelf nationaal handelen, en over de vraag of de nationale wetgever altijd expliciet zou moeten regelen dat een bevoegdheid ook extraterritoriaal of grensoverschrijdend kan worden uitgeoefend.

4 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, 5, p. 59.

vormt voor de grensoverschrijdende bestuurlijke bijstand en samenwerking binnen de Unie, steeds verder verfijnd in de rechtspraak van het HvJ EU en in de EU-regelgeving. Bovendien betreffen die uitwerkingen van loyale samenwerking steeds meer rechtsterreinen. Het belang van het leerstuk is in het bijzonder bestuursrecht dan ook toegenomen. Ten slotte is er inmiddels meer literatuur voorhanden en bevat ook boek V van de *ReNEUAL Model Rules* regels over de bestuurlijke bijstand binnen de EU.[5] Deze regels worden in dit hoofdstuk in meer detail besproken.

Naar het oordeel van de commissie is de tijd rijp om het beginsel van loyale samenwerking – ook gelet op het fundamentele karakter ervan – als voor de Nederlandse bestuursorganen geldend beginsel in de Awb op te nemen.[6] Daarvoor bestaat temeer reden, omdat het beginsel volgens de bestuursrechter ook binnen de Nederlandse rechtsorde juridische betekenis heeft. Op grond ervan zijn de nationale bestuursorganen namelijk verplicht om met elkaar in overleg te treden met het oog op een nuttige en uniforme toepassing van het Unierecht.[7] Een voorbeeld van een regeling van het beginsel biedt art. 1:51, eerste lid, Wft, dat een algemene opdracht tot samenwerken voor de Nederlandse toezichthouders met de financiële toezichthouders van de andere EU-lidstaten bevat.[8] Wordt het beginsel van loyale samenwerking algemeen in de Awb opgenomen, dan kan zo'n bijzondere bepaling worden geschrapt.

De ambities van de commissie gaan echter verder. In dit verband wijzen wij op de doelstellingen van de Awb om te voorzien in een algemene regeling voor onderwerpen die op veel terreinen van bestuursrecht een rol spelen (eenheid van wetgeving) teneinde de wetgeving te systematiseren en vereenvoudigen. Vanwege deze doelstelling zijn ook andere aspecten van internationale bestuurlijke bijstand – gelet op de grote hoeveelheid bijzondere regelgeving waarin deze inmiddels is opgenomen – een kandidaat voor een algemene regeling in de Awb. Welke dat zijn, wordt hierna aangegeven.

De commissie stelt in dit verband eerst vast dat in diverse onderzoeken de aanbeveling is gedaan om deelthema's van het leerstuk van internationale bestuurlijke bijstand in de Awb te regelen. Een kleine greep volgt hieronder.

In het evaluatierapport *De Europese agenda van de Awb* (2007) wordt onder meer aanbevolen om in de Awb de voorziening op te nemen om de buitenlandse toezichthouders of controleurs van de Europese Commissie, bijvoorbeeld door de minister van (destijds) Justitie, aan te wijzen. Zo zou de juridische realiteit dat de niet-Nederlandse

5 Het EP-voorstel voorziet niet in een regeling van wederzijdse administratieve bijstand.

6 Het beginsel van loyale samenwerking geldt overigens ook voor andere organen van de Staat, zoals de wetgever en de rechterlijke macht. De commissie heeft zich beperkt tot het voor de bestuursorganen geldende beginsel.

7 ABRvS 14 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB7789; CRvB 14 januari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:69; CRvB 23 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1820; CRvB 19 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ3857.

8 Dat artikel luidt: 'De toezichthouder werkt samen met een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat of een afwikkelingsautoriteit als bedoeld in art. 3, eerste lid, van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, indien dat voor het vervullen van zijn taken op grond van deze wet of voor de taakuitoefening van die instantie of autoriteit nodig is.'

toezichthouders eigen toezichtbevoegdheden uitoefenen in Nederland in de Awb zichtbaar worden gemaakt.[9] Ook werd in dat rapport verwijzend naar de ruime reikwijdte van de Dienstenrichtlijn aanbevolen om het daarin opgenomen fenomeen 'toezicht op buitenlandse regelgeving' in de Awb te regelen.[10]

In het rapport *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften* (2008) wordt onder meer geschreven:[11]

> 'Nederland zou zich (...) waar nodig moeten inzetten voor een verbetering van de internationale, zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke samenwerking. Die samenwerking is nu sterk verkokerd. Een verbeterde grensoverschrijdende samenwerking en de te verwachten positieve effecten daarvan op de *level playing field* problemen vormen ook een aantrekkelijk en minder ingrijpend alternatief voor bijvoorbeeld verplichte strafrechtelijke handhaving. Nederland zou in dat kader dan ook een visie moeten ontwikkelen op de aanwezigheid van buitenlandse ambtenaren op Nederlands grondgebied (welke bevoegdheden, bewijsgebruik, bewijskracht, e.d.) en daarbij zo nodig het nationale recht aanpassen).'

In het rapport *Transnationale samenwerking tussen toezichthouders in Europa* (2008) wordt onder meer vastgesteld dat veel vormen van samenwerking tussen de toezichthouders in EU-verordeningen zijn geregeld, en dat het operationaliseren daarvan in nationale regelgeving kennelijk overbodig wordt geacht.[12] De onderzoekers menen echter dat er goede redenen zijn om de samenwerking nationaal te regelen. Waar de samenwerking tussen de toezichthouders in richtlijnen is geregeld, is dat vaak geïmplementeerd in nationale, bijzondere regelgeving.

Het verkennende onderzoek *Grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes* laat zien dat in de literatuur en door enkele autoriteiten in Nederland is gesignaleerd dat zich een probleem voordoet bij de grensoverschrijdende inning van opgelegde bestuurlijke boetes.[13] Bestuursrechtelijke samenwerkingsinstrumenten voor de inning van bestuurlijke boetes zijn zeldzaam. Op bilateraal niveau is zulke samenwerking wel tot stand gekomen tussen Oostenrijk en Duitsland. Daarbuiten bestaat bestuursrechtelijke samenwerking alleen op deelterreinen, op het gebied van geldschulden in belastingzaken en in het kader van de handhaving van de

---

9 R.J.G.M. Widdershoven, S. Prechal, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 121.

10 Widdershoven 2007, p. 122.

11 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 345.

12 P. Boswijk, O.J.D.M.L. Jansen & R.J.G.M. Widdershoven, *Transnationale samenwerking tussen toezichthouders in Europa*, Den Haag: WODC/ministerie van justitie 2008.

13 A.J. Metselaar, P.C. Adriaanse e.a., *Grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes*, Den Haag: WODC 2014. Zie ook O. Jansen, 'Administrative Law sanctioning and mutual assistance in the European Union', in: R. Kert & A. Lehner (red.), *Vielfalt des Strafrecht sim internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfl zum 65 Geburtstag*, Wien: NWV 2017, p. 709-729; O. Jansen, 'Transnationaal beboeten in de Europese Unie: De strafrechter als *pons asinorum* bij internationale wederzijdse samenwerking in straf- en bestuursrechtelijke zaken?', in: E. Hofstee, O. Jansen & A-M. Smit (red.), *Kringgedachten*, Deventer: Kluwer 2014, p. 203-220.

Detacheringsrichtlijn. De Europese of internationale juridische instrumenten die bestaan, zijn niet toereikend.

Naar het oordeel van de commissie verdient het aanbeveling om niet alleen het beginsel van loyale samenwerking op te nemen in de Awb, maar ook een regeling van internationale bestuurlijke bijstand. Daarin kunnen de in de literatuur aanbevolen wijzigingen worden opgenomen, maar ook andere onderwerpen die gemeenschappelijk zijn aan de bijzondere regelgeving en zich daarom lenen voor een algemene regeling. Omdat internationale bijstand niet voor elk bestuursorgaan op elk rechtsterrein een relevant onderwerp is, verkiest de commissie echter de vorm van een facultatieve standaardregeling die van toepassing is zodra de bijzondere wet dat bepaalt. Daarnaast stelt de commissie in navolging van de hiervoor weergegeven onderzoeken een klein aantal aanpassingen van titel 5.2 Awb voor om de regeling van het handhavingstoezicht beter te doen aansluiten bij de Unierechtelijke vereiste van samenwerking bij inspectie en toezicht.

In de door ons voorgestane Awb-regeling voor internationale bestuurlijke bijstand ligt de nadruk op de wederzijdse bijstand binnen de EU. De regeling is echter ook geschikt voor bestuurlijke bijstand door de Nederlandse bestuursorganen aan niet EU-lidstaten op grondslag van een internationaal verdrag. Wel moet de regeling ruimte laten voor het stellen van zwaardere eisen aan die samenwerking dan voor de samenwerking binnen de EU, omdat die andere staten zeker niet altijd voldoen aan de eisen van de rechtsstaat en democratie, waarden die binnen EU wel gelden.[14] Daarbij kan worden gedacht aan meer mogelijkheden voor het bestuursorgaan om een verzoek tot verlening van internationale bijstand te weigeren, een grotere rol voor de openbare orde-exceptie en het wederkerigheidsbeginsel, en aan (veel) strengere voorwaarden voor spontane bijstand en bijstand zonder verdragsbasis.

Verder wordt in dit hoofdstuk een belangrijke aanbeveling aan *ReNEUAL* gedaan, namelijk om de *Model Rules* aan te vullen met een algemene regeling voor de transnationale oplegging van bestuurlijke sancties, in het bijzonder de bestuurlijke boete, en de inning van bestuursrechtelijke geldschulden. Deze aanbeveling past bij de plannen binnen *ReNEUAL 2.0* om *Model Rules* op te stellen voor *International and Transnational Administrative Law* (zie paragraaf 2.6). Zij sluit ook aan bij onze aanbeveling in hoofdstuk 6, om voor de oplegging van bestuurlijke sancties door de EU-autoriteiten *Model Rules* vast te stellen. Zij beoogt de lacunes op te vullen die in het hiervoor vermelde onderzoeken zijn gesignaleerd. Daarbij is het niet zonder belang dat ook de EU-regelgever zich van de genoemde lacunes meer bewust lijkt te zijn en geleidelijk aan meer verplichtingen tot samenwerking bij de inning van geldelijke sancties en bestuurlijke boetes regelt.[15]

---

14 Op grond van art. 2 VEU. Dat niet alle EU-lidstaten aan de eis van rechtsstatelijkheid voldoen, doet aan de Europese gelding van die waarde niet af.

15 Om het bij enkele voorbeelden te laten: Richtlijn 2014/67 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt ('de IMI-verordening'); art. 11 e.v. Verordening 2017/2394, betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming; art. 66, 67

De rol van de ReNEUAL Model Rules en het vervolg van dit hoofdstuk

De *Model Rules* van boek V van *ReNEUAL* over wederzijdse bijstand hebben een ruim werkingsbereik.[16] Er worden regels voorgesteld over zowel de verticale samenwerking tussen EU-bestuursorganen en nationale bestuursorganen als de horizontale samenwerking tussen de nationale bestuursorganen onderling, althans wanneer zij het EU-recht ten uitvoer brengen (art. V-1, eerste lid, MR).[17] Het kan daarbij gaan om het uitwisselen van reeds bestaande of te vergaren informatie, om het verrichten van een inspectie of om de kennisgeving van stukken (art. V-1, tweede lid).[18]

Deze *Model Rules* fungeren als uitgangspunt voor een facultatieve standaardregeling voor internationale bestuurlijke bijstand, die in de Awb zou kunnen worden opgenomen. De *ReNEUAL Model Rules* bieden een model van een hogere Unierechtelijke regeling, waaraan het nationale recht moet voldoen, en zijn daarmee een geschikt uitgangspunt om de hoofdlijnen van de Awb-regeling te schetsen. Bovendien ligt aan de *ReNEUAL Model Rules* een kundige analyse van een groot aantal bijstandsregelingen van zowel Unie- als internationaalrechtelijke grondslag ten grondslag. De betreffende hoofdlijnen worden geformuleerd in paragraaf 8.2 van dit hoofdstuk. Daarbij wordt eerst ingegaan op de bevoegdheden en verplichtingen van het om bijstand vragende bestuursorgaan (paragraaf 8.2.1), en daarna op de bevoegdheden en verplichtingen van het bijstand verlenende orgaan (paragraaf 8.2.2.). Vervolgens besteden we aandacht aan twee onderwerpen die niet of zeer beperkt zijn geregeld in de *ReNEUAL Model Rules*, maar daarmee wel verwant zijn en daarom ook in de Awb zouden moeten worden geregeld (paragraaf 8.2.3). Dat betreft de samenwerking bij de uitoefening van inspectiebevoegdheden en de transnationale kennisgeving aan ingezetenen van een andere lidstaat. Ten slotte wordt nog ingegaan op de rechtswaarborgen en rechtsbescherming bij bijstandsverlening (paragraaf 2.4).

In de *ReNEUAL Model Rules* is een aantal thema's niet opgenomen. Zo hebben zij geen betrekking op rechtshulp tussen de nationale (bestuurs)rechters (*judicial assistance*) of op de samenwerking bij dwangmaatregelen in verband met de transnationale effectuering van bestuurlijke sancties (*enforcement assistance*).[19] Zoals hiervoor al aangegeven, acht de commissie dat laatste een gemis en zijn Unierechtelijke modelregels voor de transnationale oplegging en effectuering van bestuurlijke sancties, in het bijzonder bestuurlijke boeten, en de grensoverschrijdende inning

---

vijfde lid, en 68 Verordening 2019/1238 inzake een pan-Europees persoonlijk pensioenproduct (PEPP); art. 26 Richtlijn 2019/1, tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt.

16 In boek VI van de *ReNEUAL Model Rules*, over bestuurlijk-informatiemanagement, zijn ook regels over wederzijdse bestuurlijke bijstand opgenomen, onder meer over grensoverschrijdende geautomatiseerde en geïntegreerde vormen van informatie-uitwisseling. Zoals in paragraaf 1.4 is toegelicht, wordt boek VI in dit rapport niet behandeld.

17 Zie voor de situaties die daaronder vallen, paragraaf 2.2. van dit rapport.

18 Art. V-1, tweede lid, MR hanteert de term '*service*', een term die in het Nederlands pleegt te worden vertaald met 'betekenen'. Omdat het woord 'betekenen' in het Nederlandse recht een specifieke betekenis heeft, namelijk de bekendmaking van een exploot door een deurwaarder, en het woord '*service*' ruimer is bedoeld, gebruiken wij hierna het neutralere woord 'kennisgeving'.

19 Aldus uitdrukkelijk art. V-1 vierde lid, MR.

van bestuursrechtelijke geldschulden wenselijk. De *ReNEUAL Model Rules* zouden hiermee moeten worden aangevuld. In paragraaf 8.3 van dit hoofdstuk worden de gedachten van de commissie daarover nader toegelicht en uitgewerkt.

Ten slotte, de *ReNEUAL Model Rules* over een tot een partij gericht transnationaal verzoek om informatie te verstrekken en te worden gehoord, zijn niet opgenomen in boek V, maar in boek III, in het bijzonder art. III-11, vierde en vijfde lid, MR. De regels betreffen zowel het horen van een ingezetene van een lidstaat door een EU-autoriteit (verticaal) als het horen van een ingezetene van de ene lidstaat door organen van ene andere (horizontaal). Zij zijn reeds kort besproken in paragraaf 6.5.4, zodat een aparte bespreking in dit hoofdstuk achterwege kan blijven. Wel zullen we hierna op onderdelen naar die bespreking verwijzen.

8.2 Hoofdlijnen van een Awb-regeling van internationale bestuurlijke bijstand

8.2.1 *De bevoegdheden en verplichtingen van het om bijstand vragende bestuursorgaan*

8.2.1.1 *De ReNEUAL Model Rules*

In art. V-3 MR zijn de verplichtingen opgenomen van de om bijstand vragende autoriteit. Het gaat daarbij niet alleen om de regels over de inhoud van het verzoek en de wijze waarop dat zou moeten worden verzonden en hoe over de bevoegde autoriteit informatie wordt gegeven, maar ook over de intrekking van het verzoek en de wijze waarop de verkregen informatie mag worden gebruikt. Voorts is bepaald dat het verzoekende bestuursorgaan op verzoek van het aangezochte bestuursorgaan over de resultaten van de verleende bijstand moet rapporteren.

> *Art. V-3 luidt als volgt:*
> *(1) A request for assistance shall*
> *(a) state the provisions which provide the legal basis for the relevant administrative task of the requesting authority*
> *(b) state the provisions which provide the legal basis for the request itself*
> *(c) state the purpose of the requested assistance, its intended and desired use as well as reasons why the requesting authority could not conduct the necessary tasks itself. The request shall include relevant facts already known to the requesting authority and shall indicate if a similar request has been made to another Member State.*
> *(d) contain sufficient information to enable a requested authority to fulfil the request. In case of a request for the service of documents, the relevant documents shall be the original or certified copies thereof, and the request shall indicate the name, address and any other relevant information for identifying the addressee, as well as a short summary of the attached document to be served, its purpose and the period within which it should be served.*
> *(2) Where the request is not to be transmitted through information systems, or not to be sent to a designated contact or liaison point, or due to the sensitive nature of the information to be handled by a specific authority, the request should be sent through suitable ministerial channels. Member States and EU authorities shall make suitable authorities as easily identifiable to outside authorities as possible.*
> *(3) The requesting authority may, at any time, withdraw the request for assistance which it has sent to the requested authority. The decision to withdraw shall be transmitted to the requested authority immediately. In the case of a request for the service of documents, the originals transmitted to*

the requested authority shall be returned forthwith. Moreover, a request for the service of documents cannot be withdrawn once such documents have been served to the addressee. The requested authority shall inform the requesting authority immediately if this is the case.
(4) The information transmitted in the course of mutual assistance may only be used for the purposes for which it was exchanged.
(5) Any information, documents, findings, statements, certified true copies collected or information communicated in the course of mutual assistance may be invoked or used as evidence by all authorities of the Member State receiving it on the same basis as similar information or documents obtained within that State. An exception to such use exists where the requested authority has stated otherwise in accordance with EU law. Both the national laws of the requested and the requesting authority may prohibit the use of information as evidence if procedural or defence rights of the person concerned have been violated in the course of collecting the information.
(6) The requested authority may ask the requesting authority to report back to it on the results of the assistance provided. In such cases the requesting authority is under an obligation to send a report.

Met deze voorgestelde modelregels worden volgens het netwerk twee doelen nagestreefd: het omwille van de bestuurlijke efficiëntie ondersteunen van het bestuur en de bescherming van het individu. Bij de bespreking van de bevoegdheden en verplichtingen van het bestuursorgaan dat om bijstand vraagt, wordt door *ReNEUAL* steeds verwezen naar voorbeelden van verdragen van de Raad van Europa en EU-regelgeving.

Het gaat dan om verdragen zoals de *European Convention on the Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters* uit 1977[20] (die overigens slechts voor acht staten in werking is getreden en bindend is geworden),[21] de *European Convention on the Obtaining Abroad of Information and Evidence in Administrative Matters* uit 1978[22] (slechts voor zes staten in werking getreden en bindend geworden)[23] en de *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* uit 1988.[24] Het laatste verdrag is wel bindend voor Nederland. Dat geldt ook voor 109 andere staten (zowel lidstaten van de Raad van Europa als staten die geen lid zijn). Tien staten hebben wel ondertekend, maar nog niet geratificeerd. Volgens de OESO nemen 137 rechtsordes eraan deel. De voor de voorstellen van *ReNEUAL* belangrijke voorbeelden van unieregelgeving zijn (thans) met name de Dienstenrichtlijn en de AVG.[25]

20 ETS 094.
21 Te weten Oostenrijk, België, Estland, Frankrijk, Duitsland, Italië, Luxemburg en Spanje. Griekenland, Malta, Portugal en Zwitserland hebben ondertekend maar niet geratificeerd.
22 ETS 100.
23 Te weten Azerbaijan, België, Duitsland, Italië, Luxemburg en Portugal. Zwitserland en Turkije hebben ondertekend maar niet geratificeerd.
24 ETS 127 zoals gewijzigd met het *Protocol amending the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* [2010] CETS 208.
25 Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt en Verordening 2016/679 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (Algemene verordening gegevensbescherming).

Art. V-3 MR bevat diverse aspecten over het verzoek van het bijstand vragende orgaan, die ook moeten worden geregeld in de facultatieve Awb-regeling van internationale bestuurlijke bijstand.

8.2.1.2 *De bevoegdheid om een bijstandsverzoek te doen*

De Awb-regeling moet eerst en vooral de bevoegdheid aan bestuursorganen toedelen om organen, instellingen en instanties van de EU of EU-lidstaten om bijstand te verzoeken, waarbij de vormen van bijstand worden omschreven waarvoor de regeling geldt (uitwisseling van bestaande of te vergaren informatie, het verrichten van toezicht of de kennisgeving van stukken).[26] Welk concreet bestuursorgaan deze bevoegdheid op een bepaald rechtsgebied heeft, zal in de bijzondere wet moeten worden bepaald. De *ReNEUAL Model Rules* gaan ervan uit dat bijstandsverzoeken veelal via het ministeriële niveau zullen worden gedaan (zie art. V-3, tweede lid, MR). In de huidige praktijk zijn het echter in toenemende mate andere bestuursorganen die deze taak krijgen toebedeeld. Afhankelijk van het betrokken beleidsterrein kunnen dat bijvoorbeeld ook zelfstandige bestuursorganen, waaronder markttoezichthouders, of tot lokale overheden behorende bestuursorganen zijn. Het is de bijzondere wetgever die hier het vereiste maatwerk moet leveren om de bijstandstaak effectief te kunnen doen uitvoeren.

De bevoegdheid tot het verzoeken om bijstand dient door het bestuursorgaan te worden uitgeoefend ter uitvoering van zijn wettelijke taken. Die omvatten veelal ook taken met een Unierechtelijke basis, bijvoorbeeld omdat ze zijn aangewezen als bevoegde autoriteit op grond van een verordening of richtlijn. Benadrukt moet worden dat nationale regelgeving en het Unierecht ook de grens vormen van die bevoegdheid. De uitoefening mag daarmee niet in strijd zijn. In de regeling die de commissie voor ogen staat, bepaalt de bijzondere wetgever aan welk bestuursorgaan deze bevoegdheid toekomt, en wordt deze begrensd door de combinatie van de Awb-regeling en de bijzondere wet.

8.2.1.3 *De inhoud en motivering van het verzoek*

Op grond van art. V-3, eerste lid, MR moet het bijstandsverzoek de wettelijke basis beschrijven van de taak ter uitvoering waarvan het verzoek werd gedaan, evenals de wettelijke basis van het verzoek zelf. Indien het verzoek niet aan de gestelde eisen voldoet, kan het aangezochte bestuursorgaan weigeren er gevolg aan te geven (facultatieve weigeringsgrond op grond van art. V-4, vierde lid, MR). Voorts moet het verzoek een toelichting bevatten van het doel en het beoogde gebruik van de gevraagde bijstand en van de reden waarom het bijstand verkrijgende bestuursorgaan de taak niet zelf zonder die bijstand kan uitvoeren. Die motivering dient de aangezochte autoriteit in de gelegenheid te stellen het verzoek te beoordelen en daaraan binnen een redelijke termijn en zonder onevenredige bestuurlijke lasten te voldoen.[27] Dat wil overigens niet zeggen dat in voorkomend geval niet met een summiere motivering

26 Art. V-1, tweede lid, MR. Zie reeds paragraaf 8.1.

27 Vergelijkbare bepalingen over de inhoud van het bijstandsverzoek zijn te vinden in art. 5 *European Convention on the Obtaining Abroad of Information and Evidence in Administrative Matters*, en art. 18 *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*. In art. 3 *European Convention on the Service*

zou kunnen worden volstaan. Het gaat erom dat het aangezochte bestuursorgaan het verzoek moet kunnen toetsen en beoordelen. Indien de handelingen ter uitvoering van het verzoek of handelingen naar aanleiding van de verleende bijstand openstaan voor rechtsbescherming, dient deze motivering bovendien het verdedigingsbelang van de betrokken justitiabele. Zie over de rechtsbescherming nader, paragraaf 8.2.4.

In de facultatieve Awb-standaardregeling van internationale bestuurlijke bijstand zouden dezelfde elementen als minimumeisen voor een bijstandsverzoek kunnen worden geregeld als in de *ReNEUAL Model Rules*. Die verzoeken moeten dus de wettelijke basis beschrijven van de taak ter uitvoering waarvan het verzoek is gedaan, alsmede de wettelijke basis van het verzoek zelf. Bovendien moeten ze voldoende deugdelijk zijn gemotiveerd. Eventuele nadere eisen hangen onder meer af van de concrete Unierechtelijke regeling en de aard van het bijstandsverzoek en laten zich moeilijk op een andere manier in een algemene regeling vatten, dan met een min of meer algemeen 'restvereiste' (bijvoorbeeld 'het bijstandsverzoek bevat voorts de informatie die gelet op de aard ervan redelijkerwijs noodzakelijk is of die is vereist op grond van het bindende besluit van de EU ter uitvoering waarvan het wordt gedaan'). Het is aan de bijzondere wetgever die de standaardregeling van toepassing verklaart om in aanvulling hierop, mede ter operationalisering of implementatie van het Unierecht, nog verdere eisen te stellen. Ten slotte ligt het voor de hand dat een bijstandsverzoek niet in het Nederlands kan worden gedaan, en dat dus ook de vertaling ervan moet worden voorgeschreven.[28]

8.2.1.4 *De wijze van verzending van het verzoek*

De *ReNEUAL Model Rules* houden rekening met een groot aantal manieren waarop het bijstandsverzoek kan worden overgebracht. Het gaat daarbij veelal om traditionele, deels verouderde, manieren. Er kan daarbij niet alleen gebruikgemaakt worden van informatiesystemen, verbindingsbureaus of aangewezen contactautoriteiten (*designated contact or liason point*) en autoriteiten die gelet op het gevoelige karakter specifiek zijn aangewezen, maar ook van geschikte ministeriële kanalen. Zowel voor de lidstaten als EU-bestuursorganen geldt de verplichting om het achterhalen van de aan te zoeken autoriteit voor de andere bestuursorganen zo eenvoudig mogelijk te maken. Naar het oordeel van de commissie zou binnen de EU de hoofdregel moeten zijn dat het bijstandsverzoek door het ene bestuursorgaan rechtstreeks kan worden verzonden naar het andere. Deze hoofdregel zou wat ons betreft ook in de *ReNEUAL Model Rules* moeten worden neergelegd.

Net als de *ReNEUAL Model Rules* zal de facultatieve Awb-regeling van internationaal bestuurlijk toezicht rekening dienen te houden met de diversiteit aan manieren om een bijstandsverzoek aan de bevoegde buitenlandse autoriteit over te brengen. Het

---

Abroad of Documents relating to Administrative Matters, wordt het gebruik van een formulier volgens een bij dit verdrag behorend model voorgeschreven.

28 In verdragen en EU-regelgeving over de bijstand bij het betekenen van stukken wordt vaak een vertaling vereist van één of meer documenten. Dat geldt niet alleen voor de *European Convention on the Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters*, maar ook voor art. 17, vijfde lid, *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*, en art. 16 Kaderbesluit 2005/214/JBZ, inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties.

zal daarvoor voldoende zijn dat daarin wordt bepaald dat ons bestuursorgaan het verzoek op de in de Unie- internationale regeling voorgeschreven wijze overbrengt aan de bevoegde of aangewezen autoriteit. In voorkomend geval kan de bijzondere wetgever die de Awb-regeling van toepassing verklaart, bepalen op welke wijze het bijstandsverzoek wordt overgebracht.

Uit het voorgaande blijkt dat de *ReNEUAL Model Rules* alleen aandacht hebben voor de communicatie van de verzoeken tussen de instellingen, instanties en organen van de lidstaten en de EU. Dat is voor een bijstandsregeling op zich niet vreemd. Wel raakt hierdoor uit beeld dat de bestuursorganen van lidstaten ook, en steeds vaker, direct communiceren met de ingezetenen van andere lidstaten. Dit grensoverschrijdend verkeer tussen de organen en ingezetenen heeft geen plaats gekregen in boek V van *ReNEUAL*, maar zal wel moeten worden opgenomen in een facultatieve Awb-regeling voor internationale bijstand. Zie hiervoor paragraaf 8.2.3.

8.2.1.5 *De intrekking van het verzoek*

De verzoekende autoriteit kan op grond van de *ReNEUAL Model Rules* te allen tijde het bijstandsverzoek weer intrekken, en de beslissing daartoe moet onmiddellijk aan het aangezochte bestuursorgaan worden overgebracht. Als de gevraagde documenten door het aangezochte orgaan al zijn 'overgebracht' naar de verzoekende autoriteit, kan het verzoek niet meer worden ingetrokken, maar moeten deze wel zo spoedig mogelijk worden geretourneerd.

In de Awb-regeling van internationale bestuurlijke bijstand kan worden volstaan met de bepaling dat het verzoek, zo nodig na overleg met de bevoegde buitenlandse autoriteit, te allen tijde kan worden ingetrokken, tenzij er reeds aan is voldaan.

8.2.1.6 *De wijze waarop de informatie (als bewijsmiddel) mag worden gebruikt*

Volgens art. V-3, vierde lid, MR mag informatie die op een bijstandsverzoek is verstrekt, uitsluitend worden gebruikt voor het doel waarvoor die was uitgewisseld (doelbinding). In het vijfde lid van die bepaling is een voorschrift opgenomen over de erkenning als bewijsmiddel. Op grond daarvan moeten de informatie, documenten c.a.,[29] die op grond van bestuurlijke bijstand worden uitgewisseld, kunnen worden gebruikt als bewijsmiddel door alle nationale bestuursorganen op dezelfde voet als vergelijkbare informatie en documenten op basis van het eigen nationaal recht. Het nationale recht van zowel het verzoekende als het aangezochte bestuursorgaan kan overigens het gebruik voor het bewijs verbieden indien dat in strijd met de procedurele of verdedigingsrechten van de belanghebbende is verkregen. Ook kan een bestuursorgaan aangeven dat de uitgewisselde informatie niet als bewijsmiddel kan worden gebruikt, voor zover dat in overeenstemming is met het Unierecht.

Bij een Awb-regeling van internationale bestuurlijke bijstand is het naar het oordeel van de commissie noodzakelijk om een aantal rechtswaarborgen over bewijs op te nemen. Deze zijn alleen al noodzakelijk om te voldoen aan de Unierechtelijke grondrechten en het EVRM, zoals het verdedigingsbeginsel, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het *nemo tenetur*-beginsel, voor zover van toepassing.

---

29 Om meer precies te zijn: '*any information, documents, findings, statements, certified true copies collected or information communicated in the course of mutual assistance*'.

Bewijs is op dit moment nog niet geregeld in de Awb. Op een wijze vergelijkbaar met de *ReNEUAL Model Rules* zou de Awb-regeling van internationale bestuurlijke bijstand niet alleen moeten bepalen dat de met een bijstandsverzoek verkregen informatie niet mag worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze informatie is verstrekt. Voorts dient zij voor te schrijven dat de informatie die op grond van een bijstandsverzoek is verkregen als bewijsmiddel kan dienen op een wijze die vergelijkbaar is met de informatie die op basis van de Nederlandse taakuitoefening is verkregen. Ook dient te worden bepaald dat, als die informatie in strijd met fundamentele procedurele waarborgen of verdedigingsrechten van de belanghebbende is verkregen, deze niet als bewijsmiddel mag worden gebruikt. Dat verbod dient ook te gelden, indien de verkrijging niet in strijd is met die waarborgen en rechten, maar het gebruik ervan wel. Van dat laatste is bijvoorbeeld sprake indien wilsafhankelijke informatie (veelal een verklaring) met een medewerkingsplicht is verkregen. Deze mag naar Nederlands recht wel worden gebruikt als bewijsmiddel voor de intrekking van een begunstigende beschikking of een herstelsanctie, maar niet voor de oplegging van een bestraffende sanctie of strafvervolging.[30] Deze werking van het *nemo tenetur*-beginsel dient naar het oordeel van de commissie ook te gelden voor de op grond van een bijstandsverzoek verkregen informatie.

Als informatie op een Nederlands verzoek naar het recht van het aangezochte bestuursorgaan onrechtmatig is verkregen, dient naar het oordeel van de commissie vooralsnog te worden volstaan met de aansluiting bij het Nederlandse ongeschreven recht over de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs.[31] Met een wettelijke regeling kunnen op zich verder strekkende rechtswaarborgen worden ingevoerd, zoals een algemeen verbod om op bijstandsverzoek onrechtmatig verkregen informatie als bewijsmiddel te gebruiken, maar dat zou een afwijking van het bestaande wettelijk bewijsrecht betekenen.

8.2.2 *De bevoegdheden en verplichtingen van het bijstand verlenende bestuursorgaan*

8.2.2.1 *De ReNEUAL Model Rules*

In art. V-4 MR is als uitgangspunt de verplichting opgenomen van het aangezochte bestuursorgaan om aan het verzoek gevolg te geven en om loyaal samen te werken met het verzoekende bestuursorgaan om bij eventuele problemen met het verzoek tot een oplossing te komen. Het aangezochte bestuursorgaan heeft volgens de *ReNEUAL Model Rules* overigens wel de mogelijkheid om dat te weigeren, zij het op een beperkte hoeveelheid gronden.

> *Art. V-4 luidt als volgt:*
> *(1) The requested authority shall*
> *(a) confirm the receipt of the request for assistance as soon as possible.*

30 Zie vooral rechtsoverweging 7.3 van de uitspraak van de ABRvS (grote kamer) van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, waarin aansluiting wordt gezocht bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640.

31 Zie vooral HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643 en HR 1 juli 1992, BNB 1992/306, waarin aansluiting wordt gezocht bij de rechtspraak van de strafrechter (zie HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 en HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321).

(b) comply with the request within the shortest possible period of time. Where the requested authority cannot comply with the request, it shall inform the requesting authority thereof and of the reasons for its failure to do so. In case of difficulties in meeting a request, the requested authority shall promptly inform the requesting authority with a view to finding a solution. Where the addressed authority is not the authority competent to comply with the request, it shall forward the request to its competent (national) counterpart and inform the requesting authority thereof.
(c) inform the requesting authority if it has evidence to suggest that information transmitted is inaccurate, or if it has been transmitted unlawfully.
(2) In order to comply
(a) with a request for information, the requested authority shall provide any pertinent information in its possession or obtain the information sought. To obtain the information sought, the requested authority, or the administrative authority to which it has recourse, shall proceed as though acting on its own account or, if the requested authority is a Member State authority, at the request of another authority in its own Member State;
(b) with a request for an inspection, the Member State authority shall conduct the inspection requested subject to existing constraints under national law and in accordance with EU law, or transfer the information required where it is already in its possession;
(c) with a request for the service of documents, the requested authority shall in accordance with the rules governing the notification of similar instruments in its own Member State, provide the addressee with all of the documents which it has received for the purpose of service.
(3) The requested authority is obliged to comply with any lawful request for assistance. It shall refuse to provide personal data where the transfer would infringe applicable EU or national data protection law.
(4) It may refuse to comply in the following cases:
(a) where the request does not comply with the requirements of Article V-3 (1).
(b) to comply with the request would lead to the disclosure of a commercial, industrial or professional secret, or of information the disclosure of which would be contrary to public policy or national security.
(c) the requesting authority could have reasonably been expected to fulfil the task itself.
(d) to comply would pose a disproportionate administrative burden on the requested authority.
(e) the law of the requested authority does not authorise the competent authority to carry out these enquiries or to collect or use that information for the requested authority's own purposes, and the refusal is in accordance with EU law.

In deze weigeringsgronden is het wederkerigheidsbeginsel dat in veel verdragen over internationale samenwerking buiten de EU-rechtsorde gebruikelijk is, uitdrukkelijk niet opgenomen. Binnen de EU is dat logisch, omdat die wederkerigheid wettelijk is gegarandeerd. Buiten het EU-kader is dat niet het geval. Daarom moet in de facultatieve Awb-regeling voor internationale bestuurlijke bijstand, voor zover die bijstand is gebaseerd op internationaalrecht (buiten de EU-rechtsorde), dat wederkerigheidsbeginsel naar het oordeel van de commissie wel in de gronden worden neergelegd. De verplichtingen en weigeringsgronden zijn complementair aan de eisen die aan het bijstandsverzoek worden gesteld. Zo kunnen onze bestuursorganen niet worden verplicht gevolg te geven aan een verzoek van een buitenlandse autoriteit dat niet aan de Unierechtelijke grondslag daarvoor voldoet.

8.2.2.2 De loyale samenwerking door het aangezochte bestuursorgaan

Op grond van art. V-4 MR bevestigt het aangezochte bestuursorgaan de ontvangst van het bijstandsverzoek zo snel mogelijk. Indien het bestuursorgaan waartoe het verzoek zich richtte, niet bevoegd is om eraan te voldoen, dan geldt er een doorzendplicht. Het verzoek dient te worden doorgeleid naar het bestuursorgaan dat wel bevoegd is en de verzoekende autoriteit dient daarover te worden geïnformeerd. Er geldt ook een informatieplicht indien het bestuursorgaan niet in staat is om aan het verzoek te voldoen, waarbij wordt toegelicht waarom niet. Indien er moeilijkheden zijn om de gevraagde bijstand te verlenen, informeert het aangezochte bestuursorgaan het verzoekende bestuursorgaan zo snel mogelijk om een oplossing te vinden.

Om aan het verzoek te voldoen, verstrekt het aangezochte bestuursorgaan de relevante informatie die het al voorhanden heeft of moet het die informatie gaan opvragen. Het aangezochte bestuursorgaan of het bestuursorgaan dat bij het verkrijgen van die informatie wordt ingeschakeld, moet bij het (doen) verkrijgen van die informatie handelen alsof het dat voor eigen rekening doet.

Indien toezichthandelingen noodzakelijk zijn om aan het bijstandsverzoek te kunnen voldoen, dan zal de aangezochte autoriteit dat doen met inachtneming van de beperkingen van het eigen nationaal recht en in overeenstemming met het Unierecht. Op dit punt is er een nauwe band tussen het toezicht in het kader van de wederzijdse bijstand en de *ReNEUAL Model Rules* betreffende toezicht/inspecties, die besproken zijn in paragraaf 6.7.1 van dit rapport.[32] Is de informatie reeds voorhanden, dan verstrekt deze autoriteit haar aan het verzoekende bestuursorgaan.

De Awb-regeling van internationaal bestuurlijke bijstand dient in overeenstemming te zijn met de verplichting van de Nederlandse bestuursorganen en toezichthouders om loyaal samen te werken met de EU-bestuursorganen en de bestuursorganen van de andere EU-lidstaten. Daarom dient het uitgangspunt van deze Awb-regeling de algemene verplichting te zijn om gevolg te geven aan een rechtmatig bijstandsverzoek van die bestuursorganen. Deze verplichting geldt uiteraard alleen indien de facultatieve standaardregeling door de bijzondere wetgever van toepassing is verklaard. Bovendien geldt zij daarmee uitsluitend voor het door die wetgever bepaalde bestuursorgaan. Alleen indien er een grond tot weigering is en deze ook niet na overleg met de betrokken autoriteit kan worden weggenomen, kan de medewerking aan een bijstandsverzoek uiteindelijk worden geweigerd. Een wettelijke verplichting om bij het meewerken aan een bijstandsverzoek te handelen alsof dat voor eigen rekening zou zijn, is naast de Unierechtelijke eisen daarover niet nodig. De doorzendplicht van art. 2:3 Awb geldt ook voor bijstandsverzoeken die tot het verkeerde Nederlands bestuursorgaan zijn gericht. Voor zover nodig, zou deze doorzendplicht van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard.

De bevoegdheid en verplichting om gevolg te geven aan een bijstandsverzoek betekent dat de geschreven en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. De facultatieve standaardregeling van internationaal bestuurlijke bijstand zou slechts die Awb-bepalingen van overeenkomstige toepassing kunnen

32 Zie over dit verband ook art. III-21 MR.

verklaren, waarin bevoegdheden worden toegekend. Dat geldt bijvoorbeeld indien de toezichthandelingen moeten worden verricht om aan het bijstandsverzoek te kunnen voldoen. De toezichthouders die tot het aangezochte bestuursorgaan behoren, dienen de hun toegekende bevoegdheden ook in dat geval te kunnen uitoefenen. Dat komt neer op toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig tot het recht van het verzoekende bestuursorgaan behorende wettelijk voorschrift, en dat dient te worden geregeld. Bovendien moeten daarbij onder andere de legitimatieverplichting (art. 5:12 Awb) en het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen (art. 5:13 Awb). Het zwijgrecht (art. 5:10a Awb en 29 Sv) geldt niet voor toezicht, maar uiteraard dient verzekerd te zijn dat dit recht wordt gerespecteerd, zodra het van toepassing is. De Grote Kamer van de ABRvS heeft beslist dat uit art. 5:10a Awb volgt dat de cautieplicht bestaat wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat de betrokkene wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Blijft in een zodanig geval de cautie ten onrechte achterwege, dan kan de verklaring van de betrokkene in de regel niet worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag zijn gelegd.[33]

8.2.2.3 Weigeringsgronden

De *ReNEUAL Model Rules* regelen op welke gronden het aangezochte bestuursorgaan de bijstand mag weigeren. Deze gronden zijn verdeeld in verplichte weigeringsgronden (art. V-4, derde lid) en facultatieve (art. V-4, vierde lid). Het uitgangspunt is overigens dat dit bestuursorgaan verplicht is om gevolg te geven aan rechtmatige bijstandsverzoeken. De dreiging van inbreuk op de regel over de bescherming van persoonsgegevens is een verplichte weigeringsgrond. Het aangezochte bestuursorgaan mag bijstand weigeren, indien het verzoekende bestuursorgaan niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan op grond van art. V-3 MR. Voorts kan het die bijstand weigeren indien dat zou leiden tot schending van een bedrijfs- of beroepsgeheim, dan wel indien dat in strijd zou zijn met het openbaar belang (*public policy*) of de nationale veiligheid. Indien het gevolg geven aan het bijstandsverzoek tot onevenredige administratieve lasten zou leiden of het verzoekende bestuursorgaan de gevraagde handeling redelijkerwijs zelf had kunnen verrichten, kan het aangezochte bestuursorgaan eveneens weigeren de gevraagde bijstand te verlenen. En ten slotte, er kan ook worden geweigerd indien het aangezochte bestuursorgaan de gevraagde handelingen naar zijn nationaal recht niet ter uitoefening van zijn eigen taken zou mogen verrichten en de weigering op deze grond niet in strijd met het EU-recht komt.

De *ReNEUAL Model Rules* zijn een goed voorbeeld van de wijze waarop de weigeringsgronden ook in de facultatieve Awb-regeling van internationale bestuurlijke bijstand zouden kunnen worden vormgegeven. Zoals hiervoor al naar voren is gebracht, dient bij Unierechtelijke bestuurlijke bijstand op grond van de verplichting om loyaal samen te werken de algemene verplichting om bijstand te verlenen voorop te staan indien hieraan een rechtmatig verzoek ten grondslag ligt. Deze verplichting

33 ABRvS (grote kamer) 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115.

behoudens (toegelaten) weigeringsgrond is het eerste element van de Awb-regeling. Het tweede element betreft de verplichte en facultatieve weigeringsgronden. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer dient ook in de nationale regeling een verplichte weigeringsgrond te zijn. Het dient niet toegelaten te zijn om bijstand te verlenen, indien dat in strijd zou komen met het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het bepaalde op grond van de AVG. Als facultatieve weigeringsgronden zouden in lijn met de *ReNEUAL Model Rules* (en de regeling in de Wob) bovendien de bescherming van bedrijfs- of beroepsgeheimen en het openbaar belang of de nationale veiligheid kunnen worden opgenomen. Ook indien gevolg geven aan het bijstandsverzoek tot onevenredige administratieve lasten zou leiden of het verzoekende bestuursorgaan de gevraagde handeling redelijkerwijs zelf had kunnen verrichten, kan in de Awb-regeling worden bepaald dat het bestuursorgaan of de toezichthouder kan weigeren de gevraagde bijstand te verlenen. Ten slotte kan worden bepaald dat het bestuursorgaan of de toezichthouder de bijstand kan weigeren indien het aangezochte bestuursorgaan de gevraagde handelingen naar zijn nationaal recht niet ter uitoefening van zijn eigen taken zou mogen verrichten en de weigering op deze grond niet in strijd met het EU-recht komt. Het spreekt vanzelf dat de bijzondere wetgever in voorkomend geval nader regels kan stellen.

8.2.3 Andere thema's voor een facultatieve Awb-regeling voor internationale bijstand

In deze paragraaf bespreken we twee thema's die niet zijn geregeld in boek V van de MR, maar die voor de Awb wel van belang zijn. Dat betreft in de eerste plaats de Europese samenwerking bij de uitoefening van inspectiebevoegdheden, dat door een aantal voorzieningen in de Awb zou kunnen worden gefaciliteerd. In de tweede plaats gaat het om het verkeer van de Nederlandse bestuursorganen met ingezetenen van een andere lidstaat.

8.2.3.1 Europese samenwerking bij de uitoefening van inspectiebevoegdheden[34]

Boek V van de *ReNEUAL Model Rules* besteedt geen specifieke aandacht aan de samenwerking tussen EU-autoriteiten en de lidstaten of tussen de lidstaten onderling bij de uitvoering van inspecties. Enige redelijk gedetailleerde regels hierover zijn wel te vinden in boek III.[35] Deze dekken de meest gebruikelijke modellen van toezicht in de EU.[36]

---

34 Het deel over Europese samenwerking is gebaseerd op A.J.C. de Moor-van Vugt & R.J.G.M. Widdershoven, 'Hoofdstuk V- Bestuurlijke handhaving', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 263-326. Zie ook het binnenkort in de derde druk van het handboek *Traité de Droit Administratif Européen* (Brussel: Bruylant) te verschijnen hoofdstuk 'Inspections, Sanctions et mesures en droit administratif Européen' van O. Jansen. Het hoofdstuk is als SSRN-paper voorgepubliceerd.

35 Ook het EP-voorstel bevat in art. 12, zesde en zevende lid, een aantal minder gedetailleerde voorzieningen.

36 A. Keessen, *European Administrative Decisions: How The EU Regulates Products On The Internal Market*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2009, p. 86-88. Zie M.L.P. Groenleer, 'Samenwerking tussen inspecties over de grenzen heen: vormen, redenen, uitdaging en strategie', *TvT* 2016/3, p. 35-55.

Het gaat daarbij in de eerste plaats om het decentrale model, waarin elke lidstaat verantwoordelijk is voor de controle van de naleving van de Unieregels op zijn eigen territoir. Art. III-19 regelt dat EU-ambtenaren daarin kunnen participeren in die zin dat zij aanwezig kunnen zijn bij inspecties. Wanneer het Unierecht dat bepaalt, kunnen de EU-autoriteiten ook zelf inspecties uitvoeren in de lidstaat. Dan zijn de rollen omgedraaid en neemt de lidstaat deel aan de inspectie door de EU-autoriteit (art. III-18 MR). Inspecties door OLAF en ECB zijn daar een voorbeeld van. De EU-controleurs maken rapport op in de vorm die in de lidstaat wordt gehanteerd voor het bewijs. Nationale inspecteurs ondertekenen het rapport mede. Indien dit wordt afgesproken met de lidstaat, kunnen de EU-controleurs ook officials van andere lidstaten als waarnemer meenemen. Ook kunnen zij deskundigen en technici inschakelen. De nationale autoriteiten moeten waar nodig bijstand verlenen, bijvoorbeeld door de sterke arm in te schakelen. De *ReNEUAL Model Rules* regelen ook het rechterlijk toezicht op de controleactiviteiten door te stipuleren dat de lidstaat moet zorgen voor toestemming van de rechter waar nodig. De nationale rechter mag alleen de inzet van dwangmaatregelen toetsen, maar niet de noodzaak van de EU-inspectie zelf. Die noodzaak kan aan de orde worden gesteld bij de EU-rechter. Deze taakverdeling is conform de jurisprudentie van het HvJ EU.[37]

In de tweede plaats is er het model van de herkomstlandcontrole (*home state control*). In dit model – bijvoorbeeld in het financieel toezicht[38] en bij veel producttoelatingen – is de lidstaat die een product of financiële instelling heeft toegelaten primair verantwoordelijk voor de controle op de naleving van de Europese regels in heel Europa,[39] en kan de toezichthouder van die lidstaat daarom ook in andere lidstaten inspectiebevoegdheden uitoefenen. In de Dienstenrichtlijn is de staat van vestiging primair verantwoordelijk.[40] Art. III-20 MR regelt gezamenlijke controles. De ontvangende staat kan ingevolge art. III-20, tweede lid, MR inspectiebevoegdheden toekennen aan de bezoekende staat. Deze moeten onder toezicht van de ontvangende staat, die de eindverantwoordelijkheid blijft dragen, worden uitgevoerd.

Als derde is er het netwerkmodel, waarin de controletaken zijn verspreid over meer lidstaten en de Europese Commissie, die onderling soms afspraken maken over de aanpak van concrete zaken.[41] Dit model ziet men niet alleen in het mededingings-

37 Zaak C-94/00 (Roquette Frères), ECLI:EU:C:2002:603.

38 Bijvoorbeeld Verordening 575/2013, Richtlijn 2014/65, Richtlijn 2002/92 en Richtlijn 2011/61.

39 Een variant daarop is de host state control. Zie bijv. art. 7 Richtlijn 2014/67/EU, inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG, betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt ('de IMI-verordening').

40 Richtlijn 2006/123, betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376/6.

41 A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Netwerken en de europeanisering van het toezicht', *SEW* 2011/3, p. 94-102.

recht,[42] maar ook bij de consumentenbescherming,[43] het gemeenschappelijk bankentoezicht,[44] de bescherming van persoonsgegevens,[45] de luchtveiligheid[46] en de visserijcontrole.[47] Voor de controle van het gemeenschappelijke visserijbeleid worden door de Europese Commissie nationale toezichthouders als communautaire inspecteur aangewezen, die inspectiebevoegdheden kunnen uitoefenen op territoir van alle lidstaten. Bij de controle op de luchtveiligheid is er een pool van Europese luchtvaartinspecteurs, die nationaal kan worden ingezet.[48] Min of meer vergelijkbaar, maar van meer operationele aard, is het permanente korps van de Europese grens- en kustwacht.[49]

De commissie onderschrijft het pleidooi dat in diverse onderzoeksverslagen, die in paragraaf 8.1 kort besproken zijn, is gehouden, dat de Awb voorzieningen zou moeten treffen om deze vormen van inspectiesamenwerking te faciliteren. Daartoe moet in de eerste plaats worden bepaald dat de Nederlandse toezichthouders ook kunnen worden belast met het toezicht op buitenlandse wetgeving.[50] In zowel het model van herkomstlandcontrole als in het netwerkmodel is het immers mogelijk dat zij, al dan niet op verzoek, in Nederland toezicht moeten uitoefenen op de naleving van buitenlandse wetgeving, terwijl deze niet kan worden aangemerkt als 'wettelijk voorschrift' als bedoeld in art. 5:11 Awb.

In de tweede plaats kan zich bij alle modellen de situatie voordoen dat een buitenlandse of Europese toezichthouder toezichtactiviteiten verricht in Nederland. Als die activiteiten beperkt zijn tot het 'meelopen' met de Nederlandse toezichthouder en die buitenlandse of Europese toezichthouder geen eigen bevoegdheden uitoefent, biedt art. 5:15, derde lid, Awb daarvoor een grondslag. Op basis van die bepaling

42 Zie Verordening 1/2003 en Richtlijn 2009/1 en voorts bijvoorbeeld C.D. Ehlermann & I. Atansiu (red.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford: Hart Publishing 2004; G. Dannecker & O. Jansen (red.), *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2003; alsmede K. Cseres & A. Outhuijse, 'Parallel Enforcement and accountability: the case of EU competition law', in: M. Scholten & M. Luchtman, *Law Enforcement by EU Authorities. Implications for Political en Judicial Accountability*, Cheltenham UK -Northampton MA, USA: Edward Elgar Publishing 2017, p. 82-114.

43 Verordening 2017/2394.

44 Het GTM is onderdeel van het bankentoezicht. Het is gebaseerd op Verordening (EU) nr. 1024/2013, betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, *PbEU* 2013, L 287/63, en wordt verder uitgewerkt in de door ECB vastgestelde verordening 468/2014, *PbEU* 2014, L 141/1.

45 Verordening 2016/679.

46 Verordening 2018/1139.

47 Verordening 1224/2009.

48 Zie art. 63 Verordening 2018/1139.

49 Zie art. 54 Verordening 2019/1986.

50 Binnen het EU-verband kan dit buitenlandse wetgeving zijn, waarin een EU-richtlijn is omgezet (De Moor-van Vugt & Widdershoven 2017, p. 313), in internationaal verband ook andere buitenlandse wetgeving. Voor het toezicht op de naleving van een EU-verordening is deze voorziening niet nodig, omdat zij door de bestuursrechters worden aangemerkt als 'wettelijk voorschrift' naar Nederlands recht. Vergelijk CBb 24 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8933; ABRvS 2 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:551. Daarom biedt art. 5:11 Awb al een grondslag voor dat toezicht.

kan een toezichthouder zich bij het betreden van plaatsen laten 'vergezellen door personen die daartoe door hem zijn aangewezen'; die aangewezen persoon kan een buitenlandse of EU-inspecteur zijn.[51] Op grond van sommige Unieregelingen moet een toezichthouder van een andere lidstaat of een Europese toezichthouder zelfstandig toezichtsbevoegdheden kunnen uitoefenen in Nederland, dan wel moet een Nederlandse toezichthouder dat kunnen doen in een andere lidstaat.[52] Naar huidig recht kan een bestuursorgaan op grond van de hem bij of krachtens de bijzondere wet toegekende algemene bevoegdheid om toezichthouders aan te wijzen ook een buitenlandse of Europese controleur als toezichthouder ex art. 5:11 Awb aanwijzen.

De commissie is van oordeel dat voor deze aanwijzing een specifieke wettelijk grondslag zou moeten bestaan. In de eerste plaats, omdat zij de extraterritoriale uitoefening van toezichtbevoegdheden mogelijk maakt, die een inbreuk vormt op het territorialiteitsbeginsel. In de tweede plaats om redenen van transparantie, omdat aldus deze verregaande mogelijkheid ook in de nationale wetgeving zichtbaar wordt. Om aan onze wens te voldoen zou de bijzondere wet moeten bepalen dat het tot aanwijzing bevoegde bestuursorgaan, voor zover het Unierecht dat vereist, ook controleurs van andere lidstaten of Europese controleurs als toezichthouder kan aanwijzen. Om deze mogelijkheid ook in de Awb zichtbaar te maken zou aan art. 5:11 Awb een lid kunnen worden toegevoegd, waarin is bepaald dat een bestuursorgaan niet bevoegd is om buitenlandse of Europese toezichthouders aan te wijzen, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Bovendien moet worden voorgeschreven dat hun aanwijzing wordt bekendgemaakt in de Staatscourant. Ook voor de omgekeerde situatie, de Nederlandse toezichthouder die toezicht houdt in en andere lidstaat, moet naar het oordeel van de commissie in de bijzondere wet een wettelijke grondslag bestaan. Dat is in elk geval noodzakelijk voor het verrichten van fysieke toezichthandelingen ter plaatse in die andere lidstaat.[53] Om deze vorm beter zichtbaar te maken zou ook in de Awb een voorziening kunnen worden getroffen.

Controleactiviteiten door niet-Nederlandse toezichthouders kunnen aanleiding geven tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie door een Nederlands bestuursorgaan.[54] Het bewijs van de overtreding kan dan (mede) gebaseerd zijn op de rapporten van 'buitenlandse' controle-instanties of van de Commissie (zo ook art. 12,

---

51 Vergelijk Boswijk e.a. 2009, p. 324.

52 Deze mogelijkheid doet zich, voor zover wij weten, nog niet voor bij de samenwerking buiten het verband van de EU op grond van internationaal recht. Daarom is het navolgende toegespitst op het Unierecht. Als daaraan behoefte bestaat, kunnen de geadviseerde wettelijke voorzieningen ook van toepassing worden verklaard op extraterritoriaal toezicht in internationaal verband.

53 Over de vraag of ook voor niet-fysieke grensoverschrijdende toezichthandelingen, zoals een informatievordering, een specifieke wettelijke grondslag is vereist, wordt verschillend gedacht. Volgens CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:2 en CBb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444, is dat niet nodig, omdat hierbij geen onderzoeksbevoegdheden of dwangmiddelen in een andere lidstaat worden ingezet. Volgens O. Jansen, 'Over de grens? Over de territorialiteit van handhavingstoezicht in het bestuursrecht', *TvT* 2016/4, is zo'n grondslag wel noodzakelijk. Overigens kan de wetgever ervoor kiezen om ook voor niet-fysieke toezichthandelingen een wettelijke grondslag op te nemen, ook al is dat volgens de rechtspraak niet per se noodzakelijk.

54 Het enigszins verwante thema van samengestelde besluitvorming wordt besproken in paragraaf 6.5.4.

zevende lid, EP-voorstel). Naar Nederlands recht is de bewijskracht van deze transnationale gegevens niet erg problematisch, omdat het bestuursrecht aan de bewijsmiddelen geen strenge formele eisen stelt. Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt dan ook dat bijvoorbeeld de rapporten van de controleurs van OLAF en van de controleurs van andere lidstaten als basis kunnen dienen voor sanctieoplegging door een nationaal bestuursorgaan.[55] Daarbij wordt wel bezien of de rapporten voldoen aan de kwaliteitseisen die naar Nederlands recht gebruikelijk zijn. Is niet voldaan aan deze eisen, dan moet het nationale bestuursorgaan aanvullend onderzoek verrichten. Wel zouden – zoals wij reeds betoogden in paragraaf 8.2.2 – in de Awb een aantal waarborgen voor het gebruik van het 'buitenlandse' bewijs kunnen worden opgenomen, zoals de doelbinding, het *nemo tenetur*-beginsel (voor zover het bewijs zou worden gebruikt voor de oplegging van een bestraffende sanctie) en de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs.

8.2.3.2 Schriftelijk verkeer van een bestuursorgaan met ingezetenen van een andere lidstaat

Boek V van de *ReNEUAL Model Rules* besteedt alleen aandacht aan de wederzijdse bijstand tussen de bestuursorganen, instellingen en instanties van de lidstaten en de EU, en tussen die van de lidstaten onderling. Daarbij raakt de betrokken justitiabele enigszins uit zicht (zie echter wel art. V-5, dat in paragraaf 8.2.4 wordt besproken) en lijkt de vooronderstelling te zijn dat grensoverschrijdend verkeer tussen een orgaan van de ene lidstaat en een ingezetene van een andere lidstaat altijd loopt via de bevoegde instantie van die andere lidstaat. Dat is echter niet correct. Binnen de Europese Unie is het toezenden van brieven aan elkaars onderdanen door het bestuursorgaan zonder expliciete toestemming aanvaard. In de staatspraktijk in Europa, zeker indien het om samenwerking op het terrein van de belastingen gaat, is het bekendmaken van besluiten met gewone of aangetekende post, e-mail of fax geaccepteerd. Er wordt hier aangenomen dat er sprake is van stilzwijgende toestemming.[56] Met die toestemming accepteert de ontvangende Staat de mogelijke inbreuk op zijn soevereiniteit. Het is de vraag of deze stilzwijgende toestemming ook wordt aangenomen bij andere manieren om stukken formeel aan te bieden, zoals het deurwaardersexploot of het buitenlandse equivalent daarvan, dan wel het in de ontvangststaat aanbieden van het document door een medewerker van de verzendende Staat.[57]

Ook in secundaire EU-regelingen wordt inmiddels vaak geregeld dat een verzoekend bestuursorgaan rechtstreeks per aangetekende brief of langs elektronische weg documenten kan kennisgeven aan personen op het grondgebied van een andere lidstaat.[58] Dat is al de praktijk bij bijvoorbeeld snelheidsovertredingen, maar is in beginsel op elk beleidsterrein mogelijk. Hoe dan ook, rechtstreeks verkeer met

55 Zie gerechtshof Amsterdam 10 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6137. Zie voor een geval waarin Duitse controleurs rapport op hadden gemaakt CBb 14 april 2017, ECLI:NL:CBB: 2017:126.

56 H. Damian, 'Mutual Legal Assistance in Administrative Matters', in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, randnummer 35.

57 W. Meng, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, Berlijn: Springer-Verlag 1994, p. 123-131.

58 Zie bijvoorbeeld art. 9, tweede lid, Richtlijn 2010/24.

ingezetenen van een ander land zal steeds vaker de regel zijn en dat verkeer zal in toenemende mate elektronisch zijn.

Daarom is er volgens de commissie alle reden om in de facultatieve Awb-regeling voor internationale bijstand ook voorzieningen te treffen voor dit rechtstreekse verkeer. Hoe die regeling er precies uit moet zien is nog niet zo gemakkelijk omdat zij rekening moet houden met allerlei vormen van kennisgeving die voorlopig nog in Europese en internationale regelingen voorkomen. Deze variëren van betekening van een deurwaardersexploot, via aangetekende verzending en verzending bij gewone post tot elektronische verzending. Bovendien moet de bepaling het verkeer van diverse soorten documenten bestrijken, variërend van mededelingen, procedurele stappen in de totstandkomingsprocedure van een besluit, tot het besluit zelf. Ten slotte moet de bepaling ook rekening houden met de mogelijkheid dat de relevante Unie- of internationale regeling rechtstreeks verkeer met ingezetenen nog niet toestaat, maar alleen verkeer via de bevoegde instantie van die lidstaat. Binnen de EU komen we dan uit bij een bepaling met ongeveer de volgende inhoud.

> *Mededelingen, bekendmakingen of ander schriftelijk verkeer tussen een bestuursorgaan en een ingezetene in een andere lidstaat van de Europese Unie worden op de bij of krachtens de Awb voorgeschreven wijze gedaan, dan wel met inschakeling van het bevoegde bestuursorgaan uit de lidstaat van de ingezetene, de in het unierecht voorgeschreven wijze of op andere geschikte wijze.*

Voor het verkeer buiten de EU zou daaraan het volgende kunnen worden toegevoegd.

> *Bevindt de ingezetene zich in een staat die geen lidstaat van de Europese Unie is, dan is het voorgaande van overeenkomstige toepassing, tenzij op grond van het internationale recht een andere manier van schriftelijk verkeer wordt voorgeschreven.*

Verder dient in de Awb-regeling te worden bepaald dat de documenten worden vertaald in de taal van de geadresseerde of de aangezochte staat.

8.2.4 *Rechtswaarborgen en rechtsbescherming bij bijstandverlening*

8.2.4.1 *Rechtswaarborgen*

Ten slotte moet de internationale bestuurlijke bijstand voldoen aan diverse rechtswaarborgen en aan de vereisten voor effectieve rechtsbescherming van art. 47 Hv. Een belangrijk deel van rechtswaarborgen is hiervoor, in paragrafen 8.2.1.6 en 8.2.2.2, al vermeld. In aanvulling daarop is in art. V-5 MR het recht van de betrokkene neergelegd om te worden geïnformeerd door een aangezochte autoriteit wanneer de gegevens die hem betreffen op verzoek zullen worden overgedragen aan een andere autoriteit, tenzij dat het doel van de gevraagde bijstand zou frustreren. Deze informatieverplichting wordt door ReNEUAL gebaseerd op de ingetrokken Privacyrichtlijn. Zij is thans opgenomen in art. 14 eerste lid, onder f, AVG.

> *Art. V-5 luidt als volgt:*
>
> *(1) Where the transfer of data has been requested the person concerned as defined in Article VI-2(7) has a right to be informed by the requested authority of the intended transmission. The requested authority is not obliged to inform the person concerned where this would threaten*

the purpose for which assistance is sought, and where the decision not to inform such person is proportionate.

(2) *Information communicated in any form in the course of mutual assistance shall enjoy the protection extended to similar information under the national law of the receiving Member State and the corresponding provisions applicable to EU authorities.*

Een bepaling met deze strekking zou ook in een Awb-regeling voor internationale bestuurlijke bijstand kunnen worden opgenomen. Indien dringende redenen daartoe aanleiding geven, zou gevolg moeten kunnen worden gegeven aan het bijstandsverzoek voordat de mededeling wordt gedaan.[59] Deze bepaling heeft overigens een beperkte strekking en betreft alleen de overdracht op verzoek van gegevens door de aangezochte lidstaat aan de verzoekende lidstaat, en dus niet het informatieverzoek van die verzoekende autoriteiten zelf. Dat volgt uit de uitspraak van het Hof in de zaak *Sabou*,[60] waarin het onder meer bepaalde dat het EU-grondrecht om te worden gehoord aan een belastingplichtige van een lidstaat niet het recht verleent om in kennis te worden gesteld van een verzoek om bijstand dat deze lidstaat tot een andere lidstaat richt. Over het informatieverzoek zelf hoeft degene die het aangaat dus niet te worden geïnformeerd.

8.2.4.2 *Rechtsbescherming*

Wat betreft de rechtsbescherming bestaat geen volledige duidelijkheid of de diverse stappen die in het proces van de bijstandverlening kunnen worden onderscheiden – denk aan het verzoek van de ene lidstaat aan de andere om bepaalde informatie te verstrekken, de beslissing van de aangezochte lidstaat om op verzoek of spontaan informatie te verstrekken,[61] de toezichtinstrumenten die de aangezochte lidstaat inzet om die informatie te vergaren et cetera – apart appellabel moeten zijn. Vanuit de optiek van rechtsbescherming zou dat natuurlijk mooi zijn, maar het is wel de vraag of de bijstandverlening dan nog effectief kan plaatsvinden. Wat hier verder van zij, wij beperken ons hierna tot de rechtsbescherming die binnen dit proces in elk geval moet worden verleend.

---

59 Vergelijk het inmiddels niet meer geldende art. 5, vijfde lid, Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen: 'Indien dringende redenen daartoe aanleiding geven, kan Onze Minister (...) aan de inwilliging van het verzoek om inlichtingen uitvoering geven voordat degene van wie de inlichtingen afkomstig zijn, daarvan in kennis is gesteld. Alsdan vindt de kennisgeving zo spoedig mogelijk plaats, doch niet later dan vier maanden na het begin van de uitvoering.'

60 Zaak C-276/12 (Sabou), ECLI:EU:C:2013:678.

61 Een dergelijk beroep in rechte was van 22 mei 1986 tot 1 januari 2014 op grond van de Wet op de Internationale Bijstandsverlening mogelijk. Art. 5 WIB schreef daartoe voor dat een beslissing om inlichtingen op grond van een bijstandsverzoek te verstrekken een Awb-besluit was, waarvan degene die in Nederland woont of is gevestigd en van wie de inlichtingen afkomstig zijn in kennis moest worden gesteld. Zie over de kennisgeving en mogelijkheid van rechtsbescherming *Kamerstukken II* 1984/85, 18852, 3, p. 14. De intrekking van zowel de kennisgeving als de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is gebeurd met de Overige fiscale maatregelen 2014, *Stb.* 2013, 566. De parlementaire geschiedenis van deze wet is gepubliceerd onder Kamerstuknummer 33753.

In dit verband is in de eerste plaats de zaak *Berlioz* van belang.[62] In die zaak heeft het HvJ EU bepaald dat een justitiabele op grond van art. 47 Hv beroep in rechte moet kunnen instellen tegen een sanctie (bestuurlijke boete) die door een aangezochte autoriteit (Luxemburg) is opgelegd omdat de justitiabele had geweigerd om inlichtingen te verstrekken, die deze autoriteit had gevorderd om te kunnen voldoen aan een informatieverzoek van de Franse autoriteiten. In dat beroep kan – aldus het Hof – de Luxemburgse rechter de inlichtingenvordering zelf beoordelen (bijvoorbeeld op evenredigheid en vormfouten), maar mag hij ook, zij het terughoudend, het informatieverzoek van de Franse autoriteiten toetsen. Die toetsing is beperkt tot de vraag of het 'bij de gevraagde informatie niet kennelijk aan verwacht belang voor het verrichte onderzoek ontbreekt'.[63] Daarmee heeft het Hof ook een standaard gezet voor de motivering van een inlichtingenverzoek door de verzoekende autoriteit. Deze moet namelijk zodanig zijn dat de rechter kan beoordelen of het de gevraagde gegevens niet kennelijk aan een 'verwacht belang' ontbreekt voor het onderzoek in de verzoekende lidstaat.

In de vervolgzaak op *Berlioz*, de zaak *État Luxembourgeois/B e.a.*, heeft het Hof bepaald dat degene die in Luxemburg over de informatie beschikt (veelal een administratie- of trustkantoor) op grond van art. 47 Hv in de aangezochte lidstaat al beroep in rechte moet kunnen instellen tegen het inlichtingenbevel in het kader van administratieve samenwerking, en niet pas tegen de sanctie waarmee dat bevel wordt afgedwongen.[64] Het Hof baseert dit oordeel op het algemene beginsel van Unierecht van de bescherming tegen ingrepen van het openbaar gezag in de privésfeer van zowel natuurlijke als rechtsprsonen die willekeurig of onredelijk zouden zijn,[65] een bescherming die gewaarborgd wordt door art. 47, eerste alinea, Hv.

Voor Nederland betekent dit dat tegen een inlichtingenvordering, door een Nederlands bestuursorgaan gelast om te kunnen voldoen aan een informatieverzoek van een andere lidstaat, voor degene die over die informatie beschikt beroep moet openstaan op een rechter. Zoals bekend is een inlichtingenvordering volgens vaste rechtspraak van de bestuursrechters geen appellabel Awb-besluit,[66] omdat de plicht om aan de vordering te voldoen voortvloeit uit de wet (art. 5:20 Awb) en niet uit de vordering. Tegen zo'n vordering kan wel een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter worden ingesteld.[67] Op zichzelf wordt hiermee vermoedelijk aan de eis van het Hof voldaan. De vraag is wel of de bestuursrechter niet de meest gerede rechter is om over deze beroepen te beslissen en wellicht vindt de bestuursrechter dat inmiddels ook. In dit verband kan worden gewezen op een recente uitspraak

62 Zaak C-682/15 (Berlioz), ECLI:EU:C:2017:373. Dit alles in het kader van Richtlijn 2011/16, betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van belastingen.

63 Berlioz, punt 99.

64 Zaak C-245/19 en C-246/19 (État Luxembourgeois/B e.a.), ECLI:EU:C:2020:795.

65 État Luxembourgeois/B e.a, punt 57, onder verwijzing naar gevoegde zaken, 46/87 en 227/88 (Hoechst/Commissie), ECLI:EU:C:1989:337, punt 19, en zaak C-358/16 (UBS Europe e.a.), ECLI:EU:C:2018:715, punt 56.

66 CBb 21 juli 1998, ECLI:NL:CBB:1998:ZF3595 (Bosque Teca Verde), *AB Klassiek* 2009, nr. 32, m.nt. Michiels.

67 Gerechtshof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:470 (Digitale werkwijze ACM).

van de Afdeling bestuursrechtspraak,[68] waarin zij een inlichtingenvordering van de staatsecretaris van Financiën om de informatie door te geven aan een andere lidstaat aanmerkt als een bestuurlijk rechtsoordeel, dat omwille van de rechtsbescherming met een (appellabel) Awb-besluit wordt gelijkgesteld. Daarbij acht de Afdeling van belang dat het onzeker is of een buitenlandse rechter bij de beoordeling van de belastingbeslissing die op de Nederlandse informatie zal worden gebaseerd, 'kan en zal toekomen aan een beoordeling van genoemd rechtsoordeel op grond van het Nederlandse recht'.[69] Dit oordeel impliceert ook dat de Afdeling belanghebbende voor de rechtsbescherming niet verwijst naar de burgerlijke rechter.

Concluderend kan worden gesteld dat een informatieverzoek van de ene lidstaat aan de andere in rechte moet kunnen worden getoetst op verwacht belang van de gevraagde gegevens voor het onderzoek in de verzoekende lidstaat en dat daartoe voor degene die over de informatie beschikt beroep moet openstaan in de aangezochte lidstaat tegen de inlichtenvordering zelf (*État Luxembourgeois/B e.a.*) en tegen de sanctie die wordt opgelegd om die vordering af te dwingen (*Berlioz*). Dat beroep zou in Nederland ons inziens moeten kunnen worden ingesteld bij de bestuursrechter als meest gerede rechter, een oordeel dat wellicht wordt gedeeld door de Afdeling bestuursrechtspraak. Als dat inderdaad het geval is, is een inlichtenvordering in het kader van internationale bijstand appellabel bij de bestuursrechter. Dat roept dan de vraag op of hetzelfde niet zou moeten gelden voor de inlichtingenvorderingen buiten het verband van internationale bijstand. Dit ter voorkoming van omgekeerde discriminatie van louter nationale vorderingen. We laten het antwoord op deze vraag aan de VAR-commissie die op dit moment onderzoekt of de toegang tot de bestuursrechter niet verruimd moet worden door de toegang niet langer afhankelijk te stellen van het Awb-besluitbegrip.

8.3 Hoofdlijnen van een EU-regeling van bestuurlijke bijstand bij grensoverschrijdende sanctieoplegging en inning

8.3.1 Inleiding

Binnen de EU en op sommige terreinen ook daarbuiten komen grensoverschrijdende besluiten steeds vaker voor. Daarom staat het onderwerp *International and Transnational Administrative Law* op de agenda van *ReNEUAL 2.0* (zie paragraaf 2.6). Naar het oordeel van de commissie zou het netwerk daarbij bijzondere aandacht moeten besteden aan de grensoverschrijdende oplegging en effectuering van bestuurlijke sancties en de inning van bestuursrechtelijke geldschulden, omdat ter zake hiervan EU-rechtelijke instrumenten nu geheel ontbreken of lacunes vertonen. Zo'n Europese modelregeling kan dan van toepassing worden verklaard in secundaire sectorale EU-regelingen, waarin grensoverschrijdende sancties zijn voorgeschreven. Zij kan bovendien als model dienen voor internationale verdragen, waarin grensoverschrijdende besluitvorming met staten buiten de EU is voorzien.

68 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:453.
69 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:453, r.o. 6.3.

In het vervolg geeft de commissie op hoofdlijnen aan hoe een *ReNEUAL*-regeling van grensoverschrijdende oplegging en effectuering van bestuurlijke boeten (paragraaf 8.3.2) en van de inning van bestuursrechtelijke geldschulden (paragraaf 8.3.3) eruit zou kunnen zien. We hebben gekozen voor deze besluiten, omdat hierbij de behoefte aan regulering het grootst is. De *ReNEUAL*-regeling zal overigens een ruimere strekking moeten hebben en in elk geval ook de last onder dwangsom moeten betreffen.[70] Voor de grensoverschrijdende invordering van verbeurde dwangsommen is de inningsregeling van paragraaf 8.3.3 overigens al relevant. Wat betreft de oplegging kunnen diverse elementen van de boeteregeling van paragraaf 8.3.2 vermoedelijk van overeenkomstige toepassing worden verklaard.[71]

8.3.2 *Bestuurlijke bijstand bij bestuurlijke boetes*

8.3.2.1 *Nut en noodzaak*

Het transnationaal beboeten is op dit moment een groot probleem vanwege een tekortschietend instrumentarium van bestuurlijke bijstand. Dit komt vooral doordat de systemen van bijstand in strafzaken en die in bestuurlijke zaken niet op elkaar aansluiten. Bovendien hebben de bijstandsinstrumenten onvoldoende gelijke tred gehouden met de – vaak door het Unierecht voorgeschreven – uitbreiding van bestuurlijkeboetebevoegdheden in de lidstaten. Bestuurlijke boetes die – zoals in Nederland en in een aanzienlijk aantal andere EU-lidstaten de hoofdregel is – in het bestuursrechtelijke systeem zijn ondergebracht, vallen sowieso buiten de systemen van strafrechtelijke internationale bijstand,[72] en grotendeels ook buiten de Unierechtelijke regels voor justitiële samenwerking in strafzaken.[73] In een Unie van vrij

70 Dat de huidige onmogelijkheid om dwangsommen grensoverschrijdend te effectueren tot een leemte leidt, bleek al uit het bekende Benckiser-arrest (HR 14 april 1989, *AB* 1989/486).

71 Het voorgaande geldt *mutatis mutandis* ook voor de last onder bestuursdwang. De commissie merkt daarbij op dat het feitelijk effectueren van bestuursdwang op het grondgebied van een andere lidstaat zeer uitzonderlijk is. Een voorbeeld zou de last onder bestuursdwang kunnen zijn met het doel om illegaal naar Nederland overgebrachte afvalstoffen naar de lidstaat van oorsprong terug te brengen.

72 Deze systemen hadden aanvankelijk uitsluitend betrekking op de transnationale tenuitvoerlegging van uitspraken van strafrechters. Op deze beperking werd sinds 1958 een uitzondering gemaakt om het Duitse systeem van *Ordnungswidrigkeiten* te faciliteren. Deze uitzondering geldt echter alleen voor bestuurlijke boeten, als de oplegging kan worden bestreden bij de strafrechter (en niet de bestuursrechter).

73 De enige uitzondering betreft Kaderbesluit 2005/214/JBZ, inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, waarvan de instrumenten voor grensoverschrijdende effectuering ook gelden voor een 'onherroepelijke' bestuurlijke boete, 'mits de betrokkene de gelegenheid heeft gehad de zaak te doen behandelen door een met name in strafzaken bevoegde rechter'. In zaak C-60/12 (Baláž), ECLI:EU:C:2013:485, heeft het HvJ EU bepaald dat onder die 'met name in strafzaken bevoegde rechter' iedere nationale rechter valt 'die een procedure toepast die aan de wezenlijk kenmerken van een strafrechtelijke procedure voldoet'. Omdat de Nederlandse boeteprocedure aan die kenmerken voldoet (ABRvS 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4343; ECLI:NL:RVS:2014:4346 en ECLI:NL:RVS:2014:4357), geldt het kaderbesluit in beginsel ook voor bestuurlijke boeten. De reikwijdte van het kaderbesluit wordt echter ook beperkt door art. 5, waarin een uitputtende lijst van strafbare feiten staat, waarop het kaderbesluit van toepassing is. Deze lijst bevat vooral vrij zware strafbare feiten, waarvoor bestuurlijke boeten niet kunnen worden opgelegd, en maar enkele gedragingen die in

verkeer dient de effectieve handhaving goed geregeld te zijn, en dat is bij de beboeting van overtredingen op dit moment dus niet het geval. Er zijn dan ook Unierechtelijke regels nodig voor de transnationale oplegging en effectuering van beboeting.[74]

8.3.2.2 Erkenning en communicatie

De hoofdlijnen van de *ReNEUAL Model Rules* voor de transnationale oplegging en effectuering van bestuurlijke boeten die de commissie voor ogen staan, zien er als volgt uit. Eerst en vooral moet in deze regels op grond van het beginsel van wederzijds vertrouwen de wederzijdse erkenning van boetebesluiten als regel worden voorgeschreven.[75] Dat betekent dat ook bij bestuurlijke boeten de Unierechtelijke verplichting voor lidstaten geldt dat, behoudens een weigeringsgrond, aan een rechtmatig verzoek om bijstand loyaal gevolg moet worden gegeven.[76]

In het strafrecht en in de Unierechtelijke regels voor strafrechtelijke samenwerking is bijstand meestal voorbehouden aan onherroepelijke geldelijke sancties. Dat geldt ook voor een aantal Unierechtelijke systemen van bestuurlijke bijstand.[77] Daarom moet het algemene uitgangspunt zijn dat de Unierechtelijke verplichting van erkenning en loyale tenuitvoerlegging in ieder geval geldt voor onherroepelijke boetebesluiten. Indien zowel het recht van het verzoekende bestuursorgaan als dat van het aangezochte bestuursorgaan tenuitvoerlegging van boetebesluiten mogelijk maakt die nog niet onherroepelijk zijn, dan zou de Unierechtelijke regeling de bestuurlijke bijstand bij dergelijke boetebesluiten mogelijk moeten maken. Er zijn dan wel aanvullende voorzieningen nodig voor de situatie waarin een boetebesluit wordt geschorst of vernietigd.

Nederland wel met bestuurlijke boeten worden gesanctioneerd, namelijk 'gedragingen in strijd met de verkeersregels, met inbegrip van overtredingen van de rij- en rusttijdenwetgeving en van de wetgeving inzake gevaarlijke goederen'. Daarmee is de relevantie van het kaderbesluit voor de grensoverschrijdende effectuering van bestuurlijke boeten nogal beperkt.

74 Zie uitvoeriger hierover, O. Jansen, 'Administrative law sanctioning and mutual assistance in the European Union', in: R. Kert & A. Lehner (red.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfl zum 65 Geburtstag*, NWV, Wenen 2018, p. 709-729. Zie over de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes ook Metselaar, Adriaanse e.a. 2014 en Jansen 2014, p. 203-220.

75 Zie bijv. art. 13, eerste lid, Richtlijn 2014/67/EU, inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en art. 6 Kaderbesluit 2000/214/JBZ. Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten in het Unierecht van wezenlijk belang is, aangezien het de mogelijkheid biedt om een ruimte zonder binnengrenzen te verwezenlijken en in stand te houden. Dit beginsel vereist volgens het Hof, met name in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, dat elk van de lidstaten, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ervan uitgaat dat alle andere lidstaten het Unierecht en, meer in het bijzonder, de door dat recht erkende grondrechten in acht nemen. Het Hof heeft dezelfde rechtspraak bij internationale bijstand bij schuldvorderingen die deel uitmaken van de interne markt (bijv. Richtlijn 2010/24). Zie zaak C-34/17 (Donellan), ECLI:EU:C:2018:282.

76 De Unierechtelijke regels dienen duidelijk te maken dat zij complementair zijn aan de vergelijkbare Unierechtelijke regels over de samenwerking in strafzaken bij geldelijke sancties, zoals Kaderbesluit 2005/214/JBZ, en – voor zover nodig – aan de Unierechtelijke fiscaalrechtelijke regels op dit gebied.

77 Zie bijv. Richtlijn 2019/1, tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt.

Voordat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, heeft de justitiabele over het algemeen het recht om over dat voornemen te worden gehoord door de opleggende autoriteit. Zoals in paragraaf 6.5.4 al vermeld, gelden voor dat horen accessoire rechten als inzage in het dossier en voldoende tijd voor de voorbereiding. In een modelregeling zal moeten worden bepaald in welke lidstaat dat horen kan of moet plaatsvinden, in de lidstaat van de opleggende autoriteit of die van de ingezetene, en of dat horen ook elektronisch kan plaatsvinden. Vindt het horen in de lidstaat van de ingezetene plaats, dan geldt de regeling van art. III-11, vierde en vijfde lid, MR, die al is besproken in paragraaf 6.5.5. Kort en goed komt die erop neer dat in dat geval de bevoegde autoriteit van die lidstaat door de opleggende autoriteit op de hoogte moet worden gesteld van de hoorzitting en dat zijn ambtenaren hierbij aanwezig kunnen zijn. De lidstaat van de ingezetene kan zelfs de hoorzitting op zijn grondgebied weigeren. In dat geval gelden de regels voor bestuurlijke bijstand die hiervoor besproken zijn in de paragrafen 8.2.1 en 8.2.2.

Om de ingezetene van een andere lidstaat in staat te stellen gebruik te maken van de verdedigingsrechten en beroepsmogelijkheden die deze in de opleggende Staat kan aanwenden in het kader van de oplegging van bestuurlijke boeten, moet deze op de hoogte zijn van dat besluit en van andere mededelingen en documenten die bij boeteoplegging een rol kunnen spelen, zoals het boeterapport. In paragraaf 8.2.3.2 bespraken we de nationale kant van het grensoverschrijdende verkeer van de Nederlandse bestuursorganen met de ingezetenen van een andere lidstaat. In een EU-rechtelijke modelregeling zal een keuze moeten worden gemaakt tussen indirecte kennisgeving via de bevoegde autoriteit van de lidstaat van verblijf van de ingezetene, en de rechtstreekse kennisgeving aan de ingezetene. In geval van indirecte kennisgeving geldt voor de kennisgeving aan de autoriteit van de lidstaat van verblijf de regeling zoals die is besproken in paragraaf 8.2.1.4.[78] Dat betekent dat de relevante documenten bij voorkeur worden verzonden van het bevoegde orgaan in de ene lidstaat naar die in de andere lidstaat, en dat die verzending in beginsel elektronisch geschiedt. In geval van directe kennisgeving aan de ingezetene is elektronische kennisgeving ook de hoofdregel, maar dient voor individuele burgers de mogelijkheid van (aangetekende) postbezorging te bestaan. Daarbij moet worden voorgeschreven dat het boetebesluit wordt vertaald naar de taal van het land van verblijf of indien de belanghebbende die taal niet verstaat de taal die de betrokkene wel verstaat. Om de bestuurlijke lasten te beperken zou – in lijn met al bestaande Unierechtelijke voorbeelden[79] – een formulier en/of certificaat kunnen worden gebruikt.

Wat betreft de invordering van een onherroepelijk boetebesluit is in de eerste plaats van belang of een lidstaat een zelfstandig appellabel invorderingsbesluit kent. Is dat het geval, zoals in Nederland, dan geldt voor de communicatie van dat besluit aan de ingezetene hetzelfde als voor het boetebesluit. Is ook het inningsbesluit definitief

78 De nieuwe Unierechtelijke regeling zou op dit punt een wat moderner verwoording kunnen kiezen van de teksten in de reeds bestaande instrumenten van wederzijdse erkenning van geldelijke sancties en boetebesluiten. Zie bijv. art. 15, derde en vierde lid, Richtlijn 2014/67/EU, en art. 25 Richtlijn 2019/1, tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt.

79 Zie Kaderbesluit 2005/214/JBZ.

geworden of bestaat een beroepsrecht tegen de invordering in het aanzoekende land niet, dan start de feitelijke invordering.

Daarbij is bestuurlijke bijstand van de bevoegde autoriteit in de lidstaat van verblijf essentieel. De EU-modelregeling moet voorschrijven welke elementen en documenten het verzoek om bijstand in verband hiermee dient te bevatten. In aanvulling op de eisen die in paragraaf 8.2.1.3 zijn vermeld voor elk bijstandsverzoek, kan worden bepaald dat het verzoek moet worden vergezeld van andere relevante documenten in verband met de invordering van de sanctie, met inbegrip van (een gewaarmerkt afschrift van) de gerechtelijke uitspraak of de (onherroepelijke) beslissing, die de wettelijke basis en titel vormt voor de tenuitvoerlegging van het invorderings- en/of boetebesluit.

8.2.2.3 Weigeringsgronden

Zoals we hiervoor hebben gezien, dient in de Unierechtelijke regeling voorop te staan dat het aangezochte bestuursorgaan de beslissing tot het opleggen van de bestuurlijke boete en/of het invorderingsbesluit zonder verdere formaliteiten erkent en onmiddellijk overgaat tot uitvoering,[80] tenzij een van de hierna te bespreken weigeringsgronden wordt ingeroepen. Daarbij zijn eerst en vooral de voor de reguliere bijstandsverzoeken geldende weigeringsgronden, die zijn besproken in paragraaf 8.2.2.3, van toepassing. Daarmee kan bij de effectuering van een bestraffende sanctie als een bestuurlijke boete echter niet worden volstaan.

In de eerste plaats moet het niet mogelijk zijn om bestuurlijke boetes te effectueren, indien er sprake is van verjaring of van dubbele bestraffing.[81] De Unierechtelijke regeling dient te bepalen of het recht van het verzoekende bestuursorgaan of juist dat van het aangezochte bestuursorgaan bepaalt wanneer beboeting of tenuitvoerlegging is verjaard. De commissie stelt voor om in navolging van art. 25, vierde lid, Richtlijn 2014/67 daarbij te kiezen voor het recht van het verzoekende bestuursorgaan. Indien inning zou neerkomen op dubbele bestraffing voor hetzelfde feit, dient het aangezochte bestuursorgaan verplicht te zijn bijstand te weigeren.

In de tweede plaats zou, in navolging van Richtlijn 2019/1, kunnen worden bepaald dat de bevoegdheid om bijstand te verlenen of de verplichting om aan een bijstandsverzoek tot invordering van een bestuurlijke boete gevolg te geven niet bestaat, indien de onderneming jegens wie de geldboete invorderbaar is, juridisch niet in de lidstaat van de verzoekende lidstaat aanwezig is, of vaststaat dat deze onderneming in de lidstaat van de verzoekende autoriteit niet over voldoende activa beschikt. Bovendien kan worden gedacht aan een drempelbedrag, zoals bijvoorbeeld is opgenomen in Kaderbesluit 2000/214/JBZ (€ 70) of in Richtlijn 2014/67 (€ 350), waaronder geen bijstand hoeft te worden verleend.

In lijn met de regeling in Kaderbesluit 2000/214/JBZ zou, in derde plaats, kunnen worden bepaald dat een bijstandsverzoek ook kan worden geweigerd indien de

80 Hier is de formulering van art. 6 Kaderbesluit 2004/214/JBZ overgenomen.

81 Het gaat vooral om de invulling van het *ne bis in idem*-beginsel in art. 50 Hv. Zie zaak C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105; zaak C-537/16 (Garlsson Real Estate), ECLI:EU:C:2018:193; zaak C-524/15 (Menci), ECLI:EU:C:2018:197; gevoegde zaken C-596/16 en C-597/16 (Di Puma), ECLI:EU:C:2018:192, en zaak C-234/17 (XC e.a.), ECLI:EU:C:2018:853.

overtreder naar het recht van het aangezochte bestuursorgaan niet boeterechtelijk aansprakelijk is omdat hij minderjarig is.

In art. 25, vijfde lid, Richtlijn 2019/1 is bepaald dat het aangezochte bestuursorgaan niet verplicht is om gevolg te geven aan het bijstandsverzoek indien dat kennelijk in strijd zou zijn met de openbare orde van de lidstaat van de aangezochte autoriteit. Deze weigeringsgrond zou volgens de commissie *niet* in een Europese modelregeling voor de bijstand bij de effectuering van bestuurlijke boeten moeten worden opgenomen, omdat hiermee ten opzichte van het in de EU inmiddels bereikte integratieniveau een stap terug wordt gezet. Wel zijn de bestuursorganen bij het doen van bijstandsverzoeken en het daaraan gevolg geven gehouden om te handelen in overeenstemming met de fundamentele rechten zoals die onder meer zijn neergelegd in het Handvest. Het reële gevaar van schending van art. 47 Hv in de verzoekende lidstaat kan een reden zijn voor de aangezochte lidstaat om van bijstandsverlening af te zien.[82]

Het aangezochte bestuursorgaan dient het verzoekende bestuursorgaan zo snel mogelijk in kennis te stellen van de maatregelen die het naar aanleiding van het verzoek tot de invordering of effectuering van de bestuurlijke boete heeft genomen en van de weigeringsgronden, in het geval dat het bestuursorgaan de uitvoering weigert van een verzoek tot de invordering of effectuering van een bestuurlijke boete.[83]

8.3.3 Bijstandsverlening bij de inning van bestuursrechtelijke geldschulden

8.3.3.1 Nut, noodzaak en reikwijdte

Ook de transnationale inning van bestuursrechtelijke geldschulden is Unierechtelijk gebrekkig geregeld. Vanwege de Unierechtelijke executoriale titel van besluiten van EU-instellingen en organen (art. 299 VWEU) geldt dat overigens alleen voor de inning door een autoriteit van de ene lidstaat op verzoek van de andere (horizontale samenwerking). Daarop zullen de door *ReNEUAL* vast te stellen *Model Rules* dus betrekking moeten hebben.

De voorziene modelregeling heeft betrekking op alle publiekrechtelijke geldschulden die binnen de werkingssfeer van het Unierecht kunnen ontstaan. Daarbij valt te denken aan belasting- en douaneschulden, subsidieschulden, maar ook aan de schulden als gevolg van een verbeurde dwangsom.[84] De regeling geldt niet voor schulden als gevolg van een onherroepelijke boetebesluit, omdat daarvoor de in de in paragraaf 8.3.2 besproken modelregeling al geldt. Zo nodig kan die laatste

82 Analoog aan zaak C-216/18 PPU (L.M.), ECLI:EU:C:2018:586, waarin het Hof oordeelde dat nationale rechters kunnen afzien van de overlevering van een persoon waartegen een Poolse rechter een Europees arrestatiebevel heeft uitgevaardigd, wanneer die persoon een reëel gevaar loopt dat zijn recht op een eerlijk proces wordt geschonden vanwege structurele problemen in de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht.

83 Zie bijvoorbeeld art. 15, derde en vierde lid, Richtlijn 2014/67. Bij Unierechtelijke inningsregelingen komen vergelijkbare verplichtingen voor van het aangezochte bestuursorgaan (zie bijv. art. 13, tweede lid, Richtlijn 2010/24).

84 Bij de dwangsom kan regelmatig en langer transnationale bijstandverlening noodzakelijk zijn, als de last is gekoppeld aan opvolgende overtredingen of tijdseenheden bij het voortduren van overtredingen.

regeling wel naar de Unieregeling voor bestuurlijk bijstand bij de inning van geldschulden verwijzen.

8.3.3.2 Erkenning en communicatie

In de EU-modelregeling voor de bestuurlijke bijstand bij de grensoverschrijdende inning van bestuursrechtelijke geldschulden moet het beginsel van wederzijdse erkenning voorop staan.[85] Op grond daarvan geldt voor de lidstaten dat zij de betalings- of invorderingsbeslissing van andere lidstaten, behoudens weigeringsgrond, in beginsel moeten erkennen en dat zij aan een bijstandsverzoek in dit verband loyaal gevolg geven.[86] Daarnaast moet duidelijk zijn dat de EU-modelregeling op dit punt complementair is aan het civielrechtelijke instrumentarium van de wederzijdse samenwerking in civiele zaken, met name Verordening 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.[87]

De EU-modelregeling betreft in beginsel de bestuurlijke bijstand bij de inning van publiekrechtelijke geldschulden die onherroepelijk zijn geworden. Indien zowel het recht van het verzoekende bestuursorgaan als dat van het aangezochte bestuursorgaan de inning van geldschulden mogelijk maakt die nog niet onherroepelijk zijn, dan zou de modelregeling daarvoor, conform de bijstandsregeling voor bestuurlijke boeten (paragraaf 8.3.2.2), ruimte moeten laten. Er zijn dan wel aanvullende voorzieningen nodig voor de situatie waarin een inningsbesluit wordt geschorst of vernietigd.

In aanvulling op de algemene eisen die in paragraaf 8.2.1.3 zijn vermeld voor elk bijstandsverzoek, zouden in de EU-modelregeling voor de bijstandsverlening bij de inning van geldschulden – in navolging van art. 12 en 13 Richtlijn 2010/24 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen – kunnen bepalen dat een verzoek om invordering (inning) vergezeld gaat van een uniforme titel van een daarin nader te omschrijven inhoud voor het nemen van executiemaatregelen in de aangezochte lidstaat. Erkenning, aanvulling of vervanging van die titel is dan niet meer nodig. Voor het doen van het bijstandsverzoek zou ook hier een standaardformulier met verplichte bijlagen kunnen worden voorgeschreven.[88]

---

85 Zie recent zaak C-34/17 (Donellan), ECLI:EU:C:2018:282.

86 Vergelijk in het civiele recht art. 36, eerste lid, Verordening 1215/2012 ('Een in een lidstaat gegeven beslissing wordt in de overige lidstaten erkend zonder vorm van proces').

87 Wellicht ten overvloede: in art. 1, eerste lid, van deze verordening is bepaald dat zij geen betrekking heeft op fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken, 'noch op de aansprakelijkheid van de staat wegens een handeling of nalaten on de uitoefening van het openbaar gezag (*acta jure imperii*)'.

88 Zoals bijvoorbeeld art. 8, eerste lid, Richtlijn 2010/24, en art. 16, Richtlijn 2014/67/EU inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. De regeling van wederzijdse bijstand tussen nationale mededingingsautoriteiten in de art. 23 e.v. van Richtlijn 2019/1, tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt kent overigens geen vormvoorschriften voor het bijstandsverzoek. Zie voor wat betreft de Raad van Europa, art. 3 *European Convention on the*

Ten slotte zou kunnen worden bepaald dat de schuldvordering moet worden behandeld alsof het een schuldvordering van de aangezochte lidstaat zelf betreft.[89] Het uitgangspunt is dat de aangezochte autoriteit de bevoegdheden en procedures gebruikt waarover zij beschikt op grond van het nationale recht bij soortgelijke nationale schuldvorderingen. De aangezochte autoriteit stelt de verzoekende autoriteit zo spoedig mogelijk op de hoogte van het gevolg dat zij aan het verzoek tot invordering heeft gegeven.

8.3.3.3 Weigeringsgronden

Zoals hiervoor al is gesteld, dient ook in de Unierechtelijke regeling voor bestuurlijke bijstand bij de inning van bestuursrechtelijke geldschulden het uitgangspunt te zijn dat het aangezochte bestuursorgaan de betalingsverplichting en de inning daarvan erkent en tot uitvoering overgaat, tenzij er een weigeringsgrond geldt of kan worden ingeroepen. De in paragraaf 8.2.2.3 genoemde algemene weigeringsgronden zouden in beginsel ook moeten gelden voor de bijstand bij de inning van geldschulden.[90] In aanvulling hierop zou er een ondergrens kunnen worden opgenomen, waaronder geen bijstand hoeft te worden verleend. In Richtlijn 2014/67 is dat € 350 of het equivalent van dat bedrag.[91]

8.4 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk is, naar aanleiding van boek V van *ReNEUAL*, het ruimere leerstuk van internationale bestuurlijke bijstand besproken. Op grond van deze bespreking heeft de commissie eerst en vooral een aantal aanbevelingen voor de Awb. In de eerste plaats zou in de Awb het beginsel van loyale samenwerking moeten worden opgenomen (paragraaf 8.1). Dit beginsel vormt de basis voor bestuurlijke bijstand binnen de Unie en wordt in steeds meer sectorale EU-regelingen aan nationale organen voorgeschreven. Daarom ligt algemene regulering in de Awb ervan in de rede. In de tweede plaats moet in de Awb een facultatieve standaardregeling voor internationale bijstand worden opgenomen (paragraaf 8.1). Deze regeling kan door de bijzondere wetgever van toepassing worden verklaard op terreinen, waarin die bijstand zich voordoet. Zij dient geschikt te zijn voor zowel de bestuurlijke samenwerking binnen de EU, als voor de internationale bestuurlijke samenwerking op grond

---

Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters, art. 18, eerste lid, aanhef en onder e, *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*.

89 Zaak C-34/17 (Donellan), ECLI:EU:C:2018:282.

90 De regeling zou dan in lijn zijn met art. 17 Richtlijn 2014/67/EU, inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. Daarin is immers bepaald dat de verzochte inning kan worden geweigerd door het aangezochte bestuursorgaan, indien het verzoek niet de vereiste gegevens bevat, onvolledig is of niet strookt met de onderliggende beslissing. Ook kan de bijstand op verzoek worden geweigerd indien de verwachte kosten of middelen van de invordering van de sanctie en/of boete niet in verhouding staan tot het in te vorderen bedrag of grote moeilijkheden zouden opleveren.

91 In Richtlijn 2014/67/EU is bepaald dat de inning eveneens kan worden geweigerd wanneer de in de grondwet van de aangezochte lidstaat neergelegde grondrechten en vrijheden van verweerders en de rechtsbeginselen die op hen van toepassing zijn, niet worden nageleefd.

van een internationaal verdrag. Voor de inhoud van de regeling biedt boek V van *ReNEUAL* de nodige inspiratie. Mede gelet daarop kunnen in die regeling bepalingen worden opgenomen over Nederlandse bestuursorganen als om bijstand vragende organen (bevoegdheid, inhoud en motivering van verzoek, wijze van verzending van het verzoek, de intrekking ervan, het gebruik van informatie, zie paragraaf 8.2.1), over bestuursorganen als bijstand verlenend orgaan (loyale uitvoering, weigeringsgronden, zie paragraaf 8.2.2), over de grensoverschrijdende communicatie van bestuursorganen met justitiabelen (paragraaf 8.2.3.2) en over rechtswaarborgen en rechtsbescherming (paragraaf 8.2.4). In de derde plaats zou titel 5.2 Awb moeten worden aangevuld met enige voorzieningen voor extraterritoriaal toezicht (paragraaf. 8.2.3.1).

In de tweede plaats is de commissie van oordeel dat de *ReNEUAL Model Rules* zouden moeten worden aangevuld met een modelregeling voor in elk geval de transnationale oplegging en effectuering van bestuurlijke boeten (paragraaf 8.3.2) en de transnationale inning van publiekrechtelijke geldschulden (paragraaf 8.3.3). Beide regelingen moeten bepalingen bevatten betreffende de erkenning van de besluiten in kwestie, de communicatie met bestuursorganen en ingezetenen van een andere lidstaat en de toegestane weigeringsgronden.

9 Toepasselijkheid van de voorstellen voor een Europese Awb in Nederland

9.1 Inleiding

In het voorgaande is besproken op welke punten de voorstellen voor een Europese Awb, de *Model Rules van ReNEUAL* en het EP-voorstel, een verrijking zouden kunnen zijn voor het Nederlandse algemeen bestuursrecht, in het bijzonder de Awb, op welke punten die voorstellen zich minder goed verdragen met het Nederlandse bestuursrecht en in hoeverre die voorstellen vanuit de optiek van het Nederlandse bestuursrecht gewijzigd of aangevuld zouden kunnen worden. In dit laatste hoofdstuk wordt stilgestaan bij de vraag of het, mede gelet op deze bevindingen, wenselijk is dat die voorstellen van toepassing zouden zijn in de lidstaten en dus ook in Nederland.

Om misverstanden en onrust bij de nationale bestuursrechtbeoefenaars te voorkomen: op korte en ook middellange termijn zijn de Ewb-voorstellen niet van toepassing in de lidstaten. Zoals al in paragraaf 2.6 gesteld, gelden beide voorstellen – met uitzondering van boek V en VI van *ReNEUAL* – niet voor de lidstaten, ook niet als zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Bovendien zijn de *Model Rules* van *ReNEUAL* niet meer dan een academisch initiatief en is ook de toekomst van het EP-voorstel ongewis. In dit verband is van belang dat de Europese Commissie vooralsnog tegenstander is van een Ewb (paragrafen 2.5 en 3.3), ook als die alleen zou gelden voor de EU-instituties, terwijl de Commissie binnen de EU het exclusieve recht van initiatief heeft om een voorstel voor een Ewb in te dienen. Of het ooit tot zo'n formeel voorstel komt, moet dus worden afgewacht.

Toch is het nuttig om de vraag naar de wenselijkheid om de Ewb-voorstellen van toepassing te verklaren in de lidstaten te bespreken. In de eerste plaats, omdat deze vraag op zichzelf losstaat van de kans dat die voorstellen op enig moment van toepassing zullen worden verklaard in de lidstaten. Men kan immers voorstander zijn van een ontwikkeling, ook al wordt zij voorlopig niet gerealiseerd. In de tweede plaats, omdat *ReNEUAL* de toepasselijkheid van haar *Model Rules* in de lidstaten, voor zover die handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht, wel degelijk ambieerde. Dat het netwerk van zo'n ruime reikwijdte om strategische redenen heeft afgezien, betekent niet dat die ambitie is verdwenen. Bovendien sluiten wij niet uit dat die ambitie weer de kop opsteekt bij de voorstellen die thans worden ontwikkeld in het kader van *ReNEUAL 2.0*. Thema's als *Common European Principles of Administrative Law and Good Administration* en *International and Transnational Administrative Law* lenen zich daarvoor ook uitstekend.

Wat betreft de reikwijdte van de toepasselijkheid van de Ewb-voorstellen in de lidstaten wordt hierna onderscheid gemaakt tussen de *volledige* toepasselijkheid van de Ewb-voorstellen op het gehele handelen van de lidstaten, ook als dat geen enkele

relatie heeft met het Unierecht, en de *beperkte* toepasselijkheid op alleen het bestuurlijke handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Bij volledige toepasselijkheid vervangen de Ewb-voorstellen in Nederland de Awb, bij beperkte toepassing is zo'n vervanging op zich niet aan de orde. Daarnaast kan men ook voorstander zijn van *specifieke* toepasselijkheid, namelijk alleen op het bestuurlijk handelen in grensoverschrijdende context. Voor die optie is uiteindelijk gekozen door *ReNEUAL*. De toepasselijkheid van de *Model Rules* in de lidstaten is immers beperkt tot de Boeken V (*Mutual Assistance*) en VI (*Administrative Information Management*). Ook deze modaliteit komt daarom hierna aan de orde.

9.2 De EU-bevoegdheid om de Ewb-voorstellen op te leggen aan de lidstaten

Hoewel dit, zoals hiervoor is aangegeven, voor de wenselijkheid van de toepasselijkheid van de Ewb-voorstellen in de lidstaten niet doorslaggevend is, besteden we toch aandacht aan de vraag in hoeverre de Unie bevoegd is om de Ewb-voorstellen (volledig, beperkt, specifiek) voor te schrijven aan de lidstaten. Krachtens het in art. 5, tweede lid, VEU gecodificeerde beginsel van bevoegdheidstoedeling kan de EU daartoe immers alleen overgaan als de lidstaten daarvoor een wettelijke grondslag hebben gecreëerd in de Verdragen. Bevoegdheden die niet aan de Unie zijn toebedeeld, behoren toe aan de lidstaten.

Over de EU-bevoegdheid om de Ewb-voorstellen over de hele linie van het bestuurlijk handelen voor te schrijven aan de lidstaten, ook in situaties waarin geen enkele relatie bestaat met het Unierecht, kunnen we kort zijn. Die bevoegdheid bestaat niet. Voor zover wij weten, is er ook niemand die de EU bevoegd zou willen maken om een Ewb met een dergelijke ruime reikwijdte vast te stellen.

Voor de EU-bevoegdheid om de Ewb-voorstellen beperkt voor te schrijven aan alleen het nationaal bestuurlijke handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht ligt de situatie minder duidelijk. De meningen in de literatuur zijn verdeeld en het HvJ EU heeft zich hierover nog niet kunnen uitspreken. De discussie in de literatuur spitst zich toe op de vraag of art. 298 VWEU hiervoor een wettelijke grondslag biedt. Volgens het eerste lid van die bepaling steunen de 'instellingen, organen en instanties van de Unie' bij de vervulling van hun taken op 'een open, doeltreffend en onafhankelijk Europees ambtenarenapparaat'. Het tweede lid creëert vervolgens de bevoegdheid van het EP en de Raad om daartoe, volgens de gewone wetgevingsprocedure (met gekwalificeerde meerderheid), bij verordening bepalingen vast te stellen. De kernvraag is of onder het begrip 'Europees ambtenarenapparaat' ook het nationale bestuur (en zijn ambtenaren) valt, als en voor zover dat handelt binnen de werkingssfeer van het Unierecht. De mogelijke beperking van het begrip vloeit daarbij niet voort uit de term 'ambtenarenapparaat', omdat deze term een wat ongelukkige Nederlandse vertaling is van het Engelse begrip '*administration*'; dat Engelse begrip lijkt ruim genoeg om ook bestuursorganen te omvatten. De vraag is wel hoe ruim 'Europees' moet worden uitgelegd.

Een deel van de literatuur[1] en het EP[2] zijn van mening dat dit begrip uitsluitend verwijst naar de Europese administratie in enge zin, de bestuursorganen van de EU met hun ambtenaren. Deze uitleg ligt grammaticaal in de rede. Bovendien, als de verdragswetgever had beoogd om door middel van art. 298 VWEU een aanzienlijk deel van het nationale bestuur te '*reframen*' als Europese administratie, had hij dat uitdrukkelijk moeten bepalen. Een ander deel van de literatuur verdedigt een ruime uitleg van het begrip 'Europees ambtenarenapparaat', waaronder ook nationale bestuursorganen als zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht.[3] Deze ruime uitleg sluit aan bij de reikwijdterechtspraak van het HvJ EU volgens welke de lidstaten, als zij handelen binnen die EU-werkingssfeer, gebonden zijn aan de Unierechtelijke beginselen (zie paragraaf 2.2), die ook aan de basis liggen van de Ewb-voorstellen. Zou men niet voor deze ruime uitleg kiezen, dan heeft dat bovendien tot gevolg dat het Hof wel, maar de Uniewetgever niet bevoegd is om het nationale handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht algemeen voor te schrijven. Dat is vanuit de trias-gedachte in elk geval opmerkelijk.

Gelet op het voorgaande bestaat er gerede twijfel over de bevoegdheid van de EU om de Ewb-voorstellen (ook) beperkt voor te schrijven aan de lidstaten. Mede daarom kiezen beide voorstellen ervoor om hun toepasselijkheid grotendeels te beperken tot de EU-instellingen, -organen en -instanties. Een uitzondering op dit punt geldt alleen voor boek V (*Mutual Assistance*) en VI (*Administrative Information Management*) van *ReNEUAL*, die wel van toepassing zijn op (organen van) de lidstaten, voor zover zij betrokken zijn bij administratieve bijstand of informatiemanagement. Gelet op de grensoverschrijdende thematiek van beide boeken is dat logisch. Tegelijkertijd bestaat over de EU-bevoegdheid om over deze onderwerpen algemene EU-rechtelijke regels vast te stellen, evenmin duidelijkheid. Op het eerste gezicht lijkt zo'n grondslag te worden verschaft door art. 197, tweede lid, VWEU, waarin het EP en de Raad bevoegd worden verklaard om in verband met administratieve samenwerking verordeningen vast te stellen. Bij nader inzien heeft deze grondslag – zoals ook wordt gesteld door *ReNEUAL*[4] – echter een beperkte strekking in die zin dat de bedoelde verordeningen alleen betrekking kunnen hebben op de ondersteuning door de Unie van het administratieve vermogen van de lidstaten om het Unierecht toe te passen, waarbij de lidstaten niet gedwongen kunnen worden om van die steun gebruik te maken en 'enige harmonisering van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen'

1 Bijvoorbeeld J. Ziller, 'Towards Restatement and Best Practise Guidelines on EU Administrative Procedural Law. Note to the European Parliaments' Committee on Legal Affairs – Working Group on EU Administrative Law (oktober 2010); S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven & J.H. Jans, 'Hoofdstuk VIII. Slotbeschouwingen', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 470; A. van den Brink, L.A.J. Senden, J.E. van den Brink & R.J.G.M. Widdershoven, 'National Report: The Netherlands', in: J. Czuczai e.a. (red.), *Division of Competences and Regulatory Powers between the EU and the Member States - FIDE Conference proceedings*, Budapest: Wolters Kluwer 2016, p. 625-676; R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'De goede voornemens van een Europese wet bestuursrecht', *Ars Aequi* 2018, p. 411-417.

2 European Parliament resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration (2016/2610(RSP)), consideration (15).

3 Bijvoorbeeld P. Craig, 'A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence', EPL 2013/3, p. 503-524.

4 *ReNEUAL, Introduction to the ReNEUAL Model Rules/ Book I – General Provisions, point (49).*

bovendien is uitgesloten. Deze wetgevingsbevoegdheid kan daarom niet worden gebruikt om de boeken V en VI van *ReNEUAL*, die wel bindend zouden moeten zijn voor de lidstaten, vast te stellen. Of er een andere Verdragsbepaling is op basis waarvan zij door de EU kunnen worden vastgesteld, weten wij niet. Daarmee bevinden wij ons in goed gezelschap van *ReNEUAL*, dat in dit verband stelt:[5]

> *'The issue of an appropriate legal base basis for the rules of Books V and VI is particularly delicate as it relates to rules that apply to Member States' authorities and EU authorities at the same time, and as there is a specific legal basis for data protection. The pressing need for procedural rules in the field of Books V and VI is, however, more important in our view than the immediate solution of the existence of a legal basis de lege lata of de lege ferenda: this view has guided the drafting of Books V en VI.'*

Mooier kunnen wij het niet zeggen.

Dat er in de Verdragen geen rechtsbasis is voor het vaststellen van algemene regels voor wederzijdse bijstand en samenwerking, is volgens ons een gemis. Daarmee wordt een effectieve toepassing van het bestuursrecht in grensoverschrijdende situaties belemmerd en ontbreekt bovendien ook een rechtsbasis voor de voorstellen die wij in hoofdstuk 8 doen. Bij een volgende Verdragswijziging zou deze leemte naar onze opvatting moeten worden gedicht. Daarbij kan wellicht inspiratie worden geput uit het strafrecht, een terrein waarop de EU pas een kleine twintig jaar actief is, maar inmiddels wel een scala van bevoegdheden heeft voor maatregelen over onder meer de grensoverschrijdende erkenning van rechterlijke beslissingen en vonnissen, de samenwerking van justitiële autoriteiten bij de strafvervolging, de wederzijdse toelating van bewijs door de lidstaten en de rechten van personen in de strafvervolging.[6]

9.3 Geen toepasselijkheid van de Ewb in de lidstaten

Behalve in grensoverschrijdende situaties is de commissie geen voorstander van de (beperkte) toepasselijkheid van de Ewb-voorstellen in de lidstaten. Met dit standpunt sluiten wij aan bij de leidende opvatting in de Nederlandse literatuur.[7] Voor dit standpunt bestaan vier argumenten, waarvan het eerste alleen geldt voor beperkte toepasselijkheid van de voorstellen en de andere drie voor beide modaliteiten van toepasselijkheid.

De beperkte toepasselijkheid van de Ewb op het nationale bestuurlijke handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht heeft voor Nederland als resultaat dat

---

5 *ReNEUAL, Introduction to the ReNEUAL Model Rules/ Book I – General Provisions, point (59).*

6 Zie voor een overzicht, M. Luchtman & R.J.G.M. Widdershoven, 'Nederlands strafrecht in de ban van het Unierecht', *Ars Aequi* 2019, p. 873-895.

7 R.J.G.M. Widdershoven, 'Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?', *REALaw* 2014/2, p. 5-17; Van den Brink, Senden, Van den Brink & Widdershoven 2016, p. 625-676; 18; M. Scheltema, 'Een Europese Awb? Ja, maar beperkt: het is geen nationale Awb', NTB 2014/36, p. 275-278; Prechal, Widdershoven & Jans 2017, p. 475-476; Ortlep & Widdershoven 2018. Neutraler, G.H. Addink, 'Europees bestuursrecht in ontwikkeling: op weg naar een Europese Awb', NTB 2014/24, p. 197-206.

nationale organen binnen die werkingssfeer de Ewb moeten toepassen en daarbuiten de Awb. Het nationale bestuursrecht wordt aldus langs lastig te begrijpen en steeds wisselende lijnen gesplitst.[8] Daarmee wordt het toch al complexe bestuursrecht voor bestuur en zeker burgers nog complexer. Deze splitsing kan zich zelfs voordoen binnen één en dezelfde procedure voor het nemen van een bepaald besluit. Zo is het denkbaar dat (de handhaving van) een omgevingsvergunning deels wel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, namelijk voor zover daarin normen zijn opgenomen die zijn voorgeschreven in een EU-milieurichtlijn, terwijl dat voor andere onderdelen niet geldt. In dat geval is die splitsing onwerkbaar. Bovendien bereikt men bij het gedeeltelijk van toepassing verklaren weliswaar rechtseenheid tussen de lidstaten als zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht, maar wordt tegelijkertijd de rechtseenheid binnen de lidstaat ondergraven.[9] Om deze nadelen te ondervangen zou de nationale wetgever in feite gedwongen zijn om ook in louter nationale zaken de regels van een Ewb over te nemen. Dat is dan immers de enige manier waarop de rechtseenheid op nationaal niveau kan worden geëerbiedigd en de complexiteit kan worden beperkt. Zo'n verregaande consequentie is volgens ons alleen aanvaardbaar als er voor die volledige nationale toepasselijkheid van de Ewb zeer goede redenen bestaan. Dat is, zoals hierna wordt uitgewerkt, volgens ons niet het geval.

In de eerste plaats bestaat er voor (gehele of gedeeltelijke) toepasselijkheid van de Ewb-voorstellen in de lidstaten geen noodzaak, omdat er geen enkele indicatie is dat de huidige uitvoering door middel van de verschillende nationale 'bestuursrechten' in algemene zin niet goed verloopt.[10] Uiteraard kan de doorwerking van het Unierecht als gevolg van die nationale verschillen soms verschillend uitpakken, van een algemeen en/of urgent probleem is echter geen sprake. Daarbij merken wij op dat een zekere convergentie tussen de nationale 'bestuursrechten' al plaatsvindt, omdat zij, wanneer ze worden toegepast binnen de werkingssfeer van het Unierecht, moeten voldoen aan de in paragraaf 2.4 en hoofdstuk 3 besproken EU-beginselen. Bovendien, als op een bepaald terrein die toepassingsverschillen te groot worden geacht, kan de EU – zoals dat bijvoorbeeld is geschied in het asielrecht, het privacyrecht en het mededingingsrecht[11] – de regels op dat specifieke terrein harmoniseren of uniformeren. Daarbij kunnen de Ewb-voorstellen natuurlijk wel als model dienen.

In de tweede plaats heeft de toepasselijkheid van één uniform algemeen deel van het bestuursrecht in de gehele Europese Unie als nadeel dat daarmee geen recht wordt gedaan aan het gegeven dat de rechtscultuur dikwijls van land tot land

8 Scheltema 2014, p. 276; Ortlep & Widdershoven 2018, p. 415-416.

9 Zie eerder T. Barkhuysen, 'De invloed van het Europese recht op de eenheid van het Nederlandse bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 81-104; T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2006.

10 Ortlep & Widdershoven 2018, p. 415-416.

11 Door middel van respectievelijk de Procedurerichtlijn (herschikking), de AVG en Richtlijn 2019/1, tot toekenning van handhavingsbevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten, die (kort) zijn besproken in paragraaf 2.5.

verschilt.[12] Vanwege de verschillen is het niet vanzelfsprekend om een rechtsregel die in het ene land goed functioneert, in een ander land over te nemen en te verwachten dat die dezelfde (positieve) resultaten geeft.[13] Die rechtsculturele invloed verklaart vermoedelijk ten dele de soms negatieve beoordeling door de commissie van de toepasselijkheid van de Ewb-regels in Nederland in dit rapport. Vooral bij bestuursregelgeving (hoofdstuk 4) en overheidscontracten (hoofdstuk 5) zijn er veel Ewb-voorschriften waarvan de commissie vindt dat zij niet goed passen binnen het Nederlandse recht over deze onderwerpen, zoals zich dat in de loop der jaren heeft ontwikkeld. Iets dergelijks geldt ook voor de algemene hoorplicht bij de besluitvorming *in primo*, die volgens ons te zwaar is voor de miljoenen confectiebesluiten die in een land als Nederland jaarlijks worden genomen en bovendien geen rekening houdt met de in Nederland verplichte bezwaarprocedure.

Een derde nadeel van één uniform algemeen deel van het bestuursrecht in de gehele Europese Unie is gelegen in de beperkte flexibiliteit van deze regels en wel in twee opzichten. In de eerste plaats kunnen de nationale rechters problemen van uitlegging en toepassing ervan niet meer op soepele wijze zelf oplossen, maar moeten ze deze steeds prejudicieel verwijzen naar het HvJ EU. Vervolgens duurt het zo'n anderhalf jaar, voordat het Hof uitspraak doet. In de tussentijd ligt die zaak stil en dat geldt vermoedelijk ook voor andere vergelijkbare zaken. Dat is niet wenselijk. Bovendien is er een reële kans dat het Hof met de uitleg van deze wet nog verder overbelast raakt en procedures daardoor nog langer zullen duren.[14] In de tweede plaats is de wijziging van een Ewb, als maatschappelijke problemen daarom vragen, vanwege de vele betrokken actoren en het complexe EU-wetgevingsproces, een moeizaam en langdurig proces. Dit is problematisch, omdat het recht (en dus ook een Ewb) erop gericht dient te zijn om problemen zo snel mogelijk tot een maatschappelijk bevredigende oplossing te brengen.[15] Bovendien is het heel goed denkbaar dat bepaalde problemen die door wijziging van de Ewb zouden kunnen worden opgelost, zich voordoen in sommige lidstaten, maar (nog) niet in andere. In dat geval kan het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid om die wijziging door te voeren een onneembare horde zijn.

9.4 Nadere reflectie

Om de hiervoor genoemde redenen (voorkomen complexiteit en interne rechtsverscheidenheid, onvoldoende noodzaak, recht doen aan rechtsculturele verschillen, nadelen van inflexibiliteit), is de commissie geen voorstander van volledige of gedeeltelijke toepasselijkheid van de Ewb-voorstellen in Nederland. Daarmee is het natuurlijk niet gezegd dat die voorstellen voor Nederland irrelevant zijn. Zoals bij de bespreking van de onderwerpen in de hoofdstukken 3 tot en met 8 is gebleken,

12 Vergelijk E. Mak, *The Possibility of a European Judicial Culture*, Den Haag: Eleven International Publishing 2015.
13 Scheltema 2014, p. 276; Ortlep & Widdershoven 2018, p. 415-416.
14 Scheltema 2014, p. 276.
15 Vergelijk H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding: taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014; R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

vormen diverse EU-beginselen, concepten en voorschriften een welkome aanvulling op de regels van de Awb. Bovendien kunnen de Ewb-voorstellen als model dienen voor voorschriften die de EU zou kunnen vaststellen ter harmonisatie of uniformering van het nationale bestuursrecht in een bepaalde sector, als voor zo'n harmonisatie/uniformering goede redenen bestaan. Bovendien zouden wij ons wel kunnen voorstellen dat de EU over algemene aspecten van de uitvoering van haar recht niet-bindende aanbevelingen doet.[16] Voor dergelijke aanbevelingen, die op hoofdlijnen geïnspireerd zouden kunnen zijn door de Ewb-voorstellen, behoeft de Unie geen wettelijke grondslag in de Verdragen.

Verder wijzen wij nog op het pleidooi dat hiervoor, in paragraaf 9.2, is gehouden voor het creëren van een duidelijke rechtsbasis in de Verdragen voor de door de Unie vast te stellen algemene regels betreffende (grensoverschrijdende) wederzijdse bijstand en samenwerking. Daarop zouden de *ReNEUAL*-voorstellen van boek V, zoals door ons aangevuld in hoofdstuk 8, kunnen worden gebaseerd. Mogelijk zou die rechtsbasis ook (mede) kunnen worden gebruikt voor de *ReNEUAL*-regels van boek VI, over administratieve informatiemanagement, ook al hebben wij die regels in dit rapport niet specifiek bestudeerd. Dat er behoefte bestaat aan dergelijke regels, dat de EU deze moet opstellen en dat zij ook moeten gelden in de lidstaten, staat volgens ons wel buiten kijf. Hetzelfde zal vermoedelijk gelden voor de algemene regels die in het kader van *ReNEUAL 2.0* worden voorbereid over *International and Transnational Administrative Law*, ook al is over de inhoud van die regels nog niets bekend. In elk geval bestaat er bij de vele samengestelde procedures behoefte aan uniforme regels (paragraaf 1.3), zullen deze moeten worden vastgesteld door de EU en zullen zij ook moeten gelden voor de lidstaten.

Ten slotte nog een opmerking over de algemene regels betreffende *Common European Principles of Administrative Law and Good Administration*, die eveneens worden voorbereid in het kader van *ReNEUAL 2.0*. Hoewel wij de inhoud van die regels nog niet kennen, kunnen wij ons goed voorstellen dat ook deze van toepassing worden verklaard in de lidstaten. Daarbij gaan wij ervan uit dat *ReNEUAL* zich voor de inhoud van die beginselen zal oriënteren op de EU-beginselen die wij in hoofdstuk III hebben besproken en die vaak al bindend zijn voor de lidstaten als zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht. De toepasselijkheid sluit bovendien aan bij onze aanbeveling aan de wetgever in datzelfde hoofdstuk om deze beginselen vrijwillig te adopteren binnen het Nederlandse bestuursrecht. Tegelijkertijd merken wij op dat er, zoals aangegeven in paragraaf 9.2, wel gerede twijfel bestaat of de EU bevoegd is om algemene regels vast te stellen waarin de toepasselijkheid van deze beginselen aan de lidstaten wordt voorgeschreven.

16 Vergelijk de niet-bindend *recommendations* van de Raad van Europa (hoofdstuk 3).

10 Aanbevelingen

10.1 Inleiding

In dit rapport heeft de VAR-commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht voor belangrijke onderwerpen van algemeen bestuursrecht (beginselen, regelgeving, overheidscontracten en schaarse publieke rechten, voorbereiding van de besluitvorming, de intrekking van besluiten, internationale bestuurlijke bijstand) onderzocht in hoeverre Nederland inspiratie kan ontlenen aan twee voorstellen voor een Europese Awb, de *Model Rules on EU Administrative Procedures* van het academisch netwerk *ReNEUAL*, en de *Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies* van het Europees Parlement. Bovendien is bekeken in hoeverre die voorstellen wat zouden kunnen leren van het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Ten slotte is ingegaan op de vraag of en in hoeverre die Ewb-voorstellen van toepassing zouden moeten zijn in de lidstaten, en dus in Nederland. In dit hoofdstuk worden de belangrijkste aanbevelingen herhaald.

10.2 Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: *state of the art* (hoofdstuk 2)

Het verdient om redenen van rechtseenheid en ter voorkoming van omgekeerde discriminatie aanbeveling dat de Nederlandse wetgever en rechter EU-concepten die een aanwinst zijn voor het Nederlandse bestuursrecht, vrijwillig voorschrijven of toepassen in louter nationale situaties. Een goede kandidaat voor vrijwillige adoptie is het Europese evenredigheidsbeginsel.

Omdat de europeanisering van het algemeen bestuursrecht inmiddels vaak plaatsvindt door middel van sectorale EU-regelgeving op zeer omvangrijke terreinen, zoals de Dienstenrichtlijn en de Aarhus-richtlijn, dienen de Awb-wetgever (en de ambtelijke verantwoordelijken) en de beoefenaren van het algemeen bestuursrecht de totstandkoming van die regelgeving kritisch te volgen en, zo mogelijk, te beïnvloeden.

10.3 De betekenis van de Europese en internationale beginselen (hoofdstuk 3)

Het recht op goed bestuur dient expliciet in de Grondwet te worden opgenomen.

Het verdient aanbeveling om in lijn met de Unierechtelijke ontwikkelingen en een Grondwettelijke erkenning van het recht op goed bestuur hoofdstuk 2 Awb normatief te versterken. Hier dienen – onverminderd alle andere (nadere) wettelijke uitwerkingen van genoemd recht – de algemene rechten van burgers in relatie tot het

bestuur een plaats te krijgen. Te denken valt aan de erkenning van: een recht op een integer en transparant bestuur; een recht op een participatief en responsief bestuur; een recht op een dienstbaar bestuur; een recht op een begrijpelijk en benaderbaar bestuur

De huidige codificaties en uitwerkingen van beginselen van goed bestuur in de Awb (in hoofdzaak algemene beginselen van behoorlijk bestuur) dienen vanuit een Unierechtelijk en burgerperspectief perspectief te worden geëvalueerd en waar nodig te worden aangescherpt. Hierbij dient vooral te worden bezien of naast bestuurlijke gedragsinstructies ook specifieke subjectieve burgerrechten kunnen worden geformuleerd, bijvoorbeeld het recht op hoor en wederhoor, het recht op contra-expertise, het recht op inzage et cera.

De wetgever dient in de (algemene en specifieke) wetgeving steeds aandacht te besteden aan de uitwerking van het recht op goed bestuur. De rechter dient meer dan tot dusverre voorop te lopen bij de interpretatie en toepassing van genoemd recht en deelaspecten daarvan en dit ook gestructureerd in zijn uitspraken tot uitdrukking te brengen. Op Europees en internationaal niveau worden bijvoorbeeld al veel vaker toepassingen van het transparantiebeginsel, het participatiebeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het mensenrechtenbeginsel in relatie tot het besluitvormingsrecht aangetroffen.

Het bestuur dient (beleidsmatig en *in concreto*) meer dan nu het geval is gericht verantwoording af te leggen met het oog op de verschillende deelaspecten van 'goed bestuur'. De ministers van Justitie en Veiligheid en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties dienen hieromtrent meer kennis te verzamelen en vervolgens op basis daarvan voorlichting te verstrekken aan de bestuursorganen op (de)centraal niveau.

De wisselwerking tussen rechtsbeginselen op nationaal en Unierechtelijk niveau dient te worden bevorderd. Van de algemene beginselen van bestuursrecht op het nationale niveau die in het internationale recht meer betekenis zouden moeten krijgen kan worden gedacht aan het specialiteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Omgekeerd zouden vanuit het internationale en Europees recht vooral het transparantiebeginsel, het participatiebeginsel en het voorzorgsbeginsel een positieve bijdrage kunnen leveren aan vooral de democratische dimensie van de algemene rechtsbeginselen.

De nationale rechtsbeginselen dienen in de rechtspraktijk niet langer louter 'nationaal' te worden (door)ontwikkeld. De verdere ontwikkelingen, verfijningen en vernieuwingen dienen – onder meer om fricties te voorkomen en rechtseenheid te bevorderen – steeds te worden bezien in de Unierechtelijke context. Dit bindt ook de betrokken rechtsorden.

10.4 Regelgeving (hoofdstuk 4)

De *ReNEUAL Model Rules* voor de voorbereiding en totstandkoming van bestuursregelgeving (boek II) kunnen qua reikwijdte niet zonder meer worden overgenomen

in Nederland. Ten eerste is de reikwijdte van de MR daarvoor te beperkt, omdat zij uitsluitend van toepassing zijn op bestuurswetgeving en dus niet op wetten in formele zin en ook niet op beleidsregels. Ook voor het overige zijn de normen uit boek II niet geschikt om rechtstreeks en in ongewijzigde vorm in de Nederlandse context te worden toegepast. Wel kan de regeling op onderdelen inspiratie bieden.

In de eerste plaats zou de wijze waarop wordt omgegaan met de effectbeoordeling, zoals voorzien in de *ReNEUAL Model Rules*, op transparantere wijze in de toelichting kunnen worden verwoord. Uit de toelichting zou duidelijk moeten blijken hoe de uiteindelijk gemaakte keuzes zich verhouden tot de analytische bevindingen uit de effectbeoordeling. Overigens kan ook in de EU-context nog winst worden geboekt op dit punt, zodat er een betere aansluiting ontstaat tussen beide.

In de tweede plaats bieden de *ReNEUAL Model Rules* inspiratie voor het finetunen in Nederland van consultatieprocessen, waardoor deze processen gebruiksvriendelijker worden en daarmee mogelijk ook effectiever.

Ten slotte kan de Nederlandse aanpak, waarbij in een beperkt aantal gevallen geheel kan worden afgezien van bekendmaking en consultatie en daarnaast kan worden gekozen voor een versnelde procedure waarbij een regeling kan worden vastgesteld maar consultatie *ex post* alsnog moet plaatsvinden, tot voorbeeld strekken voor de *ReNEUAL Model Rules* die uitsluitend voorzien in een versnelde procedure. Soms zal een consultatie ex post immers niet zinvol zijn.

10.5 Overheidscontracten (hoofdstuk 5)

De *ReNEUAL Model Rules*-regeling van overheidscontracten (boek III) kan niet worden overgenomen in het Nederlandse recht, zelf niet op onderdelen. Wel biedt zij inspiratie om de bestaande Nederlandse regels aan te vullen met een Awb-regeling voor de bevoegdhedenovereenkomst, omdat die overeenkomst de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid betreft. Tegen het in de Awb opnemen van een regeling voor privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten bestaan ernstige bezwaren.

In de definitie van bevoegdhedenovereenkomst dient tot uitdrukking te komen dat zij uitsluitend betrekking heeft op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid en dat zij – zoals ook is bepaald in de *ReNEUAL Model Rules* – 'schriftelijk' is.

Conform de *ReNEUAL Model Rules* moet voor een Awb-regeling van de bevoegdhedenovereenkomst gelden dat de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op de beslissing van een bestuursorgaan om haar aan te gaan. Dat vloeit in hoofdlijnen al voort uit art. 3:1, tweede lid, Awb. Omdat de feitelijke positie van derden bij de uitvoering van de overeenkomst door middel van besluiten wordt verzwakt, moeten derden, voor zover zij worden gehoord bij het nemen van die besluiten, ook worden gehoord voorafgaand aan het sluiten van die overeenkomst. Om dat te

bereiken kan de regeling van afdeling 4.1.2 Awb van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

De bekendmakingsregeling van de art. 3:41 en 3:42 Awb dient van overeenkomstige toepassing te worden verklaard op bevoegdheidsovereenkomsten. Afhankelijk van de bevoegdheid waarover wordt gecontracteerd en vooral van de betrokkenheid van derden bij toepassing van die bevoegdheid, geldt in dat geval een meer of minder ruime mate van bekendmaking.

In lijn met de gedachte achter de *ReNEUAL Model Rules* kan de Awb bepalen dat een bestuursorgaan overeenkomstig een bevoegdhedenovereenkomst handelt, tenzij zwaarwegende algemene belangen zich daartegen verzetten. Aansluitend bij de in het Unierecht ontwikkelde criteria dient het van de overeenkomst afwijkend handelen noodzakelijk en evenredig te zijn in het licht van die algemene belangen. Bovendien moet de Awb-regeling een voorziening bevatten volgens welke de overheid de door niet-nakoming veroorzaakte schade van de wederpartij moet vergoeden.

In boek III *ReNEUAL Model Rules* wordt de regeling van overheidscontracten van overeenkomstige toepassing verklaard op de verdeling van schaarse publieke rechten. Om redenen van rechtszekerheid verdient een wettelijke regeling van de bekendmaking en selectieprocedures van schaarse publieke rechten in de Awb aanbeveling, waarbij de *ReNEUAL Model Rules* deels als inspiratiebron kunnen dienen. Daarbij valt vooral te denken aan de regels inzake wijziging van bestaande besluiten waarbij een schaars recht is toegekend (kort gezegd: substantiële wijzigingen worden beschouwd als nieuwe toekenning) en aan de *stand still*-periode van veertien dagen tussen de toekenning en daadwerkelijk verstrekking van een schaars publiek recht. Die periode biedt andere potentiële gegadigden de mogelijkheid om bezwaren tegen de verlening naar voren te brengen.

10.6 Voorbereiding van besluitvorming (hoofdstuk 6)

In hoofdstuk 2 Awb dient, conform de *ReNEUAL Model Rules*, te worden bepaald dat het bestuur aanvragen niet onnodig formeel behandelt en administratieve lasten beperkt.

Conform de *ReNEUAL Model Rules* moet de Awb voorzien in de aanwijzing van een zaaksambtenaar. Deze is een persoonlijk aanspreekpunt voor de burger, verleent bijstand indien noodzakelijk, bewaakt de voortgang van de procedure en naleving van de procedurele rechten en is bijvoorbeeld ook verantwoordelijk voor de inhoud van het dossier.

In de Awb moet een gedifferentieerde regeling van de voorbereiding van de besluitvorming in primo worden opgenomen. Voor complexe besluiten moet een regeling gelden die voldoet aan de Unierechtelijke verdedigingsrechten, zoals gecodificeerd in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel. Als een besluit deze procedure heeft doorlopen kan de bezwaarprocedure worden overgeslagen. Voor massabesluiten volstaat de voorbereidingsprocedure van afdeling 4.1.2 Awb en worden

de EU-rechten van verdediging volledig gerealiseerd in de bezwaarprocedure. Als een belanghebbende bezwaar maakt, moet ook het bestuursorgaan de bevoegdheid hebben om de werking van het besluit op te schorten.

In de procedure voor complexe besluiten moeten de rechten van verdediging ten volle worden gerealiseerd. Dit betekent onder meer dat belanghebbenden het recht hebben om te worden gehoord over het voorgenomen besluit, dat zij ter voorbereiding daartoe inzage hebben in het dossier voor zover dat ten grondslag ligt aan het voorgenomen besluit, dat zij voldoende tijd hebben om de hoorzitting voor te bereiden, dat zij getuigen en deskundigen kunnen meenemen en dat getuigen en deskundigen verplicht zijn om te verklaren. De regels zouden de mogelijkheid moeten bieden voor een beperkte inzage van bedrijfsvertrouwelijke informatie.

De Europese modelregels bieden inspiratie voor een Awb-hoofdstuk over bewijs in de bestuurlijke fase. Onderwerpen die daarin een plaats zouden kunnen krijgen zijn: de burgerplicht om medewerking te verlenen bij de feitenvergaring; de mogelijkheid van het vragen van een opinion over de aan te leveren gegevens; getuigen en deskundigen als bewijsmiddel; de bewijsuitsluiting bij schending van het zwijgrecht.

In de Awb zou, conform de *ReNEUAL Model Rules*, kunnen worden bepaald dat een toezichthouder zijn bevoegdheden pas kan uitoefenen na schriftelijke notificatie van de redenen van het toezicht en dat hij van zijn bevindingen rapport opmaakt. In titel 5.2 Awb zou de verzegelingsbevoegdheid als standaardbevoegdheid van een toezichthouder kunnen worden opgenomen.

De Awb zou kunnen voorzien in de rechterlijke mogelijkheid om bij massaprocedures een collectieve vertegenwoordiger aan te wijzen.

In de Awb moet een regeling worden opgenomen voor zinloze aanvragen en voor aanvragen die kunnen worden aangemerkt als misbruik van recht.

De Awb zou aanvullende regels moeten bevatten in verband met internetconsultaties in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure.

De *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel moeten procedurele rechten in de voorbereidingsprocedure niet slechts toekennen aan de *party*, maar – conform de Awb – aan de belanghebbenden, inclusief rechtspersonen die een algemeen of collectief belang behartigen.

De *ReNEUAL Model Rules* moeten worden aangevuld met een boek over bestuurlijke sancties.

10.7 Intrekking van besluiten (hoofdstuk 7)

De *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel over de intrekking van besluiten vormen een goede aanleiding voor de Nederlandse wetgever om een algemene regeling voor de intrekking in de Awb tot stand te brengen met het oog op de beginselen van

legaliteit, rechtszekerheid en vertrouwen. Bovendien lijkt het ons efficiënt wanneer de bijzondere wetgever kan terugvallen op een algemene intrekkingsregeling in de Awb. Een dergelijke regeling voorkomt dat bijzondere wetgevers los van elkaar het wiel proberen uit te vinden. Wat betreft de inhoud van een intrekkingsregeling in de Awb bieden de twee voorstellen zeker inspiratie.

Wel is voor een Awb-regeling nadere doordenking noodzakelijk, omdat de voorstellen voor een Ewb op dit onderwerp summier zijn. In dat verband pleiten wij ervoor dat in de Awb in ieder geval voor discretionaire intrekkingsbevoegdheden wordt gekozen, dat de gronden voor intrekking expliciet worden gemaakt, dat per intrekkingsbevoegdheid wordt bepaald in hoeverre bestuursorganen de ruimte hebben om te beslissen of een intrekkingsbesluit al dan niet terugwerkende kracht heeft, dat aandacht bestaat voor de mogelijkheden om compensatie toe te kennen, dat ook geadresseerden om intrekking van begunstigende besluiten mogen verzoeken, dat voor intrekking van onrechtmatige begunstigende besluiten een vervaltermijn geldt en om een afzonderlijke regeling te treffen voor gevallen waarin het EU-recht tot intrekking verplicht.

10.8 Internationale bestuurlijke bijstand (hoofdstuk 8)

Het beginsel van loyale samenwerking zou ook in de Awb moeten worden opgenomen. Dit beginsel vormt de basis voor bestuurlijke bijstand binnen de Unie en wordt in steeds meer sectorale EU-regelingen aan nationale organen voorgeschreven. Daarom ligt algemene regeling ervan in de Awb in de rede.

In de Awb moet een facultatieve standaardregeling voor internationale bestuurlijke bijstand worden opgenomen, die door de bijzondere wetgever van toepassing wordt verklaard op terreinen waarop die bijstand aan de orde is. De regeling geldt voor zowel de bestuurlijke samenwerking binnen de EU, als voor de internationale bestuurlijke samenwerking op grond van een verdrag. In de regeling kunnen, mede gelet op boek V van de *ReNEUAL Model Rules*, de volgende onderwerpen worden geregeld:

- Nederlandse bestuursorganen als om bijstand vragende organen (bevoegdheid, inhoud en motivering van verzoek, wijze van verzending van het verzoek, de intrekking ervan, het gebruik van verkregen informatie);
- Nederlandse bestuursorganen als bijstand verlenende organen (loyale uitvoering, weigeringsgronden);
- de grensoverschrijdende communicatie van bestuursorganen met justitiabelen;
- waarborgen en rechtsbescherming.

Titel 5.2 Awb moet worden aangevuld met enige voorzieningen voor extraterritoriaal toezicht (toezicht houden op de naleving van buitenlandse wetgeving, de aanwijzing van buitenlandse toezichthouders die toezicht uitoefenen in Nederland, het gebruik van buitenlands bewijs).

De *ReNEUAL Model Rules* zouden moeten worden aangevuld met een modelregeling voor in elk geval de transnationale oplegging en effectuering van bestuurlijke boeten en de transnationale inning van publiekrechtelijke geldschulden.

10.9 Toepasselijkheid van de voorstellen voor een Europese Awb in Nederland

De Europese modelregelingen moeten niet van toepassing zijn in de lidstaten, ook niet als (organen van) die lidstaten handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Dat zou leiden tot complexiteit en rechtsverscheidenheid binnen de lidstaat. Bovendien bestaat daarvoor geen noodzaak, houden deze regels onvoldoende rekening met rechtsculturele verschillen tussen de lidstaten en zijn ze te inflexibel. Wel zou de EU door middel van aanbevelingen enige niet-bindende sturing kunnen geven aan het nationale uitvoeringsrecht.

De commissie is voorstander van algemene EU-regels voor grensoverschrijdende situaties, die ook betrekking hebben op de lidstaten. Dergelijke regels zijn al opgenomen in vooral boek V (wederzijdse bijstand) en VI (bestuurlijk informatiemanagement) van *ReNEUAL*. In *ReNEUAL 2.0* zijn dergelijke regels te verwachten over *International and Transnational Administrative Law.*

10.10 *Follow-up*

De *Model Rules* van *ReNEUAL* zijn aanbouwwetgeving. Op dit moment is het netwerk bezig met *ReNEUAL 2.0*, waarin regels betreffende de onderwerpen *Common European Principles of Administrative Law and Good Administration*, *Digitalized Public Administration in the EU*, en *International and Transnational Administrative Law* zijn voorzien. Dat zijn ook voor het Nederlandse bestuursrecht belangrijke onderwerpen. Om ervoor te zorgen dat de Nederlandse bestuursrechtelijke *community* over deze onderwerpen sneller dan nu een standpunt formuleert, zou het bestuur van de VAR al op korte termijn een nieuwe commissie kunnen instellen. Daarin kunnen leden van de huidige commissie zitting hebben, maar is aanvulling met experts op de genoemde terreinen aangewezen. Deze vervolgcommissie zou mogelijk ook het onderwerp bestuurlijk informatiemanagement bij haar werkzaamheden kunnen betrekken.

Summary

1. Introduction

This summary contains the conclusions and recommendations of the report *Europa en het algemeen bestuursrecht, Burger en bestuur in een gemeenschappelijke rechtsorde* (Europa and the General Doctrines of Administative Law, Citizen and Administration in a Common Legal Order) of the Committee Europeanisation General Administrative Law. The committee was established by the board of the Dutch Association of Administrative Law in November 2016, with the assignment to write a report about the influence, or expected influence, of the development of general administrative rules and principles at a European level on the theory and practice of Dutch general administrative law.

The committee consisted of fourteen members coming from academia, the legal profession, government and the judiciary. They are: Henk Addink (University Utrecht), Jannetje Bootsma (attorney at Pels Rijcken), Jacobine van den Brink (University of Amsterdam), Rianne Jacobs (Ministry of Justice and Security, Vrije Universiteit Amsterdam), Oswald Jansen (attorney at Resolución, Tilburg University), Henk Lubberdink (Council of State), Anne Meuwese (Tilburg University), Adriënne de Moor-van Vugt (Council of State, University of Amsterdam), Saskia Nuyten (attorney at NautaDutilh), Monique van Oers (Authority for Consumers and Markets), Rolf Ortlep (University of Amsterdam, Open University), Frank van Ommeren (Vrije Universiteit Amsterdam), Raymond Schlössels (Radboud University Nijmegen), and Rob Widdershoven (Utrecht University, Council of State, chairman of the committee).

This summary in English is intended for people who are interested in the views of the Dutch administrative law community on the Europeanisation of general administrative law, but are not able to read the report written in Dutch. Therefore, this summary focusses on parts of the report which may be relevant for lawyers and practitioners from other Member States and for those working at the EU level. The summary does not go into detail about specific issues of Dutch administrative law which are aimed at the Dutch discussion only.

2. Approach, research questions and structure

As stated above, the assignment of the committee was to write a report about the influence, or expected influence, of the development of general administrative rules and principles at the European level on the theory and practice of Dutch general administrative law. To limit this wide assignment in some way, the committee decided to take as a point of departure for its analyses two proposals for a European general administrative law act, namely the *Model Rules on EU Administrative*

Procedures of the academic Research Network on European Administrative Law (hereafter ReNEUAL),[1] and the proposal for a *Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions, bodies, offices and agencies* of the European Parliament (hereafter EP Proposal).[2] Both proposals contain general rules for different forms of EU administrative action. The EP Proposal concentrates on single case decision-making. The ReNEUAL Model Rules consist of different books on administrative rulemaking (Book II), single case decision-making (Book III), contracts (Book IV), mutual assistance (Book V) and administrative information management (Book VI). Hereafter, the EP Proposal and the ReNEUAL Model Rules are sometimes jointly referred to as the European General Administrative Law Act (European GALA).

With the exception of the ReNEUAL books on mutual assistance and administrative information management, both European proposals do not apply to the Member States, but to administrative action by EU institutions, bodies, offices and agencies only. Nevertheless, the committee has chosen them as a point of departure for its considerations for two reasons. First, because the proposals may be considered a European good practice. In this regard it can be noted that the EP Proposal is based on the ReNEUAL Model Rules which, in turn, have been designed on the basis of thorough research of the case law of the CJEU on administrative rules and principles, European sectoral codifications, and comparative research into general administrative rules and principles in several Member States. Second, the focus on both proposals is justified by the possibility that parts thereof may indirectly become binding in the Member States in the future. This may occur through the case law of the CJEU, when further developing the general principles of EU law on which the proposals are already based. These principles are binding for the Member States when acting within the scope of EU law. In addition, the proposals may be used as model rules for designing sectoral EU legislation, which is aimed at mandatory harmonising administrative procedures in sector-specific areas of law.

Three questions are discussed in the report. First, which aspects of the proposals may be considered a welcome addition to the current rules and principles of Dutch administrative law? Second, which aspects of Dutch administrative law might be interesting on the EU level, and could possibly be added to, or modified in, the European proposals in a next stage? Third, is it desirable if the proposals would apply to Member States' administrative action as well, either in general or when acting within the scope of EU law only? These questions clarify that the report is not only concerned with the possible top-down influence of the proposals at the national level, but with the possible bottom-up influence of Dutch law on the European level as well.

The report's structure is as follows. It starts with an introductionary chapter wherein the committee introduces its approach and research questions (Chapter 1). This is followed by a chapter containing a sketch of the state of the art concerning

1 Published on-line on www.reneual.eu. Published in print, P. Craig, H. Hofmann, J.-P. Schneider & J. Ziller (eds.), *Model Rules on EU Administrative Procedures*, Oxford: Oxford University Press 2017.

2 European Parliament resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration (2016/2610(RSP)).

the process of Europeanisation of general administrative law (Chapter 2). It provides the necessary background for the two proposals for a European GALA. Thereafter, the following topics are discussed in separate chapters: European and international principles of law (Chapter 3), rulemaking (Chapter 4), governmental contracts and limited public rights (Chapter 5), single case decision-making (Chapter 6), withdrawal of decisions (Chapter 7), and international administrative assistance (Chapter 8). In every chapter examines whether, and to what extent, the relevant model rules from the proposal, or aspects thereof, would be a welcome addition to Dutch law, and whether relevant Dutch administrative law, or aspects thereof, might be interesting for the proposals. Finally, the applicability of the proposals in the Member States is examined (Chapter 9).

3. Inspiration by the European GALA for the Netherlands

According to the committee both the ReNEUAL Model Rules and the EP proposal contain many rules and concepts, which could enrich Dutch general administrative law. At the same time, other rules do not fit in the Dutch administrative law system very well.

3.1 General Principles of Law and the Right to Good Administration

Overall, the committee is very positive about the adoption in Dutch law of European principles of law in general, and the right to good administration in particular. In its analysis, the committee observes that at the European level, both within the EU and in the Council of Europe (including the ECtHR), a wealth of general principles has emerged during the years. These principles lie at the bases of both proposals for a European GALA, and guide their content. Partly, they are similar to the Dutch principles of proper administration (f.i. principles of equality, legal certainty, proportionality and legitimate expectations), although their scope and content may be different. Partly, and in the context of good administration (Article 41 CFR), the European level recognizes legal principles that are not recognized as such in the Netherlands, such as the principles of transparency, participation, effectiveness and accountability. As a result, the European conceptual approach to general principles differs from the Dutch approach in several respects. First, European principles are formulated in terms of subjective citizen's rights (and not as administrative rules of conduct). Second, in the EU the right to good adminstration of Article 41 CFR is constitutionally enshrined and closely connected to the right to a fair trial before an impartial tribunal as laid down in Article 47 CFR. Third, both proposals for a European GALA are more citizen oriented. Fourth, the proposals pay more attention to the effectiveness of administration.

These differences in approach lead to differences in the regulation of specific forms of administrative action, in particular single case decision-making (see section 3.4, hereafter). Regarding principles, the committee proposes several recommendations to bridge the differences to some extent. Most important are:

- The right to good administration should be codified in the Dutch Constitution.
- The Dutch GALA should be normatively strengthened by codifying in Chapter 2 several general citizens' rights, such as the right to integrity and to transparent

administration, the right to participative and reponsive administration, the right to a service-oriented administration, and the right to an understandable and accessible administration.

– The interaction between national and European principles should be enhanced. For the Netherlands this would mean that the Dutch courts should recognize European principles, in particular transparency, participation and precaution, as national general principles. In addition, existing national principles (f.i. proportionality) should be developed in conformity with their European equivalents. This voluntary adoption of European principles enhances legal unity within the Europan legal order and prevents frictions – both existing and future ones.

3.2 Rulemaking

Book II of ReNEUAL contains model rules about administrative rulemaking by EU institutions, bodies, offices and agencies. In the Netherlands, similar standards are, at least at the central level, applied in practise – though not on the basis of binding legal rules but based on soft law instruments. The committee is not in favour of establishing binding ReNEUAL-like rules in the Netherlands. They do not fit well in the parliamentary system as developed in the Netherlands; they may prove to be too strict in practice and could judicialise the rulemaking process in an excessive way.

Therefore, the committee prefers the adoption of some of the ReNEUAL rules in national practice and in existing soft law instruments. They should not only apply to administrative rulemaking, but to the establishment of formal parliamentary legislation and policy rules as well. In particular, a slightly toned-down version of the ReNEUAL provision on the assessment of the societal, economic and environmental impact of a draft act (Article II-3) would be a welcome addition to Dutch practice. If adopted, impact assessments would be more extensive, would take place at an earlier stage of the process and would be accounted for in the explanatory memorandum in a more transparant way. In addition, elements of the consultation provision (Article II-4) could be adopted in order to facilitate a more user-friendly consultation.

3.3 Contracts and limited public rights

Book IV of ReNEUAL contains model rules about contracts in which an EU authority is one of the parties and which are determined by EU law only. They apply to a very wide range of contracts, also private law contracts, which are regulated in the Civil Code and through case law of the civil courts in the Netherlands. Moreover, the model rules are very detailed, which does not fit well with Dutch legislative culture. Therefore – according to the committee – the model rules should not be made applicable to governmental contracts in the Netherlands. They do, however, provide inspiration in respect of the possible regulation of a specific group of governmental contracts, the so-called competence contracts. In a competence contract the authority contracts with a private party about the exercise by the authority of a public law competence. In the Netherlands, they are used in several areas of administrative law, such as tax law (tax rulings) and planning and environmental law. Because

competence contracts determine the subsequent use of a public law competence, they are considered to be a part of Dutch administrative law. However, they are not currently regulated in the GALA.

The committee proposes to fill this gap, and to design a GALA regulation about competence contracts, drawing inspiration from the ReNEUAL model rules. This inspiration concerns the following points:

- In conformity with the model rules, the GALA regulation should determine that the principles of good administration are applicable to an authority's decision to enter into a competence contract. This implies *inter alia* that third parties have the right to be heard about the contract if they are entitled to be heard about the decision to which the contract relates.
- The GALA regulation should prescribe that competence contracts are made public in a suitable way. Depending on the concerned competence and the presence of third parties' interests, the rules may provide for a wide or more limited form of publication.
- In line with the model rules, the GALA regulation may determine that the administrative authority should act in conformity with the competence contract, unless overriding general interests oppose this. Such a breach of contract is only allowed if necessary and proportionate in the light of these general interests. In addition, the authority should compensate the damage caused by the breach sustained by the other party.

According to Book III of ReNEUAL, the model rules on governmental contracts are also applicable to the distribution of limited public rights, f.i. authorisations, limited in number for physical or policy reasons. According to the committee, limited public rights should be regulated in the GALA, taking inspiration from the model rules in respect of some issues. A first issue is the substantial modification of a decision granting a limited right, which should be considered as the granting of a new right (and, therefore, should be distributed in a competitive way). Another one is the stand-still period of fourteen days between the moment of granting a limited right and the actual distribution thereof. This period offers other potential candidates the opportunity to contest effectively the decision granting the licence before the court.

3.4 Single case decision-making

Single case decision-making is the topic of the EP Proposal and of Book III of the ReNEUAL Model Rules. As noted in section 3.1, these rules are based on a European conceptual approach that differs from the Dutch approach. Therefore, they differ from the provisions on the same topic in the Dutch GALA in several respects.

First, the European GALA rules are formulated in terms of citizen's rights and realise in full the EU rights of defence in the initital decision-making process. The Dutch GALA is formulated in terms of administrative duties and applies a two-staged approach before a case can go to court. In this approach, initial decisions are taken without fully realising the rights of defence, as GALA allows many exceptions to the right to be heard. However, initial decisions can be contested before the authority that took it in a procedure for objections, which fully complies with the

defence rights. The committee observes that the GALA procedure for inititial decision-making may be contrary to the EU rights of defence. Therefore, it recommends the Dutch legislator to design a procedure which does comply with these EU principles, taking inspiration from the European proposals. However, according to the committee, it would be impossible in practice to apply such an onerous procedure to the millions of financial decisions in the area of taxes and sociale security, taken yearly, often by electronic means. Therefore, the committee advises to maintain the two-staged GALA procedure in respect of these frequently adopted decisions, and to reserve the newly designed one-stage EU law consistent procedure for more complex cases only.

Second, the European GALA proposals are more citizen oriented than the Dutch GALA. To bridge this gap to some extent, the committee proposes adjustments to the latter. First, as required by the ReNEUAL Model Rules, the GALA should determine that authorities limit the citizens' administrative burdens, communicate in a clear and understandable manner and that they do not handle applications in an unnecessary formalistic way. Second, the committee advises to introduce, in line with the European rules, the responsible case official, who is the citizen's point of contact and who guards the progress of decision-making and compliance with the rights of defence in practice. Third, the European general rules may provide for inspiration in respect of a GALA chapter on evidence in the administrative phase, a chapter that is currently missing. Topics foreseen by the European general rules that could be part of such a chapter are: the citizen's duty to cooperate with the gathering of information; the party's opportunity to ask for an opinion about the information to be provided; witnesses and experts as means of evidence; the exclusion as evidence of information gathered in breach of the privilege against self-incrimination.

Third, the European GALA proposals pay more attention to the effectiveness of decision-making than the Dutch GALA does. In this regard, they contain provisions that may be included in the Dutch GALA as well. First, consistent with both proposals, the Dutch GALA should provide for efficient means to deal with pointless and manifestly unfounded applications, as well as successive applications abusively submitted by the same applicant. Second, the ReNEUAL model rule providing the authority with the competence to appoint a joint representative for large number cases might be an interesting innovation for the Dutch GALA as well.

3.5 *Withdrawal of decisions*

Both Book III of the ReNEUAL Model Rules and the EP Proposal contain a section on the withdrawal and rectification of decisions. In the Dutch GALA, this topic is partly regulated in relation to subsidies, but a general comprehensive regulation of this important topic is lacking. According to the committee, the Dutch legislator should, for reasons of legality and legal certainty, fill this gap, taking inspiration from the European proposals. These proposals, however, cannot be simply copy-pasted because their provisions are sometimes rather brief and may be too strict.

Therefore, a Dutch GALA regulation of withdrawal and rectification should (a) opt for discretionary withdrawal competences, (b) explicitly mention the grounds for the different forms of withdrawal, (c) make it clear whether withdrawal may have retro-active effect or not, (d) provide for a right to compensation in case

of specific withdrawals, (e) prescribe a fatal time-limit in respect of withdrawal of unlawful favourable decisions, and (f) contain a specific competence for withdrawal decisions required by EU law. Regarding these topics, the EU proposals provide an excellent point of departure, which, however, should be amended to some extent in order to be appropriate in the Dutch context.

3.6 International administrative assistance

The ReNEUAL Model Rules include a specific Book V on mutual assistance within the EU. For the committee, this book is an important reason to propose additions to the Dutch GALA regarding the assistance duties of Dutch administrative authorities in their roles as requesting and requested authority in EU and international law. The first addition is to codify in the Dutch GALA the EU principle of sincere cooperation of Article 4(3) TEU. This principle constitutes the legal base for administrative assistance within the EU and is increasingly prescribed in EU sectoral legislation. Moreover, according to the Dutch courts, it also applies to the cooperation between Dutch authorities, if necessary for the effective application of EU law. Therefore, codification in the Dutch GALA seems to be a logical next step.

In addition, the committee proposes to include in the Dutch GALA a so-called optional standard arrangement concerning international administrative assistance. This arrangement can be made applicable in sector-specific legislation foreseen in such assistance. It applies to assistance within the EU, and to international assistance on the basis of international treaties. In line with Book V, the standard arrangement should contain the rules regarding the following topics: Dutch administrative authorities as requesting authorities (competence, content of request, statement of reasons, withdrawal of a request, lawful use of information obtained), Dutch authorities as requested authorities (duty to cooperate, refusal grounds), transboundary communication between authorities and with residents of another country, and the applicable safeguards and legal protection.

Finally, the committee advises to supplement section 5.2 of the Dutch GALA (inspections), with specific provisions concerning extra-territorial inspection. They include the possibility to assign inspectors from another Member State or the EU as inspector availing of inspection powers in the Netherlands and rules concerning the use in the Netherlands of evidence gathered abroad.

4. Inspiration from Dutch general administrative law for the European GALA

As stated above, in sector 2, the committee has also taken aboard the question which aspects of Dutch general administrative law may be interesting on the EU level, and which could possibly be added to, or modified in, the European proposals in the future. Although the harvest on this question is less rich than in respect of the opposite one, we do have some possibly useful suggestions.

The first suggestions concerns a possible addition to the ReNEUAL Model Rules in a next stage. According to the committee, a very suitable topic would be the administrative sanctions, in particular the administrative fine and the periodic penalty payment. The reason for this is that the EU legislator is increasingly, and

in many areas of law, regulating these sanctions, to be imposed by either EU institutions, offices and agencies, or by Member States' authorities. At the same time, their definition, legal nature (are they of a criminal nature or not?), the applicable safeguards, the possible cumulation with other, also criminal law, sanctions or measures, and so on, are rather uncertain. The EU legislator tends to leave these issues to the CJEU. The CJEU's case law is of course developing, but rather slowly as courts have to wait for cases. Therefore, ReNEUAL Model Rules would clearly fill a gap and could be standard-setting instead of codifying settled case law only. If established, these model rules can be made applicable in sector-specific EU legislation wherein they are foreseen. The Dutch GALA contains a chapter on public law enforcement which includes standard arrangments regarding the administrative fine and the periodic penalty payment. These arragements take into account the legal nature of both sanctions and prescribe the necessary safeguards when imposing them. Therefore, they could provide inspiration for a future ReNEUAL Book on fines and periodic penalty payments.

A second topic that could be added to the Book V of ReNEUAL Model Rules is the transboundary application of some administrative decisions, in particular the administrative fine, the periodic penalty payment and the recovery of public law debts. In the EU, the transboundary application of these decisions is increasing in practice every day. At the same time, general EU rules regarding the transboundary imposition and execution thereof are lacking. This hampers effective enforcement. Therefore, the committee proposes to design general rules regarding the decisions mentioned, indicating the topics that could be regulated in these rules as well (recognition of the decisions, communication thereof to residents of other Member States, refusal grounds). Moreover, the report provides some guidance in respect of the possible content of the rules proposed.

Finally, the committee has two suggestions for amendment of the model rules on single case decision-making of, in particular, Book III of ReNEUAL. In our opinion, these rules seem to be designed for the preperation of rather complex decisions, involving two parties only: the administrative authority on the one hand and an individual on the other. As long as the scope of these rules is limited to decision-making by EU authorities, bodies, offices and agencies, they certainly seem adequate as EU decision-making is usually very complex and generally involves two parties only. However, if, in the future, the scope of these rules is to be extended to the Member States – which was initially the ambition of ReNEUAL – the committee entertains some doubts in this regard.

In the first place, and already indicated in section 3.4, it seems to us impossible in practice to apply the elaborate decision-making procedure, prescribed by the model rules, to the millions of financial decisions adopted in the Netherlands in the areas of taxes and social security. In this regard, it should be noted that these decisions are initially taken by electronic means, which excludes compliance with the right to be heard in this phase. Therefore, the committee has recommended above (in section 3.4), to distinguish in the Dutch GALA between two decision-making procdures. Hence, we suggest that there exists a procedure for complex decisions, inspired by the EU model rules and complying with the EU rights of defence, alongside a two-staged procedure for frequently recurring decisions, wherein the

rights of defence are only fully observed in the second objection phase. This seems to be a viable system, because regarding the latter decisions' compliance with the rights of defence is limited to controversial decisions being objected. In our opinion, the applicability of the model rules in the Member States would be enhanced, if ReNEUAL would provide for a less elaborate procedure for frequently recurring decisions as well, possibly by making a similar distinction as proposed by the committee for the Dutch situation.

In the second place, from a Dutch perspective, the European models rules focus too much on two party relations (the authority versus an individual), while administrative law relations increasingly involve third parties and NGOs. In both Book III and the EP Proposal, procedural rights are granted to a 'party'. Third parties may qualify as such, but only under specific circumstances. NGOs are considered to be a 'party', when established by sector-specific EU legislation only. In the Dutch GALA both, the right to participate in decision-making and the right of access to the administrative courts, is granted to an 'interested party'. This term has a wide scope, and includes f.i. third parties whose factual interests may be involved in decision-making, and NGOs representing a general or collective interest. Because of this wide scope, the committee favours the Dutch 'interested' party criterion over the criterion proposed in the EU model rules. If, in the future, the scope of the latter rules would be extended to the Member States, the committee would suggest to reconsider this issue. Otherwise, for the Netherlands, this would mean a deterioration of the legal position of third parties and NGOs.

5. A European GALA applicable in the Member States?

Regarding the desirability of a European GALA that applies in the Member States, the report distinguishes between the applicability of such law to national administrative action in general (full applicability) and to administrative action falling within the scope of EU law only (limited applicability). With respect to full applicability, a legal base in the TFEU for a European GALA is clearly missing. With respect to limited applicability, it is at least questionable whether the Treaties contain a sufficient legal base. According to some, a European GALA could be based on Article 298 TFEU. In this view, the administrative authorities of the Member States when acting within the scope of Union law are considered to qualify as 'European administration' in line with Article 298(1) TFEU. According to others, including the European Parliament, the term 'European administration' in Article 298 TFEU refers to the European Union's administration only. According to this interpretation, a European GALA applicable to the Member States when acting within the scope of EU law, could not be based on the provision.

Apart from a legal base being at least questionable, the committee does not favour a full or limited applicability of a European GALA to the Member States' administrative action for other reasons. A limited applicability would lead to the situation that Dutch administrative authorities within the – already wide and still increasing – scope of Union law would be obliged to apply the European GALA, but outside this scope, only the Dutch GALA would apply. This division concerning applicable administrative law rules and principles, based on the uncertain – and for outsiders hardly understandable – criterion 'scope of EU law', would make administrative law

even more complex for citizens and autorities than it already is. Moreover, it would undermine legal unity within the national legal order and could, for instance, lead to the situation that the same administrative authority should apply the European GALA for some environmental permits (insofar as they contain standards prescribed by a EU directive) and the Dutch GALA to others. That does not seem to be workeable. Therefore, the limited applicability would probably force the Dutch legislator to adopt the European GALA in purely domestic cases as well. Such a far-reaching consequence would – according to the committee – be acceptable only if this full applicability of the European GALA could be based on very strong reasons. In our opinion, such reasons do not exist.

First, (full or limited) applicability of the European GALA in the Member States is not necessary, because there are no indications that the current implementation of EU law by means of different national administrative laws is generally problematic. Moreover, insofar as application of EU law in one or more Member States is inadequate, harmonisation of general administrative law concepts hardly seems to be a solution. Second, imposing one uniform body of general administrative law on all Member States does not do justice to the legal cultural differences existing between the Member States. Because of these differences, it is not self-evident that legal rules that work fine in one Member State have the same positive results in other Member States. Legal cultural differences probably also explain the sometimes negative assessment by the committee of the applicability in the Netherlands of certain rules or concepts proposed in the European GALA. This opinion is prompted by the circumstance that these European rules do not fit well with Dutch law and legal culture as developed over the years. Third, and finally, a European GALA, if imposed by means of a binding EU law instrument, a regulation or directive, is inflexible in two respects. First, because national courts cannot solve problems of interpretation or application of the EU rules in a flexible way, but have to refer these issues to the CJEU. During the preliminary procedure, which normally takes 1,5 years, the case, and probably all similar cases, have to be postponed. Second, due to the complex legislative EU process and the many actors involved in the legislative process, it is not very easy to modify a European GALA, although modification might be necessary for societal reasons. Moreover, it is possible that certain problems, that could be solved by modifying the European GALA, already occur in some Member States, but not in others – or at least not yet. In such a situation, the requirement of a qualified majority may constitute an impregnable hurdle.

The committee's opposition regarding the mandatory applicability of a European GALA in the Member States does not mean that the European GALA is, or should be, irrelevant for the Netherlands. First, as already indicated in section 3 of this summary, the committee favours voluntary adoption by the Dutch legislator and the administrative courts of many rules, concepts and principles of the European GALA. This voluntary adoption is preferred over mandatory imposition, because it allows a more harmonious integration of the EU rules and existing principles in Dutch administrative law. Second, the commitee does not oppose harmonisation of aspects of general administrative law by means of European non-binding recommendations. Third, the committee recognizes that some transboundary topics can only be regulated in an effective way if national law is included as well. Regarding the ReNEUAL Model Rules, this applies to Book V on mutual assistance, discussed

in Chapter 8 of this report. In that case, mandatory harmonisation of national administrative law may be necessary for an effective cooperation between national and EU autorities, and authorities from different Member States. Therefore, the committee is in favour of such rules.

Samenstelling van de commissie

Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven, *voorzitter*
Hoogleraar Europees bestuursrecht Universiteit Utrecht en staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht

Prof. mr. G.H. Addink
Hoogleraar bestuursrecht en goed bestuur Universiteit Utrecht

Mr. J. Bootsma
Advocaat Pels Rijcken

Prof. mr. J.E. van den Brink
Hoogleraar bestuursrecht Universiteit van Amsterdam

Prof.mr. M.J. Jacobs
Raadadviseur Ministerie van Justitie en Veiligheid en bijzonder hoogleraar wetgeving en reguleringsvraagstukken Vrije Universiteit Amsterdam

Prof. mr. dr. O.J.D.M.L. Jansen
Advocaat Resolución en Visiting professor Global Administrative Law Tilburg University

Mr. dr. H.G. Lubberdink
Staatsraad Raad van State

Prof. dr. A.J.C. de Moor-van Vugt,
Staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en bijzonder hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit van Amsterdam

Prof. dr. A.C.M. Meuwese
Hoogleraar Europees en vergelijkend publiekrecht Tilburg University

Mr. S.M.C. Nuijten
Advocaat NautaDutilh

Mr. M. van Oers
Directeur Juridische Zaken ACM

Prof. mr. F.J. van Ommeren
Hoogleraar staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit Amsterdam

Prof. mr. R. Ortlep
Hoogleraar (Europees) bestuursrecht Open Universiteit en universitair hoofddocent bestuursrecht Universiteit van Amsterdam

Prof.mr. R.J.N. Schlössels
Hoogleraar staats- en bestuursrecht Radboud Universiteit Nijmegen