# Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

*Preadviezen Jonge VAR 2010*

Mr. M.J.M. Verhoeven, mr. J.E. van den Brink
en mr. A. Drahmann

8

Boom Juridische uitgevers

Jonge VAR-reeks
8

# Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie

Preadviezen uitgebracht door

Mr. M.J.M. Verhoeven
Mr. J.E. van den Brink
Mr. A. Drahmann

Voor de bijeenkomst
van de Jonge VAR
op 27 november 2009

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2010

Aanbevolen citeerwijze: Jonge VAR-reeks 8

© 2010 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).*

*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 978-90-8974-253-7
NUR 823

www.bju.nl

# Inhoud

**Ten geleide** 7

**Algemene inleiding Jonge VAR 2009** 9

**Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief** 15
Mr. M.J.M. Verhoeven

**Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel** 63
Mr. J.E. van den Brink

**Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?** 143
Mr. A. Drahmann

**Zakelijk verslag 'Jonge VAR' 27 november 2009** 199

# Ten geleide

Op 27 november 2009 vond in Utrecht de achtste bijeenkomst van de Jonge VAR plaats. Onderwerp van dit jaar was 'Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie'. Een Europees offensief? Dat is krachtige taal! De Jonge VAR had wederom een spannend onderwerp bij de kop gepakt.

Drie preadviseurs verkenden het spanningsveld tussen het Europese en nationale recht ten aanzien van vier rechtsbeginselen. Maartje Verhoeven, promovenda aan de Universiteit Utrecht, gaat in haar preadvies in op het legaliteitsbeginsel in communautair perspectief. Jacobine van den Brink, promovenda aan de Universiteit Leiden, concentreert zich op de Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De vraag of het tijd is voor een Nederlands transparantiebeginsel wordt in het preadvies van Annemarie Drahmann, juridisch adviseur bij de provincie Noord-Holland, besproken.

Na de prikkelende en interessante voordrachten door de preadviseurs ontspon zich onder leiding van prof. mr. Jaap Polak een boeiende discussie. De aanwezigen werden het niet eens over de vraag of het Europese recht nu een bedreiging of een uitdaging vormt voor de nationale rechtsbeginselen en of in het Nederlandse recht in dat verband iets moet worden gewijzigd. Wel kon gezamenlijk worden vastgesteld dat de invloed van het Europese recht ook op dit punt groot is en dus de aandacht verdient van onze vereniging. Aansluitend werd gestemd over de stellingen die aan het eind van de preadviezen zijn opgenomen. Traditiegetrouw is de middag afgesloten met een eensgezind offensief richting de borrel.

Dit boekje bevat de definitieve tekst van de drie preadviezen en het verslag van de discussie, inclusief de uitslag van de stemming over de stellingen. Het verslag is opgesteld door Machteld Claessens en geeft een prima indruk van de discussie.

Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs en de verslaglegger hartelijk voor hun inspanningen en wenst u veel leesplezier bij het doornemen van deze preadviezen.

Bart Jan van Ettekoven,
voorzitter VAR

# Algemene inleiding Jonge VAR 2009

*Mr. M.J. Verhoeven, mr. J.E. van den Brink en mr. A. Drahmann*

In het plaatsje Eelde in de prachtige provincie Drenthe ligt een vliegveld, genaamd Groningen Airport Eelde. Dit vliegveld wenst de start- en landingsbaan uit te breiden. De daartoe benodigde planologische besluiten roepen bezwaren op bij omwonenden. Zij voeren onder meer aan dat het besluit. dat met zich brengt dat de gemeenteraden van de gemeenten Tynaarloo en Haren de bestemmingsplannen voor omliggende gronden moeten herzien, in strijd is met de Europese staatssteunregels. Op het eerste gezicht wekt het bevreemding dat ruimtelijke ordeningsbesluiten zouden kunnen sneuvelen wegens strijd met de Europese staatssteunregels. Uit de uitspraak van de Afdeling inzake de uitbreiding van het vliegveld Eelde volgt evenwel dat dit zeer wel mogelijk is.[1] Hoe zit dit nu? Het besluit op grond waarvan de gemeenten Tynaarloo en Haren de bestemmingsplannen voor omliggende gronden moeten herzien, legt in verband met de ten gevolge van de uitbreiding geldende geluidscontouren voor deze gronden beperkingen op met betrekking tot het leggen van bestemmingen en met betrekking tot de gebruiksmogelijkheden van gronden en opstallen. Zo is het op bepaalde gronden niet langer mogelijk om nieuwe woningen te bouwen. Tegenover deze beperkingen in het gebruik van de omliggende gronden dient volgens de Afdeling een belang te staan dat deze beperkingen rechtvaardigt. De beperkingen zijn alleen dan gerechtvaardigd, indien zij in verband met de aanleg en het gebruik van de verlengde start- en landingsbaan noodzakelijk zijn. De Afdeling is van oordeel dat deze noodzaak slechts dan aanwezig is indien voldoende vaststaat dat die verlenging van de start- en landingsbaan daadwerkelijk doorgang vindt. Vast stond evenwel dat tot de aanleg en het gebruik van de verlengde start- en landingsbaan alleen zou worden overgegaan indien Groningen Airport Eelde voor de financiering van de baanverlenging kon rekenen op een financiële bijdrage die de kosten van de baanverlenging dekt. Het ging hier om een bijdrage van maar liefst 18,6 miljoen euro. Omwonenden betoogden dat het lang niet zeker was dat deze financiële bijdrage zou worden verstrekt, omdat deze bijdrage had moeten worden aangemerkt als staatssteun en dientengevolge door de nationale autoriteiten had moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. De Afdeling komt – na vragen te hebben gesteld aan de Europese Commissie – tot de conclusie dat het bevoegde bestuursorgaan er niet van had mogen uitgaan dat aanmelding bij de Europese Commissie van de bijdrage van 18,6 miljoen niet nodig zou zijn. Vandaar dat onvoldoende vast stond dat de verlenging van de start- en landingsbaan daadwerkelijk doorgang zou vinden. Het besluit dat

1 ABRvS 11 juni 2008, AB 2008, 371, m.nt. P.C. Adriaanse.

met zich brengt dat de gemeenten Tynaarloo en Haren de bestemmingsplannen voor omliggende gronden moeten herzien, is naar het oordeel van de Afdeling dan ook in strijd met de verplichting uit artikel 88, derde lid, van het EG-verdrag.

Het bovenstaande voorbeeld maakt wel duidelijk, dat het nationale (bestuurs)recht niet meer helemaal los van het communautaire recht kan worden gezien. Vaak wordt in dat verband gesproken van een samengestelde, geïntegreerde of gedeelde rechtsorde, waarbij het gemeenschapsrecht en het nationale recht nauw met elkaar zijn verweven.[2] In dat samenspel hebben de EG en de lidstaat elk een duidelijke eigen taak. Europa is eerst en vooral de producent van regels. Deze regels vinden hun basis in het EG-verdrag en in verordeningen, richtlijnen en beschikkingen. De vaststelling en uitvoering van deze regels worden beheerst door de algemene Europese rechtsbeginselen. De hoeveelheid regels neemt steeds verder toe, nu de Europese instellingen telkens weer nieuwe secundaire regelgeving vaststellen. Tel daarbij op dat het Hof van Justitie de rechtsbronnen steeds weer van nieuwe uitleg voorziet, en het is duidelijk dat de omvang en het belang van de communautaire rechtsorde nauwelijks kunnen worden overschat.

De lidstaat staat vervolgens voor de opdracht om het communautaire recht te implementeren in de nationale rechtsorde. Elke lidstaat is ervoor verantwoordelijk dat alle Europese regels daadwerkelijk toepassing vinden en worden gehandhaafd binnen zijn nationale rechtsorde. Dat betekent dat van alles moet gebeuren. Richtlijnen – bijvoorbeeld over luchtkwaliteit of gelijke behandeling in arbeid en beroep, maar ook van bredere strekking zoals de dienstenrichtlijn – moeten worden omgezet in nationaal recht. Verordeningen – bijvoorbeeld op het terrein van landbouw of subsidies – moeten worden geoperationaliseerd, zodat bijvoorbeeld duidelijk is wie verantwoordelijk is voor de toepassing ervan. Beschikkingen ten slotte – bijvoorbeeld over de terugvordering van onrechtmatige staatssteun – moeten worden uitgevoerd.

Zoals bekend, heeft het communautaire recht voorrang op het nationale recht, zodat het groeiende communautaire recht op steeds meer beleidsterreinen inhoudelijk bepalend is voor de inhoud van het nationale materiële recht. Echter, dat geldt in mindere mate voor het procedurele recht. Nu de meeste communautaire regelingen niet voorzien in procedurele bepalingen, worden zij uitgevoerd met behulp van het nationale procedurele recht, zoals bijvoorbeeld de Awb. Dit proces van samenwerking bij de uitvoering van communautair recht wordt wel gedeeld of samengesteld bestuur genoemd. Het nationale recht fungeert dan als vehikel voor de uitvoering van EG-recht. Omdat de effectieve doorwerking van communautair recht in hoge mate afhangt van het nationale uitvoeringsrecht, zijn aan dat recht in de loop der jaren door Europa steeds meer eisen gesteld. Allereerst door het Hof van Justitie dat in zijn rechtspraak in de loop der jaren vele algemene eisen heeft ontwikkeld waaraan het nationale recht moet voldoen om doorwerking van het

2 Vergelijk bijvoorbeeld J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven , Inleiding tot het Europees Bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi 2002, p. 25 e.v.; 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, p. 1.

EG-recht te garanderen. Denk in dit verband bijvoorbeeld aan de uitgebreide jurisprudentie over de door het Hof ontwikkelde beginselen van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming. Ten tweede worden aan het nationale recht specifieke eisen gesteld in secundaire communautaire regelgeving, voor het specifieke terrein dat door de betreffende Europese regeling wordt gereguleerd. Op deze manier wordt het nationale bestuursrecht in toenemende mate gecommunautariseerd; naarmate meer beleidsterreinen materieel door het EG-recht worden bepaald, neemt de communautaire invloed op de algemene procedurele regels over de uitvoering van dit materiële recht toe.

De invloed van het communautaire recht op het nationale bestuursrecht is een breed onderwerp waar boeken over worden volgeschreven. Voor dit preadvies is gekozen voor een onderdeel binnen dit brede spectrum: de positie van rechtsbeginselen in de samengestelde rechtsorde. Algemene beginselen zijn divers van aard; ze kunnen zowel geschreven als ongeschreven zijn, maar kenmerken zich in algemene zin door een open, ruime formulering. Of, in andere woorden: 'a principle is a general proposition of law of some importance from which concrete rules derive.'[3] Dit maakt rechtsbeginselen niet alleen geschikt om te fungeren als algemeen uitgangspunt bij de bestuurlijke besluitvorming en belangenafweging, maar ook als toetsingsmaatstaf in rechterlijke procedures.

Veel rechtsbeginselen bestaan zowel in de communautaire rechtsorde als in de nationale rechtsordes van de lidstaten. In veel gevallen zijn de nationale rechtsbeginselen een bron van inspiratie voor het Hof van Justitie.[4] Echter, de EG kent 27 lidstaten waarin een diversiteit van rechtsbeginselen bestaat. Niet elk beginsel hoeft in elke rechtsorde erkend te zijn. Bovendien zal de precieze inhoud en reikwijdte van rechtsbeginselen niet uniform zijn. Het Hof put inspiratie uit de nationale rechtsstelsels, maar geeft vervolgens zijn eigen interpretatie aan de diverse beginselen. Dat betekent dat rechtsbeginselen als communautair rechtsbeginsel kunnen worden erkend, ook indien ze niet in de rechtssystemen van alle lidstaten aanwezig zijn.[5] Dat betekent dat de communautaire beginselen niet per definitie identiek zijn aan de rechtsbeginselen die gelden in de nationale rechtsordes. In de woorden van Tridimas: 'In short, the general principles of law are children of national law but, as brought up by the Court, they become *enfants terribles*: they are extended, narrowed, restated, transformed by a creative and eclectic judicial process'.[6]

De communautaire rechtsbeginselen binden zowel de communautaire instellingen als de lidstaten. Wat betreft de EG zelf komt deze binding tot uitdrukking in het feit dat communautaire regelgeving binnen de procedure van artikel 230 EG kan worden vernietigd bij strijd met een van de rechtsbeginselen. Daarnaast kunnen de communautaire rechtsbeginselen ook bindend zijn voor de lidstaten.

3 Tridimas, The General principles of EU law, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 1.
4 Zie bijvoorbeeld zaak 222/86, Heylens, Jur. 1987, p. 4097.
5 Tridimas 2006, p. 6.
6 Tridimas 2006, p. 6.

Wanneer heeft men in het nationale bestuursrecht nu met deze communautaire beginselen te maken? Dat geldt in alle gevallen, waarbij het optreden van bestuursorganen *binnen de werkingssfeer* van het Gemeenschapsrecht valt. Of, zoals het Hof van Justitie zelf zegt:

> 'Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat wanneer een nationale wettelijke regeling binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht komt, het Hof, wanneer het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens moet verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om te kunnen beoordelen of die regeling verenigbaar is met de algemene beginselen van gemeenschapsrecht.'[7]

Wanneer valt nationaal recht nu binnen de werkingssfeer van het Gemeenschapsrecht? Daarover valt veel te zeggen, maar hier wordt volstaan met de drie situaties die Advocaat-Generaal Sharpston in haar conclusie voor de zaak Bartsch heeft onderscheiden.[8] In de eerste plaats wanneer nationaal recht uitvoering geeft aan gemeenschapsrecht, ongeacht de omvang van de beoordelingsvrijheid waarover de lidstaat beschikt en los van de vraag of de nationale maatregel verder gaat dan hetgeen strikt noodzakelijk is voor de uitvoering. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de uitvoering van verordeningen[9] of wanneer nationaal recht dient ter implementatie van een richtlijn.[10] Ten tweede valt een bepaling van nationaal recht binnen de werkingssfeer van het EG-recht wanneer deze gebruikmaakt van een krachtens het gemeenschapsrecht toegestane afwijking, bijvoorbeeld wanneer een regeling het vrij verkeer van goederen of het vrij verkeer van diensten belemmert, maar deze belemmering gerechtvaardigd kan worden.[11] Ten slotte valt nationaal recht binnen de communautaire werkingssfeer indien een specifieke materiële regel van gemeenschapsrecht van toepassing is op de situatie, bijvoorbeeld bij potentiële belemmering van het vrij verkeer[12] of het gemeenschappelijk btw-stelsel.[13] Al met al is dus duidelijk dat veel van de handelingen van bestuursorganen binnen de werkingssfeer van het EG-recht vallen, gezien het grote aantal beleidsterreinen dat de uitdijende hoeveelheid EG-recht bestrijkt.

In de Jonge VAR-preadviezen 2009 staan enkele specifieke beginselen centraal: het legaliteitsbeginsel, het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Het onderwerp en de inhoud van deze vier beginselen is heel divers, net als hun werking: legaliteit heeft betrekking op de grondslag van het optreden van bestuursorganen, terwijl de andere drie beginselen dit optreden inhou-

---

7 Zaak C-427/06, Bartsch, AB 2008/356 m.nt. R. Ortlep & M. Verhoeven. Zie ook zaak C-144/04, Mangold, AB 2006/325, m.nt. M. Verhoeven.

8 Zie uitgebreider over dit onderwerp Tridimas 2006, p. 36-42. Vergelijk recentelijk, met name over de vraag of nationaal recht op het gebied van een te implementeren richtlijn al tijdens de implementatieperiode binnen de werkingssfeer van het EG-recht valt, R. Ortlep & M. Verhoeven, Richtlijnen: communautaire verplichtingen tijdens de omzettingstermijn, NTER 2009, nr. 3, p. 113-118.

9 Zie bijvoorbeeld zaak C-349/07, Sopropé, AB 2009/29 m.nt. R. Widdershoven.

10 Gevoegde zaken C-20/00 en C-64/00, Booker Aquaculture and Hydro Seafood, Jur 2003, p. I-7411; vergelijk ook bijvoorbeeld zaak C-28/05, Dokter, AB 2006/390, m.nt. R. Widdershoven.

11 Zaak C-368/95, Familiapress, Jur. p. I-3689 en zaak C-260/89, ERT, Jur. 1991, p. I-2925.

12 Zaak C-71/02, Karner, Jur. 2004, p. I-3025.

13 Gevoegde zaken C-286/94, C-340/95, C-401/95 en C-47/96, Garage Molenheide e.a., Jur. 1997, p. I-7281.

delijk normeren. De invloed van het EG-recht in de nationale rechtsorde is echter voor al deze beginselen duidelijk zichtbaar en toont aan dat dit tot heel verschillende consequenties kan leiden.

In de eerste plaats het legaliteitsbeginsel, dat in algemene zin vereist dat het optreden van bestuursorganen in overeenstemming is met de wet en dat bestuursorganen geen andere bevoegdheden hebben dan bij wet toegekend. Ook in de communautaire orde geldt dit uitgangspunt, zij het enigszins aangepast aan de context van een internationale organisatie: de EG heeft enkel de bevoegdheden die in het EG-Verdrag zijn toegekend.

In het kader van het idee van een samengestelde rechtsorde is het vooral interessant te zien, wat de toenemende communautaire invloed op het nationale recht van de lidstaat betekent voor het nationale legaliteitsbeginsel, dat uitgaat van de wet als hoogste rechtsnorm. Dat leidt bijvoorbeeld tot de vraag welke norm bestuursorganen moeten toepassen wanneer een bepaling in een nationale wet strijdig is met een bepaling van communautair recht, of in hoeverre communautair recht als bevoegdheidsgrondslag kan dienen. Zonder al te zeer op de conclusies van dit preadvies vooruit te lopen, kan al wel gezegd worden dat een louter nationale interpretatie van het legaliteitsbeginsel niet langer kan volstaan. De communautarisering van het nationale recht leidt er dus toe, dat het legaliteitsbeginsel in de nationale context breder moet worden opgevat dan eerder in een puur nationale context het geval was.

Het tweede preadvies gaat in op het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Deze beginselen, die vaak in een adem worden genoemd, waarborgen dat de burger te allen tijde zijn juridische positie moet kunnen bepalen,[14] respectievelijk dat bestuursorganen de in hun contacten met burgers gewekte gerechtvaardige verwachtingen zo mogelijk honoreren.[15] Beide beginselen bestonden reeds in de Nederlandse rechtsorde, maar zijn ook in de EG tot ontwikkeling gekomen. Interessant is dat de communautaire variant van beide beginselen in het kader van de communautaire subsidieverlening aan het individu beperktere rechten geeft dan zijn nationaalrechtelijke tegenhanger. De invloed van communautaire beginselen kan dus ook een beperkende invloed hebben in de nationale rechtsorde.

Ten slotte het transparantiebeginsel dat dient ter waarborging dat overheden transparant handelen. Dit beginsel komt in de nationale bestuursrechtelijke handboeken helemaal niet voor, maar groeit vanuit het aanbestedingsrecht in de communautaire jurisprudentie langzamerhand uit tot een belangrijk algemeen rechtsbeginsel. In het derde preadvies komt daarom de vraag aan de orde of het tijd is om dit beginsel niet alleen toe te passen in nationale procedures met een communautaire dimensie, maar om het ook te erkennen als rechtsbeginsel voor nationaalrechtelijke situaties.

Al met al is dus duidelijk dat de nationale bestuursrechtelijke praktijk niet meer om de invloed van communautaire beginselen heen kan. Die invloed is niet in een

14 Jans e.a. 2002, p. 208.
15 Jans e.a. 2002, p. 215.

woord te beschrijven, maar kan velerlei vormen hebben. De consequentie kan zijn dat in een nationaal beginsel een communautaire component moet worden ingepast (zoals bij het legaliteitsbeginsel), dat het nationale beginsel in toenemende mate wordt vervangen door de toepassing van de communautaire equivalent met een beperktere strekking (zoals bij het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel), of dat in het licht van de communautaire jurisprudentie kan worden geopperd of een nieuw beginsel in het nationaal recht moet worden geïntroduceerd (het transparantiebeginsel). In de hierna volgende preadviezen komen de meer gedetaileerde ins en outs uitgebreid aan bod.

# Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief

*Mr. M.J.M. Verhoeven**


| | | |
|---|---|---|
| **1** | **Inleiding** | 17 |
| **2** | **Het legaliteitsbeginsel** | 21 |
| **3** | **Het primaat van de wet** | 25 |
| 3.1 | Inleiding | 25 |
| 3.2 | De 'Costanzo-verplichting' in het licht van het nationale legaliteitsbeginsel | 25 |
| 3.3 | Problemen van de Costanzo-verplichting in de nationale rechtsorde | 27 |
| **4** | **Het vereiste van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag** | 37 |
| 4.1 | Inleiding | 37 |
| 4.2 | Communautair recht als wettelijke grondslag? | 38 |
| **5** | **Conclusie** | **57** |
| 5.1 | Communautair recht als directe bevoegdheidsgrondslag | 57 |
| 5.2 | De Costanzo-verplichting | 58 |
| 5.3 | Legaliteit in de samengestelde rechtsorde | 60 |
| **Stellingen** | | **61** |


* Maartje Verhoeven is werkzaam als promovenda bij het Europa Instituut en het Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht. Zij bedankt Rolf Ortlep, Sacha Prechal en Rob Widdershoven voor hun opmerkingen. NB: dit preadvies is geschreven voordat het Verdrag van Lissabon in werking trad. Het EG-Verdrag geldt daarom nog als uitgangspunt.

# 1 Inleiding

Bestuursorganen kunnen zich in de dagelijkse praktijk allang niet meer beperken tot de toepassing van nationaal recht. Door het EG-recht is een geïntegreerde of samengestelde rechtsorde ontstaan,[1] waarbij ook uit het communautaire recht allerlei verplichtingen voor bestuursorganen voortvloeien. Zolang de implementatie van het communautaire recht probleemloos verloopt, levert dit voor bestuursorganen weinig complicaties op. Dat is het geval wanneer nationaal recht bijvoorbeeld geen bepalingen bevat die conflicten met het acquis communautaire oplossen en wanneer richtlijnen tijdig en correct worden omgezet in nationale regelgeving.[2] In de praktijk, echter, is dit niet altijd het geval. Zo kunnen problemen ontstaan wanneer nationale regelgeving in strijd is met verdragsbepalingen of wanneer richtlijnen onjuist of onvolledig worden omgezet in nationaal recht. In dergelijke gevallen wordt het bestuursorgaan in zijn dagelijkse praktijk met de vraag geconfronteerd hoe dit opgelost moet worden. Moet het bijvoorbeeld een bouwvergunning weigeren omdat deze in strijd lijkt met de Habitatrichtlijn? En wat te doen als het erop lijkt dat een nationale wet in strijd is met het vrij verkeer van vestiging? Of als het communautaire recht verplicht tot de terugvordering van een ten onrechte verleende subsidie, terwijl het bestuursorgaan daar naar nationaal recht niet toe bevoegd is? Met name vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel kunnen dergelijke situaties het bestuursorgaan voor problemen stellen. Kort gezegd, impliceert dit beginsel dat het bestuursorgaan alleen bevoegdheden heeft die zijn gebaseerd op een wettelijke grondslag, en dat het bij de toepassing van die bevoegdheden altijd in overeenstemming met de wet moet handelen.

De recente zaak DocMorris illustreert tot welke problemen de invloed van het communautaire recht op het legaliteitsbeginsel in de nationaalrechtelijke praktijk kan leiden.[3] In deze zaak vroeg de Nederlandse internetapotheek DocMorris een vergunning aan om een apotheek te openen in Saarbrücken. Volgens de Duitse (federale) wet op de apotheken moet deze vergunning worden geweigerd, omdat op grond van deze wet uitsluitend apothekers het recht hebben om eigenaar te

1 Zie hierover uitgebreid L.F.M. Besselink, A Composite European Constitution, Groningen: Europa Law Publishing 2007. Zie ook bijvoorbeeld J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, Europeanisation of Public Law, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 18-22.

2 Problemen kunnen ook optreden wanneer de richtlijn correct is omgezet, maar de nationale uitvoeringsmaatregelen niet of niet juist worden toegepast, zodat het met de richtlijn beoogde resultaat niet wordt bereikt. Dit is de zogenoemde Marks & Spencer-jurisprudentie (zie HvJ EG 11 juli 2002 zaak C-62/00, Marks & Spencer, Jur. 2002, p. I-6325). Vergelijk voor recente Nederlandse jurisprudentie over rechtstreekse werking in deze situatie R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven, The Struggle of the Dutch Council of State in Applying Marks & Spencer, REALaw, 2008, p. 91-100.

3 HvJ EG 19 mei 2009, gevoegde zaken C-171/07 en C-172/07, DocMorris, n.n.g.

zijn van een apotheek en deze te exploiteren. Het verantwoordelijke Saarlandse *Landesministerium* acht de Duitse wet echter in strijd met de vrijheid van vestiging zoals vervat in artikel 43 EG. Daarom laat het *Landesministerium* de Duitse wet buiten toepassing en verleent het toch een vergunning, onder de voorwaarde dat DocMorris een apotheker aanwerft die de betrokken apotheek persoonlijk en onder eigen verantwoordelijkheid leidt. Diverse concurrerende apotheken stellen daarop beroep in tegen de vergunning, waarop het *Verwaltungsgericht* twee prejudiciële vragen stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJ EG). Is de Duitse regeling wel in strijd met artikel 43 EG? En zo ja, 'is een nationaal overheidsorgaan dan op grond van het gemeenschapsrecht [...] bevoegd en verplicht om de door hem als in strijd met het gemeenschapsrecht beschouwde nationale bepalingen niet toe te passen, ook wanneer het niet om een evidente schending van het gemeenschapsrecht gaat en het HvJ EG [...] niet de onverenigbaarheid van de betrokken bepalingen met het gemeenschapsrecht heeft vastgesteld?' Hoewel het Hof uiteindelijk in zijn arrest niet aan het beantwoorden van deze vraag toekomt, biedt de casus DocMorris toch een recent voorbeeld van de problematiek die in de praktijk kan spelen.

In de komende paragrafen zullen de problemen die in een geval als bijvoorbeeld DocMorris ontstaan, worden besproken. De opbouw is daarbij als volgt. In paragraaf 2 wordt kort ingegaan op het legaliteitsbeginsel. Daarbij worden binnen dit beginsel twee dimensies onderscheiden: het primaat van de wet en het vereiste van een wettelijke grondslag. Vooral dit laatste aspect heeft recentelijk veel belangstelling genoten, mede vanwege de verwijzing van de Raad van State in de ESF-zaak, waarin kort gezegd de vraag aan de orde was in hoeverre een communautaire verordening naar nationaal recht een directe bevoegdheidsgrondslag kon bieden. Desalniettemin verdient ook het primaat van de wet aandacht in het licht van de samengestelde rechtsorde, hoewel het onderwerp in de literatuur veelal lijkt onder te sneeuwen. Discussies over legaliteit lijken in de regel vooral om de bevoegdheidsgrondslag te gaan. In paragraaf 3 en 4 worden beide dimensies nader uitgewerkt. Paragraaf 3 gaat in op het primaat van de wet en hoe dit gecompliceerd wordt door het feit dat EG-recht voorrang heeft boven nationale wetgeving. Daarbij wordt vanuit het oogpunt van nationale bestuursorganen ingezoomd op de zogenoemde 'Costanzo-verplichting': de verplichting om een bepaling van nationaal recht, wanneer deze strijdig is met een bepaling van communautair recht, buiten toepassing te laten. Hoe verhoudt dit zich tot het primaat van de wet? In paragraaf 4 wordt het vereiste van de wettelijke grondslag besproken, dat impliceert dat bestuursorganen alleen bevoegdheden hebben die voortvloeien uit de wet. Hoe past het communautaire recht in dit plaatje – kunnen bestuursorganen ook optreden op basis van een bepaling in het EG-Verdrag, een verordening, richtlijn of beschikking, zonder 'tussenstap' in nationale wetgeving? Paragraaf 5 rondt ten slotte af met een conclusie. Daarin wordt bezien wat de gevolgen van het ontstaan van de samengestelde rechtsorde zijn voor het primaat van de wet en het vereis-

te van een wettelijke grondslag. Dat leidt tot een conclusie over de status van het legaliteitsbeginsel in de samengestelde rechtsorde.[4]

Ten slotte kan ter begrenzing van dit preadvies worden opgemerkt dat enkel op directe botsingen tussen EG-recht en nationaal recht zal worden ingegaan. Met 'directe botsing' wordt bedoeld dat het gaat om een situatie waarbij het gemeenschapsrecht en het nationale recht ten aanzien van hetzelfde feitencomplex elk een eigen met elkaar strijdige regeling hebben, die dus niet gelijktijdig toegepast kunnen worden. Dit als onderscheid ten aanzien van de 'indirecte botsing', waarbij het niet gaat om een situatie waarbij het gemeenschapsrecht en het nationale recht ten aanzien van hetzelfde feitencomplex elk een eigen met elkaar strijdige regeling hebben, maar waarbij het nationale recht de effectieve doorwerking van EG-recht in de nationale rechtsorde desondanks beperkt, bijvoorbeeld door een nationale procedurele regeling zoals een beroeps- of verjaringstermijn.[5] Met andere woorden, waar het bij directe botsingen gaat om een botsing tussen twee normen van *geldend recht* die niet gelijktijdig op een zaak kunnen worden toegepast, gaat het bij indirecte botsingen vaak om problemen met het *geldend maken* van het (communautaire) recht.

4 Zie ook uitgebreid M.J.M. Verhoeven, The 'Costanzo obligation' of national administrative authorities in the light of the principle of legality: Prodigy or problem child?, Croatian Yearbook of European Law and Policy 2009, forthcoming.

5 Zie uitgebreider M. Niedobitek, Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht, Verwaltungsarchiv 2001, p. 58-80 en R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven, De voorrangsregel versus het beginsel van nationale procedurele autonomie, SEW 2008, p. 471-477. Dergelijke indirecte botsingen worden in de regel opgelost via het beginsel van nationale procedurele autonomie, waarbij het EG-recht met de beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid de randvoorwaarden stelt waaraan het nationale recht moet voldoen. Dit leidt tot een afweging tussen de effectieve doorwerking van het communautaire recht enerzijds en achtergrond en doel van de beperkende regeling van nationaal recht anderzijds.

# 2 Het legaliteitsbeginsel

Het legaliteitsbeginsel impliceert dat de wet een centrale plaats inneemt als het gaat om het optreden van de overheid. Elk optreden van bestuursorganen moet in overeenstemming zijn met de wet en moet berusten op een algemene, voor herhaalde toepassing vatbare regel, hetzij krachtens attributie, hetzij krachtens delegatie vastgesteld. Die regel moet bovendien voorafgaand aan het optreden zijn vastgesteld. Op deze manier worden voorspelbaarheid, stabiliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevorderd. Met name bevoegdheden die verplichtingen opleggen aan een particulier of rechten beperken, dienen een wettelijke grondslag te hebben.[6]

Het legaliteitsbeginsel wordt wel gezien als het centrale beginsel van de democratische rechtsstaat.[7] Het beginsel is dan ook, net als de democratische rechtsstaat, tot ontwikkeling gekomen in de negentiende eeuw, ten tijde van de verbreiding van de idee van machtenscheiding, democratie en de rechten van de mens. De democratische dimensie van het beginsel is dat het volk enkel gebonden is aan regels die het zichzelf stelt, door middel van de gekozen volksvertegenwoordiging. Het uitgangspunt is dan ook dat het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften gebeurt met medewerking van gekozen organen. Hoewel dit democratische element in de praktijk onder druk is komen te staan door de terugtred van de wetgever,[8] die steeds meer regelgevende bevoegdheden en discretionaire bevoegdheden aan het bestuur verschaft, wordt het uitgangspunt nog steeds gehuldigd nu dergelijke bevoegdheden te herleiden moeten zijn tot wetgeving in formele zin.

Daarnaast bevat het legaliteitsbeginsel een duidelijk rechtsstatelijk element. Met het begrip 'rechtsstaat' wordt gedoeld op een staat waarin de overheid aan het recht gebonden is, oftewel een staat waarin overheidsorganen geen andere bevoegdheden bezitten dan bij wet toegekend. Dat is precies wat het legaliteitsbeginsel garandeert. Niet alleen hebben bestuursorganen geen andere bevoegdheden dan die hen door de wet zijn toegekend, maar ook dienen zij zich bij de uitoefening van die bevoegdheden aan de wet te houden.

In alle lidstaten van Europa wordt het legaliteitsbeginsel als basisbeginsel erkend.[9] Ondanks de verschillen in historische achtergrond van de verschillende lidstaten,

6 C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel Recht, Deventer: Kluwer 2008, p. 51; zie uitgebreid F.J. Van Ommeren, De verplichting verankerd, Deventer: Tjeenk Willink 1996.

7 Vergelijk D.J. Elzinga en R. De Lange, Van der Pots Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 651; Kortmann 2008, p. 52.

8 Begrip geïntroduceerd door A.A.H. Struyken, Administratie of rechter, Arnhem: Gouda Quint 1910, p. 17.

9 J. Schwarze, European Administrative Law, London: Sweet & Maxwell 2006, p. 212-232; Jans e.a. 2007, p. 23.

kennen zij allemaal het principe dat de uitvoerende macht gebonden is door de wet. In de Duitse doctrine wordt het legaliteitsbeginsel daarbij verdeeld in twee dimensies. Deze onderverdeling is mijns inziens ook bruikbaar voor de discussie in andere landen, zoals Nederland. De Duitse doctrine onderscheidt aan de ene kant het primaat van de wet (*Vorrang des Gesetzes*) en anderzijds het vereiste van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag (*Vorbehalt des Gesetzes*). Deze aspecten vereisen respectievelijk dat het optreden van bestuursorganen in overeenstemming is met wetgeving in formele zin en dat bestuursorganen alleen optreden wanneer zij hiertoe op grond van een wettelijke grondslag bevoegd zijn. In de volgende paragrafen wordt op elk aspect uitgebreider ingegaan.

Ook in de EG is een legaliteitsbeginsel tot ontwikkeling gekomen in het licht van de context van een internationale organisatie als de EG. In die context gaat het dan niet om de bescherming van het individu tegen de macht van de staat, maar om het trekken van een scheidslijn tussen de bevoegdheden van de Gemeenschap en die van de lidstaten.[10] Zo kent de EG een eigen normenhiërarchie,[11] die bijvoorbeeld ook tot uitdrukking komt in het feit dat verordeningen of richtlijnen op grond van de nietigheidsactie van artikel 230 EG door het HvJ EG nietig kunnen worden verklaard bij strijd met het verdrag. Bij het in werking treden van het Verdrag van Lissabon is binnen de secundaire regelgeving een nieuw hiërarchisch systeem ontstaan van rechtshandelingen, met een onderscheid tussen wetgevende en niet-wetgevende handelingen.[12]

Daarnaast zijn de bevoegdheden van de instellingen van de EG begrensd op basis van het attributiebeginsel zoals neergelegd in artikel 5 EG. Het attributiebeginsel beperkt de bevoegdheden van de instellingen tot de onderwerpen die uitdrukkelijk in het EG-Verdrag zijn geregeld. Elke vorm van secundaire wetgeving moet dus gebaseerd zijn op een rechtsgrondslag in het verdrag, waarin in de regel ook wordt voorgeschreven welke rechtshandelingen getroffen kunnen worden en welke besluitvormingsprocedure geldt. Wanneer de grenzen van een rechtsgrondslag worden overtreden, kan vanwege strijd met het attributiebeginsel het desbetreffende besluit door het Hof vernietigd worden.[13]

Ten slotte kan nog gewezen worden op de zaak Hoechst, waarin het Hof overwoog dat het vereiste van wettelijke grondslag als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht gekwalificeerd kan worden:

> 'Dit neemt niet weg dat, in de rechtsstelsels van alle Lid-Staten, ingrepen van het openbaar gezag in de privé-sfeer van iedere persoon, of het nu gaat om een natuurlijke of rechtspersoon, een wettelijke grondslag moeten hebben en gerechtvaardigd moeten

10 Schwarze 2006, p. 253.
11 Zie over de normenhiërarchie uitgebreid: R. Bieber en I. Salomé, Hierarchy of norms in European Law, CML Rev. 1996, p. 907-930; U. Wölker, Die Normenhierarchie im Unionsrecht in der Praxis, Europarecht 2007, p. 32-56.
12 Zie uitgebreid A. van den Brink, Van rechtsinstrumenten naar rechtshandelingen; 'Lissabon' en de introductie van een Europees primaat van de wetgever, SEW 2008, p. 166-170.
13 Vergelijk in dat opzicht bijvoorbeeld het arrest over de Tabaksreclamerichtlijn, HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-376/98, Duitsland/Europees Parlement en Raad, Jur. 2000, p. I-2247.

zijn om redenen bij de wet voorzien, en dat die rechtsstelsels derhalve, zij het volgens verschillende modaliteiten, bescherming bieden tegen ingrepen die willekeurig of onredelijk zouden zijn . Zulk een bescherming moet dan ook worden aangemerkt als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.'

Ondanks deze algemene formulering moet in het oog worden gehouden dat deze zaak specifiek ging om een grondrechtenbeperking in het kader van de uitoefening van controlebevoegdheden door de Commissie. Desalniettemin zijn er meer aanwijzingen te vinden voor het belang dat het Hof hecht aan het vereiste van wettelijke grondslag. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat de besteding van EG-gelden door de Commissie in beginsel gebaseerd moet zijn op een basisbesluit van de Raad.[14]

Het legaliteitsbeginsel impliceert dus dat bestuursorganen geen andere bevoegdheden hebben dan hen toegekend bij wet, en dat zij bij de uitoefening van die bevoegdheden gebonden zijn aan de wet. Het EG-recht levert spanningen met dit uitgangspunt op. Het HvJ EG heeft immers bepaald dat het communautaire recht voorrang heeft boven nationaal recht,[15] en dat het rechtstreeks kan worden ingeroepen door particulieren wanneer de desbetreffende bepaling zich daarvoor leent.[16]

In de volgende paragrafen wordt ingegaan op de specifieke gevolgen die het EG-recht in de samengestelde rechtsorde heeft voor het legaliteitsbeginsel. Hiertoe wordt een onderscheid gemaakt tussen aan de ene kant het primaat van de wet en anderzijds het vereiste van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag.

14 HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-106/96, Verenigd Koninkrijk / Commissie, AB 1998/225 m.nt. FHvdB.
15 HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, Costa ENEL, Jur. 1964, p. 1203.
16 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, Van Gend & Loos, Jur. 1963, p. 3.

# 3 Het primaat van de wet

## 3.1 Inleiding

Met het primaat van de wet (of *Vorrang des Gesetzes* in de Duitse discussie) wordt bedoeld dat bestuursorganen, net als rechterlijke instanties, gebonden zijn aan wetgeving bij de uitoefening van hun bevoegdheden. Dat betekent dat al het optreden van bestuursorganen in overeenstemming moet zijn met de bestaande wetgeving. Dat geldt voor feitelijke handelingen, individuele beschikkingen, maar ook voor algemeen verbindende voorschriften die door bestuursorganen worden vastgesteld. Hoewel het primaat van de wet in brede zin dus betekent dat al het optreden van bestuursorganen in overeenstemming moet zijn met de wetgeving, geldt dit in de praktijk in het licht van het specialiteitsbeginsel met name voor de wetgeving waarop de bevoegdheid tot optreden gebaseerd is. Dit betekent bijvoorbeeld, dat de lagere regelgeving slechts voor bepaalde doelen kan dienen.[17] In die zin waarborgt het legaliteitsbeginsel met andere woorden het primaat van de wetgever.[18] In de woorden van Voermans: 'Voor de wetgever houdt dat primaat van de wetgever in dat hij zelf de voornaamste (rechtspolitieke) keuzen over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen behoort te maken, en die keuzen niet kan overlaten aan het bestuur of aan de rechter.'[19]

## 3.2 De 'Costanzo-verplichting' in het licht van het nationale legaliteitsbeginsel

Hoewel in het nationale constitutionele bestel aan de formele wetgever 'onbetwistbaar het primaat toekomt bij het uitvaardigen van algemene verbindende voorschriften',[20] staat dit primaat op gespannen voet met rechtsregels van communautaire oorsprong, die voorrang hebben boven nationaal recht. Deze spanning laat zich goed illustreren aan de hand van de zogenoemde 'Costanzo-verplichting'.[21] Deze verplichting, die door het HvJ EG in een constante lijn van jurisprudentie is geformuleerd, betekent dat bestuursorganen zo nodig gehouden zijn om nationaal

17 M.C. Burkens e.a., Beginselen van de democratische rechtsstaat, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 81; vergelijk in dat opzicht HR 10 april 1984, NJ 1984/612 (Jodiumzout).
18 Vergelijk Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, 1985, p. 42.
19 W.J.M. Voermans, Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever, RegelMaat 1998, p. 35-40, op p. 35.
20 Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, 1985, p. 42.
21 De naam 'Costanzo-verplichting' wordt voor het gemak gebruikt, omdat de zaak Costanzo (HvJ EG 22 juni 1989, zaak 103/88, Jur. 1989, p. 1839) vaak als baanbrekend wordt gezien voor de ontwikkeling van deze verplichting. Opgemerkt moet echter wel worden dat de verplichting in algemene zin geldt, niet enkel voor richtlijnen; zie ook de volgende voetnoot.

recht niet toe te passen, wanneer nationaal recht en communautair recht direct met elkaar in botsing komen.[22]

Als gezegd in de inleiding gaat dit preadvies over directe botsingen, waarbij twee normen van geldend recht niet tegelijkertijd op een casus kunnen worden toegepast. Zulke directe botsingen zullen in sommige gevallen door conforme interpretatie op te lossen zijn, bijvoorbeeld door nationale begrippen te interpreteren in het licht van het communautaire recht. Soms is dat echter niet mogelijk, mede gezien de grenzen die bij het instrument van conforme interpretatie gelden.[23] Wanneer conforme interpretatie niet mogelijk is, moet de nationale regelgeving buiten toepassing worden gelaten. Vergelijk bijvoorbeeld de zaak Costanzo, waarin de Italiaanse aanbestedingsregels afweken van wat op grond van een richtlijn (waarvan de omzettingstermijn reeds verstreken was) vereist was.

In sommige gevallen is buiten toepassing laten van nationaal recht al genoeg om het probleem op te lossen. Wanneer bijvoorbeeld een nationaal verbod in strijd is met een vrij verkeersbepaling, is het buiten toepassing laten van dat verbod voldoende.[24] In andere gevallen leidt de toepassing van het beginsel van voorrang echter tot een 'gat'. Dan vinden zo nodig en zo mogelijk de communautaire bepalingen toepassing. Wanneer bijvoorbeeld de nationale wetgeving van een land andere invoerregels stelt dan een communautaire verordening, moet de nationale wetgeving buiten toepassing worden gelaten en moeten, in plaats daarvan, de regels van de verordening worden toegepast.[25]

De Costanzo-verplichting is vanuit het communautaire recht verdedigbaar en verklaarbaar. Door bestuursorganen te verplichten om nationaal recht dat strijdig is met een bepaling van communautair recht buiten toepassing te laten, wordt de effectiviteit van het gemeenschapsrecht gewaarborgd. Ook vanuit theoretisch oogpunt is er veel voor de verplichting te zeggen. Immers, de principes van rechtstreekse werking en voorrang impliceren respectievelijk dat een individu zich kan beroepen op communautaire bepalingen die voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn, en dat EG-recht in geval van botsing voor nationaal recht gaat. Uit de combinatie van beide beginselen vloeit voort dat wanneer een burger zich beroept op een rechtstreeks werkende bepaling van Gemeenschapsrecht, eventuele strijdige nationale wetgeving buiten toepassing moet worden gelaten wanneer dit

22 Vergelijk ook bijvoorbeeld HvJ EG 29 april 1999, zaak C-224/97, Ciola, Jur. 1999, p. I-2517, en HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01, CIF, Jur. 2003, p. I-8055, JB 2004, 113 m.nt. N. Verheij; AB 2003, 387 m.nt. E. Steyger (zie hierover uitgebreid par. 4.2).

23 Zie uitgebreider hieronder in par. 4.2.

24 Bijvoorbeeld HvJ EG 29 april 1999, zaak C-224/97, Ciola, Jur. 1999, p. I-2517.

25 Zie uitgebreider over de rol van de instrumenten van conforme interpretatie en rechtstreekse werking om dergelijke directe botsingen op te lossen R.J.G.M. Widdershoven, Het ABC van de doorwerking van richtlijnen, in: A.B. Blomberg e.a., Van Utrecht via Brussel naar Maastricht, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 235-252 en S. Prechal, Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union, in: C. Barnard, The fundamentals of EU law revisited: assessing the impact of the constitutional debate, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 35-69.

beroep gehonoreerd wordt.[26] De Simmenthal-jurisprudentie verplicht de nationale rechter al sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw expliciet om nationale wetgeving buiten toepassing te laten in geval van strijdigheid met het communautaire recht.[27] Als de rechter hiertoe verplicht is, is het dan niet vanzelfsprekend, dat die verplichting ook geldt voor het bestuursorgaan? Immers, anders zou de bestuursrechter in zo'n geval een besluit niet kunnen vernietigen: 'Vernietiging impliceert immers dat het bestuursorgaan iets anders had moeten en dus kennelijk had kunnen doen dan het heeft gedaan.'[28] Met andere woorden, gesteld kan worden dat Simmenthal in feite impliceert dat de burger rechtstreeks werkende communautaire bepalingen ook voor het bestuursorgaan kan inroepen, waarna het bestuur bij een honorering van dit beroep eventuele strijdige bepalingen van nationaal recht buiten toepassing moet laten. Dat is ook de redenering van het Hof in Costanzo:

> 'Met het oordeel dat particulieren het recht hebben, op de bepalingen van een richtlijn die aan de vorengenoemde voorwaarden voldoen, voor de nationale rechter met een beroep tegen de administratie op te komen, zou het in tegenspraak zijn, wanneer desalniettemin de mening werd gehuldigd dat zij niet verplicht is, de bepalingen van de richtlijn toe te passen en bepalingen van nationaal recht die daarmee niet verenigbaar zijn, buiten toepassing te laten. Wanneer de in 's Hofs rechtspraak gestelde voorwaarden zijn vervuld, waaronder particulieren de bepalingen van een richtlijn voor de nationale rechter kunnen inroepen, zijn mitsdien alle overheidsinstanties, de gedecentraliseerde instanties zoals de gemeenten daaronder begrepen, gehouden deze bepalingen toe te passen.'

## 3.3 Problemen van de Costanzo-verplichting in de nationale rechtsorde

De Costanzo-verplichting leidt onmiskenbaar tot spanningen in de nationale rechtsorde. Zo staat de verplichting op gespannen voet met de positie van het bestuursorgaan binnen de machtenscheiding, waarbij het legaliteitsbeginsel impliceert dat het bestuursorgaan gebonden is aan de wet. De traditionele taak van toepassing van wetgeving wordt door de Costanzo-verplichting uitgebreid met een verplichting om voorafgaand die nationale wetgeving te toetsen op eventuele onverenigbaarheid met het communautaire recht. Daarbij beschikken bestuursorganen niet over een geïnstitutionaliseerde 'hulplijn', zoals de nationale rechter gebruik kan maken van de prejudiciële procedure. Dat impliceert gevaren voor uniforme rechtstoepassing en rechtszekerheid.

Hierna zal op deze problemen worden ingegaan. Daarna wordt een kort uitstapje over de grens gemaakt naar Duitsland en Frankrijk, alvorens de toepassing van de

26 Ten overvloede; buiten toepassing laten betekent niet dat de regel in algemene zin ongeldig wordt verklaard; vergelijk HvJ EG 22 oktober 1998, gevoegde zaken C-10/97-C-22/97, In.Co.Ge. '90 e.a., Jur. 1998, p. I-6307.
27 HvJ EG 9 maart 1978, zaak 107/77 Simmenthal II, Jur. 1978, p. 629.
28 Noot Nico Verheij onder CIF, JB 2004/113.

Costanzo-verplichting in het Nederlandse rechtssysteem te bespreken. De paragraaf eindigt met een korte tussenconclusie.

*Spanningen binnen de machtenscheiding*

De zaak DocMorris, het voorbeeld uit de inleiding van dit preadvies, leent zich goed ter illustratie van de spagaat waarin bestuursorganen terechtkomen. Enerzijds vereist het primaat van de wet dat bestuursorganen bij hun optreden de nationale wetgeving in acht nemen en toepassen. In casu betekent dit dat het legaliteitsbeginsel vereist dat het Duitse bestuursorgaan de nationale wet op de apotheken toepast. Anderzijds volgt uit de Costanzo-verplichting dat nationale wetgeving niet toegepast mag worden wanneer deze strijdig is met EG-recht, gezien het feit dat communautair recht voorrang heeft boven nationale wettelijke bepalingen. Dit betekent dat aan bestuursorganen in feite een nieuwe taak is opgedragen door het Hof: de toetsing van nationale wetgeving aan het EG-recht. Daarmee wordt de positie van het bestuursorgaan binnen de trias politica in feite verruimd ten opzichte van de wetgever, die er primair voor verantwoordelijk is dat nationale wetgeving in overeenstemming is met het acquis communautaire. Met andere woorden, de Costanzo-verplichting staat op gespannen voet met het primaat van de wet dat geldt voor bestuursorganen, en de bijbehorende ondergeschiktheid aan de wil van het – democratisch gekozen – parlement.[29]

*Geen prejudiciële procedure: gevaren voor rechtszekerheid en uniforme rechtstoepassing*

Daarnaast toont DocMorris ook aan dat de Costanzo-verplichting tot praktische problemen leidt. Bij het feit dat het opzijzetten van nationale wetgeving die in een specifieke casus in strijd is met EG-recht primair aan de nationale rechter was opgedragen,[30] moet worden opgemerkt dat de nationale rechter zoals bekend de prejudiciële procedure tot zijn beschikking heeft. Met andere woorden, in geval van twijfel over het al dan niet bestaan van een strijdigheid kan hij het Hof om nadere uitleg vragen over de interpretatie van EG-recht in specifieke situaties. In Nederland is voor bestuursorganen voor dergelijke gevallen voorzien in de mogelijkheid om advies te vragen bij het verantwoordelijke ministerie of bij het Kenniscentrum Europa Decentraal; hierop wordt later in deze paragraaf uitgebreid teruggekomen.[31] Echter, deze mogelijkheid is niet te vergelijken met de geïnstitutionaliseerde prejudiciële procedure, waarin verwijzing naar Luxemburg onder omstandigheden verplicht kan zijn, conform de welbekende Cilfit-criteria.[32] Bestuursorganen bepalen echter in principe zelfstandig of nationale regelgeving mogelijk strijdig is met het EG-recht en zijn niet verplicht hierover advies in te winnen. Het risico daarvan is evident en blijkt ook uit de zaak DocMorris, waarin het Hof niet toekomt aan de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag, omdat het de Duitse wet op de apotheken niet in strijd acht met het vrij verkeer van vestiging. Het bestuursorgaan heeft dus ten onrechte de wet buiten toepassing gelaten en had de vergunning conform de wet moeten weigeren. Duidelijk is dus dat

29 R. Streinz en C. Herrmann, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und die 'Normverwerfung' durch deutsche Behörden, BayVBl 2008, p. 1-11, op p. 6.
30 HvJ EG 9 maart 1978, zaak 107/77 Simmenthal II, Jur. 1978, p. 629.
31 Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 138, p. 7.
32 HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81, Cilfit, Jur. 1982, p. 3415.

spanning kan bestaan met het beginsel van rechtszekerheid en de uniforme toepassing van het recht, met name bij toepassing door decentrale overheden.[33]

De angst voor dergelijke situaties, waarin het bestuursorgaan een moeilijke afweging moet maken en dus ook de verkeerde conclusie kan trekken, was voor advocaat-generaal Lenz reden om in zijn Conclusie in Fratelli Costanzo ervoor te pleiten, bestuursorganen niet in algemene zin te verplichten bepalingen van nationaal recht buiten toepassing te laten wanneer ze strijdig zijn met communautair recht:

> 'De vraag is enkel, of men het bestuur een dienovereenkomstige gemeenschapsrechtelijke verplichting kan opleggen . Deze vraag zou ik ontkennend willen beantwoorden, want het bestuur heeft niet de mogelijkheid, de zaak aan het Hof voor te leggen en te laten vaststellen of de betrokken bepaling van de richtlijn rechtstreeks toepasselijk is. Wanneer het bestuur rechtstreeks toepasselijke richtlijnen toepast en daarmee in strijd zijnd nationaal recht buiten toepassing laat, handelt het op eigen risico, zonder rugdekking door het Hof. Mijns inziens heeft zij het recht zulks te doen, doch is zij daartoe niet verplicht, daar het Verdrag voor een dergelijk handelen niet de noodzakelijke rechtsbescherming biedt.'

Lenz was overigens wel van mening, dat bestuursorganen *bevoegd* zijn om de verenigbaarheid van nationaal recht met het gemeenschapsrecht te onderzoeken, in het bijzonder wanneer particulieren zich hierop beroepen. Immers, indien de particulier voor de rechter dergelijke gronden aan kan voeren, moet hij dit ook bij het bestuur kunnen doen, en moet het bestuur daar ook op in kunnen gaan. Wanneer bovendien een rechterlijke uitspraak bestaat waarin het conflict tussen de voorschriften in abstracto reeds is beslecht, dan is het bestuur niet meer bevoegd de strijdige nationale voorschriften toe te passen. In dergelijke gevallen bestaat er volgens Lenz dus reeds een verplichting. Zoals bekend, volgde het Hof zijn advocaat-generaal niet. Toch blijven de argumenten die Lenz aanvoerde mijns inziens valide en vooral in de praktijk een belemmering voor de uitvoering van de Costanzo-verplichting.

*De Costanzo-verplichting in andere lidstaten*

Duidelijk is dat de Costanzo-verplichting niet alleen in Nederland de verhoudingen op scherp zet; dat geldt ook voor de andere lidstaten, waarbij in deze bijdrage vooral wordt gekeken naar Frankrijk en Duitsland.[34] Toch lijkt de verplichting om nationaal recht opzij te zetten in de nationale rechtsorde relatief zelden tot problemen te leiden. Daarbij moet echter in het achterhoofd worden gehouden dat de praktijk van bestuurlijke besluitvorming weinig zichtbaar is voor niet-betrokkenen. Met andere woorden, eventuele problemen worden pas zichtbaar wanneer een besluit voor de rechter wordt aangevochten, omdat een belanghebbende aanvoert dat toegepast nationaal recht strijdig is met EG-recht, dan wel juist dat dit niet het geval is en dus ten onrechte nationaal recht buiten toepassing is gelaten.

33 Zie bijvoorbeeld Streinz en Herrmann 2008, p. 6.

34 Zie over de Costanzo-verplichting in de nieuwe lidstaten recentelijk uitgebreid M. Bobek, Thou Shalt Have Two Masters, The Application of European Law by Administrative Authorities in the New Member States, Review of European Administrative Law 2008, p. 51-63.

Een voorbeeld uit de Franse praktijk is de zaak *Association Avenir de la langue Française*,[35] waarin de *Conseil d'État* de Costanzo-verplichting impliciet accepteert. In deze zaak ging het om artikel 2 van de zogenoemde 'loi Toubon', een Franse wet die vereiste dat de gebruiksmethode van een product in de Franse taal moet worden toegelicht. Enkele ministers waren van oordeel dat deze wettelijke bepaling indruiste tegen het vrij verkeer van goederen ex artikel 28 EG. Daarom gaven zij in een circulaire (vergelijkbaar met een beleidsregel) aan dat bijvoorbeeld ook een buitenlandse taal in combinatie met pictogrammen gebruikt mocht worden: zolang maar een methode werd gekozen die duidelijkheid biedt aan de consument. Hierop heeft de *Association Avenir de la langue Française* tegen deze circulaire een rechtszaak aangespannen.[36]

De *Conseil d'État* grijpt deze zaak aan om voor bestuursorganen een waar vademecum te schrijven, waarin voor bestuursorganen de gevolgen van voorrang worden besproken voor gevallen waarin nationaal recht strijdig is met EG-recht.[37] In de eerste plaats overweegt de Conseil in algemene termen dat bestuursorganen verplicht zijn bij de uitoefening van hun bevoegdheden zo veel mogelijk gebruik te maken van EG-recht conforme interpretatie. Wanneer dit niet mogelijk is en er dus een conflict blijft bestaan tussen een bepaling van nationaal recht en een communautaire bepaling, behoren ministers de hen ondergeschikte diensten de opdracht te geven de desbetreffende nationaalrechtelijke bepaling niet toe te passen.[38] Met andere woorden, de Franse Raad van State erkent hiermee de Costanzo-verplichting, hoewel een expliciete verwijzing naar de Luxemburgse jurisprudentie achterwege blijft.

Hoewel de *Conseil d'État* dus expliciet overweegt dat de ministers in hun circulaire hadden kunnen opnemen dat hun ondergeschikten de desbetreffende bepaling van de *loi Toubon* buiten toepassing hadden kunnen laten, hebben de betrokken ministers ervoor gekozen een alternatief aan te geven – het gebruik van een buitenlandse taal in combinatie met een pictogram. Dit acht de *Conseil d'État* niet toegestaan; het instrument van de circulaire kan gebruikt worden om wetgeving te interpreteren, maar niet om nieuwe regels te stellen zonder dat het betrokken bestuursorgaan hiertoe een bevoegdheid heeft. Met andere woorden, de voorrang van communautair recht kan ertoe leiden dat bestuursorganen bepalingen van

35 CE 30 Juli 2003, req. nr. 245076; AJDA 2003, 2156, met annotatie van J.M. Pontier; Droit. Adm. November 2003, no. 219, met annotatie van M. Lombard; Europe, februari 2004, met annotatie van P. Cassia en E. Saulnier.

36 Hoewel circulaires in beginsel niet voor de rechter kunnen worden aangevochten, geldt daarop een uitzondering voor zogenoemde *circulaires à caractère réglementaire*, die verder gaan dan louter interpreteren van bepalingen en in wezen een reglementair karakter hebben. Zie uitgebreid R. Chapus, Droit administratif général - Tome 1, Paris: Montchrestien 2001, p. 513 e.v.

37 D. Ritleng, Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire, RTD eur. 2004, 333-361, p. 338.

38 Considérant que s'il appartient aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi en donnant à celle-ci, dans tous les cas où elle se trouve dans le champ d'application d'une règle communautaire, une interprétation qui, dans la mesure où son texte le permet, soit conforme au droit communautaire, et notamment aux objectifs fixés par les directives du Conseil, et s'il appartient, le cas échéant, aux ministres, dans l'hypothèse où des dispositions législatives se révèleraient incompatibles avec des règles communautaires, de donner instruction à leurs services de n'en point faire application.

nationaal recht buiten toepassing laten, maar creëert voor hen geen bevoegdheden om regels te stellen op terreinen waar de wetgever bevoegd is – zoals in dit geval, nu een en ander in een wet in formele zin geregeld was.[39] Daarom is de materiële uitkomst van de zaak dat de desbetreffende bepalingen van de circulaire vernietigd worden.[40]

Al met al wordt de Costanzo-verplichting in Frankrijk relatief soepel geaccepteerd door de *Conseil d'État* in de voornoemde zaak. Daarbij moet opgemerkt worden dat de specifieke uitkomst, waarbij het bestuursorgaan niet bevoegd is om regels te stellen wanneer de wetgever bevoegd is, een bijzondere is. Enerzijds omdat de wet in formele zin in het Franse stelsel van minder belang is dan in bijvoorbeeld Nederland; veel regelgeving in Frankrijk wordt uitgevaardigd door bestuursorganen. Daarnaast leidde het buiten toepassing laten van het met het EG-recht strijdige etiketteringsvoorschrift tot een juridisch vacuüm, omdat een vrij verkeersbepaling als verbod geformuleerd is. Met andere woorden, het communautaire recht gaf in casu enkel aan dat de nationale regelgeving niet toegestaan was, maar bood geen alternatief; daarom formuleerden de ministers een eigen alternatief. Hoewel er geen specifieke jurisprudentie van de *Conseil d'État* bekend is, ligt dit waarschijnlijk anders in geval van positief geformuleerde bepalingen van EG-recht. Mijns inziens impliceert de brede formulering van het arrest *Association Avenir de la langue Française* dat wanneer Franse regelgeving in strijd is met bijvoorbeeld een communautaire verordening, die wel positief geformuleerd is en dus een alternatieve regeling voorschrijft, deze verordening in plaats van de nationale regelgeving zal kunnen worden toegepast. In dergelijke gevallen vloeit de nieuwe toepasselijke regeling direct voort uit het communautaire recht en speelt de nationale bevoegdheid tot regelgeving geen rol. Een en ander is in wezen afhankelijk van twee factoren. In de eerste plaats de concreetheid van de bepaling van communautair recht: is de formulering dusdanig concreet dat toepassing van de bepaling direct kan plaatsvinden of bestaat er een ruime discretionaire marge die invulling in nationale regelgeving vergt. Ten tweede is van belang in welk instrument de bepaling is opgenomen; waar het EG-Verdrag en de communautaire verordening bijvoorbeeld rechtstreeks toepasselijk zijn, vereist de communautaire richtlijn omzetting in nationaal recht. Zie voor dit laatste verschil uitgebreid paragraaf 4.2.

In de Franse literatuur worden weinig woorden besteed aan de implicaties van het leerstuk. Dit ligt in Duitsland anders; daar is in de literatuur veel geschreven over de Costanzo-verplichting. Ook de verwijzing in DocMorris heeft recentelijk

39 D. Ritleng, Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire, RTD eur. 2004, 333-361, p. 338. Deze beperking geldt ook ten aanzien van strijd met het EVRM; zie CE 22 oct. 2003, GISTI et ligue des droit de l'Homme, req. no. 248237.

40 Omdat het ging om een circulaire met een reglementair karakter, was dit mogelijk; zie voetnoot 36.

voor veel nieuwe aandacht gezorgd.[41] Veel Duitse auteurs leggen een link met een vergelijkbare vraag binnen het nationale recht, namelijk in hoeverre nationale bestuursorganen wetgeving in formele zin buiten toepassing mogen laten wanneer zij deze in strijd met de Grondwet achten.

Hoewel hierover een discussie in de literatuur bestaat, is de heersende mening dat bestuursorganen niet bevoegd zijn tot het buiten toepassing laten van nationale wetgeving in formele zin die strijdig is met de Grondwet.[42] Het belangrijkste argument daarbij is dat nationale rechters hiertoe ook niet bevoegd zijn. Hoewel elke nationale rechter bevoegd is om nationaal recht buiten toepassing te laten vanwege strijd met het communautaire recht,[43] is de bevoegdheid om nationale wetgeving buiten toepassing te laten vanwege strijd met de Grondwet een exclusieve competentie van het *Bundesverfassungsgericht*.[44] In het verlengde daarvan is de heersende opvatting dat wanneer de nationale rechter niet bevoegd is om nationale wetgeving buiten toepassing te laten vanwege ongrondwettigheid, bestuursorganen hiertoe ook niet bevoegd zijn. Sommigen, echter, achten bestuursorganen wel bevoegd om nationale wetgeving in formele zin buiten toepassing te laten wanneer zij ervan overtuigd zijn dat deze ongrondwettig is[45] of vinden dat het hoogste bestuursorgaan in de desbetreffende hiërarchie in dringende gevallen over een dergelijke bevoegdheid beschikt.[46]

De argumenten over het buiten toepassing laten van wetgeving in formele zin in strijd met de Grondwet gaan deels ook op voor de Costanzo-verplichting. Echter, niet alle argumenten kunnen analoog worden toegepast: zo heeft het *Bundesverfassungsgericht* bijvoorbeeld geen exclusieve competentie om strijdigheden vast te stellen wat betreft het EG-recht. In algemene zin kan gesteld worden dat de acceptatie van de Costanzo-verplichting in de Duitse literatuur wisselend is. Aan de ene kant zijn er auteurs die de jurisprudentie van het HvJ EG totaal accepteren.[47] De meeste auteurs zijn echter bezorgd over de ingrijpende consequenties voor de nationale rechtsorde. Sommigen spreken van een groot gevaar voor de rechtszekerheid[48] en het gevaar van een '*anarchistischen Verwerfungspraxis*',[49] en vinden

41 Zie bijvoorbeeld T. Diekmann en F. Reinhardt, Die Filialapotheke der DocMorris N.V. hat wieder geöffnet, Wettbewerb in Recht und Praxis 2007, p. 407-416; G. Kirchhoff, 'Niederlassungsfreiheit und Normverwerfungsbefugnis' nationaler Behörden im Fall 'DocMorris', Zesar 2007, p. 301-307; C. Lafontaine, National Law on Pharmacies and its Non-Application by a Member State's Public Authorities – DocMorris again leading the way to accomplish Freedom of Establishment, ZEuS 2006, p. 301-340; W. Semmroth, DocMorris als Einfalltor für Normverwerfungskompetenz der Verwaltung?, NVwZ 2006, p. 1378-1382; R. Streinz en C. Herrmann, Und wieder DocMorris: Das apothenenrechtliche Mehr- und Fremdbesitzverbot aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts, EuZW 2006, p. 455-459.

42 Lafontaine 2006, p. 333, Streinz en Herrmann 2008, p. 2-3.

43 BVerfGE 31, 145/174 e.v.

44 Zie art. 100 GG; Lafontaine 2006, p. 333.

45 Schulze-Fielitz in: Dreier, GG-Kommentar, 2004, art. 20, rd. nr. 89; Starck, in von Mangold/Klein/Starck, GG-Kommentar, 2995, art. 1, rd. nr. 201.

46 R. Hutka, Gemeinschaftsbezogene Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der deutschen Verwaltung gegenüber Rechtsnormen nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nach deutschem Recht: Ergon Verlag 1997, p. 162 e.v.

47 Jarass in Jarass/Pieroth, p. 553.

48 Semmroth 2006, p. 1381-1382.

49 Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het VG Saarlouis, Beschl. V. 12/9/06, - 3 F 38/06, s. 22.

daarom dat bestuursorganen geen enkele bevoegdheid zouden moeten hebben om nationale wetgeving te toetsen aan communautair recht.[50] Ook worden veel van de voornoemde argumenten uit de nationale discussie over vermeend ongrondwettige wetten gebruikt om voor een beperking van de verplichting te pleiten. Zo betogen sommigen dat alleen de hoogste bestuursorganen bevoegd zouden moeten zijn[51] of dat de verplichting beperkt moet worden tot evidente schendingen.[52] Weer anderen maken uitzonderingen voor gevallen waarin de Costanzo-verplichting leidt tot onacceptabele juridische lacunes.[53]

*Costanzo in Nederland*

In Nederland is de Costanzo-verplichting nooit echt een onderwerp van discussie geweest, in jurisprudentie noch in de juridische literatuur.[54] Hoewel er zijdelings wel eens aandacht aan is geschonken,[55] is bijvoorbeeld een zaak als Ciola of Costanzo, die van groot belang is voor de ontwikkeling van de verplichting, niet uitgebreid besproken in de Nederlandse literatuur. Uit het ICER-advies van 2003 met de titel 'Toepassing EG-richtlijnen door decentrale overheden'[56] blijkt eens te meer de relatief gemakkelijke acceptatie van de verplichting van bestuursorganen om nationaal recht dat strijdig is met EG-recht, opzij te zetten. In dit advies wordt de Costanzo-verplichting namelijk in het geheel niet als probleem besproken, maar kortweg geaccepteerd op basis van de jurisprudentie uit Luxemburg.[57] Het feit dat zowel de Raad van State[58] als de minister voor Justitie[59] dit standpunt van de ICER vervolgens hebben onderschreven, sterkt de conclusie dat de verplichting van bestuursorganen tot het buiten toepassing laten van nationale wetgeving die strijdig is met communautair recht niet geproblematiseerd wordt in Nederland. Het belang van de standpunten van de Raad van State en de minister geldt eens te meer gezien het ontbreken van een constitutionele rechter, die in de omringende landen vaak een grote rol speelt in dergelijke ontwikkelingen.

Hoewel de Costanzo-verplichting in Nederland in algemene zin dus niet geproblematiseerd wordt, bestaat er wel discussie over een specifiek onderdeel van deze verplichting: de toepassing van rechtstreeks werkende bepalingen van richtlijnen waarvan de omzettingstermijn is verstreken, maar die desalniettemin niet of niet

50 Zie bijvoorbeeld M. Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union: Mohr Siebeck 1996, p. 248.
51 Hutka 1997, p. 406.
52 Streinz en Herrmann 2006, p. 458; Streinz en Herrmann 2008, p. 7-8.
53 H. Jarass en S. Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, p. 1-11.
54 Vergelijk bijvoorbeeld het advies van de ROB 'Wijken of herijken: nationaal bestuur en recht onder Europese invloed' van juni 2008, waar op p. 29 e.v. de Costanzo-verplichting zonder discussie wordt geaccepteerd.
55 Zie bijvoorbeeld zijdelings over het onderwerp H.M. Griffioen, Kinken in de bevoegdheidskabel: het legaliteitsbeginsel tussen 'Europa' en de nationale rechtsorde, NTER 2006, p. 2902-95; W.J.M. Voermans, Toedeling van bevoegdheid, oratie Leiden 12 september 2003, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2004; Jans e.a 2007.
56 Interdepartementale Commissie Europees Recht, ICER-advies 'Toepassing EG-richtlijnen door decentrale overheden; ICER-advies en werkgroeprapport', 2003.
57 ICER-advies 'Toepassing EG-richtlijnen door decentrale overheden; ICER-advies en werkgroeprapport', 2003, p. 2-3.
58 Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 137.
59 Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 138.

correct in nationaal recht zijn omgezet. Ook het ICER-advies gaat nader in op de gevolgen en problemen van deze verplichting, toegespitst op de toepassing van richtlijnen door gedecentraliseerde bestuursorganen. Hiertoe wordt in het advies een stappenplan geboden. Wanneer een decentraal bestuursorgaan een conflict signaleert tussen bepalingen van nationaal recht en een richtlijn waarvan de omzettingstermijn is verstreken, moet het dit allereerst proberen via richtlijnconforme interpretatie op te lossen. Mocht dit niet mogelijk zijn, dan moet worden bekeken of de richtlijnbepaling rechtstreekse werking heeft. Om een uniforme aanpak te waarborgen, adviseert het ICER om hiertoe te overleggen met het ministerie dat verantwoordelijk is voor de implementatie van de desbetreffende richtlijn of het Kenniscentrum Europees recht. Wanneer dit tot de conclusie leidt dat de richtlijnbepaling rechtstreekse werking heeft, moet deze conform de Luxemburgse jurisprudentie worden toegepast als dit tot voordeel leidt voor het betrokken individu. Aangezien negatieve gevolgen conform Kolpinghuis[60] en andere arresten niet zijn toegestaan, moet in dergelijke gevallen de nationale bepaling worden toegepast.

Het kabinetsstandpunt heeft de hiervoor beschreven wijze van handelen uit het ICER-advies overgenomen. De decentrale overheid blijft verantwoordelijk voor de eigen besluiten, maar 'het lijkt verstandig daarbij wel het advies te volgen dat de verantwoordelijke minister in de consultatieprocedure heeft gegeven'.[61] Dat blijkt des te meer uit de financiële consequenties: eventuele boetes of dwangsommen die aan Nederland worden opgelegd door het HvJ EG in infractieprocedures conform artikel 228 EG voor de incorrecte toepassing van EG-recht door decentrale overheden, zullen niet op deze overheden worden verhaald wanneer de aanwijzing van de centrale overheid is opgevolgd.[62]

Ten slotte moet worden opgemerkt dat in de Nederlandse rechtspraak met name interessante jurisprudentie is ontwikkeld over de toepassing van rechtstreeks werkende richtlijnbepalingen in zogenoemde 'driehoeksverhoudingen', waarbij naast het individu en de overheid nog een derde private partij een rol speelt. Op grond van het EG-recht wordt de verplichting van nationale rechters en bestuursorganen om rechtstreeks werkende bepalingen van richtlijnen toe te passen, beperkt door het hiervoor al genoemde verbod van omgekeerde verticale van richtlijnen. Dit verbod wordt in driepartijengeschillen – die zich bijvoorbeeld veelvuldig voordoen in het economisch en omgevingsrecht – echter aanzienlijk gerelativeerd, aangezien het Hof heeft uitgemaakt dat 'louter negatieve gevolgen voor de rechten van derden (...) geen rechtvaardiging zijn om een particulier het recht te ontzeggen zich ten aanzien van de betrokken lidstaat te beroepen op de bepalingen van een richtlijn'.[63] Anders gezegd: het verbod van omgekeerde verticale werking van richtlijnen is niet van toepassing als de negatieve gevolgen voor de ene particulier (bijvoorbeeld: een vergunningaanvrager) niet meer zijn dan het feitelijke gevolg van

60 HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, Kolpinghuis, Jur. 1987, p. 3969.
61 Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 138, p. 7.
62 Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 138, p. 21; vergelijk ook de 'Factsheet Rechtstreekse werking van Europese richtlijnen: regels en risico's' van Europa Decentraal.
63 HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-201/02, Wells, Jur. 2004, p. I-723; AB 2004/150 m.nt. AdMvV (in een omgevingsrechtelijk geschil); HvJ EG 17 juli 2008, gevoegde zaken C-152-154/07, Arcor e.a., AB 2008/268 m.nt. Van Eijken en Ortlep (in een telecommunicatiegeschil).

het succesvolle beroep dat een andere particulier (bijvoorbeeld: een milieugroep) ten opzichte van een overheidsorgaan heeft gedaan op een niet-correct omgezette richtlijnbepaling. In dat geval vloeien de negatieve gevolgen voor de vergunningaanvrager niet voort uit de richtlijn zelf, maar uit het succesvolle beroep dat de tweede particulier op de richtlijn heeft gedaan.

Hoewel het duidelijk is dat de scheidslijn tussen het verbod van horizontale en omgekeerd verticale rechtstreekse werking en de toegestane 'louter negatieve gevolgen' voor derden niet erg strak te trekken is, wordt de regel van Wells in beginsel toegepast door Nederlandse bestuursorganen en bestuursrechters. Dit ligt echter ingewikkelder als er geen derde is die opkomt tegen het verlenen van een vergunning. Als in dergelijke gevallen duidelijk is dat de nationale wetgeving op grond waarvan de vergunning verleend kan worden strijdig is met het EG-recht, ontstaat een gecompliceerde situatie. Moet het bestuursorgaan dan ambtshalve op grond van de Costanzo-doctrine het nationale recht buiten toepassing laten of moet het nationale recht worden toegepast vanwege het verbod van omgekeerd verticale werking?

De Raad van State lijkt over het antwoord op deze vraag te twijfelen. In eerste instantie was het gevestigde rechtspraak dat een bestuursorgaan rechtstreeks werkende richtlijnbepalingen alleen kon toepassen tegenover een individu als een derde belanghebbende daar beroep op had gedaan.[64] Deze jurisprudentie werd gewijzigd in 2002, toen de Raad van State overwoog, onder verwijzing naar Costanzo: 'Wanneer aan de voorwaarden waaronder particulieren de bepalingen van een richtlijn voor de nationale rechter kunnen inroepen, is voldaan, zijn, anders dan verweerders hebben betoogd, alle overheidsinstanties, de gedecentraliseerde overheidsinstanties zoals de gemeenten daaronder begrepen, gehouden deze bepalingen toe te passen.'[65] Met andere woorden, richtlijnbepalingen kunnen ten nadele van particulieren worden toegepast wanneer een derde hier *in theorie* een beroep op had kunnen doen.

In 2005 besloot de Raad in de zaak Boxtel echter:

> 'Verweerder kon artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn evenmin rechtstreeks tegenover appellant inroepen als grond om de gevraagde vergunning te weigeren, in aanmerking genomen dat in dit geval geen particulier daarom heeft verzocht. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat een richtlijn uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen [...]. Het rechtszekerheidsbeginsel verzet zich hiertegen.'[66]

64 ABRvS 29 mei 2001, JB 2001/179, ABRvS 23 oktober 2002, AB 2002, 417 m.nt. Backes, M en R 2003/1, nr. 5 m.nt. Van Rijswick en Widdershoven. Zie hierover kritisch J.M. Verschuuren, Afdeling bestuursrechtspraak worstelt met rechtstreekse werking EG-richtlijnen, NTER 2003a, p. 75-77.

65 ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 28 m.nt. Jongma; M en R 2003/4, nr. 29 m.nt. Jans, vergelijk J.M. Verschuuren, Rechtstreekse werking IPPC-richtlijn en ambtshalve toepassing, NTER 2003b, p. 124-126.

66 ABRvS 7 december 2005, AB 2006, 67 (Boxtel) m.nt. Widdershoven. zie ook ABRvS 1 februari 2006, LJN AV0959, waaruit blijkt dat Boxtel een vaste jurisprudentielijn is.

Mijns inziens leidt niet alleen de wisselende jurisprudentie tot onduidelijkheid, maar is ook de uiteindelijke conclusie onwenselijk: niet alleen vanuit het oogpunt van het communautaire recht, maar ook juist vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid. Bestuursorganen worden immers gedwongen bewust besluiten te nemen die in strijd zijn met het EG-recht en bij een eventueel beroep door een derde door de rechter zullen worden vernietigd.[67]

*Tussenconclusie*

Dit hoofdstuk laat zien dat de Costanzo-verplichting verschillende gezichten heeft, vooral ook vanuit het oogpunt van legaliteit. Enerzijds is de verplichting vanuit communautair en theoretisch oogpunt goed verdedigbaar. Anderzijds, echter, leidt de verplichting tot spanningen in de lidstaten, omdat bestuursorganen een nieuwe bevoegdheid krijgen, die hun positie ten opzichte van rechter en wetgever versterkt. Die bevoegdheid wordt niet, zoals in geval van nationale rechters, verleend in combinatie met een hulpinstrument als de prejudiciële procedure, zodat sommigen vrezen voor een bedreiging van de rechtszekerheid en uniforme rechtstoepassing.

Hoe ligt dit in de nationale rechtspraktijk? In algemene zin blijkt dat niet alleen in Nederland, maar ook in bijvoorbeeld Frankrijk en Duitsland de Costanzo-verplichting als zodanig in beginsel geaccepteerd wordt. Het feit dat het HvJ EG dus een wig slaat in de toepassing van nationale wetgeving door bestuursorganen, door voor die toepassing te verlangen dat wordt gecontroleerd of er geen strijdigheid met het communautaire recht bestaat, wordt in de heersende mening geaccepteerd. Belangrijk is echter wel dat in alle drie de landen ook wordt vastgesteld dat de implicaties van deze verplichting niet altijd onproblematisch zijn. Zo oordeelde de Franse Raad van State dat de opdracht om nationale wetgeving buiten toepassing te laten een ding is, maar dat een bestuursorgaan niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten door zelf de vervangende regelgeving te gaan dicteren, als hij hiertoe niet bevoegd is. Dit laatste lijkt echter vooral van belang wanneer het buiten toepassing laten van EG-recht leidt tot een lacune en het communautaire recht geen plaatsvervangende regels voorschrijft – bijvoorbeeld wanneer het nationale recht strijdig is met een van de vier vrijheden. In de Duitse doctrine wordt vooral geproblematiseerd dat de Costanzo-verplichting tot problemen met de rechtszekerheid kan leiden, in het bijzonder wanneer er juridische lacunes ontstaan of er onduidelijkheid is over de vraag of er al dan niet sprake is van een conflict tussen nationaal recht en communautair recht. Dat laatste is ook de kern van de Nederlandse discussie, waarin voor decentrale bestuursorganen een procedure is ontwikkeld om advies in te winnen bij het Kenniscentrum of het betrokken ministerie over de toepassing van de Costanzo-verplichting.

67 Vergelijk de annotatie van Widdershoven onder ABRvS 7 december 2005 (Boxtel) in AB 2006, 67.

# 4 Het vereiste van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag

## 4.1 Inleiding

Het legaliteitsbeginsel vereist in algemene zin dat de bevoegdheden van bestuursorganen zijn gebaseerd op een wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Hoewel het legaliteitsbeginsel is terug te vinden in alle Europese landen, kunnen de eisen die worden gesteld aan de wettelijke grondslag echter aanzienlijk verschillen. Zo kan de eis dat beperkingen van grondrechten in veel continentale lidstaten terug te voeren moeten zijn tot de Grondwet, verschillende vormen aannemen. Duitsland kent in dit verband een vrij hiërarchisch veelgelaagd stelsel, terwijl de Franse grondwet een bepaling bevat op grond waarvan veel onderwerpen direct door bestuursorganen geregeld worden in wetgeving in materiële zin, zonder tussenkomst van het parlement.[68] In Nederland moet de bevoegdheidsuitoefening van bestuursorganen herleidbaar zijn tot een formele wetsbepaling, in een ononderbroken keten van attributie en/of delegatie.[69]

Ook binnen de lidstaten kunnen voor de diverse vormen van bevoegdheidsuitoefening door de overheid verschillende eisen gelden ten aanzien van de vereiste wettelijke grondslag. Daarbij speelt het verschil tussen *Eingriffsverwaltung* en *Leistungsverwaltung* een grote rol, zoals dat in de Duitse doctrine en ook daarbuiten tot ontwikkeling is gekomen. Dit begrippenpaar onderscheidt respectievelijk overheidsbevoegdheden die ingrijpen in de rechtssfeer (bijvoorbeeld vrijheid of eigendom) van de burger en de bevoegdheden van de presterende overheid, die bijvoorbeeld subsidies of sociale uitkeringen verstrekt.

Omdat bij *Eingriffsverwaltung* wordt ingegrepen in de vrijheden en rechten van burgers, terwijl *Leistungsverwaltung* in beginsel positieve gevolgen voor de betrokkenen heeft, kan men stellen dat aan het vereiste van wettelijke grondslag van bevoegdheden van bestuursorganen bij *Eingriffsverwaltung* hogere formele eisen worden gesteld dan bij de zogenoemde *Leistungsverwaltung*.[70] Echter, ter nuancering moet

68 Art. 37 Franse Grondwet, in combinatie met art. 34 dat voorziet in een lijst van onderwerpen die in wetgeving in formele zin geregeld worden.

69 Burkens e.a. 2006.

70 Zie voor verwijzingen D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, Tübingen: 1961, W.J.M. Voermans, Toedeling van bevoegdheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, F.J. van Ommeren, Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van geïmpliceerde bevoegdheden, Themis 2002, p. 123-137, L. Damen e.a., Bestuursrecht, deel 1: Systeem, bevoegdheid, besluitvorming, handhaving, Den Haag: Boom 2005, p. 52.

worden opgemerkt dat bij *Leistungsverwaltung* in het algemeen ook eisen worden gesteld; de verlening van een subsidie of uitkering is immers altijd gebonden aan regels en voorwaarden.

Voor bevoegdheden met een karakter van *Eingriffsverwaltung* geldt in Nederland in het algemeen de eis dat deze gebaseerd moeten zijn op regels bij of krachtens de wet in formele zin, vastgesteld door de regering en Staten-Generaal gezamenlijk.[71] Er moet dus een grondslag in een wet in formele zin te vinden zijn, maar de bevoegdheid kan meestal gedelegeerd worden. Ten aanzien van sommige vormen van *Eingriffsverwaltung* – meer in het bijzonder de heffing van belasting (art. 104 Grondwet) en het strafrecht (art. 15, 16 en 89 lid 2 Grondwet) – wordt grondwettelijk zelfs geëist dat deze bij wet in formele zin worden vastgesteld, zonder een mogelijkheid tot delegatie. Voor bestuurlijke sancties geldt sinds het in werking treden van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) op 1 juli 2009 het vereiste van 'bij of krachtens de wet': 'De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend'.

Bij een vorm van *Leistungsverwaltung* als het verstrekken van subsidies geldt daarentegen slechts de eis dat dit moet geschieden 'op grond van een wettelijk voorschrift' (art. 4:23 lid 1 Awb). Het begrip 'wettelijk voorschrift' is vrij ruim en omvat behalve wetten in formele zin, vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, alle 'regels gesteld door organen die aan de Grondwet of wet regelgevende bevoegdheid kunnen ontlenen' (materiële wetgeving),[72] dus ook bijvoorbeeld een algemeen verbindend voorschrift van een decentrale overheid. De eis van een wettelijk voorschrift voor de verstrekking van subsidies geldt overigens pas sinds een daartoe strekkende wijziging van de Awb in 1997. Tevoren konden subsidies bijvoorbeeld ook worden verleend op basis van een beleidsregel of een convenant. Daaruit wordt duidelijk dat de eisen die op grond van het legaliteitsbeginsel worden gesteld kunnen variëren in de tijd.

## 4.2 Communautair recht als wettelijke grondslag?

Vanuit het oogpunt van legaliteit kan de vraag worden opgeworpen in hoeverre communautaire bepalingen kunnen dienen als grondslag voor bevoegdheidsuitoefening door nationale bestuursorganen. Als gezegd vloeien in de geïntegreerde rechtsorde diverse verplichtingen voor bestuursorganen voort uit het communautaire recht, zoals de hiervoor besproken verplichting om bepalingen van nationaal recht buiten toepassing te laten wanneer ze strijdig zijn met het communautaire recht. Ook uit het verdrag en de instrumenten van secundair EG-recht, zoals genoemd in artikel 249 EG, vloeien vaak verplichtingen voort. Meestal zijn deze verplichtingen gericht aan de lidstaten, als partij bij het EG-Verdrag. De lidstaten zijn op grond van het beginsel van loyale samenwerking, zoals vastgelegd

71 Vergelijk bijvoorbeeld HR 27 juni 1986, NJ 1987, 898 (Methadonbrief) en HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 (Fluorisering).

72 PG Awb I, p. 64. Zie ook R. Ortlep, Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun, JB-Plus 2009, p. 81-105; R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven en S. Prechal e.a., De Europese agenda van de Awb, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 25.

in artikel 10 EG, verplicht om alle maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om deze verplichtingen te kunnen toepassen ten opzichte van hun burgers. Daarbij zijn zij op grond van het beginsel van institutionele autonomie in beginsel vrij om te bepalen welk orgaan binnen de nationale rechtsorde met de uitvoering van een Europese verplichting zal worden belast.[73]

Nu het legaliteitsbeginsel vereist dat elke bevoegdheidsuitoefening door overheidsorganen ten opzichte van burgers berust op een wettelijke grondslag, geldt bij de uitvoering van EG-recht in de lidstaat veelal een dubbele bevoegdheidsgrondslag:[74] materieel is de grondslag EG-rechtelijk, institutioneel is zij nationaalrechtelijk.[75]

Het hiervoor geschetste systeem werkt goed zo lang de nationale wetgever overheidsorganen heeft aangewezen die met uitvoering van een Europese verplichting zijn belast. In de praktijk komt het echter nogal eens voor dat hierbij wat misgaat, zo ook in Nederland. Deze problemen doen zich bijvoorbeeld voor wanneer richtlijnen niet tijdig en correct worden omgezet, en bij verordeningen die soms niet volledig zijn geoperationaliseerd. In dergelijke gevallen speelt de vraag of en in hoeverre nationale overheidsorganen hun bevoegdheid direct kunnen ontlenen aan deze instrumenten van EG-recht. Uitsluitend bezien vanuit het nationale legaliteitsbeginsel is deze vraag eenvoudig te beantwoorden: dat is niet mogelijk.[76] Binnen de samengestelde Europese rechtsorde schiet een dergelijk antwoord echter te kort, omdat de genoemde Europese rechtsinstrumenten ook een eigen Europese legaliteit hebben: zij zijn immers vastgesteld door een daartoe bevoegde Europese instelling. Deze legaliteit kan wellicht de gebreken op het punt van nationale legaliteit compenseren. Aldus zou er als het ware sprake kunnen zijn van een 'samengestelde' legaliteit.[77] In de volgende paragrafen wordt voor de verschillende instrumenten besproken in hoeverre een dergelijke oplossing mogelijk is. Daarbij wordt op sommige punten ook een uitstapje naar de Duitse doctrine gemaakt; daar stelde Zuleeg veertig jaar geleden al dat EG-recht kan dienen als directe grondslag voor het optreden van bestuursorganen,[78] hoewel in recente literatuur dit zeer algemene standpunt behoorlijk is genuanceerd.[79] Een uitstapje naar Frankrijk ligt minder voor de hand, nu het vereiste van een wettelijke grondslag voor bevoegdheden van bestuursorganen een minder grote rol speelt in het Franse bestuursrecht, gezien het feit dat veel regels daar gesteld worden bij maatregelen

73 Bijvoorbeeld HvJ EG 12 juni 1990, zaak 8/88, Duitsland tegen de Commissie, Jur. 1990, p. I-2321; HvJ EG 17 oktober 1991, zaak C-35/90, Commissie tegen Italie (Campania), Jur. 1991, p. I-5987; HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-435/92, Association pour la protection des animaux savages, Jur. 1994, p. I-67.

74 Zie bijvoorbeeld Jans e.a. 2007, p. 23-29; M.J. Jacobs, W. Den Ouden en N. Verheij, Bezint eer ge begint! Spraakmakende hofjurisprudentie over Europese Subsidies, NTB 2008, p. 155-166, op p. 160.

75 Vergelijk in dit kader A. Meij, Integratie van Nederlands en Europees bestuursrecht – een epiloog, in: VAR-Reeks 116, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1996, waarin deze terminologie geïntroduceerd wordt.

76 Bijvoorbeeld D.E. Comijs, Europese Structuurfondsen, Deventer: Kluwer 1998.

77 Zie over deze discussie uitgebreid Jans e.a. 2007, p. 23.

78 M. Zuleeg, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1969, p. 213.

79 Zie bijvoorbeeld H. Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen: Mohr Siebeck: Jus Internationale et Europaeum 2007.

van bestuur in plaats van wetgeving in formele zin.[80] De grondslag in wetgeving in formele zin lijkt daarom in Frankrijk geen belangrijk punt van discussie in literatuur en jurisprudentie.[81]

*Het EG-verdrag*

Als eerste komt de vraag op, in hoeverre een bepaling uit het EG-Verdrag gelijkgesteld kan worden met een wettelijke grondslag in het nationale recht. Vanuit theoretisch oogpunt lijkt er niets op tegen te zijn dat rechtstreeks werkende bepalingen van het EG-Verdrag kunnen dienen als grondslag voor het optreden van bestuursorganen, en in die zin gelijk kunnen worden gesteld met een wettelijke grondslag in het nationale recht.[82] Verdragsbepalingen vereisen immers geen omzetting in nationale wetgeving, en gelden direct in de nationale rechtsorde.

Desalniettemin zal een bepaling in het EG-Verdrag in de praktijk hoogst zelden fungeren als basis voor optreden van bestuursorganen, aangezien de meeste verdragsbepalingen zich hier qua karakter meestal niet voor lenen. Bepalingen over de interne organisatie van de verschillende organen van de Unie, bijvoorbeeld, verschaffen geen bevoegdheden aan nationale bestuursorganen. Veel andere bepalingen zijn geschreven als rechtsgrondslagen voor secundaire regelgeving en lenen zich ook niet voor directe toepassing door nationale bestuursorganen. Datzelfde geldt voor de vrij-verkeersbepalingen. Deze bepalingen zijn negatief geformuleerd, hetgeen ze qua karakter niet geschikt maakt als bevoegdheidsgrondslag; er wordt immers alleen verteld aan welke eisen het nationale recht moet voldoen. Desalniettemin blijkt uit de jurisprudentie van het Hof dat dergelijke bepalingen wel degelijk tot positieve verplichtingen kunnen leiden; vergelijk bijvoorbeeld de zaak Coname, waarin uit artikel 43 en 49 EG inzake het vrij verkeer van vestiging de verplichting voortvloeide om in het kader van een aanbestedingsprocedure de relevante informatie op een dusdanige manier te publiceren dat alle ondernemingen hiertoe toegang hebben, vóór de toewijzing van de concessie, om zo aan de vereisten van transparantie te voldoen.[83] Vergelijk in dat kader ook Spaanse aardbeien,[84] waar het Hof uit het (negatief geformuleerde) vrij verkeer van goederen in combinatie met artikel 10 EG de positieve verplichting afleidde voor de Franse overheid om op te treden om te verhinderen dat acties van particulieren het vrije verkeer van groenten en fruit belemmerden.[85] Het feit dat dergelijke verplichtingen kunnen voortvloeien uit het verdrag moet echter niet verward worden met het bestaan van een bevoegdheidsgrondslag. De vrij-verkeersbepalingen zijn immers naar hun karakter en inhoud niet geschikt om als directe bevoegdheidsgrondslag te dienen. Daarvoor is niet alleen van belang dat ze negatief geformuleerd zijn, maar ook dat

80 Vergelijk art. 37 van de Franse Grondwet.

81 Vergelijk T.G. Borer, Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten, Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn 1986, p. 143 e.v.; D. Triantafyllou, Vom Vertragszum Gesetzesvorbehalt, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1996, p. 123 en Rieckhoff 2007, p. 12.

82 Rieckhoff 2007, p. 198 e.v.

83 HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, Coname, Jur. 2005, p. I-07287.

84 HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, Spaanse aardbeien, Jur. 1997, I-6959.

85 Bij een dergelijke verplichting is echter wel van belang dat fundamentele rechten gewaarborgd zijn; vergelijk in dit verband HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-122/00 Schmidberger, Jur. 2003, p. I-5659.

ze te abstract zijn: ze identificeren niet welk nationaal bestuursorgaan bevoegd is en normeren de desbetreffende bevoegdheid ook niet. Derhalve moet voor het uitvoeren van verplichtingen zoals in Spaanse aardbeien en Coname alsnog een bevoegdheidsgrondslag in nationaal recht gevonden worden.

Met andere woorden, hoewel het EG-Verdrag zich an sich zou kunnen lenen als bevoegdheidsgrondslag, zal dit in de praktijk weinig opleveren, omdat de meeste bepalingen niet rechtstreeks werken en zelfs rechtstreeks werkende bepalingen een precisering vergen (in secundaire communautaire regelgeving of in nationaal recht) om aan het vereiste van een wettelijke grondslag te voldoen. In de regel is dus een wettelijke grondslag in het nationale recht vereist om uitvoering te kunnen geven aan verplichtingen die voortvloeien uit het EG-Verdrag. Het spreekt vanzelf dat een bestaande nationaalrechtelijke bevoegdheid zo nodig verdragsconform geïnterpreteerd en toegepast moet worden.

In de literatuur wordt het arrest CIF genoemd als arrest waaruit volgt dat de nationale mededingingsautoriteiten een nieuwe bevoegdheid werd toegekend, onafhankelijk van de nationale wetgeving op grond waarvan zij opereren.[86] In deze zaak verplichtte het Hof de Italiaanse mededingingsautoriteit om nationale wetgeving buiten toepassing te laten die mededingingsbeperkend werkte voor de nationale lucifermarkt. Dit leidde tot negatieve gevolgen voor de luciferproducenten, die zich nu juist op deze nationale wetgeving wilden beroepen om hun schending van het EG-recht te rechtvaardigen.[87]

Probleem was echter, dat het kartelregime van artikel 81 en 82 EG primair is gericht tot ondernemingen, terwijl de overheid de auteur is van de mededingingsbeperkende nationale wetgeving. Het is echter vaste rechtspraak dat de artikelen 81 EG en 82 EG in samenhang met artikel 3 sub g EG en de verplichting tot loyale samenwerking van artikel 10 EG meebrengen dat de lidstaten geen maatregelen, ook niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken.[88] Deze regel wordt in de Nederlandse literatuur 'de nieuwe norm' genoemd.[89]

Nadat in de eerste plaats aan de nieuwe norm is herinnerd, vervolgt het Hof:

> 'In de tweede plaats zij eraan herinnerd dat de voorrang van het gemeenschapsrecht volgens vaste rechtspraak vereist, dat iedere bepaling van een nationale wet die in strijd is met een gemeenschapsregel, buiten toepassing wordt gelaten, of deze nu van eerdere of latere datum dan laatstgenoemde regel is.

86 HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01, CIF, Jur. 2003, p. I-8055; AB 2003/387 m.nt. Steyger, JB 2004/113, m.nt. Verhey.

87 Dit is de zogenoemde *state action defense*; vergelijk HvJ EG 11 november 1997 gevoegde zaken 359/95 P en 379/95 P, Ladbroke, Jur. 1997, p. I-6265.

88 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 3 december 1987, zaak 136/86, BNIC – Yves Aubert, Jur. 1987, p. 4789, en HvJ EG 16 november 1977, zaak 13/77 GB-Inno-BM, Jur. 1977, p. 2115, punt 31.

89 A. Gerbrandy en B. Hessel, Mededingingsrecht voor decentrale overheden, Deventer: Kluwer 2004, p. 241 e.v.

> Deze verplichting om nationale wetgeving die in strijd met het gemeenschapsrecht is, buiten toepassing te laten, rust niet alleen op de nationale rechter maar op alle overheidsorganen, met inbegrip van de bestuursorganen [...]
> Voor zover een nationale mededingingsautoriteit als de Autoriteit met name tot taak heeft toe te zien op de inachtneming van artikel 81 EG en deze bepaling samen met artikel 10 EG de lidstaten ertoe verplicht niet op te treden, zou het nuttig effect van de communautaire mededingingsregels worden beperkt indien deze autoriteit in het kader van een onderzoek van het gedrag van ondernemingen uit hoofde van artikel 81 EG niet zou kunnen vaststellen dat een nationale regel in strijd is met artikel 10 EG juncto artikel 81 EG, en deze regel bijgevolg niet buiten toepassing zou laten.
> In dit verband doet het weinig ter zake dat in het geval waarin de nationale wetgeving ondernemingen verplicht tot mededingingsverstorend gedrag, deze niet tevens een inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG kan worden verweten [..] De verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van de artikelen 3, lid 1, sub g, EG, 10 EG, 81 EG en 82 EG, die verschillen van de verplichtingen van ondernemingen op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG, blijven immers onverminderd bestaan, zodat de nationale mededingingsautoriteit verplicht blijft de betrokken nationale regel buiten toepassing te laten.'

Dit leidt het Hof tot de slotsom:

> 'In geval van gedragingen van ondernemingen die in strijd zijn met artikel 81, lid 1, EG en die zijn opgelegd of worden bevorderd door een nationale wetgeving die de gevolgen daarvan wettigt of versterkt, in het bijzonder wat de vaststelling van de prijzen en de verdeling van de markt betreft, geldt voor een nationale mededingingsautoriteit die met name tot taak heeft toe te zien op de inachtneming van artikel 81 EG, dat zij verplicht is deze nationale wetgeving buiten toepassing te laten'.

Hoe vanzelfsprekend deze uitkomst ook is vanuit communautair perspectief, vanuit nationaal oogpunt is de zaak in de Nederlandse literatuur veelvuldig besproken.[90] In algemene zin werd als probleem gezien dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) alleen bevoegd is op te treden tegenover ondernemingen, zowel voor de toepassing van nationaal mededingingsrecht als onder Verordening 1/2003, nu artikel 88 Mededingingswet (Mw) expliciet overweegt dat de NMa bevoegd is om artikel 81 en 82 EG-Verdrag toe te passen – zonder daarbij artikel 10 EG te noemen. Als een overheidsorgaan een economische activiteit uitoefent (bijvoorbeeld goederen of diensten op een markt aanbiedt), is het een onderneming in de zin van de Mededingingswet en is de Mededingingswet op deze gedragingen van toepassing. Wanneer een overheidsorgaan echter een zogeheten overheidsprerogatief uitoefent, is zij geen onderneming in de zin van de Mededingingswet. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer zij regelgeving uitvaardigt, zoals in het geval van CIF.

In CIF overweegt het Hof echter dat de NMa bij de toepassing van artikel 81 en 82 EG nationale regelgeving buiten toepassing moet laten voor zover die strijdig is met de nieuwe norm. In de literatuur is wel betoogd dat hiermee in feite

90 Vergelijk bijvoorbeeld de noot van Verheij in JB 2004/113, noot Steyger in AB 2003/387, B.J. Drijber en W.T. Algera, Markt & Mededinging 2003, p. 248-253.

de bevoegdheid waarover de NMa op grond van de Mededingingswet beschikt, wordt uitgebreid.[91] Voor een dergelijke ingrijpende bevoegdheid, met negatieve consequenties voor particulieren, is volgens de algemene opvatting in de literatuur naar Nederlands recht een wettelijke grondslag vereist. Dit leidt tot de conclusie dat artikel 10 EG in dit geval als 'passe partout' wordt gebruikt om een dergelijke bevoegdheidsgrondslag te creëren.[92]

Mijns inziens is het arrest CIF echter niets meer dan een toepassing van de Costanzo-verplichting. Eigenlijk zegt het Hof niets anders dan dat nationale regelgeving die strijdig is met communautair recht – in dit geval artikel 10 jo. 81 en 82 EG – buiten toepassing moet worden gelaten. Zo past CIF goed in de jurisprudentielijn die het Hof met Costanzo is gestart en is er in die zin niets bijzonders aan. Dat is ook de optiek van advocaat-generaal Jacobs, die in deze zaak maar een halve pagina nodig had voor de bespreking van de verplichting om nationaal recht opzij te zetten.

In mijn optiek gaat CIF dus niet om het creëren van een nieuwe bevoegdheidsgrondslag. De Costanzo-verplichting geldt immers voor alle nationale bestuursorganen en voor het gehele communautaire recht. In casu was strijd met de nieuwe norm aan de orde, maar bestuursorganen – dus ook de NMa – zijn net zo goed verplicht om in voorkomende gevallen nationale regelgeving buiten toepassing te laten wanneer deze strijdig is met een verordening of rechtstreeks werkende bepalingen van een richtlijn. Nooit is betoogd, dat decentrale overheden daartoe in het nationale recht de bevoegdheid zouden moeten krijgen om nationaal recht buiten toepassing te laten bij strijd met een communautaire bepaling. Waarom zou de NMa dan wel een dergelijke bevoegdheid nodig hebben voor een eenvoudige toepassing van de Costanzo-verplichting?

Met andere woorden, CIF gaat mijns inziens over de voorrang van communautair recht op nationaal recht, zoals het Hof ook expliciet overweegt. Dat betekent dat het in casu niet gaat om een optreden van het bestuursorgaan waarvoor een bevoegdheidsgrondslag verplicht is, maar om de normale normenhiërarchie die het bestuursorgaan bij zijn handelen moet respecteren, waarin communautair recht – in dit geval drie verdragsbepalingen – prevaleert boven nationaal recht. De bevoegdheidsgrondslag waarop de NMa haar optreden baseert, is dan nog steeds artikel 88 Mw, dat verwijst naar 81 en 82 EG. Immers, om een parallel te trekken: wanneer de stad Milaan constateert dat de Italiaanse wetgeving buiten toepassing gelaten moet worden ten behoeve van een richtlijn, dan doet hij dit ook op basis van zijn bestaande bevoegdheid om een concessie te verlenen, zonder expliciet een bevoegdheid te hebben de richtlijn toe te passen. Daarbij merken Gerbrandy en Hessel ten slotte terecht op dat CIF bovendien niet impliceert dat de NMa verplicht is om 'zomaar' wet- en regelgeving te gaan toetsen en eventueel buiten toepassing te verklaren. Dit gaat nog altijd via de band van een gedraging van een onderneming, die aan artikel 81 en 82 EG wordt getoetst.[93]

91 Zie bijvoorbeeld de noot van Steyger in AB 2003/387.
92 Vergelijk de kwalificatie als 'passe-partout' van Nico Verheij in JB 2004/113.
93 Gerbrandy en Hessel 2004, p. 228.

*De verordening*
Volgens artikel 249 EG is een verordening 'verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat'. Gelet op deze definitie lijkt het erop dat de *founding fathers* van het verdrag ervan zijn uitgegaan dat een verordening in beginsel kan worden toegepast in een lidstaat zonder dat enige nadere operationalisering van de verordening in het nationale recht heeft plaatsgevonden. Vanwege deze typering is de verordening van de drie instrumenten genoemd in artikel 249 EG het gemakkelijkst gelijk te stellen met een wettelijke bevoegdheidsgrondslag[94] of zelfs geheel vergelijkbaar met een nationale wet.[95]

Van belang echter is dat het voor de daadwerkelijke toepassing van veruit de meeste verordeningen noodzakelijk is dat de lidstaat nadere uitvoeringsregels vaststelt. Welke regels dat zijn, is afhankelijk van de inhoud van de verordening.[96] Bij sommige verordeningen moeten de daarin opgenomen normen in het nationale recht worden aangevuld of geconcretiseerd of moet het nationale recht regels stellen over uitvoeringsprocedures en de handhaving. Ten slotte – maar zeker niet het minst belangrijk – zal het nationale recht vrijwel steeds moeten bepalen welk bestuursorgaan binnen de lidstaat met de uitvoering van de verordening is belast. De reden hiervoor is dat verordeningen in de regel hun uitvoering opdragen aan de lidstaat als zodanig of aan een 'bevoegde autoriteit' van de lidstaat. Welk concreet orgaan binnen de lidstaat de verordening moet uitvoeren c.q. wie de 'bevoegde autoriteit' is, moet vervolgens worden bepaald door – en volgens de regels van – het nationale recht. Deze praktijk past goed bij het beginsel van institutionele autonomie en heeft, naar ik aanneem, ook een praktische achtergrond. Het is voor de communautaire wetgever problematisch om in 27 lidstaten het concrete overheidsorgaan aan te wijzen die een bepaalde verordening kan uitvoeren.

Omdat verordeningen waarin een concreet nationaal uitvoeringsorgaan wordt aangewezen (vrijwel) niet bestaan, is er ook nauwelijks rechtspraak van het Hof waarin de hiervoor – met enige voorzichtigheid – verwoorde opvatting dat verordeningen in theorie direct bevoegdheden kunnen scheppen voor nationale bestuursorganen wordt bevestigd. De enige uitspraak van het Hof die aan deze kwestie raakt, is de ESF-zaak.[97]

Aanleiding voor deze zaak was, kort gezegd, de intrekking van een aantal subsidiebesluiten en de terugvordering van de ten onrechte uitgekeerde gelden door de Nederlandse minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, omdat de verlening

94 Rieckhoff 2007, p. 200.
95 E. Steyger, Wringend recht. Doorwerking van gemeenschapsrecht bezien vanuit het perspectief van de nationale overheid, in: Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht: preadviezen, in: VAR-Reeks 16, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1993, p. 23 en 28. Zo ook Rieckhoff 2007, p. 200, waar wordt gesteld dat een verordening als 'Gesetz im Sinne des deutchen Gesetzesvorbehalts' wordt erkend.
96 Zie voor de hier genoemde onderwerpen die veelal in het nationale recht moeten worden geoperationaliseerd, R. Kral, National Normative Implementation of EC Regulations; an Exceptional or Rather Common Matter, European Law Review 2008, p. 232-256.
97 HvJ 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06, C-384/06, C-385/06, n.n.g.; AB 2008/207 m.nt. W. den Ouden. Zie uitgebreid over de ESF-zaken en hun context Ortlep 2009 en Jacobs, Den Ouden en Verheij 2008.

in strijd was met de Europese verordeningen inzake de structuurfondsen. In de verwijzingsuitspraak had de Raad van State vastgesteld dat intrekking en terugvordering van de subsidie binnen de naar Nederlands recht geldende intrekkings- en terugvorderingsnormen niet mogelijk was en dat daarom een wettelijke grondslag hiervoor zou ontbreken.[98] De Raad wierp daarom prejudicieel de vraag of een 'lidstaat, respectievelijk een bestuursorgaan van die staat' de bevoegdheid tot terugvordering rechtstreeks – dus zonder grondslag in het nationale recht – kan ontlenen aan artikel 23 lid 1 Verordening 4253/88,[99] waarin is bepaald dat de lidstaat de nodige maatregelen treft om door misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren. Het antwoord van het Hof is kort en bondig: 'artikel 23 lid 1 van Verordening 4253/88 schept voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen'.

Dit antwoord suggereert meer dan er werkelijk staat. Duidelijk is dat de verordening in kwestie voor de *lidstaat* een terugvorderingverplichting schept die niet afhankelijk is van de interne bevoegdheidattributie binnen de lidstaat. Deze opvatting spreekt eigenlijk voor zich, omdat een andersluidende opvatting het wonderlijke gevolg zou hebben dat een lidstaat aan zijn terugvorderingsverplichting kan ontkomen door ter uitvoering daarvan intern geen bevoegdheden te attribueren. Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. Niettemin kan – met Van Emmerik – worden vastgesteld, dat een (bepaling van een) verordening als bevoegdheidsgrondslag voor de *lidstaat* kan dienen – al volgt dit niet direct uit het arrest ESF.[100] Problematisch is echter dat de uitoefening van de publiekrechtelijke intrekkings- en terugvorderingsbevoegdheid niet geschied door de lidstaat, maar door *bestuursorganen* die op basis van de wet met deze bevoegdheden zijn belast. Zo werkt het niet alleen in Nederland, maar ook in andere lidstaten en in de Europese Unie zelf, waarin niet de Unie als zodanig, maar organen van de Unie, zoals de Commissie of de Raad, van bevoegdheden zijn voorzien om hun taken uit te oefenen. Over de mogelijkheid dat ook bestuursorganen bevoegdheden rechtstreeks kunnen ontlenen aan een verordening, zwijgt het Hof echter. Daarbij 'profiteert' het Hof van de ruimte die de prejudiciële vraag van de Raad van State liet, omdat daarin de vraag of bevoegdheden rechtstreeks kunnen worden ontleend aan een verordening niet werd toegespitst op bestuursorganen, maar op de 'lidstaat, respectievelijk een bestuursorgaan van die staat'. In zijn beantwoording concentreert het hof zich uitsluitend op de lidstaat. Daarmee kan het antwoord ook worden beschouwd als bevestiging van het beginsel van nationale institutionele autonomie. Het Hof is

98 Overigens kan men betwisten of deze opvatting van de Raad van State dat een wettelijke grondslag aan een bestuurlijke bevoegdheid komt te ontvallen als de toe te passen normen EG-rechtelijk tekortschieten, correct is. Naar mijn opvatting blijft de bevoegdheid bestaan en moeten alleen de nationale toepassingsnormen buiten toepassing worden gelaten of conform het EG-recht worden toegepast. Dit blijkt ook uit de afdoening van de zaak door de Raad van State in haar uitspraak van 24 december 2008, JB 2009, 53 m.nt. Bok, waarin de nationale bevoegdheid (die eigenlijk dus niet meer bestond) via verordeningsconforme uitlegging tot leven wordt gewekt, zodat op basis daarvan de minister de subsidie toch kan intrekken en terugvorderen, voor zover dit op grond van het EG-recht noodzakelijk is.

99 ABRvS 30 augustus 2007, AB 2007, 240 en 241 m.nt. Jacobs en Den Ouden.

100 M.L. Van Emmerik, De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde, Themis 2008, p. 145-161, op p. 151.

heel stellig over de verplichtingen die verordeningen rechtstreeks voor lidstaten kunnen scheppen, maar ontwijkt de vraag of hetzelfde ook geldt voor bestuursorganen.

Al met al is er dus geen Luxemburgse jurisprudentie waaruit klip en klaar blijkt, dat een verordening als directe bevoegdheidsgrondslag kan dienen voor bevoegdheden van bestuursorganen. Hoewel karakter en aard van het instrument de opvatting rechtvaardigen dat verordeningen rechtstreeks bevoegdheden kunnen scheppen, is er geen jurisprudentie die dit onderschrijft. Het ESF-arrest, dat nog het meest aan het onderwerp raakt, geeft hierover ook geen duidelijkheid. Hoewel het gebruik van het woord 'bevoegdheidsattributie' veel verwachtingen wekt, geeft het Hof mijns inziens geen expliciet antwoord.[101] Daar ligt een gevaar voor miscommunicatie: waar de Afdeling hoopt op een principieel antwoord over bevoegdheden van bestuursorganen, krijgt zij een algemene opmerking over de verplichting tot handhaving in het belang van de gemeenschap.[102]

Al met al komen we met de ESF-zaak niet veel verder. Toch zijn er wel andere aanknopingspunten voor de stelling dat een verordening bevoegdheidsscheppend kan zijn. In de literatuur is deze vraag vaak bediscussieerd; waar Steyger in 1996 bijvoorbeeld al opmerkte dat verordeningen volstrekt vergelijkbaar zijn met nationale wetten[103] en dus als wettelijke basis beschouwd kunnen worden,[104] kwamen Van der Vlies en Widdershoven daarentegen tien jaar geleden tot de conclusie dat de nationale legaliteitseisen onverkort gelden voor de operationalisering van verordeningen.[105]

Het is inmiddels onomstreden dat verordeningen kunnen worden beschouwd als 'wettelijke voorschriften'. Deze keuze is expliciet door de Nederlandse wetgever gemaakt: in de toelichting op artikel 4:23 lid 1 Awb, waarin is bepaald dat subsidies slechts mogen worden verstrekt 'op grond van een wettelijk voorschrift', heeft de wetgever bepaald dat aan deze eis ook is voldaan als de grondslag van de subsidie is opgenomen in een Europese verordening.[106] Daarmee staat vast dat subsidies in beginsel kunnen worden verstrekt op basis van uitsluitend een verordening en dat een verordening in beginsel voor een concreet orgaan een bestuurlijke subsidiebevoegdheid kan scheppen. Aldus is het strikt nationale legaliteitsbeginsel door de wetgever uitgesloten en in zoverre is alleen het standpunt van Steyger inmiddels correct. Ook heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)

101 Vgl. Bok onder JB 2008, 104, punt 9, Jacobs, Den Ouden en Verheij 2008; anders M.R. Mok onder NJ 2008, 349.
102 W. Den Ouden, De terugvordering van Europese subsidies in Nederland. Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.
103 Steyger 1993, p. 23. Zie recent haar annotatie (met Jak) onder AB 2009/257.
104 Steyger 1993, p. 28.
105 I.C. van der Vlies en R.J.G.M. Widdershoven, De betekenissen van de Nederlandse grondwet binnen de Europese rechtsorde. Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 31. Zie voor een uitgebreidere en recentere beschrijving van de mogelijke standpunten en literatuurverwijzingen Jans e.a. 2007, p. 23 en Widdershoven, Verhoeven en Prechal 2007, p. 25.
106 Kamerstukken II 1993/84, 23 700, nr. 3, p. 41.

in vaste jurisprudentie vastgesteld dat een verordening als wettelijk voorschrift ex artikel 3:4 lid 1 Awb kan worden aangemerkt.[107]

In de praktijk komt een dergelijke specifieke bevoegdheidsschepping overigens niet of nauwelijks voor, omdat – zoals in de vorige paragraaf opgemerkt – verordeningen (vrijwel) nooit een concreet nationaal bestuursorgaan aanwijzen dat met de uitvoering ervan is belast. Hoewel een verordening dus gelijk wordt gesteld aan een wettelijk voorschrift en dus als bevoegdheidsgrondslag kan dienen, moet dan overigens in de verordening zelf of in het nationale recht wel voldoende duidelijk bepaald zijn wel concreet bestuursorgaan bevoegd is tot uitvoering van de verordening; anders kan zij niet rechtsgeldig toegepast worden. Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 19 april 2006, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) oordeelde dat een verordening niet kon dienen als wettelijke bevoegdheidsgrondslag, nu onduidelijk was of provinciale staten dan wel het college van gedeputeerde staten bevoegd waren tot subsidieverlening.[108]

Daarnaast moet worden opgemerkt dat niet elke verordening geschikt is om gelijkgesteld te worden met een wettelijk voorschrift. In dit verband kan worden gewezen op de uitspraak van de Raad van State in de zaak Fleuren-Compost inzake terugvordering van ongeoorloofde staatssteun.[109] Naar communautair recht houdt de verplichting tot terugvordering bij ongeoorloofde staatssteun per definitie ook terugvordering van rente in, nu artikel 14 lid 2 Procedureverordening bepaalt: 'De op grond van een terugvorderingsbeschikking terug te vorderen steun omvat rente tegen een door de Commissie vastgesteld passend percentage.' De Procedureverordening stelt dat terugvordering plaatsvindt volgens de regels van het nationale recht, 'voorzover die procedures een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie toelaten'.[110] In Fleuren-Compost verklaarde de Raad het beroep tegen de terugvordering van onrechtmatige staatssteun ongegrond, maar vernietigde hij wel de daaraan gekoppelde rentevordering. De reden voor vernietiging is dat naar nationaal recht voor een rentevordering een specifieke publiekrechtelijke grondslag is vereist,[111] die ten tijde van de uitspraak ontbrak.[112] Volgens de Raad van State kon een grondslag voor de vordering niet worden gevonden in artikel 14 Procedureverordening 659/1999 (en evenmin in art. 87 lid 1 EG en de Beschikking van de Commissie waarin de terugvordering was gelast). Hoewel het wetsvoorstel 'terugvordering staatssteun' hierin verandering brengt door de invoering van een bevoegdheid tot het terugvorderen van staatssteun inclusief rente in de Awb,[113] maakt het ontbreken van een expliciete bevoegdheidsgrondslag in de Awb de vordering van rente voor de bestuursrechter

107 Ortlep 2009, p. 81.
108 ABRvS 19 april 2006, AB 2006/296.
109 ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden.
110 Art. 14 lid 3 Verordening 659/1999.
111 ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123 m.nt. Verheij.
112 Het wetsvoorstel Terugvordering staatssteun (Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 1-3) voorziet wel in een dergelijke grondslag.
113 Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 1; zie uitgebreid over de bestuursrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun: Adriaanse en Den Ouden 2008, zie over het wetsvoorstel in algemene zin Van den Tweel 2007, p.

naar nationaal recht nu nog onmogelijk.[114] De rentevordering kan wel worden gebaseerd op het burgerlijk recht. EG-rechtelijk kan men bij de uitspraak wel vraagtekens zetten, nu als gezegd op grond van artikel 14 lid 2 Procedureverordening de terug te vorderen steun per definitie de rente omvat.[115] Alleen dan worden immers alle financiële voordelen van de steunverlening ongedaan gemaakt en worden de eerlijke concurrentieverhoudingen hersteld. In het systeem van de verordening wordt de rentevordering aldus geïmpliceerd in het terugvorderingsbesluit. Omdat voor het laatste besluit wel een wettelijke grondslag bestond, had ook de rentevordering op deze grondslag kunnen worden gebaseerd.

Ook uit de jurisprudentie blijkt inmiddels ondubbelzinnig dat – wanneer duidelijk wel bestuursorgaan concreet bevoegd is – een communautaire verordening naar nationaal recht als bevoegdheidsgrondslag kan dienen, ook voor bevoegdheden met ingrijpende gevolgen voor de vrijheden en rechten van individuen. Op 28 augustus 2008 overwoog de voorzitter van het CBb, onder verwijzing naar artikel 249 EG, dat een verordening voor de minister van Landbouw, natuurbeheer en voedselkwaliteit (LNV) de bevoegdheidsgrondslag biedt om een bepaald controleregime op een bedrijf van toepassing te verklaren, ook al was deze ingrijpende bevoegdheid in het nationale recht niet nader geoperationaliseerd.[116] Wel was de minister bij ministeriële regeling als de bevoegde autoriteit met betrekking tot de toepassing van de bevoegdheid aangewezen, zodat zich op het punt van het bevoegde orgaan geen problemen voordeden. Een ander voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Haarlem in een douanezaak.[117] In deze zaak was de door dit orgaan opgelegde douaneheffing gebaseerd op een regeling uit het Douanebesluit, een gedelegeerde lagere regeling die is terug te voeren op de Douanewet. De regeling uit het Douanebesluit diende ter nadere uitwerking van een bepaling van het Communautair Douanewetboek (CDW). Volgens appellant was de regeling in het Douanebesluit in strijd met het in artikel 104 Grondwet vervatte legaliteitsbeginsel, dat belasting dient te worden geheven uit kracht van (formele) wet. De rechtbank wees dit bezwaar af, omdat de bevoegdheid tot douaneheffing – volgens haar – is gebaseerd op het EG-Verdrag en het daarop stoelende Communautair Douanewetboek (CDW). Hierbij is een zelfstandig en rechtstreeks werkend communautair systeem ingesteld, waaruit volgt dat een verordening gelijkgesteld kan worden met de conform artikel 104 Grondwet vereiste wet in formele zin.[118] Ook kan worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 2 november 2004, waaruit blijkt dat een verordening ook de directe grondslag kan zijn van een strafbaarstelling.[119] In die zin voldoet een verordening kennelijk ook aan het

114 ABRvS 10 juli 2002, AB 2003/123 m.nt. Verheij; rentevordering is nu wel mogelijk, maar dan op privaatrechtelijke grondslag.

115 Art. 14 lid 2 Procedureverordening bepaalt: 'De op grond van een terugvorderingsbeschikking terug te vorderen steun omvat rente tegen een door de Commissie vastgesteld passend percentage.'

116 Vz. CBb 28 augustus 2008, AB 2008/344 m.nt. Ortlep.

117 Rb. Haarlem 28 april 2009, LJN BI9227.

118 Art. 104 Gw: 'Belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet. Andere heffingen van het Rijk worden bij de wet geregeld.'

119 HR 2 november 2004, NJ 2005/80, SEW 2005, p. 336-339; vergelijk ook T. Barkhuysen, H. Griffioen en W.J.M. Voermans, Artikelen 93 en 94 volgens de Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht, NJB 2004, p. 2289-2290.

strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van artikel 1 Wetboek van Strafrecht (Sr), dat een wettelijke strafbepaling vereist.[120]

Deze jurisprudentie lijkt te suggereren dat een verordening in zekere mate gelijkgesteld kan worden met een wet in formele zin, zoals vereist door bijvoorbeeld artikel 104 Grondwet (Gw) voor de heffing van belastingen. Daar kan echter tegenin worden gebracht dat een verordening tot stand kan worden gebracht zonder dat een parlementaire instantie betrokken is; denk bijvoorbeeld aan verordeningen van de Raad of van de Commissie. Dit staat op gespannen voet met het uitgangspunt van democratische legitimatie, een van de grondgedachten van het legaliteitsbeginsel. Vergelijk in dat opzicht ook artikel 81 Gw, dat stelt dat wetten worden vastgesteld door regering en Staten-Generaal gezamenlijk. Dit leidt Besselink e.a. tot de conclusie dat verordeningen slechts vergelijkbaar zijn met wetgeving in materiële zin en niet met wetten in formele zin.[121] Een letterlijke lezing van artikel 81 Gw steunt deze opvatting en leidt tot de conclusie dat verordeningen enkel met wetgeving in materiële zin gelijkgesteld kunnen worden.

*De richtlijn*

Op grond van artikel 249 derde alinea EG-Verdrag is een richtlijn voor een lidstaat verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar wordt aan de nationale instanties de bevoegdheid gelaten om vorm en middelen te kiezen. Deze keuze wordt door de lidstaat gemaakt bij de omzetting van de richtlijn, die volgens vaste rechtspraak van het Hof moet geschieden door middel van 'dwingende bepalingen van intern nationaal recht'. Doorgaans betekent dit dat richtlijnen moeten worden omgezet door middel van algemeen verbindende voorschriften. Daarin wordt ook het orgaan aangewezen dat met de uitvoering van de omzettingswetgeving – en indirect dus met de uitvoering van de richtlijn zelf – is belast. In deze structuur vindt bevoegdheidsverlening aan overheidsorganen plaats in het nationale recht, met inachtneming van het nationale legaliteitsbeginsel.

Daarmee is echter niet het gehele verhaal verteld. Zoals bekend kunnen richtlijnbepalingen in het geval van niet-tijdige of incorrecte omzetting en onjuiste toepassing ervan toch effect sorteren in de nationale rechtsorde door middel van de doorwerkingsinstrumenten van richtlijnconforme uitleg en rechtstreekse werking (voor zover de bepaling voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is geformuleerd).[122] Kan dit leiden tot het creëren van een niet-bestaande bevoegdheid voor een bestuursorgaan?

Het instrument van de rechtstreekse werking biedt de mogelijkheid om de invulling van een bevoegdheid communautair in te kleuren wanneer in het nationale recht een bestuurlijke bevoegdheid bestaat die dezelfde materie als de richtlijn betreft en waarbinnen de richtlijnbepaling derhalve kan worden toegepast. Voor zover de

120 Art. 1 lid 1 Sr: 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.'

121 L.F.M. Besselink e.a., De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie, Groningen: Europa Law Publishing 2002, p. 106.

122 Vergelijk Jans e.a. 2007, p. 63-112.

nationale normering van deze bevoegdheid strijdig is met de rechtstreeks werkende richtlijnbepaling wordt deze normering buiten toepassing gelaten en wordt in plaats daarvan de richtlijnbepaling toegepast. Voor een particulier kan deze modificatie wel betekenen dat hij te maken krijgt met een geheel andere inhoudelijke normering dan hij op grond van het nationale recht had verwacht. Vergelijk in dit verband ook de problematiek in zogenoemde 'driehoeksverhoudingen' zoals hiervoor besproken in paragraaf 3.3.

Wanneer er in het nationale recht echter in het geheel geen bevoegdheid bestaat, is de grens van het instrument van rechtstreekse werking van richtlijnen bereikt. Een bevoegdheid kan niet rechtstreeks gebaseerd worden op een richtlijnbepaling met rechtstreekse werking. Voor de rechtstreekse werking van door richtlijnen aan burgers opgelegde *verplichtingen* vloeit deze beperking voort uit de verboden van horizontale en omgekeerd verticale werking.[123] Op grond van dit op het rechtszekerheidsbeginsel gebaseerde verbod kan een richtlijn op zichzelf, zonder nationale omzettingsmaatregelen, überhaupt geen verplichtingen opleggen aan burgers, laat staan een daartoe strekkende bevoegdheid creëren. Wat betreft *rechten* van burgers blijkt deze beperking uit de zaak Dorsch Consult,[124] waarin het Hof bepaalde dat een beroepsinstantie die op grond van het nationale recht bevoegd was kennis te nemen van beroepen betreffende de aanbesteding van overheidsopdrachten voor werken en leveringen, deze bevoegdheid niet op grond van het – niet omgezette – rechtstreeks werkende artikel 41 van richtlijn 92/50 (coördinatie van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening) kon uitbreiden naar beroepen betreffende de aanbesteding van overheidsopdrachten voor dienstverlening. Daarbij verwees het Hof naar het beginsel van institutionele autonomie. Er moet dus een bevoegdheidsgrondslag zijn in het nationale recht, waarbinnen de rechtstreeks werkende richtlijnbepaling kan worden toegepast. Als er bijvoorbeeld in een lidstaat geen milieuwetgeving bestaat, dan is er ook geen aanknopingspunt om rechtstreeks werkende Europese milieunormen toe te passen. Hoewel in Nederland een dergelijke situatie thans niet aan de orde is, heeft deze beperking toch gespeeld, namelijk bij de Nitraatrichtlijn. In de tien jaar dat deze richtlijn niet correct was omgezet,[125] bleek er geen enkele bestuursrechtelijke bevoegdheid te zijn waarbinnen de normen van die richtlijn konden worden toegepast.[126] Voor het brengen van nitraat in de bodem, waarvoor de Nitraatrichtlijn normen voorschreef, bestond namelijk geen vergunningsplicht.

Ten slotte kan gewezen worden op de situatie waarbij naar nationaal recht weliswaar een bevoegdheid bestaat waarbinnen de richtlijnnorm zou kunnen worden toegepast, maar deze bevoegdheid zodanig door de nationale wetgeving wordt begrensd dat daarbinnen naar nationaal recht geen plaats is voor de normen die

123 HvJ 26 februari 1986, zaak 152/84, Marshall I, Jur. 1986, p. 723; HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, Faccini Dori, Jur. 1994, p. I-3325.

124 HvJ EG 29 mei 1997, zaak C-14/96, Dorsch Consult, Jur. 1997, p. I-4961.

125 Zie voor de veroordeling van Nederland wegens incorrecte omzetting, HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-322/00, Commissie versus Nederland, M en R 2003/11, nr. 16 m.nt. van Rijswick; AB 2004/38 m.nt. Backes.

126 Vergelijk H.F.M.W. van Rijswick, Het Nederlands mestbeleid te kakken gezet, NTER 2004/3, p. 48-56, i.h.b. p. 51-52.

de richtlijn voorschrijft. In dat geval staat het specialiteitsbeginsel op gespannen voet met de toepassing van de rechtstreeks werkende richtlijnbepaling. In Nederland hebben deze spanningen zich tot nu toe voorgedaan bij de toepassing van de limitatief-imperatieve stelsels voor de verlening van bouwvergunningen (art. 44 Woningwet) en aanlegvergunningen (art. 44 Wet ruimtelijke ordening). Op grond van beide stelsels kunnen deze vergunningen alleen worden geweigerd wanneer zich een van de in deze bepalingen limitatief opgesomde weigeringsgronden aan de orde is. De vraag die kan spelen, is of een vergunning ook kan of moet worden geweigerd als een bepaald bouwwerk of werk in overeenstemming is met deze gronden, maar in strijd is met bijvoorbeeld de Europese luchtkwaliteitseisen of de Habitatrichtlijn. In de literatuur en in de lagere rechtspraak wordt deze vraag doorgaans bevestigend beantwoord en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt zich in de overigens beperkte rechtspraak hierbij aan te sluiten.[127] Daarbij baseert men zich op de EG-rechtelijke plicht om nationale toetsingsnormen in geval van strijd met een rechtstreeks werkende richtlijnbepaling buiten toepassing te laten. Hoewel deze opvatting mijns inziens correct is, heeft zij wel als gevolg dat *de facto* de nationale bevoegdheid wordt opgerekt.

Naast rechtstreekse werking is ook het instrument van richtlijnconforme uitleg van belang. Op grond van de rechtspraak van het Hof zijn nationale rechters en bestuursorganen verplicht om het nationale recht zo veel mogelijk te interpreteren in het licht van de bewoordingen van het doel van een richtlijn.[128] Uit het feit dat dit moet plaatsvinden 'binnen de grenzen van de bevoegdheid' van de nationale rechter of overheidsinstantie in kwestie vloeit voort dat richtlijnconforme uitleg per definitie niet geschikt is voor het creëren van bevoegdheden, die in het nationale recht niet bestaan.

Wanneer naar nationaal recht wel een bevoegdheid voorhanden is, kan richtlijnconforme uitleg wel worden gebruikt om die bevoegdheid nader in te vullen. Die mogelijkheid is echter niet onbegrensd, nu de verplichting tot richtlijnconforme uitleg wordt begrensd door het rechtszekerheidsbeginsel. Op grond van dit beginsel mag richtlijnconforme uitleg er niet toe leiden dat een nationale strafbaarstelling wordt gevestigd of verzwaard.[129] Het Hof acht dat in strijd met het beginsel van non-retroactiviteit, dat onder meer wordt gewaarborgd door artikel 7 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Vanwege deze beperking kan een burger niet worden vervolgd of bestraft wegens overtreding van een EG-rechtelijke norm als deze overtreding niet in het nationale recht strafbaar is gesteld. In het verlengde hiervan kan worden gewezen op een recente uitspraak van de Afdeling, waarin werd overwogen dat

127 Zie voor de rechtspraak expliciet Rb. Zutphen 4 januari 2006, LJN AV0543, en impliciet ABRvS 16 maart 2006, 20050696/1. Zie voor de literatuur onder meer, P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer en J. Robbe, Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, Kluwer: Deventer 2009, p. 173; Freriks 2002, p. 132-135, Jans 2006, p. 18-21.

128 Vergelijk HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jur. 1984, p. 189; HvJ EG 13 november 1990, zaak 106/89, Marleasing, Jur. 1990, p. I-4135; HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken 397/01 t/m C-403/01, Pfeiffer, AB 2005/16 m.nt. Widdershoven.

129 HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, Kolpinghuis, Jur. 1987, p. 3969, en HvJ EG 9 september 2004, zaak C-397/02, C-391/02 en C-403/02, Berlusconi, SEW 2005, p. 443 m.nt. Prechal.

richtlijnconforme uitleg ook niet kan leiden tot het opleggen van een bestuurlijke boete.[130] Daarnaast vloeit uit het rechtszekerheidsbeginsel voort dat richtlijnconforme uitleg *contra legem* niet is toegestaan.[131] Conforme uitleg van een bepaling van nationaal recht mag derhalve niet leiden tot een interpretatie die in strijd is met die bepaling.

Anders dan rechtstreekse werking leent conforme uitleg zich vanwege deze beperkingen principieel niet voor het doorbreken van een limitatief wettelijk toetsingskader.[132] Aldus blijft het specialiteitsbeginsel overeind. Ook kan volgens de ABRvS richtlijnconforme uitleg niet worden gebruikt om de reikwijdte van een verbodsbepaling die gekoppeld is aan een vergunningsplicht, uit te breiden.[133] De Afdeling acht dat in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat deze uitbreiding niet kenbaar is voor de adressanten van de verbodsnorm. Met deze opvatting kan worden ingestemd, ook in het licht van het legaliteitsbeginsel. In de woorden van Widdershoven: 'richtlijnconforme interpretatie kan wel worden gebruikt om het toetsingskader van een bestaande nationale bestuursbevoegdheid conform het EG-recht in te kleuren, maar niet om een niet bestaande nationale bevoegdheid te creëren'.[134] Anders gezegd, richtlijnconforme uitleg vooronderstelt het bestaan van een nationale bevoegdheid. Is zo'n bevoegdheid er niet, dan valt er ook niets te interpreteren.

Is een bestuurlijke bevoegdheid er wel en is het nationale toetsingskader voor de toepassing ervan voldoende ruim geformuleerd, dan biedt richtlijnconforme uitleg wel goede mogelijkheden om een richtlijn in het nationale recht te laten doorwerken, ook al betekent deze uitleg dat het toetsingskader op een andere wijze wordt ingevuld dan voorheen op grond van uitsluitend het nationale recht geschiedde. In dit verband is van belang dat de Hoge Raad in belastingzaken heeft uitgemaakt dat voor de reikwijdte van richtlijnconforme uitleg de mogelijkheden die de tekst van de nationale wettelijke bepaling biedt bepalend zijn en niet een eventueel daarvan afwijkende wetshistorie.[135] De Hoge Raad baseert deze opvatting op de zaak Wagner Miret, waarin het Hof heeft gesteld dat 'de nationale rechter bij uitleg en toepassing van het nationale recht ervan moet uitgaan dat de staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan alle uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen'.[136] Dit uitgangspunt geldt volgens de Hoge Raad ook als vaststaat dat de wetgever zich van deze verplichtingen in het geheel niet bewust was. Van dit uitgangspunt wordt alleen afgeweken in de – toch vooral theoretische – situatie

130 ABRvS 4 maart 2009 (Mandenmakers): AB 2009/156 m.nt. Widdershoven.
131 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, Pupino, AB 2006/108 m.nt. De Moor-van Vugt. Zie voor deze beperking in de Nederlandse rechtspraak, ABRvS 29 mei 2001, JB 2001/179; ABRvS 7 december 2005 (Boxtel), AB 2006/67 m.nt. RW; ABRvS 5 december 2007, AB 2008, 18.
132 Zo ook: J.H. Jans, Doorbreking van het specialiteitsbeginsel door het Europees recht?, in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille en H.B. Winter, Op tegenspraak (Damen-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 13-28, op p. 16 en 18.
133 ABRvS 28 februari 2007, Fortis, AB 2007/183 m.nt. Widdershoven; M en R 2007, nr. 45 m.nt. Jans en Verschuuren.
134 Annotatie onder ABRvS 28 februari 2007, AB 2007/183.
135 HR 10 augustus 2007, Wandelvierdaagse. AB 2007/291; HR 6 juni 2008, Joustra, AB 2008/214, beide m.nt. Widdershoven.
136 HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, Wagner Miret, Jur. 1993, p. I-6911.

dat de wetgever in toelichtingen of uitlatingen 'ondubbelzinnig uitdrukking' heeft 'gegeven van de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken' van de richtlijn. In dat geval zou er in feite sprake zijn van *contra legem* conforme uitleg. Zoals hiervoor al is aangegeven, acht het Hof deze uitleg in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.

Uit de hiervoor genoemde rechtspraak blijkt ook dat de plicht tot richtlijnconforme uitleg volgens de Hoge Raad niet wordt beperkt door het verbod van omgekeerde verticale werking. In deze zaken kan de conforme uitleg er namelijk toe leiden dat aan particulieren een hogere – door de richtlijn voorgeschreven – belasting wordt opgelegd dan op grond van de wetshistorie kon worden verwacht. De opvatting dat richtlijnconforme uitleg niet wordt beperkt door het genoemde verbod wordt gedeeld door de Afdeling,[137] en lijkt gelet op de uitspraak van het Hof in de zaak Pfeiffer – waarin het Hof expliciet heeft bepaald dat het verbod van horizontale werking niet in de weg staat aan richtlijnconforme uitleg – EG-rechtelijk verdedigbaar.[138] In het geval van conforme uitleg wordt immers – anders dan bij rechtstreekse werking – niet de richtlijn zelf ten nadele van een particulier toegepast, maar het (richtlijnconform geïnterpreteerde) nationale recht. Hierbij wordt wel aangevoerd wordt dat hiertegen weinig bezwaren bestaan, omdat particulieren binnen de grenzen van de wet nu eenmaal bedacht moeten zijn op onverwachte vormen van rechterlijke interpretatie.[139] Echter, men moet niet uit het oog verliezen dat de consequenties van richtlijnconforme uitleg op de toepassing van een nationaalrechtelijke bevoegdheid groot kunnen zijn. In sommige gevallen kan richtlijnconforme interpretatie daarom een resultaat hebben dat wat betreft negatieve consequenties voor particulieren dicht in de buurt komt van omgekeerd verticale werking.

Samenvattend kan een richtlijnbepaling nooit direct als bevoegdheidsgrondslag dienen voor een nationaal bestuursorgaan. Hoewel rechtstreekse werking en richtlijnconforme uitleg veel mogelijkheden bieden voor de doorwerking van de richtlijn, gaan beide instrumenten niet zover dat op basis ervan een niet bestaande nationale overheidsbevoegdheid kan worden gecreëerd. Dit kan worden verklaard vanuit het karakter van de richtlijn, die zich juist kenmerkt door het feit dat omzetting in nationaal recht noodzakelijk is. Voor beide doorwerkingsinstrumenten geldt echter wel dat zij de inhoud van een door het nationale recht toegekende bestuurlijke bevoegdheid tamelijk ingrijpend kunnen modificeren.

*De beschikking*

De beschikking, ten slotte, is het laatste instrument dat besproken moet worden in het licht van het vereiste van een wettelijke grondslag. Hoewel artikel 249 EG de beschikking definieert als dat zij 'verbindend is in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht', moet in het oog worden gehouden dat heel

137 ABRvS 7 december 2005, Boxtel, AB 2006/67 m.nt. RW.
138 HvJ EG 5 oktober 2004, zaak C-397/01, Pfeiffer, AB 2005/16 m.nt. RW.
139 Zie bijvoorbeeld Widdershoven 2007.

verschillende beschikkingen bestaan. Mijns inziens moeten verschillende soorten beschikkingen worden onderscheiden.[140]

In de eerste plaats kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds beschikkingen die direct zijn gericht tot particulieren en beschikkingen die zijn geadresseerd aan lidstaten. In het eerste geval, wanneer bijvoorbeeld de Commissie een boete oplegt aan ondernemingen in de lidstaten wegens overtreding van het kartelverbod, kunnen duidelijk direct verplichtingen aan particulieren worden opgelegd zonder dat een nationaalrechtelijke implementatie daarvan noodzakelijk is. Het gaat dan echter om directe toepassing van het communautaire recht, door een orgaan van de EG, te weten de Commissie. De beschikking biedt dan echter nooit een directe bevoegdheidsgrondslag voor een nationaal bestuursorgaan.

Binnen de groep beschikkingen gericht tot de lidstaten zou mijns inziens een onderscheid gemaakt moeten worden tussen beschikkingen die van algemene strekking zijn, en door de lidstaat in de nationale rechtsorde moeten worden geïmplementeerd, en beschikkingen die indirect, via de lidstaat, zijn gericht aan een of meer specifieke particulieren: de zogenoemde beschikking met een afgeleide particuliere adressaat. Voor deze laatste groep, waarvan een goed voorbeeld kan worden gevonden in de bekende beschikkingen waarbij de Commissie de lidstaat opdraagt om onrechtmatige staatssteun terug te vorderen van bedrijven die met naam in de beschikking genoemd worden, geldt dat de bevoegdheidsgrondslag in het algemeen in het nationale recht te vinden is. De normering van die bevoegdheid is wel volledig communautair; het gaat immers om een onvoorwaardelijke verplichting, waarbij de lidstaat enkel de ruimte wordt gelaten om de wijze van terugvordering op nationaal niveau te bepalen.[141]

Hoewel de bevoegdheid in terugvorderingszaken dus volledig nationaalrechtelijk is – weliswaar met een communautaire inkleuring – moet opgemerkt worden dat dergelijke beschikkingen wel degelijk geschikt zijn voor het opleggen van verplichtingen aan de afgeleide particuliere adressaat, ook al volgt dat niet direct uit de letterlijke bewoordingen van artikel 249 EG. Hoewel het Hof de rechtstreekse werking van dergelijke beschikkingen tot op heden niet expliciet heeft erkend, lijken in de rechtspraak van het Hof toch voldoende aanwijzingen te vinden op grond waarvan rechtstreekse werking kan worden aangenomen.[142] Deze rechtstreekse werking biedt particulieren de mogelijkheid om de naleving van de terugvorderingsbeschikking te eisen voor de nationale rechter. Dit betekent dus dat dergelijke beschikkingen, hoewel gericht tot de lidstaat, aan de 'afgeleide adressaat' verplichtingen op kunnen leggen. Dat is in lijn met het feit dat dergelijke 'afgeleide adressaten', die met naam en toenaam genoemd worden, op grond van artikel 230 vierde alinea EG-Verdrag ook de mogelijkheid hebben om beroep tegen de beschikking in te stellen, zodat ook effectieve rechtsbescherming voor hen gegarandeerd is. Men moet er echter op bedacht zijn dat sommige

140 Zie hierover uitgebreider M.J.M. Verhoeven, De rechtstreekse werking van de communautaire beschikking, Ars Aequi 2008, p. 214-216. Vergelijk ook R. Greaves, The Nature and Binding Effect of Decisions under Article 189 EC, E.L. Rev 1996, p. 3-16.

141 P.C. Adriaanse, Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun, Deventer: Kluwer 2006, p. 185.

142 HvJ EG 19 juni 1973, zaak 77/72 Capolongo, Jur. 1973, p. 611; zie uitgebreider Adriaanse 2006, p. 184.

terugvorderingsbeschikkingen indirect zijn gericht tot een onbepaalde groep afgeleide adressaten (denk bijvoorbeeld aan de steun aan de pomphouders in de grensstreek enkele jaren geleden).[143] In dergelijke gevallen is geen direct beroep bij het HvJ EG mogelijk, maar kan alleen via de nationale rechter in een prejudiciële procedure de geldigheid aan het Hof worden voorgelegd.

Over de laatste groep beschikkingen, die van algemene strekking, gericht aan de lidstaat, kan in algemene zin worden opgemerkt dat hun karakter dicht ligt bij dat van de richtlijn. Zo is de jurisprudentie over rechtstreekse werking van dergelijke beschikkingen vergelijkbaar met die over richtlijnen.[144] Zo kan gewezen worden op het arrest CARP,[145] waarin het Hof expliciet horizontale rechtstreekse werking afwees van een beschikking met regels van algemene strekking die gericht was aan de lidstaten, maar waarbij deze regels niet waren geïmplementeerd in nationaal recht. Hier lijkt dus een parallel zichtbaar met de jurisprudentie waarin horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen wordt verboden.[146] Zo heeft het Hof omgekeerde verticale rechtstreekse werking van beschikkingen van algemene strekking, gericht aan de lidstaat, verboden.[147] Dat betekent dat dergelijke beschikkingen niet kunnen dienen als bevoegdheidsgrondslag voor nationale bestuursorganen. Vergelijk in dat verband ook de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, waarin – onder verwijzing naar de jurisprudentie over rechtstreekse werking van richtlijnbepalingen – een verbod op omgekeerd verticale werking werd aangenomen. Het ging daarbij om een beschikking, houdende een verbod op het exporteren van Brits rundvlees in verband met de BSE-crisis, tenzij dit vlees was voorzien van een gezondheidscertificaat. Nu deze eis nog niet was opgenomen in de Nederlandse regelgeving, mocht een bestuursorgaan zich hier niet tegenover een particulier op beroepen.[148] Met andere woorden, het bestuursorgaan kon de bevoegdheid een gezondheidscertificaat te eisen niet rechtstreeks op de beschikking baseren.

Het lijkt er dus op dat analoog aan de jurisprudentie over richtlijnen kan worden beredeneerd dat beschikkingen van algemene strekking, gericht tot een lidstaat niet direct kunnen fungeren als grondslag voor besluiten van bestuursorganen, met negatieve implicaties voor individuen. Vergelijk in die zin ook een uitspraak van het CBb van 18 september 2008, waarin het CBb over een beschikking van algemene strekking overwoog dat 'pas uitvoering kan worden gegeven aan daaruit voortvloeiende communautaire verplichtingen, als het nationale recht daartoe in een bevoegdheid voorziet en aan de voorwaarden voor uitoefening van deze

143 HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, Commissie/Nederland, Jur. 2002, p. I-5163, President GvEA EG 8 december 2000, T-237/99R, BP Nederland, Jur. 2000, p. II-3849. Bestreden werd beschikking 1999/705/EG van de Commissie van 20 juli 1999 betreffende staatssteun van Nederland ten behoeve van 63 tankstations in de grensstreek van Duitsland (Pb. 1999, L 280/87).

144 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 6 oktober 1970, zaak 9/70 Grad, Jur. 1970, p. 825 en HvJ EG 10 november 1991, zaak C-156/91 Hansa Fleisch, Jur. 1992, p. I-5567. Zie recentelijk ook HvJ EG 20 november 2008, zaak C-18/08, Foselev, AB 2009/21 m.nt. ondergetekende.

145 HvJ EG 7 juni 2007, zaak C-80/06, CARP, AB 2007/331 m.nt. R. Ortlep en ondergetekende.

146 Nettesheim stelt zelfs in het algemeen dat de jurisprudentie over rechtstreekse werking van richtlijnen ook toegepast kan worden op beschikkingen; Nettesheim in: E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (red.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, München: Beck 2001, art. 249 Rn 203, art. 24, rr. 203.

147 Vergelijk HvJ EG 18 november 1975, zaak 30/75, Spa Unil, Jur. 1975, p. 1419, waarin omgekeerde rechtstreekse werking van dergelijke beschikkingen wordt ontkend.

148 Rb. Rotterdam 25 november 1999, JB 2000, 37 m.nt. M. Claes.

bevoegdheid is voldaan'.[149] In de Duitse literatuur, echter, wordt deze vraag zowel positief als negatief beantwoord.[150] Sommige auteurs achten het doorslaggevend dat implementatie is vereist in nationaal recht.[151] Nu artikel 249 EG stelt dat de beschikking bindend is voor de adressaten, is voor een tot de lidstaat gerichte beschikking dus implementatie vereist voordat verplichtingen kunnen worden opgelegd aan particulieren. In deze visie zijn beschikkingen van algemene strekking, gericht tot de lidstaat, dus vooral nauw verwant aan het instrument van de richtlijn: de nationale implementatiewetgeving is dan de wettelijke grondslag voor besluiten van bestuursorganen, en niet het communautaire recht. Gezien de ontwikkeling van de Luxemburgse jurisprudentie neig ik ernaar mij bij deze opvatting aan te sluiten. Andere Duitse auteurs accepteren echter dat beschikkingen, gericht aan de lidstaat, met negatieve gevolgen voor particulieren, gelijkgesteld kunnen worden met een wettelijke grondslag.[152] Hun belangrijkste argument is dat dergelijke beschikkingen in de regel geen discretionaire ruimte laten aan de lidstaten. In dat opzicht gaat, in hun optiek, de vergelijking met richtlijnen dan ook niet op; zij beschouwen dergelijke beschikkingen nauwer verwant aan verordeningen.

149 CBb 18 september 2008, AB 2008/359 m.nt. R. Ortlep.

150 Vergelijk Rieckhoff, die zegt dat in de Duitse doctrine geen eenduidige opvatting bestaat over de vraag of dergelijke beschikkingen aan een wettelijke grondslag gelijk kunnen worden gesteld. Rieckhoff 2007, p. 208-209.

151 Zie voor deze mening bijvoorbeeld Greaves 1996, p. 12; Nettesheim in Grabitz/Hilf, art. 249, Rn. 203; Ruffert in Calliess/Ruffert, art. 249, Rn. 125; H. Tuengerthal, Zur Umsetzung von EG-Richtlinien und staatengerichteten EG-Entscheidungen in deutsches Recht, Frankfurt: Peter Lang 2003, p. 233; M. Vogt, Die Eintscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrecht, Tübingen: Mohr SIebeck 2005, p. 171 e.v.

152 Zie voor deze opvatting bijvoorbeeld, S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss: Mohr Siebeck 1998, p. 231; A. Scherzberg, Verordnung – Richtlinie – Entscheidung, in: Europäische Integration und nationalstaatliche Verwaltung: deutsche Vereinigung und institutionelle Weiterentwichlung der Europäischen Gemeinschaft, 1991, p. 17-42, p. 37; A. Weber, Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG 1987, p. 19.

# 5 Conclusie

De conclusie van dit alles is duidelijk: het communautaire recht heeft steeds meer invloed op de dagelijkse praktijk van bestuursorganen. Niet alleen kunnen bepaalde communautaire instrumenten mijns inziens als directe bevoegdheidsgrondslag dienen, daarnaast verplicht het Hof de nationale bestuursorganen ook om strijdige nationale wetgeving buiten toepassing te laten. Hoe nu met dit alles om te gaan?

## 5.1 Communautair recht als directe bevoegdheidsgrondslag

Uit het legaliteitsbeginsel vloeit voort dat het optreden van bestuursorganen, met name wat betreft ingrijpende bevoegdheden, maar in toenemende mate ook voor het zogenoemde 'presterend bestuur', een basis in een wettelijke grondslag moet hebben. Die wettelijke grondslag was van oudsher nationaalrechtelijk, maar in de samengestelde rechtsorde speelt steeds meer de vraag een rol of aan deze legaliteitseis ook voldaan kan worden door een directe grondslag in een communautaire rechtsbron.

Deze vraag kan niet eenvoudig met een 'ja' of 'nee' beantwoord worden. In de eerste plaats vereist het legaliteitsbeginsel dat duidelijk is, welk bestuursorgaan bevoegd is. Wanneer een bevoegdheid van een bestuursorgaan dus rechtstreeks voortvloeit uit een communautair rechtsinstrument, zal daaruit ook duidelijk moeten voortvloeien welk bestuursorgaan bevoegd is. Wanneer dat niet het geval is en in de nationale rechtsorde niets over de bevoegdheidstoedeling is geregeld, kan de bevoegdheid niet rechtmatig worden uitgeoefend.

Daarnaast hangt het antwoord op de vraag of communautaire bepalingen direct als rechtsgrondslag kunnen dienen, af van het desbetreffende rechtsinstrument. Het EG-Verdrag kan naar zijn aard wel als grondslag dienen, nu het rechtstreeks toepasselijk is in de nationale rechtsorde. Echter, de verdragsbepalingen zijn in de regel ongeschikt, omdat ze hier niet voor geschreven zijn. Bepalingen over de interne organisatie van de Europese Unie of bepalingen die als rechtsgrondslag voor secundaire regelgeving dienen, zijn niet geschikt als directe grondslag voor het optreden van nationale bestuursorganen. Bepalingen die zich hier naar hun aard wel voor lenen, zijn in de regel nog niet specifiek genoeg, zodat implementatie in nationale wetgeving vereist is, bijvoorbeeld om de bevoegde autoriteit aan te wijzen.

Voor verordeningen geldt een vergelijkbaar antwoord. In beginsel is een verordening geschikt als directe bevoegdheidsgrondslag, nu deze rechtshandeling rechtstreeks toepasselijk is. Echter, wel moet duidelijk zijn wie bevoegd is. In de praktijk wordt dit vaak in nationale wetgeving geregeld. Wanneer dat echter bij uitzondering al uit de verordening zelf blijkt, is er niets op tegen dat deze als directe

bevoegdheidsgrondslag dient. Dat blijkt ook wel uit de memorie van toelichting op de Awb, waarin de wetgever expliciet overwoog dat een verordening gelijkgesteld kan worden aan een wettelijk voorschrift.

Richtlijnen kunnen per definitie niet dienen als directe bevoegdheidsgrondslag. Niet alleen is implementatie vereist in nationale wetgeving en is in de regel niet duidelijk welk specifieke bestuursorgaan bevoegd is, bovendien geldt een verbod van omgekeerd verticale werking, zodat richtlijnen niet door overheidsorganen ten nadele van burgers kunnen worden toegepast. Daarom kan alleen de nationale implementatiewetgeving als bevoegdheidsgrondslag dienen en niet de richtlijn zelf. Datzelfde geldt voor beschikkingen. Voor zover deze bevoegdheden voor nationale bestuursorganen scheppen, is in de regel een nationaalrechtelijke bevoegdheidsgrondslag vereist.

## 5.2 De Costanzo-verplichting

Laten we terugkeren naar de vraag in DocMorris, waar de Duitse rechter wilde weten of een nationaal bestuursorgaan ook bevoegd en verplicht is om nationaal recht buiten toepassing te laten wanneer het niet om een evidente schending van het gemeenschapsrecht gaat en het HvJ EG niet de onverenigbaarheid van de betrokken bepalingen met het gemeenschapsrecht heeft vastgesteld. Hoewel deze vraag als gezegd door het Hof niet beantwoord is, omdat het de Duitse wetgeving niet in strijd met het vrij verkeer van vestiging achtte, zou het Hof deze naar mijn inschatting bevestigend beantwoord hebben. De Costanzo-verplichting vloeit immers voort uit voorrang en rechtstreekse werking, en is niet afhankelijk van eerdere nationale of Luxemburgse rechtspraak, of van de vraag hoe evident een botsing tussen nationaal recht en communautair recht is.

Hoewel dit in het licht van eerdere jurisprudentie een verdedigbaar antwoord zou zijn, meen ik dat de vraag in DocMorris vanuit theoretisch en praktisch oogpunt wel degelijk verdedigbaar is en niet per definitie volmondig bevestigend beantwoord hoeft te worden. Om hier nauwkeuriger op in te gaan, kan de vraag van de Duitse rechter in twee punten uiteen getrokken worden; is het bestuursorgaan *bevoegd*, en is het *verplicht* om nationaal recht opzij te zetten wanneer het onverenigbaarheid met het communautaire recht vermoedt?

Mijns inziens is het bestuursorgaan altijd *bevoegd* om een bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten wanneer het van mening is dat deze strijdig is met het EG-recht. Die bevoegdheid vloeit immers voort uit de voorrang van het communautaire recht boven het nationale recht. Wanneer het bestuursorgaan dus meent dat er sprake is van een conflict tussen beide normen, is hij bevoegd het nationale recht buiten toepassing te laten. De bevoegdheid bestaat dus altijd, ongeacht of een belanghebbende of derde partij de communautaire bepaling heeft ingeroepen, en ongeacht of er een voorafgaande rechterlijke uitspraak is waaruit de strijdigheid met communautair recht blijkt. Hierbij moet wel acht worden geslagen op het verbod op horizontale en omgekeerd verticale werking van richtlijnbepalingen, hoewel dit verbod in de Luxemburgse jurisprudentie natuurlijk in hoge mate genuanceerd is.

Of het bestuursorgaan ook in alle gevallen *verplicht* is tot het opzij zetten van nationaal recht vanwege een vermeende strijdigheid met communautair recht, is echter een andere vraag. Hoewel die verplichting verdedigbaar is vanuit de gedachte dat communautair recht voorrang heeft in elke directe botsing met nationaal recht, moet mijns inziens niet alleen vanuit de theorie gedacht worden, maar ook pragmatisch de praktijk in ogenschouw genomen worden. Daartoe moet een onderscheid gemaakt worden tussen situaties waarin het bestaan van een botsing tussen nationaal recht en EG-recht twijfelachtig is, en situaties waarin die schending evident is, dan wel blijkt uit eerdere jurisprudentie.

Wanneer het gaat om een eventuele strijdigheid, waarbij het bestuursorgaan twijfelt of er wel sprake is van een botsing, ontstaat een lastige situatie, waarin het vanuit praktisch oogpunt maar de vraag is of een bestuursorgaan zal overgaan tot het opzij zetten van nationaal recht ten faveure van een bepaling van EG-recht. Hoewel een geïnstitutionaliseerde mogelijkheid voor hulp – zoals de nationale rechter zijn prejudiciële procedure heeft – ontbreekt, biedt de ICER-procedure, zoals die in het kabinetsstandpunt is overgenomen, het bestuursorgaan de mogelijkheid om advies te vragen bij het verantwoordelijke ministerie, en met het volgen van dat advies ook het risico op financiële gevolgen af te wenden. Echter, als gezegd blijft het uiteindelijke besluit de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan zelf.

Mijns inziens is het verdedigbaar dat bestuursorganen bij twijfel niet verplicht zijn tot het opzij zetten van bepalingen van nationaal recht. Wanneer een strijdigheid niet evident is of volgt uit eerdere jurisprudentie, is het aan het bestuursorgaan om de afweging te maken. Als gezegd, zijn ze vanzelfsprekend wel *bevoegd* om het nationale recht ten faveure van het EG-recht buiten toepassing te laten. Echter, het is ook te rechtvaardigen dat het bestuursorgaan kiest voor de toepassing van de nationale bepaling. Mijns inziens zijn beide keuzes verdedigbaar: een eventuele rechterlijke procedure over het genomen besluit zal dan duidelijkheid moeten brengen.

Hoewel tegenstanders zouden kunnen beweren dat dit in strijd is met de effectiviteit van het communautaire recht en de gemeenschapsloyaliteit van artikel 10 EG, doet deze oplossing wel recht aan de positie van het bestuursorgaan in de rechtsorde, met oog voor de bijbehorende mogelijkheden en onmogelijkheden. Bij twijfel is het aan de rechter om duidelijkheid te verschaffen, met direct de mogelijkheid van een prejudiciële verwijzing, zodat in twijfelgevallen direct in algemene zin duidelijkheid is verschaft. Deze directe controle garandeert dan de effectiviteit en uniforme toepassing van het communautaire recht: bij vernietiging van een besluit door de rechter, al dan niet na prejudiciële verwijzing, moet het bestuursorgaan vanzelfsprekend alsnog het EG-recht-conforme besluit nemen. Daarbij is daarna ook voor andere bestuursorganen duidelijk hoe in vergelijkbare casus gehandeld moet worden. Daarmee lost een nuancering van de Costanzo-verplichting niet alleen in de praktijk problemen op, maar wordt ook recht gedaan aan de beginselen van rechtszekerheid en uniforme rechtstoepassing. In twijfelgevallen is het vaak een zaak van interpretatie, waarbij verschillende oplossingen mogelijk zijn. Dergelijke afwegingen zijn mijns inziens het best thuis bij de rechter, die zo nodig over de prejudiciële procedure beschikt.

Een verplichting om nationaal recht buiten toepassing te laten, ten slotte, geldt wel bij evidente strijdigheden, of wanneer er een voorafgaande uitspraak is waarin een rechter de onverenigbaarheid van een bepaling van EG-recht met een nationaalrechtelijke bepaling heeft geconstateerd. In dergelijke gevallen mag van het bestuursorgaan verwacht worden dat het de juiste consequenties trekt. In zoverre sluit ik mij aan bij advocaat-generaal Lenz en diverse Duitse auteurs,[153] die vinden dat de Costanzo-verplichting beperkt zou moeten worden tot evidente conflicten en voorafgaande jurisprudentie waaruit de strijdigheid blijkt. Daarbij zou de verplichting mijns inziens niet alleen moeten gelden bij eerdere rechtspraak van het Hof in Luxemburg, maar ook jurisprudentie van de nationale rechter moeten omvatten. Die is immers als geen ander in staat om te beoordelen of er sprake is van een botsing tussen bepalingen van communautair recht en nationaal recht, ook zonder dat het HvJ EG daaraan te pas komt.

## 5.3 Legaliteit in de samengestelde rechtsorde

Wat betekent dit alles nu voor het legaliteitsbeginsel? Het legaliteitsbeginsel is tot ontwikkeling gekomen in de nationale rechtsorde, waarbij de wet in formele zin lange tijd als onaantastbaar gold. De ontwikkeling van het communautaire recht heeft tot gevolg gehad dat de louter nationale rechtsorde veranderde in een samengestelde rechtsorde, waarbinnen communautair recht voorrang heeft op nationaal recht. Dat heeft ertoe geleid dat het legaliteitsbeginsel niet langer louter in nationaal perspectief kan worden gezien. Met de ontwikkeling van de Costanzo-verplichting heeft het Hof de gevolgen van de voorrang van EG-recht voor het primaat van de wet duidelijk gemaakt; de wet in formele zin moet opzij worden gezet wanneer deze strijdig is met communautair recht. In andere jurisprudentie is regelmatig de vraag aan de orde geweest in hoeverre communautaire bepalingen als grondslag voor optreden van bestuursorganen kunnen gelden. Ook het vereiste van een wettelijke grondslag is daarmee in een nieuw perspectief geplaatst; bepalingen van EG-recht kunnen ook als grondslag dienen, mits de karakteristiek en eigenschappen van het desbetreffende instrument dit mogelijk maken. Dit geldt bijvoorbeeld wel voor verordeningen, maar niet voor richtlijnen en beschikkingen. Al met al kan gesteld worden dat de eisen van het legaliteitsbeginsel nog steeds gelden – eens te meer omdat ze ook in de communautaire rechtsorde in het EG-Verdrag en in de Luxemburgse jurisprudentie met zoveel woorden erkend worden. Echter, voor legaliteit in de nationale rechtsorde geldt dat niet langer enkel naar nationaal recht kan worden gekeken. De voorrang van EG-recht boven nationaal recht tast dus niet de uitgangspunten van het primaat van de wet en het vereiste van een wettelijke grondslag aan, maar leidt ertoe dat het begrip 'wet' ruimer geïnterpreteerd moet worden dan voorheen.

153 Zie bijvoorbeeld Streinz en Herrmann 2008.

# Stellingen

1. De erosie van het nationale legaliteitsbeginsel door het communautaire recht is niet dramatisch.
2. De algemene communautaire verplichting van bestuursorganen om nationaal recht opzij te zetten wanneer dat strijdig is met EG-recht, gaat veel te ver. (zie par. 3.3 + 5)
3. Het CIF-arrest breidt de bevoegdheden van de NMa niet uit. (zie par. 4.2.1)
4. De Boxtel-jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is in strijd met de jurisprudentie van het HvJ EG. (zie par. 3.3)
5. Verordeningen kunnen als directe bevoegdheidsgrondslag voor het optreden van bestuursorganen dienen, zolang maar duidelijk is welk bestuursorgaan bevoegd is. (zie par. 4.2.2)

# Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

*Mr. J.E. van den Brink**

**1. Twee casus ter inleiding: Leef u in! 65**

**2. Intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen: waar gaat het over? 69**
2.1. Inleiding 69
2.2. Korte schets van de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen 69
2.3. Korte schets van de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen 74
2.4. Intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun met behulp van het nationale recht 77

**3. Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in nationaal en Europees perspectief 79**
3.1. Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in de Nederlandse jurisprudentie 79
3.2. Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in de Europese jurisprudentie 82
3.3. Conclusie 89

**4. Hoe wordt de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bij intrekking van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen door het Europese recht beperkt? 91**
4.1. Inleiding 91
4.2. Europese subsidies: directe en indirecte toepassing 91
4.2.1. Algemeen 91

* Jacobine van den Brink is werkzaam bij de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden als Phd-fellow. Zij dankt Willemien den Ouden, Tom Barkhuysen, Paul Adriaanse en Gert-Jan van der Heide voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit preadvies. De tekst van dit preadvies is afgesloten op 30 november 2009.

4.2.2. Directe toepassing van Europese intrekkings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen 92
4.2.3. Indirecte toepassing van Europese intrekkings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen 96
4.2.4. Op het snijvlak van directe en indirecte toepassing 100
4.2.5. Het ESF-arrest 103
4.3. Onrechtmatige staatssteun 117
4.4. Conclusie 120

**5. Invloed van het Europese recht bij de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechter in andere dan Europese subsidiezaken 125**
5.1. Inleiding 125
5.2. Toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken met Europese component, niet zijnde subsidiezaken 126
5.3. Toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt 128
5.3.1. Inleiding 128
5.3.2. Professionele marktdeelnemer 129
5.3.3. Contra legem 130
5.3.4. Oprekking subsidietitel Awb? 131
5.4. Conclusie 132

**6. Slotbeschouwing 135**

**Stellingen 141**

# 1 Twee casus ter inleiding: Leef u in!

Om dit preadvies interactief te laten beginnen – een van de eisen van het VAR-bestuur – wordt u vriendelijk doch dringend verzocht in de huid te kruipen van enkele subsidieontvangers. Mocht u zich – als de gemiddelde toch wat saaie jurist – de vraag stellen waar dat nu voor nodig is, dan moet u zich maar bedenken dat het zeker in deze crisistijd geen kwaad kan om te weten wat uw kansen zijn op subsidiegebied.

*Imagine* ... U bent de eigenaar van een florerende innovatieve onderneming en u vraagt een subsidie aan bij SenterNovem – een agentschap van het ministerie van Economische Zaken – op grond van de subsidieregeling 'Innoveren doe je zo'. Uit hoofde van deze regeling worden subsidies aan innovatieve bedrijven verstrekt. Na behoorlijk wat uren zwoegen op de ingewikkelde aanvraagformulieren en achterliggende wet- en regelgeving, heeft u eindelijk de subsidieaanvraag de deur uit gedaan. U bent uiteraard zeer verheugd wanneer uw aanvraag door de minister van Economische Zaken wordt gehonoreerd en uw onderneming het aangevraagde subsidiebedrag van € 3.000.000 wordt verleend. Helaas is deze vreugde geen lang leven beschoren. Uw concurrent, die uw bloed wel kan drinken en omdat zijn subsidieaanvraag is afgewezen, dient een klacht in bij de Europese Commissie. Volgens hem had de verstrekte subsidie moeten worden aangemeld als staatssteun overeenkomstig artikel 88 van het EG-Verdrag. Na zorgvuldig onderzoek komt de Europese Commissie tot de conclusie dat de steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en geeft een negatieve beschikking aan de lidstaat Nederland af. In deze beschikking is neergelegd dat Nederland alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun inclusief de daarover genoten rente van uw onderneming terug te vorderen. Omdat de terugvorderingsprocedure in de Europese regelgeving verder niet is uitgewerkt, dient het Nederlandse bestuursorgaan dat de subsidie heeft verstrekt – de minister van Economische Zaken – de staatssteun overeenkomstig het nationale recht terug te vorderen. U ontvangt dan ook een beschikking waarin de subsidie op grond van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt ingetrokken en de onverschuldigd betaalde bedragen worden teruggevorderd. U vraagt zich af of dit zo wel kan en beroept zich in uw bezwaarschrift op het vertrouwensbeginsel. U mocht – zo stelt u – erop vertrouwen dat u de subsidie definitief mocht behouden als u de aan de subsidie verbonden subsidieverplichtingen zou naleven. Nu u zich netjes aan deze verplichtingen hebt gehouden, kan de subsidie volgens u dan ook niet worden teruggevorderd. Uw bezwaar wordt echter afgewezen en u raakt verwikkeld in een procedure bij de bestuursrechter. Tot uw stomme verbazing overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) in hoger beroep, onder verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG),

dat ondernemingen die steun genieten, gelet op het dwingende karakter van het door de Europese Commissie uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen kunnen koesteren in de rechtmatigheid van de steun, wanneer de steun met inachtneming van de procedure uit artikel 88 van het EG-Verdrag is toegekend. Daaraan wordt toegevoegd dat een behoedzaam ondernemer normaliter in staat zal zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd. De omstandigheid dat subsidie is verleend, zonder dat de procedure van artikel 88 lid 3 van het EG-Verdrag is gevolgd, kan er gelet op deze jurisprudentie derhalve niet toe leiden dat zou moeten worden afgezien van terugvordering van onrechtmatig verleende steun, aldus de ABRvS.

*Imagine* ... U bent wethouder van een grote Nederlandse stad die iets wil doen aan de enorme jeugdwerkloosheid in uw gemeente. U heeft gehoord van de Europese subsidiepotten, in het bijzonder het Europees Sociaal Fonds (ESF). Na enig uitzoekwerk komt u erachter dat u de subsidies uit dit fonds moet aanvragen bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op basis van de Subsidieregeling ESF 2007-2013. Na bestudering van de relevante wet- en regelgeving en de 69 pagina's tellende handleiding 1.6 E-formulier ESF 2007-2013[1] dient u de aanvraag in. Na een aantal weken ontvangt u de verleningsbeschikking waarbij u maximaal € 500.000 subsidie wordt verleend. U gaat hard aan de slag met het project en dient na afloop de einddeclaratie in met daarbij de aanvraag tot subsidievaststelling. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid stelt overeenkomstig de door u ingediende einddeclaratie de subsidie vast. Drie jaar later ontvangt u een beschikking van de minister waarin op grond van de artikelen 4:49 en 4:57 Awb de vastgestelde subsidie wordt ingetrokken en het vastgestelde subsidiebedrag wordt teruggevorderd. De motivering luidt dat de Europese Commissie tijdens een onderzoek heeft geconcludeerd dat de aan uw einddeclaratie ten grondslag liggende administratie niet aan de regels voldoet. De Europese Commissie heeft de subsidie dan ook teruggevorderd van de minister. Tijdens de daarop volgende bezwaarprocedure blijkt dat de minister uw einddeclaratie en de daaraan ten grondslag liggende administratie wegens tijdgebrek niet heeft gecontroleerd alvorens de subsidie vast te stellen. Volgens de minister kan hij niettemin de subsidievaststelling intrekken op grond van artikel 4:49 lid 1 onder a Awb. Omdat hij de administratie niet heeft gecontroleerd, kon hij immers niet weten dat u de subsidieverplichtingen niet had nageleefd. U voert daartegen aan dat u erop mocht vertrouwen dat de minister alvorens de subsidie vast te stellen uw administratie zou hebben gecontroleerd en het besluit tot subsidievaststelling derhalve juist was. Toepassing van artikel 4:49 lid 1 onder a Awb is in dit geval volgens u niet mogelijk. In de rechterlijke procedure die volgt, oordeelt de ABRvS in hoger beroep dat intrekking van de subsidievaststelling nationaal gezien weliswaar niet is toegestaan, doch dat uit de jurisprudentie van het HvJ EG volgt dat de nationale rechter in dit geval aan het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel toepassing moet geven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht. Derhalve bestaat geen ruimte om het besluit van de minister aan de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen te toetsen. Omdat op de gemeenschapsrechtelijke beginse-

1 Zie <www.agentschap.szw.nl>.

len van rechtszekerheid en vertrouwen geen beroep kan worden gedaan door een subsidieontvanger die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling, wordt uw hoger beroep ongegrond verklaard.

Deze twee – op de werkelijkheid gebaseerde – casus illustreren de voor burgers niet bepaald gunstige invloed van het Europese recht indien Nederlandse bestuursorganen subsidies die met Europees geld worden bekostigd en subsidies die op grond van het Europese recht als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt, intrekken en terugvorderen. Het is derhalve niet al geld dat klinkt! Nu het gaat om de intrekking en terugvordering van subsidies met Europeesrechtelijke implicaties, is het enerzijds niet meer dan logisch dat daarbij het Europese recht enige rol speelt. Anderzijds: sinds jaar en dag vindt de intrekking en terugvordering van de voormelde subsidies plaats door Nederlandse bestuursorganen die daarbij doorgaans[2] gebruikmaken van het nationale bestuursrecht. Op de intrekking en terugvordering van dergelijke subsidies zijn dan ook de bepalingen van de subsidietitel van de Awb van toepassing. Het is dan ook niet zo'n rare gedachte dat de bepalingen uit de subsidietitel die uitdrukking geven aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, zoals artikel 4:49 Awb, en het ongeschreven vertrouwensbeginsel gewoon hun toepassing vinden.

Op het hiervoor geschetste dilemma wordt in dit preadvies verder ingegaan. Hoewel de inperking van het nationale beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel door het Europese recht op meer beleidsterreinen speelt, ligt de focus in dit preadvies op de inperking van deze beginselen in het kader van de intrekking en terugvordering door Nederlandse bestuursorganen van Europese subsidies en subsidies die als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt. Daarmee is meteen gegeven dat het om de werking van het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in het bestuursrecht gaat. De eerste vraag die in dit preadvies aan de orde komt, is hoe en in welke mate het Europese recht het in de subsidietitel van de Awb tot uitdrukking komende rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en het ongeschreven nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel beïnvloedt. Klopt het zwartgallig geschetste beeld dat het voor de subsidieontvanger, indien zijn Europese subsidie dan wel subsidie die als staatssteun is aangemerkt wordt ingetrokken en teruggevorderd, geen zin heeft om zich op het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel te beroepen?

Om deze hoofdvraag te kunnen beantwoorden, wordt in hoofdstuk 2 kort uitgelegd waar het bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun precies over gaat: waar hebben we het eigenlijk over? In hoofdstuk 3 wordt uiteengezet hoe het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel op Europees en op nationaal niveau worden ingevuld. Hoofdstuk 4 behandelt de eerste hoofdvraag: hoe en in welke mate stelt het Europese recht grenzen aan de toepassing van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen door nationale uitvoeringsorganen en de nationale bestuursrechter in subsidieverhoudingen met een Europees tintje.

2 In sommige gevallen vindt intrekking en terugvordering van Europese subsidies rechtstreeks op grond van een Europese verordening plaats. Hierop kom ik later in dit preadvies nog terug.

Wat zijn nu de gevolgen van de grenzen voor met name de nationale bestuursrechter? De nationale bestuursrechter past immers het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ook in andere zaken toe. Een interessante tweede vraag waarop in dit preadvies zal worden ingegaan, is of de nationale bestuursrechter zich ook in andere zaken door de voormelde Europese grenzen aan de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen laat beïnvloeden. In paragraaf 5 wordt allereerst ingegaan op de vraag hoe de nationale bestuursrechter het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast in zaken met een Europese component niet zijnde subsidiezaken. Ten tweede volgt een beschrijving van wat het gevolg is voor de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt. Hoofdstuk 6 bevat een samenvattende slotbeschouwing.

*Leeswijzer*

Wanneer u vooral geïnteresseerd bent in de uiteindelijke bevindingen van dit preadvies met als doel een oordeel te kunnen vellen over de stellingen en geen tijd heeft om een kijkje te nemen in de krochten van de jurisprudentie van het HvJ EG en de nationale rechter, volgt voor u een op maat gemaakte leeswijzer. Na lezing van deze paragraaf, is het raadzaam om in ieder geval paragraaf 2 te lezen, nu hierin een antwoord wordt gegeven op de vraag waar het bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun nu eigenlijk over gaat. Vervolgens kunt u doorstoten naar paragraaf 3.3, waarin heel kort de verschillen tussen de nationale en Europese invulling van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen worden uiteengezet. Vervolgens kunt u volstaan met de conclusies in de hoofdstukken 4 en 5 en de samenvattende slotbeschouwing. Deze leeswijzer neemt uiteraard niet weg dat ik u van harte aanbeveel het gehele preadvies te lezen.

# 2 Intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen: waar gaat het over?

## 2.1 Inleiding

Zoals al blijkt uit de inleiding gaat het in de eerste vraag die in dit preadvies centraal staat om de grenzen die het Europees recht stelt aan de toepassing door nationale uitvoeringsorganen en de nationale bestuursrechter van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen in subsidieverhoudingen met een Europees tintje. Daarbij gaat het allereerst om Europese subsidies en ten tweede om subsidies die als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt. In paragraaf 2.2 wordt ingegaan op de vraag hoe de intrekking en terugvordering van een Europese subsidie in z'n werk gaat. Daarbij komt ook de vraag aan de orde wat nu precies onder een Europese subsidie moet worden verstaan en hoe deze subsidies in Nederland worden uitgevoerd. Paragraaf 2.3 doet hetzelfde voor de onrechtmatige staatssteun. In paragraaf 2.4 ga ik nader in op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun, voor zover dat geschiedt met behulp van het nationale recht.

## 2.2 Korte schets van de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen

Europese subsidies zijn subsidies die met Europees geld worden bekostigd.[3] De regelingen op grond waarvan Europese subsidies worden verstrekt, worden Europese subsidieregelingen genoemd. In de meeste gevallen gaat het hier om een

3 Dit is een sterk versimpelde definitie die is afgeleid uit art. 108 van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen zoals gewijzigd bij Verordening (EG, Euratom) nr. 1995/2006 van de Raad van 13 december 2006 en de Verordening (EG) nr. 1525/2007 van de Raad van 17 december 2007 (het Financieel Reglement 2002). In deze bepaling is een zelfstandig Europees subsidiebegrip neergelegd, dat niet geheel overeenstemt met de nationale definitie neergelegd in art. 4:21 lid 1 Awb. In dit preadvies wordt op deze twee definities niet verder ingegaan.

Europese verordening in de zin van artikel 249 EG-Verdrag.[4] Europese subsidieregelingen zijn vrijwel op alle beleidsterreinen waarop de EU opereert, terug te vinden. Denk aan het regionaal beleid, landbouw en plattelandsontwikkeling, onderzoek en technologie, onderwijs en beroepsopleiding, milieu, energie en vervoer, informatie- en communicatietechnologie, cultuur, consumentenbescherming en volksgezondheid, justitie en sociaal beleid. In de Europese subsidiewereld gaat veel geld om. Ongeveer 86% van de eigen middelen van de EG vloeit in de vorm van subsidiegelden terug naar de lidstaten die moeten zorg dragen voor verdere uitvoering van de desbetreffende subsidieregeling.[5] Alleen al voor de zogenoemde Structuurfondsen – hieruit wordt grotendeels het regionaal beleid van de EG gefinancierd – staat voor de periode 2007-2013 voor Nederland € 1.907.000 gereserveerd op de Europese begroting.[6]

Europese subsidieregelingen worden grofweg op twee manieren ten uitvoer gelegd. Ten eerste worden sommige Europese subsidies door een Europees uitvoeringsorgaan[7] – meestal de Europese Commissie – met tussenkomst van een uitvoeringsorgaan[8] in de lidstaat, aan de eindbegunstigden in de lidstaat verstrekt. Deze vorm van subsidieverstrekking door Europese en nationale uitvoeringsorganen gezamenlijk wordt gedeeld beheer genoemd. Hieronder wordt in het Tweede verslag van het Comité van onafhankelijke deskundigen[9] verstaan: het beheer van die communautaire programma's ten aanzien waarvan de Commissie en de lidstaten verschillende administratieve taken hebben die onderling van elkaar afhankelijk zijn en wettelijk zijn vastgelegd, en waar zowel de Commissie als de nationale overheden hun respectieve taken ten uitvoer moeten leggen om te komen tot een succesvolle tenuitvoerlegging van het communautaire beleid. Voorbeelden van Europese subsidies die in gedeeld beheer worden verstrekt, zijn subsidies afkomstig uit de Structuur-, de Migratie- en de Landbouwfondsen. Deze Europese subsidieregelingen worden zowel door de Europese Commissie als door nationale uitvoeringsorganen ten uitvoer gelegd. Nationale uitvoeringsorganen maken daarbij veelal (mede) gebruik van het nationale recht.

4 Het komt echter ook voor dat een Europese subsidieregeling is neergelegd in een beschikking. Zie bijvoorbeeld Beschikking nr. 2004/904/EG van de Raad van 2 december 2004 tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2005-2010, Pb EG 2004, L 381/52.

5 Definitieve jaarrekening van de Europese Gemeenschappen Begrotingsjaar 2006, Pb EG 2007, C 274/1.

6 Zie de factsheet van de Europese Commissie over Nederland, te vinden op de site van de Europese Commissie: <http://ec.europa.eu/regional_policy/atlas2007/index_en.htm>.

7 Omdat het Europese recht het begrip 'bestuursorgaan' niet kent, wordt in dit preadvies het meer neutrale begrip 'Europese uitvoeringsorgaan' gebruikt. Zie omtrent het begrip bestuursorgaan in het licht van het Europese recht E. Steyger, 'Awb en Europa. Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig?', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, *Europees recht effectueren, Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 9-28.

8 In de meeste gevallen zal het hier om een bestuursorgaan gaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb, zeker indien de Europese subsidie in de vorm van een subsidie aan de eindbegunstigden wordt verstrekt. Het is echter ook mogelijk dat de Europese subsidie bij overeenkomst wordt verstrekt. Hierop wordt in dit preadvies niet verder ingegaan. Het voorgaande heeft wel tot gevolg dat in dit preadvies voor het meer neutrale begrip 'uitvoeringsorgaan' wordt gekozen.

9 Tweede verslag van het Comité van onafhankelijke deskundigen over de hervorming van de Commissie, Analyse van huidige praktijken en voorstellen voor het aanpakken van wanbeheer, onregelmatigheden en fraude Deel I (10 september 1999), p. 70.

Ten tweede zijn er Europese subsidies die rechtstreeks door een Europees uitvoeringsorgaan, meestal de Europese Commissie, aan de eindbegunstigden in de lidstaten worden verstrekt. Deze subsidies worden op gecentraliseerde wijze verstrekt. Hoewel bij de uitvoering van deze Europese subsidies geen sprake is van gedeeld beheer en de subsidiegelden officieel niet door tussenkomst van de lidstaten worden verstrekt, kan het wel zo zijn dat aan nationale uitvoeringsorganen allerlei taken en bevoegdheden zijn toegekend op het gebied van de controle van de naleving van de subsidieverplichtingen en het lager vaststellen of intrekken van de subsidie. Aan nationale uitvoeringsorganen kan zelfs de bevoegdheid zijn toegekend om de subsidie te verstrekken. Bij de uitvoering van deze bevoegdheden is het meestal noodzakelijk nationaal recht toe te passen.[10] Voorbeelden van dergelijke Europese subsidieregelingen zijn de programma's 'Een leven lang leren' en 'Jeugd in Actie'.

Voor zover er op Europees niveau geen gemeenschappelijke regels bestaan, zijn nationale uitvoeringsorganen bij de uitvoering van het Europese recht aangewezen op het nationale recht.[11] Wat betreft de intrekking en terugvordering van Europese subsidies verschilt het per Europese subsidieregeling in hoeverre gemeenschappelijke Europese regels bestaan en dus ook in hoeverre nationale uitvoeringsorganen nationaal recht toepassen. Europese subsidieregelingen op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid bevatten nogal wat intrekkings- en terugvorderingsbepalingen die rechtstreeks door nationale uitvoeringsorganen kunnen worden toegepast. Zo is in de Verordening 796/2004[12] welke ziet op het geïntegreerd beheers- en controlesysteem in het kader van een aantal landbouwsubsidieregelingen precies uitgewerkt welke sancties door nationale uitvoeringsorganen moeten worden toegepast indien de landbouwer niet voldoet aan de subsidieverplichtingen. In artikel 59 van voormelde verordening is bijvoorbeeld nauwkeurig bepaald met welke percentages de subsidieontvanger moet worden gekort indien voor meer dan drie runderen onregelmatigheden worden vastgesteld. Deze bepaling kan door het bevoegde nationale uitvoeringsorgaan direct worden toegepast. In de literatuur wordt dit – niet verrassend – de directe toepassing van het Europese recht genoemd.[13] Er bestaat voor het nationaal uitvoeringsorgaan geen

10 Dit wil niet zeggen dat dit ook altijd gebeurt.

11 Zie HvJ EG 21 september 1982, zaak nr. 205-215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633.

12 Verordening nr. 796/2004 van de Commissie van 21 april 2004 houdende uitvoeringsbepalingen inzake de randvoorwaarden, de modulatie en het geïntegreerd beheers- en controlesysteem waarin is voorzien bij de Verordening nr. 1782/2003 van de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor regelingen inzake rechtstreekse steunverlening in het kader van het gemeenschappelijke landbouwbeleid en tot vaststelling van bepaalde steunregelingen voor landbouwers, Pb EG 2004, L 141/18.

13 Zie R.J.G.M. Widdershoven, 'De uitvoering van het gemeenschapsrecht in de lidstaten en de toepassing van het vertrouwensbeginsel', *NTB* 1994/1, p. 1-13; M.P. Gerrits-Janssens, 'Het vertrouwensbeginsel in communautair perspectief: terugvordering van steun', *JBPlus* 2001, p. 90-100; J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, tweede druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 222 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, A.P.W. Duijkersloot, J.W. van de Gronden, B. Hessel en R. Ortlep, *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht, De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland, over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van het staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden op 11 april 2008, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2008, p. 22 en 23; R. Ortlep, 'Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun', *JBPlus* 2009, p. 84 e.v.

beoordelingsruimte bij de vraag in welke gevallen sancties moeten worden opgelegd en waaruit deze sancties moeten bestaan. Het is dan ook niet noodzakelijk om nationaal recht op te stellen dan wel bestaand nationaal recht toe te passen; sterker nog, uit jurisprudentie van het HvJ EG blijkt dat dit niet is toegestaan.[14] Bij dergelijke communautaire bepalingen speelt overigens wel het probleem dat op Europees niveau bijna nooit is geregeld welke nationale uitvoeringsinstantie de desbetreffende bepaling moet uitvoeren. Dit moet derhalve nog op nationaal niveau worden geregeld.

Een groot aantal Europese subsidieregelingen bevat met betrekking tot de intrekking en terugvordering van Europese subsidies helemaal geen gemeenschappelijke Europese bepalingen dan wel bepalingen die onvoldoende zijn uitgewerkt om rechtstreeks door nationale uitvoeringsorganen te worden toegepast. Allereerst bestaat de mogelijkheid dat in de desbetreffende Europese subsidieregeling *expliciet* wordt verwezen naar het nationale recht. Klassiek voorbeeld is artikel 8 van de Verordening 729/70 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, dat bepaalde dat de lidstaten, *overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen*, de nodige maatregelen dienen te treffen om de ingevolge onregelmatigheden of nalatigheden verloren gegane bedragen terug te vorderen. Een voorbeeld uit een thans geldende Europese subsidieregeling biedt artikel 56 lid 4 van Verordening 1083/2006, waarin het onder meer gaat om de uitvoering van de Structuurfondsen het Europees Sociaal Fonds (ESF) en het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO). Ingevolge deze bepaling worden de regels inzake de subsidiabiliteit van de uitgaven op nationaal niveau vastgesteld onder voorbehoud van de uitzonderingen die bij de specifieke verordeningen voor elk fonds zijn vastgesteld.

Het kan ook zo zijn dat uit een bepaling van een Europese subsidieregeling *impliciet* volgt dat bij de uitvoering door nationale uitvoeringsorganen gebruik moet worden gemaakt van het nationale recht. Klassiek voorbeeld is artikel 23 van Verordening 4253/88 van 19 december 1988 tot vaststelling van toepassingsbepalingen van Verordening 2052/88 met betrekking tot de coördinatie van de bijstandsverlening uit de onderscheiden structuurfondsen enerzijds en van die bijstandsverlening met die van de EIB en de andere bestaande financieringsinstrumenten anderzijds, zoals gewijzigd in artikel 1 van de Verordening 2082/93, (hierna: de Coördinatieverordening).[15] Ingevolge deze bepaling dienden de lidstaten, teneinde de acties van de particuliere of publiekrechtelijke projectontwikkelaars te doen slagen, de nodige maatregelen te nemen om door misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren. Een voorbeeld uit een vigerende Europese subsidieregeling is artikel 98 lid 2 van de al genoemde Verordening 1083/2006. Ingevolge deze bepaling past de lidstaat de financiële correcties toe die noodzakelijk zijn in verband met eenmalige of systematische onregelmatigheden die bij concrete acties of operationele programma's zijn geconstateerd. Het artikel bepaalt verder dat door de lidstaat verrichte correcties een volledige of gedeeltelijke intrekking van de overheidsbijdrage aan het operationele programma inhouden. In de Verordening

14 Zie HvJ EG 24 mei 2007, zaak C-45/05 (Schonewille-Prins), Jur. 2007, p. I-3997, r.o. 65.
15 PbEG 1993, L 193/20.

1083/2006 is niet precies geregeld in welke gevallen de lidstaten financiële correcties moeten toepassen en ook niet wanneer een volledige dan wel een gedeeltelijke intrekking van de Europese subsidie moet plaatsvinden. In zoverre dienen nationale uitvoeringsorganen terug te vallen op het nationale recht.[16] Als nationale uitvoeringsorganen het nationale recht toepassen ter uitvoering van Europese subsidieregelingen, wordt dit indirecte toepassing van het Europese recht genoemd.[17]

Indien Europese subsidieregelingen met behulp van het nationale recht worden uitgevoerd, geldt in de meeste gevallen dat zij als een subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb door nationale uitvoeringsorganen aan de eindbegunstigden worden verstrekt. Dit betekent dat de subsidietitel van de Awb van toepassing is. Het daarin neergelegde systeem houdt in dat de subsidie wordt verleend voordat de subsidiabele activiteiten plaatsvinden. Na afloop daarvan wordt de subsidie vastgesteld. De subsidietitel bevat een aantal bepalingen die relevant zijn in het kader van de intrekking en terugvordering van subsidies. Ingevolge artikel 4:46 kan het bestuursorgaan de subsidie lager vaststellen dan de oorspronkelijke subsidieverlening, bijvoorbeeld indien de subsidieontvanger zich niet aan de subsidieverplichtingen heeft gehouden. Voorts kunnen het besluit tot subsidieverlening en het besluit tot subsidievaststelling op grond van artikel 4:48 en artikel 4:49 van de Awb worden gewijzigd dan wel ingetrokken. De artikelen 4:50 en 4:51 zien op de intrekking en wijziging van een lopende subsidieverlening en de weigering van de subsidie voor een nieuw tijdvak. Artikel 4:57 Awb ten slotte ziet op de terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen.[18]

Nationale uitvoeringsorganen vinden het in veel gevallen noodzakelijk om ter uitvoering van Europese subsidieregelingen allerlei nationale bijzondere subsidieregelingen vast te stellen. Deze regelingen dienen niet alleen in overeenstemming te zijn met het Europese recht, maar ook met de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht. Ter uitvoering van het ESF in de periode 2000-2006 gold bijvoorbeeld de ministeriële regeling Subsidieregeling ESF-3.[19] In dergelijke bijzondere subsidieregelingen kunnen ook bepalingen omtrent de intrekking en terugvordering van subsidies zijn opgenomen.

---

16 In het arrest HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633 overweegt het HvJ EG dat indien het gemeenschapsrecht, met inbegrip van de algemene beginselen, geen gemeenschappelijke voorschriften bevat met betrekking tot de uitvoering van gemeenschapsregelingen, de nationale autoriteiten bij de uitvoering daarvan handelen overeenkomstig de formele en materiële bepalingen van nationaal recht. Het verdient opmerking dat het daarbij niet per se om nationaal recht hoeft te gaan dat speciaal voor de uitvoering van het Europese recht is vastgesteld.

17 Zie Ortlep 2009 p. 84 e.v.; Den Ouden 2008, p. 22 en 23; Widdershoven e.a. 2006, p. 104-105; Jans e.a. 2002, p. 222 e.v.; Gerrits-Janssens 2001; Widdershoven 1994.

18 Sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche per 1 juli 2009 bepaalt art. 4:57 Awb dat het bestuursorgaan de onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten kan terugvorderen. Daarvoor was in art. 4:57 Awb enkel bepaald dat de onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten kunnen worden teruggevorderd voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld nog geen vijf jaar zijn verstreken. Zie hieromtrent Ortlep 2009, p. 91. Uit uitspraken van de Afdeling (zie bijvoorbeeld ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241 m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden; JB 2006/303 m.nt. AJB) blijkt echter dat de Afdeling ook toen al van mening was dat art. 4:57 Awb aan het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid tot terugvordering gaf. Het nieuwe art. 4:57 Awb zal dan ook niet tot een wijziging in de jurisprudentie leiden.

19 Stcrt. 2001, 118, zoals nadien gewijzigd.

## 2.3. Korte schets van de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen

Ook wanneer subsidies niet met Europees geld worden bekostigd, kunnen zij onder invloed staan van het Europese recht. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij de verstrekking van een nationale subsidie die als staatssteun moet worden gekwalificeerd. Bij staatssteun gaat het kort gezegd om bevoordeling van ondernemingen door overheden ten laste van de nationale staatskas.[20] Denk hierbij bijvoorbeeld aan de nationale steun die dit voorjaar door de Nederlandse regering aan de financiële sector is verstrekt. Hoewel het verlenen van staatssteun vanuit louter nationaal gezichtspunt heel begrijpelijk is, ligt dit vanuit het perspectief van de EG toch wat anders. Het verlenen van staatssteun door nationale overheden heeft immers vaak tot gevolg dat de mededinging binnen de interne markt wordt vervalst.[21] Als de lidstaten nationale ondernemingen door middel van staatsteun bevoordelen, krijgen deze ondernemingen immers een kunstmatige voorsprong op hun concurrenten in de andere lidstaten.[22] Vandaar dat het Europese recht voorziet in een stelsel van toezicht op staatssteun aan ondernemingen.[23] Door alleen met de gemeenschappelijke markt verenigbare staatssteun toe te staan, wordt geprobeerd gelijke concurrentievoorwaarden te creëren voor alle ondernemingen die op de Europese interne markt actief zijn.[24]

In het EG-Verdrag zijn de staatssteunregels neergelegd in de artikelen 87 tot en met 89. Ingevolge artikel 87 lid 1 EG-Verdrag zijn steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of

20 Zie voor een uitgebreide analyse van het begrip staatssteun P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam, VU), 2006, hoofdstuk 2, paragraaf 4. Zie voorts P.J.G. Kapteyn en VerLoren van Themaat, edited by P.J.G. Kapteyn, A.M. McDonnell, K.J.M. Mortelmans, C.W.A. Timmermans (red.), *The Law of the European Union and the European Communities*, fourth revised edition, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 848 e.v., P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, York: Oxford University Press Inc. 2008, p. 1086 e.v. en R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 408 e.v. Opgemerkt zij dat het verstrekken van een subsidie slechts een van de vormen van staatssteun is. Het HvJ EG gaat uit van een ruim staatssteunbegrip: 'besluiten van de lidstaten waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden eenzijdig en autonoom geldmiddelen of voordelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische en sociale doelstellingen te bevorderen'. Zie HvJ EG 27 maart 1980, zaak C-61/79 (Denkavit Italiana), Jur. 1980, p. 1205. Ook indirecte of verkapte staatssteun wordt door art. 87 EG-Verdrag bestreken, nu het volgens het HvJ EG niet alleen gaat om positieve prestaties, zoals subsidies, maar om alle maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden. Zie HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03 (Heiser), Jur. 2005, p. I-1627, r.o. 36.

21 Een van de instrumenten ter realisering van de in art. 2 EG-Verdrag neergelegde doelstellingen is een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Zie art. 3 lid 1 onder g EG-Verdrag.

22 Met andere woorden: Kapteyn en VerLoren van Themaat 2008, p. 849.

23 P.C. Adriaanse en W. den Ouden, 'Effectuering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het wetsvoorstel terugvordering staatssteun', NTB 2008, 9, p. 304-315, p. 304-305.

24 Adriaanse en Den Ouden 2008, p. 305.

dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Op deze bepaling is in lid 2 en 3 van artikel 87 EG-Verdrag een aantal uitzonderingen geformuleerd.[25] Het begrip steunmaatregel wordt in artikel 87 EG-Verdrag niet gedefinieerd, maar zowel door de Europese Commissie enerzijds als door het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) en het HvJ EG anderzijds ruim uitgelegd.[26] Volgens het HvJ EG gaat het om

> 'besluiten van de lidstaten waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden eenzijdig en autonoom geldmiddelen of voordelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische en sociale doelstellingen te bevorderen'.[27]

Hieruit volgt dat een van de verschijningsvormen van staatssteun de subsidie is.[28] Staatssteun ziet wel op een beperkte groep subsidies, nu het enkel om steunmaatregelen gaat die aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties worden toegekend. Uit het arrest van het HvJ EG in de zaak Höfner[29] blijkt echter dat ook het begrip onderneming ruim moet worden uitgelegd. Onder onderneming moet worden verstaan elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij worden gefinancierd.[30] Het uitoefenen van een economische activiteit ziet op het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Uit deze definitie volgt dat financiële verstrekkingen aan overheden en individuele natuurlijke personen die geen economische activiteit uitoefenen in ieder geval geen staatssteun kunnen inhouden.[31]

Het verlenen van staatssteun is onderworpen aan procedureregels van Europees recht.[32] Van onrechtmatige staatssteun kan allereerst sprake zijn indien een subsidie door een orgaan van de lidstaat aan een onderneming wordt verstrekt, zonder

---

25 Het tweede lid ziet op uitzonderingen die van rechtswege gelden. De steunmaatregelen die genoemd worden in het derde lid *kunnen* verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt.

26 Craig en De Burca 2008, p. 1087.

27 HvJ EG 27 maart 1980, zaak C-61/79 (Denkavit Italiana), Jur. 1980, p. 1205, r.o. 31.

28 Zie B. Hessel, Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden, in: B. Hessel, J.R. van Angeren, W. den Ouden en G.J. van Slooten, *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 134, 2005, p. 29, Barents en Brinkhorst 2006, p. 409. Uit de door Hessel en Barents en Brinkhorst gegeven andere verschijningsvormen van staatssteun blijkt dat ook sprake kan zijn van indirecte of verkapte staatssteun. Ook deze maatregelen worden echter door art. 87 EG-Verdrag e.v. bestreken, nu het volgens het Hof gaat om 'alle maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies – in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden' (HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03 (Heiser), Jur. 2005, p. I-1627, r.o. 36). Zie verder Adriaanse 2006, p. 23.

29 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner), Jur. 1991, p. I-1979, r.o. 21.

30 Dit is onder meer herhaald in het in noot 29 aangehaalde arrest van 3 maart 2005, zaak C-172/03, r.o. 26.

31 Dit zou anders komen te liggen indien die overheden het aldus verkregen geld op grond van bijvoorbeeld een subsidieregeling verstrekken aan ondernemingen. Alsdan is ook geen sprake meer van subsidieverstrekking aan overheden.

32 Art. 88 EG-Verdrag gelezen in verbinding met verordening nr. 659/1999, Pb EG 1999, L 83/1, ook wel de procedureverordening genoemd.

dat het voornemen daartoe is aangemeld bij de Europese Commissie.[33] Van onrechtmatige staatssteun is evenzeer sprake indien een subsidie wel is aangemeld, maar verlening heeft plaatsgevonden voordat de Commissie daarvoor impliciet of expliciet haar goedkeuring heeft gegeven.[34] Ten slotte is sprake van onrechtmatige staatssteun indien de steun wordt verleend in strijd met een negatieve beschikking van de Commissie. Het onrechtmatig verstrekken van staatssteun kan uiteindelijk tot gevolg hebben dat de Europese Commissie aan de lidstaat een beschikking doet toekomen, op grond waarvan de lidstaat is gehouden de onrechtmatig verstrekte staatssteun, inclusief de daarover genoten rente, terug te vorderen.[35] Deze terugvordering strekt ertoe het genoten voordeel ongedaan te maken om zo de concurrentieverhoudingen te herstellen.[36] De tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie vindt op het niveau van de lidstaten plaats. Omdat er omtrent de terugvordering van de staatssteun geen gemeenschappelijke Europese regels bestaan, passen nationale uitvoeringsorganen daarbij het nationale recht toe. Voor staatssteun die in de vorm van een subsidie wordt verstrekt, betekent dit dat nationale uitvoeringsorganen gebruik zullen moeten maken van de voormelde intrekkings- en terugvorderingsbepalingen van de subsidietitel van de Awb. Bij de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun is – anders dan bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies – derhalve altijd sprake van indirecte toepassing van het gemeenschapsrecht.

Voor de ontvanger van de onrechtmatige staatssteun geldt dat hij op twee momenten rechtsmiddelen kan aanwenden tegen de terugvordering daarvan. Ten eerste kan hij tegen de Commissiebeschikking waarin de terugvorderingsverplichting aan de lidstaat is opgelegd beroep instellen bij het GvEA, eventueel gevolgd door hoger beroep bij het HvJ EG. Omdat uit de Commissiebeschikking in de meeste gevallen expliciet blijkt van wie de lidstaat de staatssteun moet terugvorderen, wordt de ontvanger van de onrechtmatige staatssteun rechtstreeks en individueel door deze beschikking geraakt. Ten tweede kan de ontvanger van onrechtmatige staatssteun rechtsmiddelen aanwenden tegen het besluit tot terugvordering van het nationale uitvoeringsorgaan.[37] Zo is het heel goed mogelijk dat ten aanzien van dezelfde onrechtmatige staatssteun een uitspraak van het GvEA waarin de beschikking van de Commissie wordt beoordeeld en een uitspraak van de nationale rechter omtrent de rechtmatigheid van het nationale besluit tot intrekking en terugvordering van de onrechtmatige staatssteun naast elkaar bestaan. Voor de nationale rechter bestaat de mogelijkheid om in de nationale procedure prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG.

---

33 Art. 88 lid 3 EG-Verdrag. Zie Adriaanse 2009, p. 89. Zie in algemene zin over de vraag wanneer sprake is van onrechtmatige staatssteun Adriaanse 2006, p. 13-62. Opgemerkt zij dat niet elke subsidie aan een onderneming als staatssteun wordt aangemerkt. Zo gelden er bepaalde drempelbedragen.

34 Zie Adriaanse 2009, p. 89-90.

35 Zie art. 14 van de procedureverordening. Dit kan na eigen onderzoek van de Commissie dan wel na een klacht van een concurrent.

36 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 juni 1999, zaak C-75/97 (België/Commissie, zogeheten Maribel bis/ter), Jur. 1999, p. I-3671, r.o. 64 e.v.

37 Zie voor de rol van de nationale rechter in staatssteunzaken uitgebreid W. den Ouden, 'Subsidierecht en staatssteun: wetgever en rechter', in: B. Hessel, J.R. van Angeren, W. den Ouden en G.J. van Slooten, *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 134, 2005, p. 141-203.

De intrekking en terugvordering van subsidies die zijn aangemerkt als onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen verloopt niet altijd vlekkeloos. De bepalingen uit de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht zijn immers niet speciaal geschreven met het oog op de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Dit levert onder andere problemen op bij de op grond van artikel 14 van Verordening 659/1999 verplichte rentevordering.[38] Daarvoor bestaat in de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht geen grondslag.[39] Ook de in artikel 4:57 Awb voor de terugvordering van subsidies geldende verjaringstermijn kan een probleem zijn. Inmiddels bestaat er een wetsvoorstel terugvordering staatssteun dat aan deze leemtes tegemoetkomt.[40]

## 2.4 Intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun met behulp van het nationale recht

In de vorige twee paragrafen hebben we gezien dat nationale uitvoeringsorganen de beschikkingen van de Commissie in het kader van de terugvordering van onrechtmatige staatssteun en in veel gevallen ook de Europese verplichtingen tot intrekking en terugvordering van Europese subsidies uitvoeren met behulp van het nationale recht. Op grond van het beginsel van procedurele autonomie mogen de lidstaten zelf bepalen met behulp van welk nationaal recht zij het Europese recht uitvoeren. Dit beginsel geldt ook bij de uitvoering van Europese subsidieregelingen en het Europese staatssteunrecht. Het gebruik van het nationale recht bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun is echter niet onbegrensd. Allereerst moet het nationale recht in overeenstemming zijn met de van toepassing zijnde Europese regels. Ten tweede heeft het HvJ EG uitgemaakt dat het beginsel van procedurele autonomie wordt begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.[41] Dit geldt zowel indien sprake is van een expliciete als van een impliciete verwijzing naar het nationale recht.[42] Het beginsel van effectiviteit houdt in dat de toepassing van het nationale recht geen afbreuk mag doen aan de draagwijdte en doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht. De terugvordering van op onregelmatige wijze toegekende subsidies mag door toepassing van het nationale recht derhalve niet praktisch onmogelijk worden gemaakt. Met betrekking tot onrechtmatige staatssteun heeft het HvJ EG overwogen dat lidstaten zich ter rechtvaardiging van niet-nakoming van de Commissiebeschikking niet mogen beroepen op nationale bepalingen, praktijken of situaties. Alleen een aangetoonde, absolute onmogelijkheid tot

38 Zie hieromtrent ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden, M&M 2006, p. 93 e.v. m.nt. Van Angeren, Gst. 2006, 98 m.nt. Van den Tweel. Omdat de Afdeling in deze uitspraak oordeelde dat voor het vorderen van rente geen grondslag bestond in het Nederlandse recht, heeft de Europese Commissie gedreigd met het starten van een infractieprocedure. Pas toen Nederland beloofde wettelijke maatregelen te zullen treffen, heeft de Commissie de klacht ingetrokken.

39 ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden, M&M 2006, p. 93 e.v. m.nt. Van Angeren, Gst. 2006, 98 m.nt. Van den Tweel. Zie voorts Adriaanse en Den Ouden 2008.

40 Wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun, Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 1. Zie hieromtrent Adriaanse en Den Ouden 2008, p. 309.

41 Zie wat betreft onrechtmatige staatssteun Adriaanse en Den Ouden 2008, p. 305.

42 Zie HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617 en HvJ EG 6 mei 1982, zaak 54/81 (Fromme), Jur. 1982, p. 1449, r.o. 6.

tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking wordt nog als geldig verweer geaccepteerd.[43] Het beginsel van gelijkwaardigheid betekent dat op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun geen voor Europa ongunstiger regels mogen worden toegepast dan op de intrekking en terugvordering van zuiver nationale subsidies.

Indien nationale uitvoeringsorganen overgaan tot de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun, zullen zij, in ieder geval voor zover de Europese subsidie en de onrechtmatige staatssteun als een subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb zijn verstrekt, daartoe een besluit nemen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Tegen deze nationale intrekkings- en terugvorderingsbesluiten staat uiteindelijk ingevolge hoofdstuk 8 Awb beroep open bij een bestuursrechter.[44] Dit betekent dat de regels van het nationale procesrecht van toepassing zijn. Ook dit nationale procesrecht moet voldoen aan de voormelde vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Omdat het gaat om de uitvoering van Europese verplichtingen, zal de bestuursrechter in veel gevallen niet kunnen volstaan met de uitleg en toepassing van het nationale recht, maar ook het van toepassing zijnde Europese recht moeten uitleggen en toepassen. Daarbij zal de bestuursrechter acht moeten slaan op de jurisprudentie van het HvJ EG. In geval van strijd tussen het nationale recht en het van toepassing zijnde Europese recht, zal de bestuursrechter het nationale recht zo veel mogelijk moeten uitleggen in het licht van de Europese regelgeving dan wel rechtstreeks werkende Europese bepalingen moeten toepassen en daarmee strijdig nationaal recht buiten toepassing moeten laten. Indien de nationale rechter twijfelt over de uitleg van het Europese recht, kan hij prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EG.

In nationale procedures bij de bestuursrechter waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun wordt door de subsidieontvanger vaak een beroep gedaan op het beginsel van rechtszekerheid en/of het vertrouwensbeginsel. De casus in de inleiding illustreren dit. In paragraaf 4 wordt de vraag beantwoord in hoeverre ruimte bestaat voor de nationale bestuursrechter voor toepassing van de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen. In paragraaf 3 wordt echter eerst ingegaan op de vraag hoe beide beginselen door de nationale bestuursrechter en de Europese rechter worden toegepast. Indien tussen de toepassing door de nationale bestuursrechter en de Europese rechter verschillen zijn te constateren, ligt het voor de hand dat dit zijn weerslag heeft op de toepassing van voormelde beginselen door de nationale bestuursrechter indien het gaat om intrekking en terugvordering van subsidies met een Europees tintje.

43 HvJ EG 20 september 2007, zaak C-177/06 (Commissie/Spanje), Jur.2007, p. I-7689, r.o. 46.
44 Dat nationale instanties de desbetreffende Europese verordening ten uitvoer leggen onder toezicht van de nationale rechter volgt uit HvJ EG 6 mei 1982, gevoegde zaken 146, 192 en 193/81 (BayWa), Jur. 1982, p. 1503, r.o. 29.

# 3 Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in nationaal en Europees perspectief

## 3.1 Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in de Nederlandse jurisprudentie

In deze paragraaf wordt bezien hoe het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechter worden toegepast in nationale zaken waarin het Europese recht geen rol speelt. De twee beginselen worden in de Nederlandse jurisprudentie vaak in een adem genoemd.[45] Toch is het goed beide beginselen van elkaar te onderscheiden.[46] Zoals hierna blijkt, vloeien uit het rechtszekerheidsbeginsel andere eisen voort dan uit het vertrouwensbeginsel. In algemene zin betekent het rechtszekerheidsbeginsel dat de burger te allen tijde zijn juridische positie moet kunnen bepalen.[47] Het rechtszekerheidsbeginsel valt uiteen in een formeel en materieel rechtszekerheidsbeginsel.[48] Het formele rechtszekerheidsbeginsel eist dat besluiten duidelijk en ondubbelzinnig moeten zijn geformuleerd en dat de betekenis ervan niet afhankelijk mag zijn van uitleg door een ander.[49] Wie geconfronteerd wordt met een besluit van een overheidsorgaan moet kunnen weten waar hij aan toe is; hij moet het geldende recht kunnen kennen.[50] Het materiële rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat het geldende recht ook moet worden toegepast en dat besluiten niet met terugwerkende kracht mogen worden gewijzigd ten nadele van de betrokken burgers.[51]

---

45 Jans 2002, p. 211; G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, monografieën Awb B-8), Deventer: Kluwer 1999, p. 119 e.v. Zie voorts ABRvS 12 december 2001, AB 2002, 323 m.nt. A.T. Marseille, laatste zin r.o. 2.5.

46 Zie omtrent het onderscheid tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel Addink 1999, p. 136. Overigens zijn sommige auteurs van mening dat het niet verhelderend is om het rechtszekerheidsbeginsel als een specifiek beginsel van behoorlijk bestuur aan te merken. Zie P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur (diss.), Deventer: Kluwer 1990, p. 453. Zie hieromtrent ook Addink 1999, p. 122 e.v.

47 Jans e.a. 2002, p. 208. B. de Geus, Wijziging van de communautaire concurrentievoorschriften van artikel 81 EG: de rechtszekerheid van ondernemingen, AA 50 (2001), 11, p. 857.

48 Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, veertiende druk, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 283 e.v.; Addink 1999, p. 121.

49 Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 315. Zie ook Addink 1999, p. 117.

50 Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 315; Jans e.a. 2002, p. 208.

51 Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 321; Addink 1999, p. 121; Nicolaï 1990, p. 361.

Het vertrouwensbeginsel verlangt dat bestuursorganen de in hun contacten met de burgers gewekte, gerechtvaardigde, verwachtingen zo mogelijk honoreren.[52] Uit de jurisprudentie blijkt allereerst dat bij de beoordeling of sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen van belang is *wie* het vertrouwen wekte.[53] Indien een bestuursorgaan dat bevoegd is te beslissen over bijvoorbeeld een bouwvergunning bij monde van een vertegenwoordiger van dat bestuursorgaan aangeeft dat de vergunning verleend zal worden, kan de burger daaraan meer vertrouwen ontlenen dan aan dergelijke uitlatingen van een ambtenaar van de afdeling sociale zaken. Ten tweede is van belang *wat* het vertrouwen heeft gewekt.[54] Aan een beschikking of een beleidsregel kan meer vertrouwen worden ontleend dan aan een enkele telefonische mededeling.

Dat sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, betekent nog niet dat het beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt.[55] Uit de jurisprudentie blijkt allereerst dat bezien moet worden of de burger naar aanleiding van het gewekt vertrouwen iets heeft gedaan of nagelaten wat hij zonder dat vertrouwen niet zou hebben gedaan (dispositievereiste).[56] Ten tweede dient altijd een belangenafweging plaats te vinden tussen de honorering van het beroep op het vertrouwensbeginsel en het algemeen belang dan wel belangen van derden.[57] Uit de jurisprudentie blijkt dat indien belangen van derden in de knel komen, het beroep op het vertrouwensbeginsel niet snel wordt gehonoreerd.[58]

Uit de jurisprudentie blijkt verder dat in bijzondere omstandigheden het vertrouwensbeginsel *contra legem* werkt.[59] De *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel is onder meer erkend door de Centrale Raad van Beroep (CRvB) in de uitspraak van 18 februari 1975.[60] De Hoge Raad volgde in de zogenoemde Doorbraak-arresten.[61] De Hoge Raad overweegt dat onder omstandigheden

52 Jans e.a. 2002, p. 215. Zie omtrent de toepassing van het nationaal vertrouwensbeginsel voorts: P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 360 e.v.; R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming, Over de weging van legaliteitsbeginsel, gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel in het belastingrecht (diss.)*, Deventer: Kluwer 1996; N. Verheij, *Vertrouwen op de overheid*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1997, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997; H.J.H. van Meegen, 'Het vertrouwensbeginsel. Ontwikkelingen in de jurisprudentie', *JBPlus* 2001, p. 19-32: L.J.A. Damen, noot bij HR 27 november 1992 (Felix/Aruba) in P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak en R.G.J.M. Widdershoven, *AB Klassiek*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 258 e.v.; A.J. Bok, 'Het vertrouwensbeginsel, een beginsel op tegenspraak', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 93-112.

53 Zie hieromtrent Damen 2003; Addink 1999, p. 141 e.v.; Nicolaï 1990, p. 362 e.v.

54 Addink 1999, p. 143 e.v.; Nicolaï 1990, p. 364 e.v.

55 Zie ABRvS 22 maart 2001, AB 2001, 195 m.nt. dG.

56 Addink 1999, p. 148. Zie voorts ABRvS 26 februari 2003, AB 2003, 265 m.nt. J.H.A. van der Grinten. Uit deze uitspraak lijkt te volgen dat het voldoen aan het dispositievereiste een *conditio sine qua non* is voor het kunnen honoreren van een beroep op het vertrouwensbeginsel. Zie voorts ABRvS 12 december 2001, AB 2002, 323 m.nt. A.T. Marseille, waaruit eveneens blijkt dat het dispositievereiste een rol speelt bij de beoordeling of zijn beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt.

57 Zie Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 372 e.v.; Verheij 1997, p. 44; Nicolaï 1990, p. 361.

58 Een voorbeeld in dezen biedt ABRvS 22 maart 2001, AB 2001, 195 m.nt. dG.

59 Zie hieromtrent Addink 1999, p. 146 e.v.

60 AB 1976, 243 m.nt. J.St.

61 HR 12 april 1978, NJ 1979, 533 m.nt. M.S., AB 1979, 262 m.nt. F.H. v.d. B. Het ging in deze zaak om een belastingzaak.

strikte toepassing van de wet, waaruit de belastingschuld rechtstreeks voortvloeit, in die mate in strijd kan komen met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur – in casu het vertrouwensbeginsel – dat die toepassing achterwege dient te blijven. Uit het arrest blijkt dat een belangenafweging dient plaats te vinden tussen het desbetreffende beginsel en het beginsel dat de wet moet worden toegepast. Uit de jurisprudentie volgt dat belangen van derden of het algemeen belang door *contra legem*-toepassing niet in de knel mogen komen.[62] Dit betekent dat het in het algemeen tweepartijengeschillen, zoals belasting- en socialezekerheidszaken, zullen zijn waarin een beroep op het vertrouwensbeginsel in strijd met de wet kan worden gehonoreerd.[63] De ABRvS is beduidend terughoudender inzake de *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel. In een uitspraak waarin het ging om een subsidie op grond van de Subsidieregeling Agrarisch Natuurbeheer en derhalve om een tweepartijengeschil oordeelde de Afdeling dat het beroep op het vertrouwensbeginsel in geen geval kan leiden tot verlening van subsidie in strijd met het destijds geldende artikel 77a noch met artikel 20b van de subsidieregeling.[64] Annotator Verheij heeft kritiek op deze overweging van de Afdeling. Volgens hem is de zinsnede 'in geen geval' maatschappelijk gezien niet te verdedigen en niet in overeenstemming met de rechtspraak van de voor het financiële bestuursrecht '*leading judges*', de Hoge Raad en de CRvB, die de mogelijkheid van *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel wel erkennen.

In zaken waarin over de intrekking en terugvordering van subsidies wordt geprocedeerd, wordt vaak een beroep gedaan op het beginsel van rechtszekerheid en/of het vertrouwensbeginsel. Uit jurisprudentie van de Afdeling volgt dat indien de subsidie lager wordt vastgesteld omdat een subsidieverplichting niet is nageleefd, dit alleen mogelijk is indien deze subsidieverplichting voor de subsidieontvanger kenbaar was.[65] Daarnaast blijkt uit deze jurisprudentie dat bij de belangenafweging die in het kader van de terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen moet plaatsvinden, een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel aan terugvordering in de weg kan staan.[66] Daarbij komt dat veel bepalingen uit de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht hun grondslag vinden in het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Zo is bepaald in welke gevallen de subsidie lager kan worden vastgesteld (art. 4:46 Awb) en wanneer de beschikkingen tot subsidieverlening en -vaststelling kunnen worden ingetrokken dan wel ten nadele van de subsidieontvanger kunnen worden gewijzigd (art. 4:48 en 4:49 Awb).[67] Voorts gelden uit hoofde van het rechtszekerheidsbeginsel verjaringstermijnen op grond waarvan de subsidie slechts gedurende een aantal jaren kan worden in-

62 Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 372 e.v.; Van Meegen 2001, p. 28 e.v.
63 Zie de noot van P.J. Stolk onder HR 26 september 1979, AB 1980, 210.
64 ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 187 m.nt. N. Verheij onder AB 2006, 188.
65 Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 april 2007, zaak 200607070/1, r.o. 2.10.1. De Afdeling overweegt hier, dat wil sprake zijn van een subsidieverplichting, deze kenbaar dient te zijn voor de subsidieontvanger. In de uitspraak van 8 oktober 2008, zaak 200801010/1, AB 2009, 223 m.nt. W. den Ouden overweegt de ABRvS dat, nu de subsidieverplichting in de brief van 17 februari 2005 is opgenomen en appellant haar kende, de omstandigheid dat de aard van de financiële tegemoetkoming voor appellant niet duidelijk was er niet toe leidt dat het college omwille van de rechtszekerheid geen toepassing zou mogen geven aan art. 4:48 Awb.
66 ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241 m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden, JB 2006/303 m.nt. AJB.
67 Zie respectievelijk art. 4:46, 4:48 en 4:49 Awb.

getrokken, gewijzigd en teruggevorderd (art. 4:49 lid 3 en 4:57 Awb).[68] Uit deze bepalingen van de subsidietitel volgt derhalve in hoeverre een subsidieontvanger vertrouwen kan ontlenen aan een besluit tot subsidieverstrekking.

De omstandigheid dat in de subsidietitel nauwkeurig is bepaald in welke gevallen de subsidie lager kan worden vastgesteld, ingetrokken dan wel ten nadele van de ontvanger kan worden gewijzigd, heeft tot gevolg dat het kan voorkomen dat een subsidie uiteindelijk niet bij de subsidieontvanger kan worden weggenomen, terwijl vaststaat dat op grond van de desbetreffende subsidieregeling geen recht op subsidie bestaat. Ingevolge artikel 4:49 Awb bijvoorbeeld kan de subsidie, indien zij eenmaal is vastgesteld, slechts in drie gevallen worden ingetrokken.[69] Aan de in artikel 4:49 lid 1 Awb neergelegde beperkingen ligt ten grondslag dat, nu de beschikking tot subsidievaststelling een definitieve aanspraak op financiële middelen vestigt, zij in beperktere mate intrekbaar dient te zijn dan een beschikking tot subsidieverlening.[70] Hierbij heeft de wetgever in aanmerking genomen dat aan intrekking minder behoefte bestaat, omdat de vaststelling veelal na afloop van de gesubsidieerde activiteiten plaatsvindt. Dat betekent dat ten tijde van de vaststelling reeds kan worden beoordeeld of de activiteiten hebben plaatsgevonden dan wel de verplichtingen zijn nagekomen. Opname van artikel 4:49 in de Awb betekent dat bij onregelmatigheden die het bestuursorgaan bij controle van de aanvraag tot subsidievaststelling redelijkerwijs had kunnen ontdekken, intrekking van de subsidievaststelling niet mogelijk is. Daarbij doet niet ter zake of de subsidieontvanger te goeder trouw is. Daarbij doet niet ter zake of de subsidieontvanger te goeder trouw is. Hoewel strikt genomen geen sprake is van *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel – dat de lagere vaststelling, de wijziging en intrekking van het besluit tot subsidieverlening en -vaststelling dan wel de terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidievragen mogelijk is volgt immers juist uit de wet – heeft een en ander wel tot gevolg dat een subsidie in strijd met de wet, namelijk de desbetreffende subsidieregeling, bij de subsidieontvanger blijft.

## 3.2 Het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel in de Europese jurisprudentie

Dat het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel niet alleen door de nationale rechter worden toegepast, doch tevens deel uitmaken van de Europese rechtsorde heeft het HvJ EG meermalen bevestigd.[71] De beginselen zijn

68 In art. 4:49 lid 3 Awb is bepaald dat de subsidie niet meer kan worden ingetrokken of ten nadele van de ontvanger worden gewijzigd indien vijf jaren zijn verstreken sinds de dag waarop ze is bekendgemaakt.

69 Kamerstukken II 1993/94, 23 780, nr. 3, p. 77 en 78.

70 ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 240 m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden onder AB 2007, 241, JB 2006/303 m.nt. AJB, r.o. 2.10.3.

71 HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633, r.o. 30; HvJ EG 9 oktober 2001, gevoegde zaken C-80/99-C-82/99 (Flemmer), Jur. 2001, p. I-7211, r.o. 60; HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00 (Huber), Jur., p. I-7699, r.o. 56 en HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239 m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden, r.o. 24; HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 52.

in het bijzonder een dwingend vereiste indien het gaat om een regeling die financiële consequenties kan hebben.[72] Het Europese rechtszekerheidsbeginsel speelt in de jurisprudentie van het HvJ EG dan ook een belangrijke rol bij de vraag in hoeverre besluiten waarin een Europese subsidie is verstrekt, kunnen worden ingetrokken dan wel de Commissie een beschikking met daarin de verplichting voor een lidstaat om tot terugvordering van staatssteun over te gaan kan nemen.[73] Indien een besluit tot subsidieverstrekking is genomen, mag de burger er in beginsel van uitgaan dat een dergelijk besluit niet met terugwerkende kracht ten nadele van hem wordt gewijzigd. Het HvJ EG heeft daarom meermalen overwogen dat de overheid een bestuursrechtelijke handeling waarbij een voordeel is toegekend, met terugwerkende kracht mag intrekken op grond dat zij onrechtmatig is,[74] mits zij daarbij het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen eerbiedigt.

In een aantal Europese subsidieregelingen is expliciet bepaald in welke gevallen de subsidie lager kan worden vastgesteld, ingetrokken en teruggevorderd. Dergelijke bepalingen vormen een uitvloeisel van onder meer het rechtszekerheidsbeginsel; het beginsel is verdisconteerd in de desbetreffende regeling.[75] Het GvEA heeft overwogen dat op het rechtszekerheidsbeginsel geen beroep kan worden gedaan wanneer de geldende regeling duidelijk voorziet in de mogelijkheid dat financiële bijstand wordt teruggevorderd wanneer de voorwaarden waaronder de steun is

72 HvJ EG 16 maart 2006, zaak C-94/05 (Emsland-Stärke), Jur. 2006, p. I-2619, r.o. 43; HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-248/04 (Koninklijke Coöperatie Cosun), Jur. 2004, p. I-10211, r.o. 79 en van 21 juni 2007 zaak C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239 m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden, r.o. 26.

73 Zie de arresten HvJ EG 12 juli 1957, zaak 7/56 en 3/57-7/57 (Algera), Jur. 1957, p. 85; HvJ EG 3 maart 1982, zaak 14/81 (Alpha Steel), Jur. 1982, p. 749, r.o. 10-12; HvJ EG 26 februari 1987, zaak 15/85 (Consorzio Cooperative d'Abruzzo) Jur. 1987, p. 1005, r.o. 12-17; HvJ EG 17 april 1997, zaak C-90/95 P (De Compte), Jur. 1997, p. I-1999, r.o. 35, HvJ EG 24 januari 2002, zaak C-500/99 (Conserve Italia), Jur. 2002, p. I-867, r.o. 90. Voor wat betreft de meer algemene aspecten van het rechtszekerheidsbeginsel verwijs ik naar Jans e.a. 2002, p. 208 e.v. en J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 163 e.v. Voor wat betreft de rol van het rechtszekerheidsbeginsel in het staatssteunrecht verwijs ik naar Adriaanse 2006, p. 44. Zie voorts HvJ EG 29 april 2004, zaak C-372/97 (Commissie/Italië), Jur. 2004, p. I-3679.

74 Zie P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 621 e.v.

75 Dergelijke bepalingen geven ook uitdrukking aan het hierna te bespreken vertrouwensbeginsel. In de meeste Europese regelingen is niet expliciet terug te vinden dat het gaat om een codificatie van het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van gewettigd vertrouwen. Een uitzondering is Verordening nr. 1678/98 van de Commissie van 29 juli 1998 tot wijziging van de Verordening nr. 3887/92 houdende uitvoeringsbepalingen inzake het geïntegreerde beheers- en controlesysteem voor bepaalde communautaire steunregelingen (Pb EG L 1998, 212/23). In deze wijzigingsverordening was een bepaling opgenomen waarin precies werd bepaald in welke gevallen van terugvordering kon worden afgezien, namelijk indien de betaling was verricht als gevolg van een fout van de bevoegde instantie zelf of van een andere instantie en die fout redelijkerwijs niet kon worden ontdekt door het bedrijfshoofd, dat derhalve volledig te goeder trouw heeft gehandeld en alle ter zake geldende verplichtingen is nagekomen. In de considerans bij de wijzigingsverordening werd overwogen dat, om te garanderen dat het beginsel van het gewettigde vertrouwen bij terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen overal in de Gemeenschap op dezelfde wijze wordt toegepast, moet worden bepaald onder welke voorwaarden op dit beginsel een beroep kan worden gedaan.

verleend, niet zijn nageleefd.[76] Voorts volgt ook uit de Europese jurisprudentie dat, indien de Europese subsidie wordt ingetrokken omdat een subsidieverplichting niet is nageleefd, dit alleen mogelijk is indien deze subsidieverplichting voor de subsidieontvanger kenbaar was.[77] Voorts gelden uit hoofde van het rechtszekerheidsbeginsel verjaringstermijnen op grond waarvan de subsidie slechts gedurende een aantal jaren kan worden ingetrokken dan wel gewijzigd.[78] Tussen de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel door de nationale en Europese rechter zijn wat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies betreft geen noemenswaardige verschillen te constateren.

Wat betreft de intrekking van onrechtmatige staatssteun geldt dat de kans op een succesvol beroep op het rechtszekerheidsbeginsel in het kader van terugvordering van staatssteun door de strikte rechtspraak van het HvJ EG zeer klein is.[79] Het HvJ EG heeft meermalen geoordeeld dat de Commissie, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, de discretionaire bevoegdheid die zij bezit niet overschrijdt wanneer zij een lidstaat verzoekt onwettige steun terug te vorderen, aangezien de terugvordering slechts bedoeld is om de vroegere toestand te herstellen.[80] Deze terugvordering is, behoudens uitzonderlijke omstandigheden waarin sprake is van kennelijke nalatigheid en van een duidelijke schending van de zorgvuldigheidsplicht van de Commissie bij de uitoefening van haar toezichthoudende bevoegdheden, dan ook niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.[81] Een dergelijke uitleg van het rechtszekerheidsbeginsel is niet terug te vinden in nationale subsidiezaken waarin Europese aspecten geen rol spelen.

76 GvEA 14 september 2004, zaak T-290/02 (Associazione Consorzi Tessili (Ascontex)/Commissie), Jur. 2004, p. II-3085, r.o. 70; GvEA 14 juli 1997, zaak T-81/95 (Interhotel/Commissie), Jur. 1997, p. II-1265, r.o. 61.

77 Zie Craig 2006, p. 619. Zo overweegt het HvJ EG bijvoorbeeld in het arrest van 21 juni 2007, zaak C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239 m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden, r.o. 25 dat het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat een gemeenschapsregeling de belanghebbenden met name in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen. Daarbij verwijst het Hof naar de HvJ EG 1 oktober 1998, zaak C-209/96 (Verenigd Koninkrijk/Commissie), Jur. 1998, p. I-5655, r.o. 35; HvJ EG 20 mei 2003, zaak C-108/01 (Consorzio del Prosciutto di Parma en Salumificio S. Rita), Jur. 2003, p. I-5121, r.o. 89, en 21 februari 2006, zaak C-255/02 (Halifax e.a.), Jur. p. I-1609, r.o. 72. Het Hof voegt daaraan toe dat de justitiabelen immer ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen moeten kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen. In dat verband verwijst het Hof naar arresten van 13 februari 1996, zaak C-143/93 (Van Es Douane Agenten), Jur. p. I-431, punt 27, en 26 oktober 2006, zaak C-248/04 (Koninklijke Coöperatie Cosun), Jur. p. I-10211, punt 79. Zie ook: HvJ EG 14 december 2000, zaak C-245/97 (Duitsland/Commissie), Jur. 2000, p. I-11261, r.o. 72; HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-354/95 (National Farmers' Union), Jur. 1997, p. I-4559, r.o. 57; HvJ EG 27 maart 1990, zaak C-10/88 (Italië/Commissie), Jur. 1990, p. I-1229; GvEA 13 maart 2003, zaak T-340/00 (Comunita montana della Valnerina), Jur. 2003, p. II-811, r.o. 54.

78 HvJ EG 24 juni 2004, zaak C-278/02 (Herbert Handlbauer), Jur. 2004, p. I-6171, r.o. 40.

79 Een beschikking van de Commissie waarin de lidstaat wordt verplicht de onrechtmatige staatssteun terug te vorderen, wordt bijvoorbeeld niet in strijd met het verbod van terugwerkende kracht geacht. Zie bijvoorbeeld GvEA 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00 (Hotel Cipriani e.a.), n.n.g., r.o. 385 e.v.

80 GvEA 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00 (Hotel Cipriani e.a.), n.n.g., r.o. 387. HvJ EG 22 april 2008, zaak C-408/04 (Commissie/Salzgitter), Jur. 2008, p. I-2767, r.o. 107; HvJ EG zaak C-148/04 (Unicredito Italiano), Jur. 2004, p. I-11137, r.o. 104; HvJ EG 17 juni 1999, zaak C-75/97 (België/Commissie, zogeheten Maribel bis/ter), Jur. 1999, p. I-3671, r.o. 66.

81 HvJ EG 22 april 2008, zaak C-408/04 (Commissie/Salzgitter), Jur. 2008, p. I-2767, r.o. 107.

Volgens het HvJ EG is het vertrouwensbeginsel een rechtstreeks uitvloeisel van het beginsel van rechtszekerheid.[82] Hoewel door de nationale en Europese rechter ongeveer dezelfde omschrijving van het vertrouwensbeginsel wordt gehanteerd,[83] bestaan verschillen in de toepassing van het beginsel. Alvorens op deze verschillen in te gaan, is het goed om op te merken dat er ook overeenkomsten bestaan. Uit jurisprudentie van het GvEA[84] blijkt dat voor een geslaagd beroep op bescherming van het gewettigde vertrouwen dat is ontstaan ten gevolge van gedane toezeggingen van een gemeenschapsinstelling aan drie voorwaarden moet zijn voldaan. In de eerste plaats moet de betrokkene van de gemeenschapsinstelling nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen hebben gekregen die van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstig zijn. In de tweede plaats moeten deze toezeggingen gegronde verwachtingen kunnen wekken bij degene tot wie zij zijn gericht. In de derde plaats moeten de toezeggingen overeenstemmen met de toepasselijke voorschriften. Uit de omschrijving van het GvEA blijkt dat ook op Europees niveau van belang is *wie* en *wat* het vertrouwen wekte. Behalve door toezeggingen, kan zowel Europees als nationaal gezien ook vertrouwen worden gewekt door regelgeving en andere besluiten.[85] Men mag vertrouwen op de continuïteit en bestendigheid daarvan, zodat het vertrouwensbeginsel grenzen stelt aan de invoering van wetgeving met terugwerkende kracht en de intrekking van begunstigde besluiten. Voorts kunnen zowel Nederlandse beleidsregels als Europese *soft law*[86] als bronnen van gerechtvaardigd vertrouwen gelden.[87] Hetzelfde geldt voor precieze toezeggingen en het stilzitten door een bevoegd orgaan.[88]

82 HvJ EG 15 februari 1996, zaak C-63/93 (Duff e.a.), Jur. 1996, p. I-569, r.o. 20; GvEA 19 maart 1997, zaak T-73/95 (Estabelecimentos Isidoro M. Oliveira/Commissie), Jur. 1997, p. II-381, r.o. 29.

83 Widdershoven 1994, p. 2.

84 GvEA 4 februari 2009, zaak T-145/06 (Omya), Jur. 2009, n.n.g., r.o. 117; GvEA 23 februari 2006, zaak T-282/02 (Cementbouw Handel & Industrie/Commissie), Jur. 2006, p. II-319, r.o. 77; GvEA 30 juni 2005, zaak T-347/03 (Branco/Commissie), Jur. 2005, p. II-2555, r.o. 102.

85 Zie voor wat betreft het Europees niveau Craig 2006 p. 628 e.v. Zie voor een nationaal voorbeeld bijvoorbeeld ABRvS 1 maart 2006, AB 2006, 188 m.nt. N. Verheij.

86 Senden definieert het begrip *soft law* als volgt: 'Soft law betreft: gedragsregels die zijn vastgelegd in instrumenten die als zodanig geen juridische verbindendheid zijn toegekend, maar desalniettemin bepaalde (indirecte) juridische effecten kunnen hebben, en die gericht zijn op het bewerkstelligen van effecten in de praktijk en deze ook daadwerkelijk kunnen hebben' (L.A.J. Senden, Reguleringsintensiteit en regelgevingsinstrumentarium in het Europees Gemeenschapsrecht, over de relatie tussen wetgeving, soft law en de open methode van coördinatie', SEW 2008, 2, p. 43-57, p. 46). Voorbeelden van *soft law* zijn bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de Europese Commissie.

87 Jans e.a. 2007, p. 166. Zie bijvoorbeeld HvJ EG zaak 81/72 (Commissie/Raad), Jur. 1973, p. 575 en HvJ EG zaak 148/73 (Louwage), Jur. 1974, p. 81.

88 Jans e.a. 2007, p. 166. Jans e.a. verwijzen met betrekking tot toezeggingen van bevoegde organen naar GvEA gevoegde zaken T-346 tot en met 348/99 (Territoria Historico de Alava e.a./Commissie), Jur. 2002, p. II-4259, GvEA 31 maart 1998, zaak T-129/96 (Preussag Stahl), Jur. 1998, p. II-609. Zie voorts GvEA 5 juni 2001, zaak T-6/99 (ESF Elbe-Sthalwerke feralpi GmbH/Commissie), Jur. 1999, p. II-1523, r.o. 185, HvJ EG 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03 (België en Forum/Commissie), Jur. 2006, p. I-5479, r.o. 147 en GvEA 9 september 2009, gevoegde zaken T-227/01 tot en met T-220/01, T-265/01, T-266/01 en T-270/01 (Territoria Historico de Alava e.a./Commissie), n.n.g., r.o. 262. Met betrekking tot het stilzitten van een bevoegd orgaan wordt verwezen naar HvJ EG 24 november 1987, zaak 223/85 (RSV), Jur. 1987, p. 4617, r.o. 17. Uit HvJ EG 29 april 2004, zaak C-298/00 (Commissie/Impressa Edo Collorigh Edo), Jur. 2004, p. I-4087, r.o. 90 e.v. blijkt echter dat in dergelijke gevallen een beroep op het vertrouwensbeginsel niet snel wordt gehonoreerd. Zie ook GvEA 9 september 2009, gevoegde zaken T-227/01 tot en met T-220/01, T-265/01, T-266/01 en T-270/01 (Territoria Historico de Alava e.a./Commissie), n.n.g., r.o. 343 e.v.

De toepassing van het vertrouwensbeginsel door het HvJ EG en de nationale rechter stemt verder overeen wat de belangenafweging betreft. Dat sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen betekent namelijk niet dat het bestuursorgaan dit altijd moet honoreren. Er dient altijd een afweging plaats te vinden tegen het algemeen belang en/of belangen van derden.[89] Een laatste overeenkomst is dat zowel bij de toepassing van het vertrouwensbeginsel door de nationale als Europese rechter het dispositievereiste een belangrijke rol speelt.[90] Een beroep op het vertrouwensbeginsel is eerder succesvol indien de burger afgaand op het gewekte vertrouwen handelingen heeft verricht waardoor hij in een nadeliger positie terecht zal komen indien het vertrouwen niet wordt gehonoreerd.

Maar... verschillen zijn er ook! Ten eerste hecht het HvJ EG veel waarde aan de (geobjectiveerde) deskundigheid van de betrokken burger bij de beoordeling van een beroep op het vertrouwensbeginsel.[91] Zowel op nationaal als Europees niveau geldt dat indien vertrouwen is gewekt door onrechtmatig handelen van een bestuursorgaan, dit in het algemeen geen gerechtvaardigd vertrouwen oplevert indien de burger de onrechtmatigheid redelijkerwijs had moeten kunnen ontdekken.[92] Het HvJ EG gaat in dat verband – anders dan de Nederlandse bestuursrechter[93] – altijd uit van een bovengemiddelde deskundigheid van de marktdeelnemers.[94] Gesproken wordt van de behoedzame ondernemer of de professionele marktdeelnemer.[95] Dit komt tot uitdrukking in het zojuist vermelde tweede criterium in de jurisprudentie van het GvEA, namelijk dat de toezeggingen gegronde verwachtingen moeten kunnen wekken bij degene tot wie zij zijn gericht. Bij een deskundige marktdeelnemer levert een toezegging minder snel een gegronde verwachting op. Daarbij komt dat het HvJ EG meermalen heeft overwogen dat indien een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer de vaststelling van een voor zijn belangen nadelige communautaire maatregel kan voorzien, hij zich niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen wanneer die maatregel wordt vastgesteld.[96]

Het arrest Binder is een voorbeeld van een zaak waarin de deskundigheid van de desbetreffende marktdeelnemer ertoe leidde dat een beroep op het vertrouwensbeginsel niet werd gehonoreerd. Het bevoegde nationale uitvoeringsorgaan had in die zaak de invoerrechten vastgesteld tegen het preferentiële tarief van 10,4%; een percentage dat de Commissie had voorgesteld, maar nooit was aangenomen. Het geldende tarief bedroeg 13%. Het HvJ EG overweegt dat Binder een professionele

89 Zie Widdershoven 1994, p. 3.
90 Jans e.a. 2007, p. 168-169. Widdershoven 1994, p. 3. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 27 april 1978, zaak 90/77 (Hellmut Stimmung), Jur. 1978, p. I-995; HvJ EG 3 maart 1982, zaak 14/81 (Alpha Steel), Jur. 1982, p. I-729; HvJ EG, zaak 508/03 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), Jur. 2006, p. I-3969.
91 Jans e.a. 2007, p. 168; Craig 2006, p. 631 e.v.; Jans e.a. 2002, p. 218; Widdershoven 1994, p. 3.
92 Jans e.a. 2007, p. 168; Jans e.a. 2002, p. 218.
93 De Nederlandse bestuursrechter weegt de deskundigheid van de betrokkene bij een beroep op het vertrouwensbeginsel soms mee. Zie Widdershoven 1994, p. 3. Zie verder par. 5.3.2.
94 Zie Addink 1999, p. 149; Gerrits-Janssens 2001, p. 91; Jans e.a. 2002, p. 218.
95 In het arrest GvEA 13 maart 2003, zaak T-340/00 (Comunita montana della Valnerina/Italië), Jur. 2003, p. II-811, r.o. 55 wordt gesproken van voorzichtig en bezonnen marktdeelnemer. Zie voorts Jans e.a. 2007, p. 168.
96 HvJ EG 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03 (België en Forum/Commissie), Jur. 2006, p. I-5479, r.o. 147; HvJ EG 11 maart 1987, zaak 265/85 (Van den Bergh en Jurgens en Van Dijk Food Products Lpik/Commissie), Jur. 1987, p. 1155, r.o. 44.

marktdeelnemer is met als voornaamste werkgebied de in- en uitvoer. Een dergelijke onderneming kan met betrekking tot het toe te passen tarief geen gewettigd vertrouwen ontlenen aan het bestaan van het voorstel van de Commissie, waarin dit tarief is vermeld, en aan de opneming ervan in een nationaal gebruikstarief. Het lijkt volgens het Hof niet onredelijk om van die marktdeelnemer te verlangen dat hij zich door lezing van de desbetreffende Publicatiebladen vergewist van het gemeenschapsrecht dat op zijn transacties van toepassing is. Het HvJ EG concludeert dat de vergissing redelijkerwijze door Binder had kunnen worden ontdekt. Het beroep op het vertrouwensbeginsel wordt dan ook niet gehonoreerd. Vraag is of het HvJ EG hier niet uit het oog verliest dat het nationale uitvoeringsorgaan – dat toch zeker ook wel als deskundig mag worden aangemerkt – ook is uitgegaan van het onjuiste tarief.[97] Het is naar mijn mening niet redelijk dat het risico geheel bij de subsidieontvanger wordt neergelegd.

Een tweede verschil wat betreft de toepassing van het vertrouwensbeginsel door de nationale en Europese rechter is dat *contra legem*-toepassing van het vertrouwensbeginsel door de Europese rechter niet is toegestaan.[98] In Nederland is dit – zoals in de vorige paragraaf is besproken – onder zeer bijzondere omstandigheden wel mogelijk. Het HvJ EG heeft meermalen overwogen dat voor *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel geen ruimte bestaat. In het algemeen geldt dat onrechtmatige toezeggingen van nationale of communautaire organen, noch een met een EG-besluit strijdige praktijk van de lidstaten gewettigd vertrouwen op een met het EG-recht strijdige handeling kunnen opleveren. Dit komt ook tot uitdrukking in de voormelde derde voorwaarde van het GvEA, namelijk dat de toezeggingen moeten overeenstemmen met de toepasselijke voorschriften. Belangrijke uitspraken in dezen zijn de klassieke arresten Maïzena en Krücken.[99] In de zaak Maïzena ging het om de terugvordering van een productierestitutie. Het HvJ EG overweegt dat een met de gemeenschapsregeling strijdige praktijk van een lidstaat nooit tot het ontstaan van een door het gemeenschapsrecht beschermde rechtspositie kan leiden, ook niet wanneer de Commissie heeft nagelaten de noodzakelijke stappen te nemen om die lidstaat tot een correcte toepassing van de gemeenschapsregeling te bewegen. In de zaak Krücken was de toekenning van een uitvoerrestitutie aan de orde. Het gewekte vertrouwen bestond erin dat een bevoegde Duitse douaneambtenaar in strijd had gehandeld met een Europese bepaling. Het HvJ EG overweegt allereerst dat het vertrouwensbeginsel deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde en dat elke met de toepassing van dit recht belaste nationale instantie is gehouden de algemene beginselen van gemeenschapsrecht te eerbiedigen. Vervolgens overweegt het HvJ EG echter dat noch een onrechtmatig handelen van de Commissie of haar ambtenaren noch een met de gemeenschapsregeling strijdige praktijk van een lidstaat een gewettigd vertrouwen kan wekken bij de handelaar aan wie de aldus geschapen situatie ten goede komt. Daarom kan volgens het HvJ EG geen beroep op het vertrouwensbeginsel worden gedaan tegen

97 Zo overweegt het CBb in de uitspraak van 27 juni 2008 (AB 2008, 282) dat het bestuursorgaan niet mag verwachten dat de burger een betere kennis heeft van het Europese recht dan hijzelf.

98 Jans e.a. 2007, p. 169 e.v.; Gerrits-Janssens 2001, p. 91; Widdershoven 1994, p. 3.

99 HvJ EG 15 december 1982, zaak 5/82 (Maïzena), Jur. 1982, p. 4601 en HvJ EG 26 april 1988, zaak 316/86 (Krücken), Jur. 1988, p. 2213.

een duidelijke bepaling van het gemeenschapsrecht en kan een daarmee strijdige handeling van een met de toepassing van het gemeenschapsrecht belaste nationale instantie bij een handelaar geen gewettigd vertrouwen op een met het gemeenschapsrecht strijdige behandeling opleveren.

Ten slotte verdient vermelding dat het HvJ EG en het GvEA wat betreft de intrekking en terugvordering van Europese subsidies die rechtstreeks door de Commissie aan de eindbegunstigde in de lidstaten worden verstrekt het beroep op het vertrouwensbeginsel in twee opzichten hebben beperkt. Allereerst kan een subsidieontvanger, indien hij zich niet aan de subsidieverplichtingen houdt die in het besluit tot subsidieverstrekking zijn vastgelegd, zich nooit op het vertrouwensbeginsel beroepen.[100] Hetzelfde geldt indien hij zich anderszins schuldig maakt aan een kennelijke schending van de geldende regeling.[101] Hoewel in het ESF-arrest[102] geen sprake is van subsidies die rechtstreeks door de Commissie aan de eindbegunstigden in de lidstaat werden verstrekt, maar van subsidies die door de Commissie via de lidstaten met toepassing van het nationale recht aan de eindbegunstigden werden verstrekt, wordt daarin door het HvJ EG ook naar deze jurisprudentie omtrent de uitleg van het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel verwezen.

Het is de vraag wat nu precies met kennelijke schending wordt bedoeld. Uit de jurisprudentie blijkt dat veelal sprake is van fraude.[103] Uit latere rechtspraak blijkt dat in meer gevallen sprake is van een kennelijke schending.[104] Het GvEA begint met de overweging dat het vertrouwensbeginsel niet kan worden ingeroepen door een onderneming die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van een geldende regeling. Het GvEA vervolgt met de constatering dat, aangezien de begunstigde van de bijstand een essentiële voorwaarde voor de toekenning van de bijstand niet is nagekomen, hij zich niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen om te verhinderen dat de Commissie de verleende bijstand vermindert. Deze

100 GvEA 19 maart 1997, zaak T-73/95 (Estabelecimentos Isidoro M. Oliveira/Commissie), Jur. 1997, p. II-381, r.o. 27; GvEA 15 september 1998, zaak T-142/97 (Branco/Commissie), Jur. 1998, p. II-3567, r.o. 97 en 105. Hogere voorziening afgewezen bij beschikking HvJ EG 12 november 1999, zaak C-453/98 P (Branco), Jur. 1999, p. I-8037. Zie voorts GvEA 16 september 1999, zaak T-182/96 (Partex/Commissie), Jur. 1996, p. II-2673, r.o. 190. Hogere voorziening afgewezen bij beschikking HvJ EG 8 maart 2001, zaak C-465/99 P (Partex/Commissie), n.g. Zie ook HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 53. Zie voorts Craig 2006, p. 618 e.v.

101 HvJ EG 12 december 1985, zaak 67/84 (Sideradria/Commissie), Jur. 1985, p. 3983, r.o. 21. Ook in deze zaak ging het om een geschil tussen de Commissie en een onderneming. Zie voorts HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 53. Hoewel in deze uitspraak sprake was van een geschil tussen de lidstaat en een eindbegunstigde in de lidstaat, wordt toch naar voormelde zaak verwezen.

102 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok.

103 Zie bijvoorbeeld GvEA 7 november 2002, gevoegde zaken T-141/99, T-142/99, T-150/99 en T-151/99 (Vela en Tecnagrind), Jur. 2002, p. 4547, r.o. 389, GvEA 26 september 2002, zaak T-199/99 (Sgaravatti Mediterranea). Jur. 2002, p. II-03731, r.o. 111 e.v., GvEA 29 september 1999, zaak T-126/97 (Sonasa/Commissie), Jur. 1999, p. II-2793, r.o. 34, GvEA 24 april 1996, gevoegde zaken T-551/93, T-231/94-T-234/94 (Industrias Pesqueras Campos e.a./Commissie), Jur. 1996, p. II-247, r.o. 76, HvJ EG 12 december 1985, zaak 67/84 (Sideradria/Commissie), Jur. 1985, p. 3983, r.o. 21.

104 HvJ EG 13 maart 2003, zaak T-125/01 (José Marti Peis/Commissie), Jur. 2003, p. II-865, r.o. 107.

rechtspraak duidt erop dat de twee voorwaarden op grond waarvan een beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan slagen met elkaar samenhangen.[105] Voorts volgt uit deze jurisprudentie dat ook sprake is van een kennelijke schending, indien een essentiële subsidieverplichting niet is nageleefd.[106] Uit het ESF-arrest kan echter worden geconcludeerd dat het om twee verschillende voorwaarden gaat.[107]

## 3.3 Conclusie

In deze paragraaf is ingegaan op de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwenbeginsel door de nationale bestuursrechter en de Europese rechter. Terwijl het rechtszekerheidsbeginsel inhoudt dat de burger te allen tijde zijn juridische positie moet kunnen bepalen, verlangt het vertrouwensbeginsel dat de bestuursorganen de in hun contacten met de burgers gewekte, gerechtvaardigde, verwachtingen zo mogelijk honoreren. Indien het gaat om de intrekking en terugvordering van subsidies en onrechtmatige staatssteun, spelen voormelde beginselen zowel in de jurisprudentie van de nationale als van de Europese rechter een belangrijke rol. Daarbij gaat het niet alleen om de ongeschreven beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen, maar ook om artikelen waaraan deze beginselen ten grondslag liggen, zoals artikel 4:49 lid 1 Awb en bepalingen in Europese verordeningen op grond waarvan van terugvordering mag worden afgezien.

Uit de jurisprudentie van zowel de nationale als Europese rechter blijkt dat de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel door het HvJ EG bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies niet veel verschilt van de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel door de nationale rechter in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt. In staatssteunzaken waarin de rechtmatigheid van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie aan de orde is, interpreteert het HvJ EG het rechtszekerheidsbeginsel een stuk strenger. Met betrekking tot de toepassing van het vertrouwensbeginsel bestaat deels overeenstemming tussen de nationale en Europese rechter. Zo is van belang *wie* en *wat* het vertrouwen heeft gewekt. Daarnaast vindt op zowel Europees als nationaal niveau het dispositievereiste

105 Zie ook GvEA 29 september 1999, zaak T-126/97 (Sonasa/Commissie), Jur. 1999, p. II-2793, r.o. 34 e.v. en GvEA 26 september 2002, zaak T-199/99 (Sgaravatti Mediterranea), Jur. 2002, p. II-03731, r.o. 111 e.v. In laatstgenoemde zaak had verzoekster het bedrag van de bijstand waarop zij aanspraak kon maken, ten onrechte verhoogd door valse facturen over te leggen en kosten te declareren die slechts ten dele gerelateerd waren aan de uitvoering van het project. Het GvEA concludeert dan ook dat verzoekster aldus heeft gehandeld in strijd met wezenlijke financiële verplichtingen en derhalve zich in geen geval kan beroepen op gewettigd vertrouwen.

106 Zie ook GvEA 26 september 2002, zaak T-199/99 (Sgaravatti Mediterranea), Jur. 2002, p. II-03731, r.o. 111 e.v. Het GvEA begint in r.o. 111 – onder verwijzing naar het arrest Sonasa – met de constatering dat het vertrouwensbeginsel niet kan worden ingeroepen door een onderneming die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling. Vervolgens overweegt het GvEA dat verzoekster door valse facturen over te leggen en kosten te declareren die slechts ten dele gerelateerd waren aan de uitvoering van het project aldus heeft gehandeld in strijd met *wezenlijke financiële verplichtingen*, waarvan de naleving een voorwaarde is voor de toekenning van de bijstand.

107 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok.

toepassing en dient een belangenafweging plaats te vinden tussen het belang dat een burger heeft bij honorering van het gerechtvaardigd vertrouwen enerzijds en het algemeen belang en/of de belangen van derden anderzijds.

Verschillen zijn er echter ook. Allereerst hecht het HvJ EG veel waarde aan de (geobjectiveerde) deskundigheid van de betrokken burger. De behoedzame ondernemer en de professionele marktdeelnemer zijn voor het HvJ EG maatgevend. Omdat het in Europese zaken naar hun aard veelal gaat om een geschil tussen de Europese instellingen en een ondernemer dan wel marktdeelnemer, wordt dientengevolge een beroep op het vertrouwensbeginsel minder vaak gehonoreerd. Een laatste verschil is dat *contra legem*-toepassing van het vertrouwensbeginsel, anders dan in Nederland, op Europees niveau niet is toegestaan. Voorts verdient opmerking dat in de jurisprudentie van het HvJ EG en het GvEA het beroep op het vertrouwensbeginsel in subsidiezaken waarin het gaat om een subsidie die rechtstreeks door de Europese Commissie aan de eindbegunstigden in de lidstaat wordt verstrekt in twee opzichten is beperkt. Allereerst geldt dat indien de eindbegunstigde het project niet overeenkomstig de voorwaarden van de bijstandsverlening heeft uitgevoerd, de begunstigde zich niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen. Voorts kan op het vertrouwensbeginsel geen beroep worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling.

Het vorenstaande laat zien dat het voor de nationale rechter in subsidiezaken met een Europees tintje van belang is vast te stellen of het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel Europees dan wel nationaal moeten worden ingevuld. De in de inleiding aangehaalde casus waarin het gaat over de intrekking van een Europese subsidie laat hetzelfde zien. De Europese invulling van rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel heeft daar tot gevolg dat een beroep op deze beginselen wordt afgewezen.

Uit het voorgaande blijkt dat rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel twee van elkaar te onderscheiden beginselen zijn met een eigen betekenis. Omdat in de jurisprudentie van zowel de nationale als de Europese rechter de beide beginselen veelal in een adem worden genoemd en niet altijd duidelijk is wat het onderscheid tussen de beginselen is, wordt er in het vervolg van dit preadvies voor gekozen de beginselen te duiden als het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De nationale invulling van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt in het vervolg van dit preadvies aangeduid als de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De Europese invulling van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel genoemd.

# 4 Hoe wordt de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bij intrekking van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen door het Europese recht beperkt?

## 4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt bezien in hoeverre de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het Europese recht wordt beperkt als het gaat om de intrekking en terugvordering van onrechtmatig bestede Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun door nationale uitvoeringsorganen. Paragraaf 4.2 ziet op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies. In paragraaf 4.3 wordt gekeken naar de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Bezien wordt in hoeverre ruimte bestaat voor nationale uitvoeringsorganen en de nationale rechter om het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe te passen. Zijn de bepalingen van de Awb omtrent de intrekking en wijziging van de subsidie en het ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel onverkort van toepassing of worden aan die toepassing door het Europese recht grenzen gesteld?

## 4.2 Europese subsidies: directe en indirecte toepassing

### 4.2.1 *Algemeen*

In paragraaf 2.2 is reeds naar voren gekomen dat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen op twee manieren kan plaatsvinden. Ten eerste is het mogelijk dat er op Europees niveau bepalingen omtrent de intrekking en terugvordering zijn vastgesteld die direct door nationale uitvoeringsorganen kunnen worden toegepast (directe toepassing). De tweede mogelijkheid is dat dat niet het geval is en nationale uitvoeringsorganen voor de intrekking en terugvordering moeten terugvallen op het nationale recht (indirecte toepassing). In de onderhavige paragraaf worden de directe en indirecte

toepassing van het Europese recht naast elkaar gezet. In dat verband wordt met name ingegaan op de vraag in hoeverre het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door nationale uitvoeringsorganen kan worden toegepast. Paragraaf 4.2.4 gaat in op situaties waarin de scheidslijn tussen directe en indirecte toepassing niet scherp is te trekken. In paragraaf 4.2.5 wordt in dat verband uitvoerig ingegaan op het ESF-arrest van 13 maart 2008.[108]

### 4.2.2 *Directe toepassing van Europese intrekkings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen*

Indien in een Europese subsidieregeling de intrekking en terugvordering van de Europese subsidie is gecommunautariseerd, passen nationale uitvoeringsorganen direct de bepalingen uit de Europese regeling toe. Toepassing van het nationaal bestuursrecht en daarmee van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is niet noodzakelijk[109] en derhalve niet aan de orde. Wel worden ten gevolge van de intrekking en terugvordering gerezen geschillen tussen nationale uitvoeringsorganen en de eindbegunstigden beslecht door de nationale rechter. De nationale rechter dient in dat geval de intrekking en terugvordering door het nationale uitvoeringsorgaan te toetsen aan het Europese recht. De nationale rechter mag bij de beoordeling of het intrekkings- en terugvorderingsbesluit rechtmatig is het nationaal bestuursrecht en het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel evenmin toepassen.[110] Om de vraag te kunnen beantwoorden of de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen kunnen worden toegepast, moet derhalve worden beoordeeld of de intrekking en terugvordering van de Europese subsidie is gecommunautariseerd. Zoals uit het vervolg van deze paragraaf blijkt, is dat nog niet zo eenvoudig om vast te stellen.

Een duidelijk voorbeeld van een geval waarin de intrekking en terugvordering van de Europese subsidie is gecommunautariseerd biedt de in paragraaf 2.2 genoemde Verordening 796/2004. Zoals gezegd, is in deze verordening precies uitgewerkt welke sancties bij geconstateerde onregelmatigheden door nationale uitvoeringsorganen moeten worden opgelegd. Voorts is in deze uitvoeringsregeling precies geregeld in welke gevallen nationale uitvoeringsinstanties van intrekking en terugvordering moeten afzien. Nationale uitvoeringsorganen kunnen in zoverre direct de verordening toepassen; gebruik van het nationale recht, met inbegrip van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, is in zoverre dan ook niet toegestaan.

---

108 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok.

109 Het HvJ EG heeft meerdere keren uitgemaakt dat alleen van het nationale recht gebruik mag worden gemaakt, voor zover dat voor de uitvoering van de desbetreffende verordening noodzakelijk is. Zie HvJ EG 11 februari 1971, zaak 39/70 (Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor), Jur. 1971, p. 49. HvJ EG 6 mei 1982, zaak 146/81, 192/81 en 193/81 (BayWa), Jur. 1981, p. 1503, r.o. 29, HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00 (Käserei Champignon Hofmeister), Jur. 2002, p. I-6453, HvJ EG 9 oktober 2001, gevoegde zaken C-80/99 tot en met C-82/99 (Flemmer), Jur. 2001, p. I-7211, r.o. 60 en HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00 (Huber), Jur. p. I-7699, r.o. 61.

110 Het nationale procesrecht is uiteraard wel gewoon van toepassing.

Een voorbeeld van een arrest waarin sprake was van een gecommunautariseerde bevoegdheid is het arrest Käserei Champignon Hofmeister.[111] In deze zaak geeft het HvJ EG heel duidelijk het onderscheid aan tussen Europese subsidies die worden uitgevoerd met behulp van het nationale recht en Europese subsidies waarop het nationale recht niet van toepassing is, omdat de voorwaarden voor terugvordering zijn vastgelegd in de desbetreffende Europese verordening. Hoewel het Hof in deze zaak het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet met zoveel woorden noemt, moet ervan worden uitgegaan dat dit beginsel evenmin van toepassing is.[112]

Ook bij de nationale bestuursrechter speelt de vraag of sprake is van directe toepassing van het Europese recht en of het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is. Het CBb overweegt in de uitspraak van 24 juni 2005[113] in het kader van de destijds bestaande Europese akkerbouwsubsidie dat de verplichting tot terugvordering rechtstreeks voortvloeit uit het Europese recht en geheel daardoor wordt gereguleerd. Volgens het CBb kan nationale administratiefrechtelijke regelgeving, zoals het door appellante ingeroepen artikel 4:49 Awb, gelet op de voorrang van het Europese recht, de omvang van een dergelijke verplichting niet beperken.[114] Met andere woorden: er is sprake van directe toepassing van het Europese recht. Hoewel het CBb niet bepaalt of het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel de Europese pendant van toepassing is, heeft de uitspraak van het CBb tot gevolg dat op het aan artikel 4:49 Awb ten grondslag liggende nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geen acht kan worden geslagen. Impliciet oordeelt het CBb derhalve dat toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet mogelijk is indien sprake is van directe toepassing van het Europese recht.

In de uitspraak van 17 mei 2006 van het CBb komt wel expliciet de vraag aan de orde of het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel de Europese tegenhanger moet worden toegepast.[115] De van toepassing zijnde Europese verordening bevatte een terugvorderingsregeling die kort gezegd inhield dat de lidstaten de ten onrechte bepaalde bedragen vermeerderd met rente dienden terug te vorderen. Ook werd in de verordening uitgewerkt met welke percentages de Europese subsidie werd gekort indien het gevraagde of uitbetaalde bedrag hoger was dan het bedrag waarop krachtens de verordening werkelijk aanspraak kon worden gemaakt, behoudens overmacht. De subsidieontvanger, Campina Zuivel, voert bij het CBb onder verwijzing naar het arrest Deutsche Milchkontor aan, dat de terugvordering van de subsidie wordt beheerst door het nationale recht, zowel wat betreft de materiële voorwaarden, als wat betreft de procedurele voorschriften, vormvoorschriften en bewijsregels. Zoals in de volgende paragraaf aan de orde komt, overwoog het HvJ EG in dat arrest dat voor zover het gemeenschapsrecht, met inbegrip van de algemene bepalingen, geen gemeenschappelijke voorschriften te dien

111 HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00 (Käserei Champignon Hofmeister), Jur. 2002, p. I-6453.
112 Dit kan worden afgeleid uit de overwegingen 83 en 84 van voormeld arrest.
113 LJN AT8929, niet gepubliceerd.
114 Zie ook CBb 8 juli 2009, LJN BJ 6462, r.o. 2.3.
115 CBb 17 mei 2006, AB 2006, 313 m.nt. A.P.W. Duijkersloot.

aanzien behelst, de nationale autoriteiten bij de uitvoering van de gemeenschapsregelingen overeenkomstig de formele en materiële bepalingen van nationaal recht handelen. Het CBb oordeelt echter dat, anders dan de verordening die in het arrest Deutsche Milchkontor aan de orde was, de Verordening 2921/90 wel voorschriften over de terugvordering van onverschuldigd betaalde steunbedragen bevat. Het CBb overweegt onder verwijzing naar het zojuist besproken arrest Käserei Champignon Hofmeister dat de voorschriften inzake de terugvordering van ten onrechte betaalde steunbedragen dwingendrechtelijk zijn bepaald en het nationale uitvoeringsorgaan, het Productschap Zuivel, hieraan rechtens gebonden is. Op grond hiervan komt het CBb tot de conclusie dat voor toepassing van de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen geen plaats is. Een beroep op het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel kan volgens het CBb niet worden gehonoreerd, nu *contra legem*-toepassing van dit beginsel niet mogelijk is.

Volgens Widdershoven, Verhoeven e.a. volgt uit de uitspraak van het CBb 17 mei 2006 dat directe toepassing van het EG-recht reeds aan de orde is indien de EG-regeling in kwestie als zodanig een regeling inzake terugvordering bevat.[116] Alleen indien de EG-regeling in het geheel geen bepaling inzake terugvordering bevat, bestaat volgens hen ruimte voor toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel. Mijns inziens is deze conclusie niet op voorhand juist. Het kan immers ook zo zijn dat in een verordening weliswaar regels zijn opgenomen omtrent terugvordering, maar dat deze onvoldoende zijn uitgewerkt om door nationale uitvoeringsorganen rechtstreeks te worden toegepast. Hierbij kan worden gedacht aan een verordening waarin wel een terugvorderingsbepaling is opgenomen, maar tegelijkertijd wordt verwezen naar het nationale recht of waarin niet is geregeld met welke percentages een Europese subsidie moet worden gekort.

In latere uitspraken van het CBb aangaande de terugvordering van uitbetaalde akkerbouwsteun wordt de lijn van de uitspraak van 17 mei 2006 voortgezet.[117] Hoofdlijn is dat de verplichting tot terugvordering rechtstreeks voortvloeit uit het Europese recht en geheel daardoor wordt gereguleerd. Consequentie daarvan is dat het bevoegde nationale uitvoeringsorgaan geen beleidsruimte heeft om van deze verplichting af te wijken en slechts in het Europese recht redenen gevonden kunnen worden om op deze verplichting inbreuk te maken. In dat verband overweegt het CBb in veel uitspraken, onder verwijzing naar het al genoemde arrest Krücken van het HvJ EG, dat *contra legem*-toepassing van het vertrouwensbeginsel niet mogelijk is.[118] In andere uitspraken overweegt het CBb dat het vertrouwensbeginsel wel deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde, maar dat het HvJ EG in constante jurisprudentie heeft aangegeven dat een beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan leiden tot aanspraken op financiële voordelen in strijd met geldende Europese regelgeving.[119] In de uitspraak van 20 september 2007 komt

116 Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 104-105.
117 CBb 23 april 2007, AB 2007, 247 m.nt. A.P.W. Duijkersloot en R. Ortlep en CBB 20 september 2007, AB 2007, 361 m.nt. R. Ortlep.
118 CBb 20 september 2007, LJN BB425, r.o. 5.4. Zie voorts CBb 14 november 2007, LJN BB8852, r.o. 5.2.
119 CBb 23 april 2007, AB 2007, 247 m.nt. A.P.W. Duijkersloot en R. Ortlep, r.o. 5.7. Zie voorts CBb 25 februari 2009, LJN BH4694, r.o. 5.4; CBb 1 september 2009, LJN BJ 7538, r.o. 5.2.

het CBb onder verwijzing naar de considerans van de van toepassing zijnde verordening tot de conclusie dat de van toepassing zijnde Europese subsidieregeling het communautaire vertrouwensbeginsel codificeert door te bepalen in welke gevallen van terugvordering moet worden afgezien.[120] Het CBb is van oordeel dat in andere gevallen geen beroep op het nationale vertrouwensbeginsel kan worden gedaan.

Ook de Hoge Raad wordt in sommige gevallen geconfronteerd met de uitvoering van het Europese recht en dientengevolge met de vraag in hoeverre het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is. Het arrest van 10 augustus 2007 biedt hiervan een voorbeeld.[121] Het gaat in deze zaak om een geschil inzake de betaling van bedragen aan douanerechten. Het Hof had het standpunt, inhoudende dat het tot het nationale recht behorende vertrouwensbeginsel en de redelijkheid en billijkheid aan boeking achteraf in de weg staan, verworpen. Daartoe had het Hof overwogen dat de voorwaarden waaronder van boeking achteraf moet worden afgezien, limitatief zijn opgesomd in artikel 220 lid 2 letter b Communautair Douanewetboek (CDW). De Hoge Raad komt in zijn arrest helaas niet toe aan het door de belanghebbende voorgedragen middel dat het Hof aldus de rechtspraak van het HvJ EG met betrekking tot de werking van nationale beginselen van behoorlijk bestuur heeft miskend. De Hoge Raad oordeelt dat reeds omdat de door belanghebbende voor het Hof gestelde omstandigheden niet tot de gevolgtrekking kunnen leiden dat enig nationaal algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zich tegen het vaststellen van de onderwerpelijke uitnodigingen tot betaling verzet, het middel niet tot cassatie kan leiden. De advocaat-generaal Van Ballegooijen gaat wel in op de werking van het nationaal vertrouwensbeginsel. Hij concludeert dat artikel 220 lid 2 sub b CDW een specifieke gemeenschapsregeling voor navordering kent, die onder precieze voorwaarden aangeeft in hoeverre de verplichting tot navordering achterwege dient te blijven. De navorderingsbevoegdheid van de douane is volledig gecommunautariseerd en het vertrouwensbeginsel in het kader van de navordering is uitputtend gecodificeerd. Er bestaat volgens hem dan ook geen ruimte voor additionele toetsing aan het ongeschreven communautaire en nationale vertrouwensbeginsel.[122]

---

120 In de van toepassing zijnde Europese subsidieregeling was bepaald dat terugbetaling van onverschuldigd betaalde subsidie niet van toepassing is indien de betaling is verricht als gevolg van een fout van de bevoegde instantie zelf of van een andere instantie en die fout redelijkerwijs niet kon worden ontdekt door het bedrijfshoofd, dat derhalve volledig te goeder trouw heeft gehandeld en alle ter zake geldende verplichtingen is nagekomen. Volgens het CBb blijkt uit de considerans bij de Europese subsidieregeling dat om te garanderen dat het beginsel van het gewettigd vertrouwen bij terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen overal in de Gemeenschap op dezelfde wijze wordt toegepast, moet worden bepaald onder welke voorwaarden op dit beginsel een beroep kan worden gedaan.

121 AB 2007, 388 m.nt. R. Ortlep.

122 Van Ballegooijen verwijst in dit kader naar Widdershoven 1994, onderdeel 4; M.E. van Hilten, De Europese dimensie van door de fiscus opgewekt vertrouwen in BTW en het douanerecht, rede uitgesproken op 20 februari 1998 aan de Rijksuniversiteit Leiden, p. 35 en 41; R. Steenman en C.M. Ettema, Opgewekt vertrouwen door Nederlandse belastingsautoriteiten in de BTW en douanerecht; een vergelijking, BTWBrief 2000, nr. 10; Jans e.a. 2002, p. 224 en 235.

Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat indien een bepaling uit het Europese recht zich leent voor directe toepassing, in zoverre[123] geen ruimte bestaat voor toepassing van het nationale recht, en derhalve evenmin voor het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is van toepassing. Allereerst kan het zo zijn dat in de desbetreffende Europese subsidieregeling de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen zijn gecodificeerd. In de regeling zijn dan de gevallen neergelegd waarin niet hoeft te worden teruggevorderd. Het voordeel hiervan is dat in die gevallen niet langer sprake is van *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel; het vertrouwensbeginsel is immers in de wettelijke bepalingen verdisconteerd. Er bestaat nog wel discussie over de vraag of in dat geval nog ruimte bestaat voor toepassing van het ongeschreven vertrouwensbeginsel.[124] Dit hangt onder meer af van de vraag of het vertrouwensbeginsel in de desbetreffende Europese regeling uitputtend is gecodificeerd. Hierop wordt in het kader van dit preadvies niet verder ingegaan, nu in ieder geval duidelijk is dat geen ruimte bestaat voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Ten tweede kan het zo zijn dat in de desbetreffende Europese subsidieregeling het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet is gecodificeerd. In dat geval is het ongeschreven Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing. Zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien, is *contra legem*-werking van het Europees vertrouwensbeginsel niet toegestaan. Het is derhalve niet mogelijk om een Europese subsidie in strijd met de Europese subsidieregeling te verstrekken, ook niet als de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen zijn geschonden. Het doet niet ter zake of Europese dan wel nationale uitvoeringsorganen fouten hebben gemaakt. Voorts is niet relevant of de subsidieontvanger te goeder trouw is.

### *4.2.3 Indirecte toepassing van Europese intrekkings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen*

Duidelijk is dat bij een intrekkings- en terugvorderingsregeling in een Europese subsidieregeling waarin expliciet naar het nationale recht wordt verwezen, geen sprake is van een gecommunautariseerde bepaling. De bepaling moet met behulp van het nationale recht worden uitgevoerd; er is sprake van indirecte toepassing van het Europese recht. Een klassiek voorbeeld hiervan is het in paragraaf 2.2 reeds genoemde artikel 8 van Verordening 729/70 en het huidige artikel 56 lid 4 van Verordening 1083/2006.

Ook indien niet expliciet naar het nationale recht wordt verwezen, kan het de bedoeling zijn dat de desbetreffende Europese bepaling met behulp van het nationale recht wordt uitgevoerd. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is het in paragraaf 2.2 vermelde artikel 23 van de Coördinatieverordening. Hoewel in

123 Het kan wel zo zijn dat buiten de desbetreffende bepaling ruimte bestaat voor toepassing van het nationale recht. Dit is slechts anders indien de Europese regeling uitputtend is bedoeld.

124 Zie CBb 20 september 2007, AB 2007, 361 m.nt. R. Ortlep. In deze uitspraak is het CBb van oordeel dat geen beroep kan worden gedaan op het ongeschreven Europese vertrouwensbeginsel. Ortlep oefent op deze overwegingen van het CBb kritiek uit.

deze bepaling niet expliciet naar het nationale recht wordt verwezen, is het voor nationale uitvoeringsorganen niet mogelijk om deze bepaling direct toe te passen. De voorwaarden waaronder de terugvordering van Europese subsidies moet geschieden, zijn immers niet geregeld. Nationale uitvoeringsorganen zullen in het nationale recht moeten uitwerken welke concrete maatregelen zullen worden genomen om aan de verplichting van voormeld artikel 23 te kunnen voldoen. Hiertoe zijn nationale uitvoeringsorganen verplicht op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw.[125] Het HvJ EG heeft in het arrest Stichting ROM impliciet bevestigd dat artikel 23 van de Coördinatieverordening met behulp van het nationale recht moet worden uitgevoerd.[126] In dat arrest ging het om de opvolger van artikel 23, namelijk artikel 38 lid 1 van Verordening 1260/1999. Uit de overwegingen van het HvJ EG blijkt derhalve dat sprake is van indirecte toepassing van het Europese recht.

Indien nationale uitvoeringsorganen bij de terugvordering van Europese subsidies het nationale recht toepassen, mogen zij op grond van het in paragraaf 2.4 besproken beginsel van procedurele autonomie het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepassen. Zoals gezegd, wordt bij de uitvoering van verplichtingen tot intrekking en terugvordering van onrechtmatig bestede Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen in de meeste gevallen de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht toegepast. De bepalingen die over de intrekking en wijziging van de subsidie gaan, zijn geënt op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Voorts is op de uitvoering door nationale uitvoeringsorganen ook het ongeschreven nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing.

In paragraaf 2.4 is reeds aan de orde geweest dat de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit grenzen stellen aan het gebruik van het nationale recht bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies. Op welke manier stellen deze beginselen grenzen aan de toepassing van het nationale geschreven en ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel?

Een van de eerste arresten waarin het HvJ EG overwoog dat er bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen ruimte bestaat voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is het arrest Ferwerda.[127] In deze zaak ging het om een door het Productschap voor Vee en Vlees in strijd met Verordening 192/75 toegekende exportsubsidie aan de Nederlandse vleesexporteur Ferwerda. Ferwerda is van mening dat de terugbetaling van de exportrestitutie in strijd is met het beginsel van rechtszekerheid. Het CBb besluit tot het stellen van prejudiciële vragen. Het HvJ EG komt na toetsing

125 HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633.
126 Ortlep 2009, p. 89.
127 HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617.

van de beginselen van gelijkwaardigheid[128] en effectiviteit[129] tot de conclusie dat het Europese recht niet in de weg staat aan de toepassing van een aan het nationaal recht ontleend beginsel

> 'ingevolge waarvan bij vergissing door de overheid toegekende financiële voordelen niet kunnen worden teruggevorderd indien de vergissing niet te wijten is aan door de begunstigde verstrekte onjuiste gegevens, of indien, ondanks onjuiste, zij het te goeder trouw verstrekte gegevens, de vergissing gemakkelijk kon worden voorkomen.'

Het volgende belangrijke arrest waarin het gaat om de nationale invulling van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen is het arrest Deutsche Milchkontor.[130] In deze zaak gaat het om de terugvordering van ten onrechte betaalde steun voor magere melkpoeder door een Duitse nationale uitvoeringsinstantie. Deze terugvordering wordt beheerst door het nationale recht.[131] De verwijzende Duitse rechter vraagt zich af of de door het gemeenschapsrecht gestelde grenzen aan de toepassing van het nationale recht er eventueel aan in de weg staan dat bij de terugvordering van onverschuldigd betaalde steun de bescherming van het gewettigd vertrouwen en van de rechtszekerheid in aanmerking worden genomen. Het HvJ EG overweegt dat indien de nationale autoriteiten bij de terugvordering dezelfde regels en modaliteiten toepassen als in vergelijkbare gevallen waarin het gaat om louter nationale financiële prestaties, in beginsel niet kan worden aangenomen dat deze regels en modaliteiten in strijd zijn met de in artikel 8 van Verordening 729/70 voorziene verplichting van de nationale autoriteiten om op onregelmatige wijze toegekende geldsommen terug te vorderen en daarmee afbreuk te doen aan de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht. Dit geldt volgens het HvJ EG met name voor die oorzaken voor uitsluiting van de terugvordering die betrekking hebben op het gedrag van de administratie zelf en derhalve door haar kunnen worden vermeden. Volgens het HvJ EG verlangt het gelijkwaardigheidsbeginsel evenwel dat ten volle rekening wordt gehouden met het belang van de Gemeenschap wanneer een bepaling wordt toegepast die de intrekking van een onrechtmatige bestuurshandeling afhankelijk stelt van de afweging van de verschillende betrokken belangen, te weten enerzijds het algemene belang bij de intrekking van de bestuurshandeling en anderzijds de bescherming van het vertrouwen van de begunstigde.

---

128 Bij toepassing van de nationale wettelijke regeling mag geen onderscheid worden gemaakt vergeleken met procedures ter oplossing van soortgelijke, doch zuiver nationale geschillen.

129 De formele procesregels mogen de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht toegekende rechten in de praktijk niet onmogelijk maken. Ter invulling van het effectiviteitsbeginsel overweegt het HvJ EG dat geen enkele overweging die op grond van een der wettelijke regelingen van de lidstaten wordt of kan worden afgeleid uit een beginsel van rechtszekerheid, zonder meer een beletsel kan vormen voor een vordering tot terugbetaling van communautaire financiële voordelen die onverschuldigd zijn betaald. Volgens het HvJ EG moet in elk concreet geval worden onderzocht of die toepassing niet de grondslag aantast van de bepaling die deze terugvordering voorschrijft en tot gevolg heeft dat de vordering praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Zie HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617, r.o. 15.

130 HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633.

131 HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205 tot 215/82 (Deutsche Milchkontor), Jur. 1983, p. 2633, r.o. 20.

Het arrest Steff Houlberg voegt aan Deutsche Milchkontor toe dat op grond van een nationale regeling alleen van terugvordering mag worden afgezien als de goede trouw van de eindbegunstigde is aangetoond.[132] Bij de beoordeling of van terugvordering zal worden afgezien, mogen nationale uitvoeringsautoriteiten rekening houden met het onzorgvuldig handelen van de nationale autoriteiten en het verstrijken van een aanzienlijke periode sinds de uitkering van de betrokken steun.

In het arrest Hüber geeft het HvJ EG specifieke aanwijzingen aan de nationale rechter met betrekking tot de beoordeling of de eindbegunstigde te goeder trouw is. Hieruit blijkt dat met name een rol speelt in hoeverre de eindbegunstigde op de hoogte is dan wel had kunnen zijn van de inhoud van de Europese subsidieverplichting die niet is nageleefd en op grond waarvan tot terugvordering is besloten. Daarbij is niet alleen van belang of de verplichting daadwerkelijk aan de eindbegunstigde is meegedeeld, maar ook of hij, door na te laten om te onderzoeken wat de Europese verplichtingen zijn, de zorgvuldigheid van een normaal zorgvuldige landbouwer aan de dag heeft gelegd. Daarbij wordt betrokken of een dergelijk onderzoek hem geen buitensporige last oplegt.[133]

In de zaak die heeft geleid tot het arrest Stichting ROM[134] ging het om terugvordering van een Europese subsidie door de staatssecretaris van Stichting ROM, omdat een subsidieverplichting die louter was opgenomen in een beschikking van de Commissie aan de lidstaat Nederland niet was nageleefd. Vaststond dat Stichting ROM niet van deze verplichting op de hoogte kon zijn. Volgens het HvJ EG verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich in een dergelijke situatie ertegen dat deze verplichting aan Stichting ROM wordt tegengeworpen. Ook hier geldt volgens het HvJ EG dat de eindbegunstigde de intrekking en de terugvordering van de financiële steun alleen kan aanvechten indien hij met betrekking tot de rechtmatigheid van het gebruik ervan te goeder trouw was en rekening moet worden gehouden met het belang dat de Gemeenschap heeft bij de terugvordering van de steun. Hoewel uit de uitspraak blijkt dat het gaat om de toepassing van het nationale rechtszekerheidsbeginsel die door de nationale rechter moet worden verricht, valt op dat het HvJ EG zelf uitgebreid toetst aan het rechtszekerheidsbeginsel. Het HvJ EG oordeelt namelijk dat het rechtszekerheidsbeginsel zich in een dergelijke situatie ertegen verzet dat deze voorwaarden aan de begunstigde worden tegengeworpen. Ervan uitgaande dat het HvJ EG hier het rechtszekerheidsbeginsel Europees uitlegt, heeft dit tot gevolg dat het onderscheid tussen de Europese en nationale – zij het door het Europees recht beperkte – invulling van het rechtszekerheidsbeginsel

132 HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-366/95 (Steff-Houlberg), Jur. 1998, p. I-4767. Uit het arrest Oelmühle (HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-298/96, Jur. 1998, p. I-4767) blijkt dat de voorwaarde van goede trouw ook geldt indien om andere redenen gelegen in het nationale recht van terugvordering wordt afgezien. Het ging daarbij om de omstandigheid dat de eindbegunstigde het financieel voordeel niet langer geniet en derhalve geen sprake meer is van verrijking. Omdat de ongerechtvaardigde verrijking teniet is gedaan, wordt van terugvordering afgezien. Zie met name r.o. 31 van voormeld arrest.

133 Boer Huber moest helemaal naar Wenen afreizen om de precieze omvang van zijn verplichtingen te kunnen kennen.

134 HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239 m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden.

vervaagt.[135] De vraag kan worden gesteld in hoeverre de nationale rechter nog ruimte heeft om van het oordeel van het HvJ EG af te wijken. Omdat ook in het nationale recht geldt dat een subsidieverplichting die een subsidieontvanger niet kende of behoorde te kennen niet aan hem kan worden tegengeworpen,[136] levert dat in deze uitspraak geen problemen op.

De tot zover besproken jurisprudentie laat zien dat het HvJ EG nationale uitvoeringsorganen en de nationale rechter wel degelijk ruimte laat voor een nationale invulling van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen indien zij de Europese regeling uitvoeren met behulp van (bestaand) nationaal recht omdat er geen gemeenschappelijke Europese regeling bestaat. Voorwaarde is wel dat voldaan is aan het vereiste van gelijkwaardigheid en ten volle rekening wordt gehouden met het belang van de Gemeenschap. Voorts dient de eindbegunstigde van de Europese subsidie te goeder trouw te zijn. Hoewel het aan de nationale rechter is om uit te maken of van goede trouw sprake is, geeft het HvJ EG in het arrest Hüber daarvoor nadere criteria. Uit deze criteria valt af te leiden dat het daarbij met name gaat om de vraag in hoeverre de eindbegunstigde op de hoogte was van de Europese verplichtingen en in hoeverre het van hem als 'normaal zorgvuldig subsidieontvanger' kan worden gevergd dat hij naar deze verplichtingen onderzoek doet.

### 4.2.4 *Op het snijvlak van directe en indirecte toepassing*

Een interessante vraag is waar de grens tussen directe en indirecte toepassing precies loopt. Met andere woorden: wanneer is de intrekking en terugvordering gecommunautariseerd, met als gevolg dat het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel Europees moet worden uitgelegd en wanneer moet de intrekking en terugvordering met toepassing van het nationale recht plaatsvinden, met als gevolg dat het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel nationaal mag worden uitgelegd?

In Verordening 796/2004 zijn de intrekking en terugvordering van Europese subsidies heel precies geregeld. Voorts is ook vastgelegd in welke gevallen van intrekking en terugvordering moet worden afgezien. Duidelijk is dat in dat kader geen ruimte bestaat voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Artikel 8 van Verordening 729/70 in het kader van de uitvoering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en artikel 23 van de Coördinatieverordening in het kader van de uitvoering van het structuurbeleid zijn duidelijke voorbeelden van gevallen waarin de intrekking en terugvordering van Europese subsidies niet zijn gecommunautariseerd. Bij de uitvoering van de in deze artikelen aan de lidstaten opgelegde verplichtingen is het nationale recht van toepassing.

135 Zie punt 5 van de noot van H. Griffioen en W. den Ouden onder HvJ EG 21 juni 2007, zaak no. C-158/06 (Stichting ROM-projecten), Jur. 2006, p. I-5103, AB 2007, 239.

136 Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 april 2007, zaak 200607070/1, r.o. 2.10.1. De Afdeling overweegt hier dat wil sprake zijn van een subsidieverplichting, deze kenbaar dient te zijn voor de subsidieontvanger. In de uitspraak van 8 oktober 2008, zaak 200801010/1, AB 2009, 223 m.nt. W. den Ouden overweegt de ABRvS dat nu de subsidieverplichting in de brief van 17 februari 2005 is opgenomen en appellant haar kende, leidt de omstandigheid dat de aard van de financiële tegemoetkoming voor appellant niet duidelijk was er niet toe dat het college omwille van de rechtszekerheid geen toepassing zou mogen geven aan art. 4:48 Awb.

Dientengevolge is het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing. Kanttekening daarbij is dat de toepassing van deze nationale beginselen wel Europees wordt ingekleurd. De twee gegeven voorbeelden zijn te beschouwen als de twee uitersten van een glijdende schaal. Daarmee is meteen gezegd dat er een schemergebied bestaat, waarin een en ander minder duidelijk ligt. Uit het arrest Ferwerda van het HvJ EG blijkt dat ook. Het Hof heeft heel wat overwegingen nodig om tot het oordeel te komen dat artikel 6 lid 5 van Verordening 957/69 geen specifieke gemeenschapsregeling voor de terugbetaling van ten onrechte ontvangen bedragen heeft willen invoeren.[137] Dientengevolge kon dan ook het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel worden toegepast.

Een voorbeeld om een en ander te verduidelijken: stelt u zich voor dat in een Europese subsidieregeling is bepaald in welke gevallen een Europese subsidie moet worden teruggevorderd en per geval is aangegeven met welke percentages de eindbegunstigde moet worden gekort. Een regeling waarin is bepaald wanneer nationale uitvoeringsorganen kunnen afzien van intrekking en terugvordering ontbreekt echter. Heeft nu de Europese wetgever bedoeld dat de Europese subsidie in alle gevallen moet worden teruggevorderd, behoudens indien dit in strijd komt met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel zoals dit op Europees niveau wordt ingevuld, of zijn nationale uitvoeringsorganen bevoegd dienaangaande zelf een nationale regeling op te stellen waarin uitdrukking wordt gegeven aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel? Het gaat hierbij niet om de vraag of een individuele bepaling inzake intrekking en terugvordering direct door een nationaal uitvoeringsorgaan kan worden toegepast, maar om de vraag in hoeverre een nationaal uitvoeringsorgaan de bevoegdheid heeft om buiten deze bepalingen om in het nationale recht te regelen dat in gevallen waarin terugvordering in strijd komt met het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van terugvordering moet worden afgezien.

Uit een al wat ouder arrest van het HvJ EG – Padovani[138] – zou kunnen worden afgeleid dat indien in de Europese regeling geen uitdrukking is gegeven aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, ruimte bestaat voor toepassing van het nationale recht en het daarin verdisconteerde of ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.[139]

Daartegenover staat het arrest Könecke, waaruit volgt dat het feit dat met betrekking tot de uitvoering van Europese subsidieregelingen iets niet op Europees niveau is

137 HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78 (Ferwerda), Jur. 1980, p. 617. Het ging in deze zaak om art. 6 lid 5 Verordening 1975/69. Deze verordening had betrekking op een aantal bijzondere situaties (zie nader r.o. 19 van voormeld arrest). Het HvJ EG overweegt dat uit de bewoordingen van art. 6 lid 5 niet kan worden afgeleid dat deze bepaling ten aanzien van geschillen voortspruitende uit die bijzondere situaties, een specifieke gemeenschapsregeling voor de terugbetaling van ten onrechte ontvangen bedragen heeft willen invoeren, terwijl in alle andere geschillen over de terugvordering van restituties bij gebreke van gemeenschapsbepalingen de nationale voorschriften van toepassing zouden zijn.

138 HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 210/87 (Padovani), Jur. 1988, p. 6177.

139 Het verdient opmerking dat in deze zaak juist op nationaal niveau geen beginsel inzake bescherming van het gewettigd vertrouwen bestond. De vraag was of de nationale autoriteiten desondanks van terugvordering moesten afzien.

geregeld, niet per definitie betekent dat deze leemte zomaar met nationaal recht kan worden aangevuld.[140] In deze prejudiciële procedure ging het om de verbeurdverklaring van de waarborg door nationale uitvoeringsorganen, terwijl deze waarborg al was vrijgegeven. Het HvJ EG diende de vraag te beantwoorden in hoeverre het de lidstaat vrijstond deze waarborg op grond van het nationale recht verbeurd te verklaren, hoewel daaromtrent in de desbetreffende Europese subsidieregeling niets was bepaald. Dienaangaande overweegt het HvJ EG dat de gemeenschapsregeling betreffende de steunverlening aan de particuliere opslag in de sector rundvlees, als een volledig stelsel is te beschouwen, in die zin dat het de lidstaten niet de bevoegdheid laat om een eventuele leemte in dit stelsel aan te vullen door in hun nationaal recht een verplichting voor ondernemers op te nemen die geen grondslag heeft in het gemeenschapsrecht. Daarvan zou volgens het HvJ EG alleen sprake kunnen zijn wanneer algemene bepalingen van gemeenschapsrecht betreffende het beheer van de gemeenschappelijke marktordeningen door de nationale autoriteiten, daarvoor een toereikende machtiging opleveren. Artikel 8 van Verordening 729/70 – waarin onder meer werd bepaald dat de lidstaten overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen de nodige maatregelen dienden te treffen om de ingevolge onregelmatigheden verloren gegane bedragen terug te vorderen – houdt volgens het HvJ EG niet een dergelijke machtiging in. Deze bepaling heeft betrekking op de terugvordering van door het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL) betaalde bedragen en kan niet worden geacht van toepassing te zijn op de inning van een boete die geen wettelijke grondslag in de gemeenschapsregeling vindt. Het HvJ EG merkt in rechtsoverweging 22 wel op dat artikel 8 van voormelde verordening de lidstaten ook de verplichting oplegt de nodige maatregelen te nemen om de in verband met de toegekende bedragen gepleegde onregelmatigheden overeenkomstig hun nationale recht te vervolgen. Het voorgaande laat dan ook onverlet dat nationale instanties wel het recht en de plicht hebben om een ondernemer die door bedrieglijke handelingen de vrijgifte van een waarborg heeft bewerkstelligd, te vervolgen. Dit arrest laat zien dat hoewel niet alles op Europees niveau afdoende is geregeld, de toepassing van het nationale recht niet mogelijk is indien sprake is van een gecommunautariseerd en uitputtend stelsel. Dan moet het ervoor worden gehouden dat de Europese wetgever niet heeft gewild dat de nationale uitvoeringsinstanties de desbetreffende bevoegdheid toekomt.

Uit het arrest Könecke vloeit derhalve voort dat voor de vraag of ruimte bestaat voor de toepassing van nationaal recht moet worden bezien of de desbetreffende Europese regeling uitputtend is bedoeld. Opgemerkt zij dat het in de zaak Könecke om een aanvulling ging die tot gevolg had dat aan de eindbegunstigde verplichtingen werden opgelegd die geen grondslag hadden in de Europese regeling. Toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel leidt nu juist tot een voordeel voor de eindbegunstigde. Het benadeelt echter wel de financiële belangen van de Gemeenschap.

Indien op Europees niveau de intrekking en terugvordering tot in de finesses is geregeld, maar geen bepaling bestaat waarin gevallen worden genoemd waarin

140 HvJ EG 25 september 1984, 117/83 (Karl Könecke), Jur. 1984, p. 3291.

van intrekking en terugvordering kan worden afgezien, is de vraag naar de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel op grond waarvan van terugvordering zal worden afgezien niet eenvoudig te beantwoorden. Enerzijds kan worden betoogd dat sprake is van een uitputtend Europees stelsel. De Europese wetgever heeft kennelijk het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet willen specificeren. Derhalve moet het ongeschreven Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door nationale uitvoeringsorganen worden toegepast. De andere opvatting houdt in dat, nu er geen gemeenschappelijke Europese regeling bestaat, ruimte is voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Uiteindelijk is het aan het HvJ EG om deze vraag te beantwoorden.

### 4.2.5. *Het ESF-arrest*

*Aanleiding van het arrest*

Het zojuist geschetste vraagstuk is nog lastiger te beantwoorden als het ESF-arrest van het HvJ EG van 13 maart 2008 in ogenschouw wordt genomen. Dit arrest draait om de intrekking en terugvordering door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van subsidies uit het ESF verstrekt aan diverse eindbegunstigden in Nederland. Aan dit arrest lagen vier zaken ten grondslag. De feiten van drie zaken komen zo goed als overeen met de in de inleiding van dit preadvies geschetste casus. Probleem was dat intrekking en terugvordering naar nationaal recht niet mogelijk was, omdat artikel 4:49 lid 1 Awb slechts ruimte biedt voor intrekking van de subsidievaststelling in de drie daar vermelde gevallen. Nu de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzuimd had de administratie te controleren alvorens de subsidie vast te stellen, kan niet worden volgehouden dat de minister niet wist en ook niet had kunnen weten dat de subsidievaststelling onjuist was. Als hij de aan de aanvraag om subsidievaststelling ten grondslag liggende eindclaratie had gecontroleerd, was de minister er immers achtergekomen dat de onderliggende administratie niet deugde. Intrekking op grond van artikel 4:49 lid 1 en onder a Awb was derhalve niet mogelijk. Evenmin was sprake van de situatie genoemd onder artikel 4:49 lid 1 onder b Awb. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de omstandigheid dat de subsidievaststelling onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten, ziet op gevallen waarin sprake is van een kennelijke fout in de subsidievaststelling.[141] Hierbij gaat het niet om onregelmatigheden gepleegd door de subsidieontvanger die tot gevolg hebben dat de subsidievaststelling onjuist is, maar juist om fouten in de subsidievaststelling te wijten aan het subsidieverstrekkende bestuursorgaan. Gedacht moet worden aan de situatie waarin oorspronkelijk € 10.000 subsidie is verleend en bij de subsidievaststelling opeens € 100.000 wordt toegekend. De Afdeling kwam dan ook tot de conclusie dat intrekking en terugvordering van de Europese subsidies op grond van het nationale recht niet mogelijk was. Dit betekende dat aan de verplichting uit artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening, namelijk dat nationale uitvoeringsorganen de nodige maatregelen treffen om door misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen, nationaalrechtelijk gezien geen gevolg kon worden gegeven.

141 Kamerstukken II 1993/94, 23 780, nr. 3, p. 77 en 78.

Het feitencomplex dat ten grondslag lag aan de vierde zaak was iets anders. In die zaak ging het om de organisatie Cedris, de overkoepelende vereniging voor de Sociale Werkvoorziening. In deze zaak was volgens de minister het doel van de subsidieverstrekking niet bereikt, nu te weinig personen waren doorgestroomd naar de reguliere arbeidsmarkt. Derhalve werd de subsidie op nihil vastgesteld en de onverschuldigd betaalde bedragen teruggevorderd. In hoger beroep kwam echter vast te staan dat de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Ad Melkert had toegezegd dat de doelstelling op papier in de praktijk minder strikt zou worden uitgelegd en ook aan de doelstelling zou zijn voldaan als de afstand tot de reguliere arbeidsmarkt zou worden verkleind. Dit is ook niet zo gek, nu juist personen die werkzaam zijn bij de Sociale Werkvoorziening in het algemeen minder geschikt zijn voor toetreding tot de reguliere arbeidsmarkt. Deze uitleg was echter in strijd met zowel de nationale als Europese regels. Nu de subsidie ingevolge de van toepassing zijnde nationale ESF-subsidieregeling nooit hoger kon worden vastgesteld dan waarop de subsidieontvanger volgens de regels recht had, kon de Afdeling niet anders dan tot de conclusie komen dat de minister de subsidie terecht op nihil had vastgesteld. De Afdeling oordeelde echter dat de minister gelet op het vertrouwensbeginsel in redelijkheid bij afweging van alle belangen niet tot terugvordering van de subsidie had kunnen overgaan. Ook in deze zaak kwam de Afdeling derhalve tot het oordeel dat terugvordering naar nationaal recht niet mogelijk was en aan de verplichting uit artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening nationaalrechtelijk bezien geen gevolg kon worden gegeven.

De Afdeling werd derhalve geconfronteerd met het probleem dat nationale uitvoeringsorganen nationaalrechtelijk bezien niet aan hun Europese terugvorderingsverplichtingen konden voldoen. Gelet hierop, besloot de Afdeling in voormelde vier zaken prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG. De Afdeling vroeg zich allereerst af of artikel 23 van de Coördinatieverordening zelf geen grondslag voor terugvordering door nationale uitvoeringsorganen zou kunnen bieden. Ten tweede stelde de Afdeling de vraag in hoeverre de aan artikel 4:49 Awb ten grondslag liggende beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen en het ongeschreven vertrouwensbeginsel aan intrekking en terugvordering in de weg kunnen staan in het licht van de communautaire beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen.

Op het eerste gezicht lijkt sprake van een klassiek voorbeeld van indirecte toepassing van het Europese recht. Aan de orde was immers het reeds besproken artikel 23 Coördinatieverordening, waarin was bepaald dat de lidstaten, teneinde de acties van de particuliere of publiekrechtelijke projectontwikkelaars te doen slagen, de nodige maatregelen nemen om door misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren. Zoals reeds aangegeven, is artikel 23 van de Coördinatieverordening niet aan te merken als een gecommunautariseerde bevoegdheid en kan deze bepaling niet direct door nationale uitvoeringsorganen worden toegepast. Wat betreft de vraag naar de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel was derhalve de algemene verwachting dat het HvJ EG zou beslissen overeenkomstig de jurisprudentielijn neergelegd in de besproken arresten Deutsche Milchkontor, Steff Houlberg, Hüber en Stichting ROM.

*Het ESF-arrest van het HvJ EG*

Het HvJ EG lijkt echter een andere weg in te slaan. Wat betreft artikel 23 Coördinatieverordening overweegt het Hof allereerst dat communautaire verordeningen volgens de bewoordingen van artikel 249 tweede alinea EG-Verdrag rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaten. Vervolgens stelt het Hof vast dat de tenuitvoerlegging van de subsidieverlening in het kader van het ESF hoofdzakelijk de verantwoordelijkheid is van de lidstaten. Met de verplichting die artikel 23 lid 1 eerste alinea Coördinatieverordening nationale overheden oplegt om ten onrechte of op onregelmatige wijze toegekende gelden te recupereren, is onverenigbaar indien de lidstaat discretionair zou kunnen beoordelen of het opportuun is ten onrechte of op onregelmatige wijze toegekende gemeenschapsgelden terug te vorderen, aldus het HvJ EG. Voorts is het HvJ EG van oordeel dat artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening de juiste rechtsgrondslag is en dat op grond daarvan tot terugvordering moet worden overgegaan. Het HvJ EG komt tot de conclusie dat artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen.

Is het HvJ EG nu werkelijk van oordeel dat nationale uitvoeringsorganen rechtstreeks op grond van artikel 23 Coördinatieverordening onregelmatig bestede subsidies kunnen intrekken en terugvorderen? Indien dat het geval zou zijn, is sprake van directe toepassing van het Europese recht. De overweging van het HvJ EG is echter niet duidelijk en geeft strikt genomen geen antwoord op de vraag. Dat artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen en dat deze verplichting geldt onafhankelijk van de vraag of er op nationaal niveau een bevoegdheidsgrondslag bestaat, was uiteraard al lang bekend. Naar mijn mening kan uit het antwoord van het HvJ EG aangaande artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening dan ook niet worden afgeleid of sprake is van directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht, indien nationale uitvoeringsorganen uitvoering geven aan de daarin opgenomen verplichting.

De vraag of het bij de uitvoering van artikel 23 Coördinatieverordening gaat om directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht is echter wel relevant bij de beantwoording van de tweede vraag van de Afdeling. Al naar gelang sprake is van directe dan wel indirecte toepassing, is het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel de nationale pendant van toepassing. Ook hier is het HvJ EG echter niet duidelijk. Hoewel het HvJ EG de jurisprudentie inzake indirecte toepassing van het Europese recht bespreekt en aanhaalt, overweegt het vervolgens dat – nu artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening een verplichting voor de lidstaten schept om, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren – aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht.[142] In de daarop

142 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, r.o. 53, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 53.

volgende overwegingen legt het HvJ EG uit wat dat precies inhoudt. Volgens het HvJ EG vereist het beginsel dat de toepassing van de nationale regelgeving geen afbreuk mag doen aan de toepassing en de werkzaamheid van het gemeenschapsrecht, dat met het belang van de Gemeenschap ten volle rekening wordt gehouden bij de toepassing van nationale bepalingen. Onder verwijzing naar uitspraken waarin het ging om subsidies die rechtstreeks door de Commissie aan de eindbegunstigde werden verstrekt – het gaat hier derhalve om uitspraken waarin het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt toegepast – overweegt het HvJ EG dat wat de toepassing van artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening betreft een eindbegunstigde die het project waarvoor subsidie is verleend niet heeft uitgevoerd overeenkomstig de subsidieverplichtingen, zich niet kan beroepen op het vertrouwensbeginsel en het beginsel van verworven rechten om betaling van het saldo van het totale bedrag van de aanvankelijk toegekende bijstand te verkrijgen.[143] Het HvJ EG overweegt onder verwijzing naar een uitspraak waarin het eveneens ging om een geschil tussen de Commissie en een onderneming in de lidstaat dat op het vertrouwensbeginsel geen beroep kan worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling.[144] Volgens het HvJ EG staat het aan de nationale rechter om te beoordelen of, gelet op het gedrag van zowel de begunstigden als de betrokken bestuursorganen, de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, naar gemeenschapsrecht verstaan, tegen de verzoeken om terugbetaling kunnen worden ingeroepen. In het dictum overweegt het HvJ EG dat de nationale rechter de gemeenschapsrechtelijke beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen kan toepassen bij de beoordeling van het gedrag van zowel de begunstigde van de verloren middelen als de betrokken bestuursorganen, vooropgesteld dat met het belang van de Gemeenschap ten volle rekening wordt gehouden.

Naar aanleiding van de beantwoording van de twee voormelde vragen van de Afdeling door het HvJ EG is een discussie losgebarsten over de vraag of de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen met toepassing van het nationale recht nog als indirecte toepassing van het Europese recht moet worden aangemerkt en of het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geldt.[145] Naar mijn mening moeten deze vragen van elkaar worden losgekoppeld. Strikt genomen, zou het immers zo kunnen zijn dat het HvJ EG het onderscheid tussen directe en indirecte toepassing niet meer relevant vindt en van

143 GvEA 15 september 1998, zaak T-142/97 (Branco/Commissie), Jur. 1998, p. II-3567, r.o. 97 en 105 (hogere voorziening afgewezen bij beschikking HvJ EG 12 november 1999, zaak C-453/98P (Branco/Commissie), Jur. 1999, p. I-8037) en GvEA 16 september 1999, zaak T-182/96 (Partex/Commissie), Jur. 1999, p. II-2673, r.o. 190 (hogere voorziening afgewezen bij beschikking HvJ EG 8 maart 2001, zaak C-465/99P (Partex/Commissie), n.g.

144 HvJ EG 12 december 1985, zaak 67/84 (Sideradria/Commissie), Jur. 1985, p. 3983, punt 21.

145 M.J. Jacobs, W. den Ouden en N. Verheij, 'Bezint eer ge begint! Spraakmakende hofjurisprudentie over Europese subsidies', NTB 2008, 6, p. 155-166, Den Ouden 2008, Ortlep 2009. Zie voorts annotaties onder ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241 m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden, JB 2006/303 m.nt. AJB en de annotaties onder het ESF-arrest: HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok, r.o. 52.

mening is dat bij de uitvoering van het Europese recht altijd de Europese beginselen moeten worden toegepast. Het antwoord van het HvJ EG op de eerste vraag is mijns inziens dermate onduidelijk, dat daaruit in ieder geval niet met volle zekerheid kan worden afgeleid of het Hof van oordeel is dat bij de uitvoering van de verplichting uit artikel 23 lid 1 Coördinatieverordening sprake is van directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht.

Maar er bestaat wel een aantal aanwijzingen dat erop duidt dat het HvJ EG van oordeel is dat geen ruimte bestaat voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Allereerst wijst de overweging in het dictum dat de nationale rechter de gemeenschapsrechtelijke beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen kan toepassen en de verwijzing naar de jurisprudentie waarin het Europees vertrouwensbeginsel aan de orde is, op een koerswijziging van het HvJ EG.[146] Ten tweede verwijst het HvJ EG weliswaar naar de jurisprudentielijn die geldt als sprake is van indirecte toepassing van het Europese recht, maar overweegt vervolgens dat

> 'zoals *echter* in punt 40 van het onderhavige arrest is uiteengezet, (...) artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening een verplichting (schept) voor de lidstaten om, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren'

en dat

> 'hieruit volgt dat aan het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht'.

Dit wijst erop dat de jurisprudentie inzake indirecte toepassing enkel wordt aangehaald om te laten zien dat het HvJ EG zich daarvan bewust is, maar thans tot een ander oordeel komt. De omstandigheid dat het HvJ EG de beslissing omtrent de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel expliciet aan de nationale rechter laat, hoeft er ten slotte niet op te duiden dat het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is.[147] Ook indien het Europese recht direct door nationale uitvoeringsorganen wordt toegepast, is het immers aan de nationale rechter om te beoordelen of een beroep op het communautaire rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moet worden gehonoreerd.[148]

Daartegenover is een aantal argumenten te plaatsen dat tot de conclusie leidt dat nog wel ruimte bestaat voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in het kader van de uitvoering van de verplichting van artikel 23 Coördinatieverordening. Feit blijft dat het HvJ EG heel duidelijk verwijst naar de jurisprudentie inzake indirecte toepassing van het Europese recht.[149] De overweging dat

146 Zie Den Ouden 2008, p. 22 e.v.
147 Anders: Ortlep 2009, p. 97.
148 Dit blijkt uit de besproken uitspraken van het CBb genoemd in par. 4.2.2.
149 Zo ook Ortlep 2009, p. 96.

> 'zoals echter in punt 40 van het onderhavige arrest is uiteengezet, (..) artikel 23, eerste lid, van de Coördinatieverordening een verplichting (schept) voor de lidstaten om, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren'

en dat

> 'hieruit volgt dat aan het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht'

hoeft niet meer te betekenen dan dat het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het Europese recht wordt ingekaderd. Ten tweede komt uit de overwegingen van het HvJ EG naar voren dat de terugvordering door nationale uitvoeringsorganen met behulp van het nationale recht geschiedt.[150] Dat de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen niet van toepassing zijn, ligt daarom niet voor de hand. Ten derde wordt aan de verwijzing naar de jurisprudentie waarin toepassing van de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen niet aan de orde was, wellicht te veel betekenis toegekend. Betoogd zou kunnen worden dat het HvJ EG daarmee louter onderbouwt onder welke omstandigheden geen sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen van een eindbegunstigde.[151] In de bestaande jurisprudentie inzake de indirecte toepassing van het gemeenschapsrecht werd de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel immers ook al ingekaderd. Ten vierde is het opvallend dat het HvJ EG overweegt in welke gevallen de subsidieontvanger geen beroep op het vertrouwensbeginsel kan doen, maar niet dat *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel niet is toegestaan. Het HvJ EG overweegt ten eerste dat indien een begunstigde het project waarvoor Europese subsidie is verleend niet overeenkomstig de subsidieverplichtingen heeft uitgevoerd, de eindbegunstigde zich niet op het vertrouwensbeginsel en het beginsel van verworven rechten kan beroepen om betaling van het saldo van het totale bedrag van de aanvankelijk toegekende bijstand te verkrijgen. Ten tweede kan op het vertrouwensbeginsel geen beroep worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending (*manifest infringements*) van de geldende regeling. Het woordje 'kennelijk' betekent dat sprake moet zijn van een overduidelijke schending. In de jurisprudentie van het GvEA ging het daarbij in veel gevallen om subsidieontvangers die fraudeerden door valse facturen over te leggen dan wel een essentiële schending van een subsidieverplichting.[152] Indien geheel geen ruimte zou bestaan voor de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen, zouden voormelde overwegingen overbodig zijn. In dat geval had het HvJ EG immers kunnen volstaan met de overweging dat *contra legem*-toepassing van deze beginselen niet

150 Zie ook Ortlep 2009, p. 97.
151 Ortlep 2009, p. 97.
152 GvEA 7 november 2002, gevoegde zaken T-141/99, T-142/99, T-150/99 en T-151/99 (Vela en Tecnagrind), Jur. 2002, p. 4547. GvEA 26 september 2002, zaak T-199/99 (Sgaravatti Mediterranea), Jur. 2002, p. II-03731. HvJ EG 12 december 1985, zaak 67/84 (Sideradria/Commissie), Jur. 1985, p. 3983, r.o. 21; GvEA 24 april 1996, gevoegde zaken T-551/93, T-231/94-T-234/94 (Industrias Pesqueras Campos e.a./Commissie), Jur. 1996, p. II-247, r.o. 76, en GvEA 29 september 1999, zaak T-126/97 (Sonasa/Commissie), Jur. 1999, p. II-2793, r.o. 34.

mogelijk is. Hoewel de voormelde twee overwegingen in veel gevallen tot gevolg zullen hebben dat een subsidie niet *contra legem* hoeft te worden verstrekt, lijkt hiervoor nog wel wat ruimte te bestaan. Stel namelijk dat in een Europese verordening een verplichting is neergelegd die niet als een essentiële verplichting is aan te merken en niet specifiek tot de eindbegunstigde is gericht en er voorts geen sprake is van fraude. Indien deze regel niet is opgenomen in de subsidiebeschikking van het nationaal uitvoeringsorgaan aan de eindbegunstigde, kan niet worden gesteld dat de eindbegunstigde die in strijd heeft gehandeld met de verplichting uit de Europese verordening de subsidieverplichtingen niet heeft nageleefd. Voorts is – als gezegd – geen sprake van een essentiële verplichting en evenmin van fraude. In dat geval is geen sprake van een kennelijke schending van de regeling. Ik geef toe dat het een optimistische inschatting is en wellicht niet in overeenstemming met de geest van het arrest – namelijk het koste wat kost voorkomen dat aan de verplichting van artikel 23 Coördinatieverordening geen uitvoering wordt gegeven – maar in theorie lijkt het mogelijk.

Dat het Hof van mening is dat *contra legem*-werking in dit geval wel mogelijk is, kan voorts worden afgeleid uit de overweging dat de nationale rechter het gedrag van de betrokken bestuursorganen bij de beoordeling moet betrekken. In zaken waarin het gaat om directe toepassing van het Europese recht door nationale uitvoeringsorganen en derhalve het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is, speelt het gedrag van nationale uitvoeringsorganen bij de beoordeling of het beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel kan slagen geen rol.[153] Het HvJ EG overweegt in deze jurisprudentie dat ten aanzien van een gemeenschapsregeling slechts een beroep kan worden gedaan op het vertrouwensbeginsel wanneer de Gemeenschap zelf een situatie heeft geschapen die een gewettigd vertrouwen kan opwekken.[154] Deze overweging impliceert dat indien nationale uitvoeringsorganen direct het Europese recht toepassen, geen ruimte bestaat om in het kader van de beoordeling of het vertrouwensbeginsel is geschonden het gedrag van het nationale uitvoeringsorgaan mee te wegen.

Behalve voormelde argumenten die specifiek zien op de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, bestaan ook andere aanwijzingen die erop duiden dat het HvJ EG geen koerswijziging heeft beoogd met betrekking tot de jurisprudentie die geldt inzake de indirecte toepassing van het Europese recht. Ten eerste is het arrest gewezen zonder conclusie van een advocaat-generaal.[155] Volgens het Statuut van het Hof betekent dit dat in een zaak geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is.[156] Ten tweede is het arrest gewezen door de kleine kamer van het Hof.[157] Deze kamer heeft het niet noodzakelijk geacht de zaak te verwijzen naar de grote

153 Zie ook Ortlep 2009, p. 97.

154 Zie HvJ EG 28 oktober 2004, zaak C-164/01 P (Van de Berg), Jur. 2004, p. I-10225; HvJ EG 6 maart 2003, zaak C-14/01 (Molkerei Wagenfeld), Jur. 2003, p. I-2279, HvJ EG 15 januari 2002, zaak C-179/00 (Weidacher), Jur. 2002, p. I-501, HvJ EG 18 mei 2000, zaak C-107/97 (Rombi), Jur. 2000, p. I-3367, HvJ EG 13 april 2000, zaak C-292/97 (Karlsson), Jur. 2000, p. I-2737, HvJ EG 15 april 1997, zaak C-22/94, Jur. 1997, p. I-1809, HvJ EG 15 februari 1996, zaak C-63/93 (Duff), Jur. 1996, p. I-569.

155 Ortlep 2009, p. 97-98; Den Ouden 2008, p. 17-18.

156 Art. 20 vijfde alinea van het Statuut van het Hof van Justitie, maart 2008.

157 Ortlep 2009, p. 18; Den Ouden 2008, p. 18.

kamer, hetgeen volgens het Reglement voor procesvoering van het HvJ EG in ieder stadium van het geding mogelijk is.[158]

Naar mijn mening volgt uit het ESF-arrest dat de onderhavige intrekking en terugvordering van Europese subsidies nog steeds moet worden geplaatst in de context van de indirecte toepassing van het Europese recht.[159] Doorslaggevend daarbij is dat uit de overwegingen van het HvJ EG blijkt dat *contra legem*-toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel mogelijk is en rekening mag worden gehouden met het gedrag van nationale uitvoeringsorganen. Indien een bepaling uit een Europese subsidieregeling is gericht tot de lidstaat, maar eigenlijk ook consequenties heeft voor de eindbegunstigde, de lidstaat heeft verzuimd deze verplichting te laten doorwerken in de verhouding nationaal uitvoeringsorgaan/eindbegunstigde, kan toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel tot gevolg hebben dat de Europese subsidie *contra legem* wordt verstrekt. Feit is wel dat het criterium dat bij de toepassing van nationale bepalingen die uitdrukking geven aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en het ongeschreven vertrouwensbeginsel ten volle rekening moet worden gehouden met het belang van de Gemeenschap door het HvJ EG in het ESF-arrest sterk wordt ingekaderd. Zo moet vaststaan dat de eindbegunstigde zich aan de subsidieverplichtingen heeft gehouden en dat hij niet heeft gefraudeerd.

De omstandigheid dat de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bij de indirecte toepassing van het Europese recht door het HvJ EG steeds meer wordt ingekaderd, heeft tot gevolg dat het onderscheid tussen directe en indirecte toepassing van het Europese recht door nationale uitvoeringsorganen minder relevant wordt. De Europese inkadering van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel leidt er immers toe dat er niet veel verschil bestaat met gevallen waarin het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt toegepast. Met Bok ben ik echter van mening: het gaat om het principe.[160] Het zou dan ook mooi zijn als het HvJ EG in een latere uitspraak ook in theoretisch opzicht nog eens duidelijkheid zou kunnen bieden!

De onduidelijke en onnauwkeurige overwegingen van het HvJ EG in het arrest van 13 maart 2008 zijn naar mijn mening een aanwijzing dat veeleer sprake is van een doel-middelredenering dan van een doordachte uiteenzetting van de leerstukken inzake directe en indirecte toepassing van het Europese recht door nationale uitvoeringsorganen. In dat licht bezien, heeft een al te uitbundige analyse van de uitspraak van het HvJ EG weinig zin. Een verklaring voor een dergelijke doel-middelredenering zou kunnen zijn dat het HvJ EG wil voorkomen dat nationale uitvoeringsorganen door honorering van beroepen op nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen de effectiviteit van de uitvoering van verplichtingen inzake intrekking en terugvordering van Europese subsidies en daarmee de financiële belangen van Europa in gevaar brengen. Deze tendens is niet alleen

158 Art. 44 lid 4 Reglement voor de procesvoering van het HvJ EG. Zie Den Ouden 2008, p. 18.
159 Anders: Den Ouden 2008, p. 26 en punt 12 van de noot onder het ESF-arrest, AB 2009, 96.
160 Zie de noot van AJB onder HvJ EG, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104 m.nt. AJB, NJ 2008 m.nt. Mok.

terug te zien in het arrest van 13 maart 2008, maar ook in de Europese wetgeving. Steeds vaker wordt op Europees niveau uitputtend geregeld welke sancties bij de uitvoering van Europese regelingen door nationale uitvoeringsorganen moeten worden toegepast. De directe toepassing die reeds lange tijd geldt in het kader van de Europese landbouwsubsidies werkt langzaam doch gestaag door naar andere rechtsterreinen.[161] Voor de toepassing van nationale beginselen bestaat derhalve sowieso veel minder ruimte. De EU lijkt zo meer grip te willen krijgen op de nationale uitvoerings- en handhavingspraktijk in de lidstaten en een meer eenvormige toepassing van handhavingsbevoegdheden in de lidstaten te willen bewerkstelligen.[162] Europa is het imago dat met Europese subsidies wordt gefraudeerd meer dan zat[163] en wil de bescherming van de financiële belangen van Europa versterken. Nadere inperking van de werking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het HvJ EG past in deze tendens. Vraag is echter of het motief van de bescherming van de financiële belangen van de EU wel speelde in het ESF-arrest. In de aan dit arrest ten grondslag liggende zaken waren de Europese subsidies immers wel aan Europa terugbetaald. Het HvJ EG heeft evenwel in het arrest van 13 maart 2008 uitgemaakt dat het voor de plicht tot terugvordering en de beoordeling van het beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geen verschil maakt of de lidstaat de Europese subsidies reeds aan Europa heeft terugbetaald. Hieruit zou men kunnen concluderen dat het wat het HvJ EG betreft meer een imagokwestie is dan dat het daadwerkelijk draait om de bescherming van de financiële belangen van Europa.

Vraag is of deze tendens is toe te juichen en zonder meer door de nationale rechter moet worden opgevolgd. Enerzijds is vanuit het perspectief van de bescherming van de financiële belangen van Europa en met name van het imago van de EU, een beperking van de werking van nationale rechtsbeginselen goed verdedigbaar. Anderzijds: de individuele rechtsbescherming van de subsidieontvanger loopt de nodige averij op. Door het HvJ EG worden immers vergaande eisen gesteld wil het beroep op het vertrouwensbeginsel kunnen worden gehonoreerd. Zeker als de nationale rechter het ESF-arrest strikt uitlegt, zal er weinig ruimte zijn om van terugvordering op grond van het vertrouwensbeginsel af te zien.

*De einduitspraken van de ABRvS*

Hoewel gelet op het vorenstaande nog maar weinig over is van de mogelijkheid om het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe te passen indien de intrekking en terugvordering van Europese subsidies wordt beheerst door het nationale recht, kan mijns inziens uit de uitspraak van 13 maart 2008 niet de conclusie worden getrokken dat de nationale beginselen niet meer van toepassing zijn. De ABRvS komt evenwel tot een ander oordeel. Zij spreekt zich in de

161 Den Ouden 2008, p. 26.

162 Jans e.a. 2007, p. 172; Den Ouden 2008, p. 26-27. Zie omtrent de implementatie van EU-handhavingsvoorschriften P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

163 Gelet op de krantenkoppen van de afgelopen jaren is dat ook niet zo raar. Voorbeelden: de Volkskrant 25 november 2008: Bulgarije verliest EU-subsidie door fraude; de Volkskrant 23 april 2007: Grote fraude met EU-landbouwgeld; Trouw 25 januari 2001: Vermeend: Commissie onderzoekt fraude ESF; Trouw 19 maart 1999: Nederland fraudeert er lustig op los met Europees geld.

vier einduitspraken waarin uitvoering wordt gegeven aan het arrest van het HvJ EG weliswaar niet uit over de vraag of sprake is van directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht, maar overweegt wel dat uit het oordeel van het HvJ EG dat de nationale rechter in dit geval aan het vertrouwensbeginsel toepassing moet geven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht, volgt dat geen ruimte bestaat om het besluit aan het nationale vertrouwensbeginsel te toetsen.[164] In het kader van de toepassing van het vertrouwensbeginsel overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht overweegt de Afdeling in drie zaken dat op dat beginsel geen succesvol beroep kan worden gedaan door een begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling.[165] Nu de subsidieontvanger in strijd heeft gehandeld met artikel 10 van de ESF-regeling, heeft hij zich volgens de Afdeling schuldig gemaakt aan een kennelijke schending van de geldende regeling en komt hem daarom geen beroep toe op het in deze zaak van toepassing zijnde gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel. In de vierde zaak ging het volgens de Afdeling niet om de kennelijke schending van de geldende regeling, maar was de subsidievaststelling op nihil gelegen in het feit dat de subsidieontvanger niet aan de doelstelling van het project had voldaan en derhalve de opleidingsactiviteiten niet overeenkomstig de subsidievoorwaarden had uitgevoerd. Hier overweegt de Afdeling simpelweg dat de subsidieontvanger reeds daarom geen beroep toekomt op het in deze zaak van toepassing zijnde gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel. Dat tussen de subsidieontvanger en de minister de afspraak gold om de in de subsidiebeschikking neergelegde doelstelling van het project ruimhartig te interpreteren en de subsidieontvanger wellicht als te goeder trouw moet worden aangemerkt, doet kennelijk niet ter zake. Nationaalrechtelijk baseert de Afdeling de intrekking van de subsidievaststelling op artikel 4:49 Awb, dat voor de gelegenheid verordeningsconform wordt uitgelegd.

Mijn kritiek op het oordeel van de Afdeling is tweeledig. Allereerst komt zij naar mijn mening ten onrechte tot de conclusie dat de Europese beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen van toepassing zijn. Hierop ben ik reeds uitvoerig ingegaan. Nu de Afdeling de overwegingen van het HvJ EG volgt wat betreft de toetsing aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, maakt dit voor de uiteindelijke uitkomst niet veel uit. Ook bij de toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geldt op grond van het arrest van 13 maart 2008 dat de begunstigde die zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling zich niet kan beroepen op voormelde beginselen. Voor toekomstige zaken maakt het oordeel van de Afdeling wel uit. Nu de Afdeling eenmaal heeft geoordeeld dat in zaken waarin het gaat om terugvordering van subsidies uit het ESF het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is, bestaat het risico dat de Afdeling ook in andere Europese subsidiezaken volstaat met het oordeel dat *contra legem*-toepassing van het Europees rechtszekerheids- en

164 ABRvS 24 december 2008, zaak 200502580/1, AB 2009, 95 m.nt. W. den Ouden, JB 2009/53 m.nt. AJB; ABRvS 24 december 2008, zaak 200502951/1, AB 2009, 96 m.nt. W. den Ouden; ABRvS 24 december 2008, zaak 200505580/1 en ABRvS 24 december 2008, zaak 200502898/1 (<www.raadvanstate.nl>).

165 ABRvS 24 december 2008, zaak 200502951/1, AB 2009, 96 m.nt. W. den Ouden, JB 2009/53 m.nt. AJB, r.o. 2.9.

vertrouwensbeginsel niet mogelijk is. Zoals gezegd, sluit het HvJ EG in het arrest van 13 maart 2008 *contra legem*-toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet expliciet uit.

Ten tweede werkt de Afdeling naar mijn mening onvoldoende uit of de begunstigde zich daadwerkelijk schuldig heeft gemaakt aan kennelijke schending van de geldende regeling. Het in strijd handelen met artikel 10 van de ESF-regeling is voor de Afdeling voldoende om van een kennelijke schending te spreken. Het HvJ EG stelt weliswaar ook vast dat uit de toelichting van de verwijzende rechter volgt dat aan de toekenning van de gelden de voorwaarde was gekoppeld dat de begunstigden de bepalingen van de ESF-regeling zouden naleven, meer bepaald de verplichting om voor de projecten een aparte administratie te voeren, en ook dat deze bepalingen, min of meer opzettelijk, niet zijn nageleefd, maar laat aan de nationale rechter expliciet de ruimte om te beoordelen of, gelet op het gedrag van zowel de begunstigden als de betrokken bestuursorganen, de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van gewettigd vertrouwen naar gemeenschapsrecht verstaan, tegen de verzoeken om terugbetaling kunnen worden ingeroepen. De Afdeling laat deze ruimte geheel onbenut; aan het gedrag van de betrokken bestuursorganen wordt immers geen aandacht besteed. Daarbij komt dat in de drie identieke zaken – anders dan het HvJ EG concludeert – uit de overwegingen van de Afdeling in de verwijzingsuitspraak helemaal niet duidelijk blijkt dat de administratievoorschriften min of meer opzettelijk niet zijn nageleefd. Gelet op de ruimte die het Hof de nationale rechter biedt, had de Afdeling mijns inziens de mogelijkheid om tot het oordeel te komen dat de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van gewettigd vertrouwen zich in casu tegen terugvordering verzetten.

De tendens die de Afdeling inzet met de strikte interpretatie van het ESF-arrest door geen aandacht te besteden aan het gedrag van het nationale uitvoeringsorgaan, is mijns inziens niet toe te juichen. De subsidieontvanger die naar aanleiding van uitlatingen van een nationaal uitvoeringsorgaan dan wel een besluit tot subsidievaststelling van datzelfde orgaan erop vertrouwt dat overeenkomstig de subsidieverplichtingen is gehandeld, moet immers, als later blijkt dat in strijd met Europese verplichtingen is gehandeld, de subsidie altijd aan het nationale uitvoeringsorgaan terugbetalen. Op grond van de Coördinatieverordening zelf bestaat geen mogelijkheid om van terugvordering af te zien op grond van bijvoorbeeld de omstandigheid dat het zich niet houden aan de subsidieverplichting is te wijten aan het gedrag van het nationale uitvoeringsorgaan. Het financiële risico verschuift derhalve van het nationale uitvoeringsorgaan naar de eindbegunstigde.

Nu zult u wellicht zeggen: wat is nu het probleem? Vaststaat immers dat de eindbegunstigde zich niet aan de subsidieverplichtingen heeft gehouden! Prima dus dat de subsidie, ook nog na de subsidievaststelling, kan worden ingetrokken en de eindbegunstigde moet terugbetalen. Niet zo snel! Bedacht moet worden dat voor de subsidieontvanger niet altijd duidelijk is welke subsidieverplichtingen gelden dan wel hoe deze verplichtingen nu precies moeten worden geïnterpreteerd. Uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat uit nationale algemeen geformuleerde regels soms heel specifieke verplichtingen voor de eindbegunstigden worden

afgeleid. Als voorbeeld dient het waargebeurde geval[166] waarin een eindbegunstigde de weekstaten die per dag werden afgetekend door deelnemers en docenten in een onderwijsproject digitaal had samengevoegd tot maandstaten. Die maandstaten werden opnieuw door de deelnemers en docenten afgetekend. Dit lijkt geen rare gedachte, gelet op de enorme papierwinkel die zou ontstaan indien alle dagstaten bewaard zouden worden. De minister stelde de verleende subsidie van € 116.000 op nul vast, nu de dagstaten de meest originele en dus de meest relevante bewijsstukken waren en de maandstaten derhalve onvoldoende waren. Naar aanleiding van onderzoek van de Europese Commissie was namelijk gebleken dat maandstaten niet konden voldoen als bewijsstuk dat de uitgaven daadwerkelijk hadden plaatsgevonden. Niet duidelijk is echter hoe de eindbegunstigde had moeten weten dat maandstaten onvoldoende waren. In de geldende nationale regeling stond immers niet meer dan dat in de deelnemersadministratie alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig moesten worden vastgelegd en te verifiëren moesten zijn met bewijsstukken. Hieruit kan toch moeilijk worden afgeleid dat maandstaten onvoldoende zouden zijn. Ten tweede was bij diverse tussentijdse controles van het nationale uitvoeringsorgaan nooit aangegeven dat de maandstaten niet konden voldoen als bewijsstuk en de administratie dientengevolge ondeugdelijk was. De Afdeling komt echter tot het oordeel dat de minister de subsidie op nul heeft kunnen vaststellen. Deze strenge lijn is mogelijk te verklaren door de wens om uitvoering te kunnen geven aan de Europeesrechtelijke verplichting tot terugvordering in geval van onregelmatigheden neergelegd in artikel 23 Coördinatieverordening. De strenge lijn heeft echter wel tot gevolg dat uit vage bepalingen allerlei concrete verplichtingen worden afgeleid die aan de burger worden tegengeworpen. De subsidieontvanger valt dus soms nauwelijks iets te verwijten.

Het ESF-arrest heeft tot gevolg dat indien niet aan de subsidieverplichtingen is voldaan dan wel sprake is van een kennelijke schending van de regeling, geen beroep kan worden gedaan op het vertrouwensbeginsel. Uit het zojuist gegeven voorbeeld blijkt dat voor de eindbegunstigde niet altijd duidelijk is welke verplichtingen gelden, hetgeen in veel gevallen aan het subsidieverstrekkende uitvoeringsorgaan kan worden verweten. Het HvJ EG laat aan de nationale rechter de ruimte om daarmee bij de beoordeling van een besluit tot lagere vaststelling dan wel intrekking van de subsidievaststelling rekening te houden. Dit volgt uit de overweging van het HvJ EG in het ESF-arrest dat rekening mag worden gehouden met het gedrag van de betrokken bestuursorganen. De Afdeling laat deze ruimte mijns inziens ten onrechte onbenut. Wellicht wil de Afdeling het zekere voor het onzekere nemen en voorkomen dat door Nederland niet aan de Europese verplichtingen wordt voldaan. Dit zou immers tot een infractieprocedure van de Europese Commissie kunnen leiden net als na de uitspraak van de ABRvS in de zaak Fleuren/Compost.[167]

166 ABRvS 2 augustus 2006, AB 2007, 96 m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden. Zie ook Den Ouden 2008, p. 10-11.
167 Zie par. 2.3.

*Gevolgen van de uitspraken van het HvJ EG en de ABRvS*
Het ESF-arrest van het HvJ EG heeft tot gevolg dat de toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies nog meer is ingekaderd. Het onderscheid tussen indirecte en directe toepassing van het Europese recht is dan ook minder relevant geworden. Het enige verschil lijkt nog dat bij indirecte toepassing van het Europese recht *contra legem*-toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel nog mogelijk is en in dat kader rekening mag worden gehouden met het gedrag van het subsidieverstrekkende nationale uitvoeringsorgaan. Het is – zolang het HvJ EG zich daarover niet heeft uitgesproken – echter de vraag of *contra legem*-toepassing bij indirecte toepassing daadwerkelijk mogelijk is.

De Afdeling heeft hoe dan ook gekozen voor de strengste uitleg van het arrest van het HvJ EG. Zij neemt aan dat de communautaire beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen van toepassing zijn en dat een geslaagd beroep op deze beginselen reeds niet mogelijk is omdat sprake is van een kennelijke schending van de geldende regeling dan wel het project waarvoor subsidie is verkregen niet volgens de subsidieverplichtingen is uitgevoerd. In dat kader gaat de Afdeling – anders dan het HvJ EG heeft opgedragen – niet in op het gedrag van de subsidieverstrekkende nationale uitvoeringsorganen.

In gevallen waarin nationale uitvoeringsorganen direct Europese intrekkings- en terugvorderingsbepalingen toepassen, geldt al lange tijd dat slechts de communautaire beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen van toepassing zijn. Er bestond derhalve een verschil in behandeling tussen intrekkings- en terugvorderingszaken waarin direct Europees recht wordt toegepast enerzijds en zaken waarin Europese subsidies en puur nationale subsidies met behulp van het nationale recht worden ingetrokken en teruggevorderd anderzijds. Omdat het nationale uitvoeringsorgaan dan wel de nationale rechter in het geval van Europese subsidies waarbij sprake is van directe toepassing puur Europees recht toepast en in het geval van Europese subsidies waarbij sprake is van indirecte toepassing en louter nationale subsidies nationaal recht en het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast, heeft dit nooit tot grote problemen geleid. Het enige dat in het oog moest worden gehouden, was dat het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europese subsidiezaken waarbij sprake is van indirecte toepassing iets anders moest worden uitgelegd. Het ESF-arrest en de daaraan door de Afdeling gegeven uitleg heeft echter tot gevolg dat op intrekkings- en terugvorderingsbepalingen die zowel van toepassing zijn op Europese subsidies die met behulp van het nationale recht worden uitgevoerd als op louter nationale subsidies, verschillende rechtsbeginselen van toepassing zijn. In het eerste geval dient het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel te worden toegepast en indien sprake is van een louter nationale subsidie is het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel gewoon van toepassing. Praktisch gezien betekent dit dat de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht indien het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies zodanig moet worden opgerekt dat aan de Europese verplichting tot terugvordering gevolg kan worden gegeven. De achterliggende beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen komen door de restrictieve uitleg van de Afdeling buitenspel te staan.

Aan de subsidieontvanger is het voorgaande lastig uit te leggen. Hoewel dezelfde intrekkings- en terugvorderingsbepalingen van toepassing zijn, maakt het een wereld van verschil of sprake is van een Europese subsidie die met behulp van het nationale recht wordt uitgevoerd of van louter nationale subsidies. In het eerste geval wordt het nationale recht immers zo uitgelegd dat van de bescherming van rechtszekerheid en vertrouwen hoegenaamd niets overblijft. Welke fouten het subsidieverstrekkende bestuursorgaan ook heeft gemaakt – van het niet controleren van de aanvraag om subsidievaststelling dan wel de toezegging om een subsidieverplichting op een bepaalde manier uit te leggen –, indien later blijkt dat de subsidieontvanger zich niet aan de verplichtingen heeft gehouden ofwel de geldende regeling kennelijk heeft geschonden – wat dat dan ook precies moge zijn – moet in alle gevallen worden terugbetaald. Het risico voor de gebrekkige uitvoering van Europese subsidieregelingen door nationale uitvoeringsorganen komt zo geheel bij de subsidieontvanger te liggen. Dit is naar mijn mening geen goede ontwikkeling.

Hoe kan er nu voor worden gezorgd dat enerzijds recht wordt gedaan aan de Europeesrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de terugvordering van Europese subsidies en anderzijds het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet te veel wordt uitgehold? Een eerste mogelijkheid is een specifieke wettelijke regeling inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidies op nationaal niveau. A.J. Bok pleit in zijn noot bij het ESF-arrest voor een dergelijke specifieke wettelijke regeling.[168] Daarin kan worden neergelegd dat indien in strijd met de subsidieverplichtingen wordt gehandeld dan wel sprake is van een kennelijke schending van de regeling de subsidie te allen tijde moet worden ingetrokken en teruggevorderd. In dat geval is de belangenafweging reeds op wettelijk niveau gemaakt en heeft het bestuursorgaan geen discretionaire ruimte om anders te beslissen. Er bestaat geen ruimte meer voor toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, behalve dan indien wordt aangevoerd dat de desbetreffende wettelijke bepaling zelf in strijd is met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Hoewel een dergelijke wettelijke regeling leidt tot rechtszekerheid voor de subsidieontvanger, betekent dit wel dat wat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies betreft de bepalingen van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht die nu juist welbewust uitdrukking geven aan de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen zomaar worden opgegeven. De tweede mogelijkheid houdt in dat op Europees niveau een communautaire terugvorderingsregeling wordt vastgesteld zoals bij de uitvoering van de Europese landbouwsubsidies al gebruikelijk is. Er vindt een verschuiving plaats van de indirecte naar de directe toepassing van het Europese recht. Nadeel hiervan is dat dan voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel helemaal geen ruimte meer is. Voordeel is wel dat de subsidieontvanger precies weet waar hij aan toe is. Een derde mogelijkheid is dat de nationale bestuursrechter de grenzen van de rechtspraak van het HvJ EG opzoekt en zo veel mogelijk toepassing geeft aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Een extreme vorm is de uitspraak van het CBb van 27 juni 2008 die in paragraaf 5.2 zal worden besproken.[169]

168 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06 (ESF-arrest), Jur. 2008, p. I-01561, JB 2008/104 m.nt. AJB.
169 CBB 27 juni 2008, AB 2008, 282 m.nt. R. Ortlep.

In deze uitspraak rept het CBb met geen woord over de Europeesrechtelijke implicaties van de zaak en stelt geen vragen aan het HvJ EG. Ondertussen past het CBb het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe en draagt het betrokken bestuursorgaan op gedurende een jaar in strijd met het Europese recht te handelen. Een minder extreme variant en de laatste mogelijkheid is om het ESF-arrest zodanig uit te leggen dat de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht en daarmee het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel zo veel mogelijk kunnen worden toegepast. De nationale bestuursrechter dient alle ruimte te benutten die het arrest biedt. Indien de Europese Commissie van mening zou zijn dat het arrest van het HvJ EG door de nationale rechter onjuist wordt uitgelegd, kan een inbreukprocedure worden gestart. Mocht een nationale bestuursrechter dit een te groot risico vinden, dan zou op z'n minst een nieuwe vraag aan het HvJ EG moeten worden gesteld, teneinde duidelijkheid trachten te verkrijgen.

Naar mijn mening verdient de laatste mogelijkheid de voorkeur. Alleen op die manier wordt zo veel mogelijk recht gedaan aan de Europese verplichtingen die gelden enerzijds en aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel anderzijds. Hopelijk ontstaat op deze manier een dialoog tussen het HvJ EG en de nationale bestuursrechter over de uitleg van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Deze dialoog laat thans te wensen over, nu het HvJ EG eendimensionaal lijkt te zijn gericht op effectieve doorwerking van EG-recht.[170] Door de dialoog die mogelijk zal ontstaan tussen het HvJ EG en de nationale bestuursrechter bestaat bovendien de kans dat het HvJ EG wordt geïnspireerd door de uitleg van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechter. Wellicht dat dit zal leiden tot een soepeler jurisprudentie.

## 4.3 Onrechtmatige staatssteun

De vorige paragraaf is bekeken in hoeverre bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies ruimte bestaat voor nationale uitvoeringsorganen en de nationale rechter om het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe te passen. In de onderhavige paragraaf is aan de orde hoe deze vraag moet worden beantwoord indien het gaat om de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Zijn de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht omtrent de intrekking en wijziging van de subsidie en het ongeschreven vertrouwensbeginsel onverkort van toepassing of worden aan die toepassing door het Europese recht grenzen gesteld?

Zoals in paragraaf 2.3 is besproken, staan indien de Commissie besluit dat een lidstaat onrechtmatige staatssteun moet terugvorderen voor de subsidieontvanger twee wegen van rechtsbescherming open. Allereerst kan de subsidieontvanger

170 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van het staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden op 9 december 2005, Deventer: Kluwer 2006, p. 55. Barkhuysen verklaart deze eendimensionale benadering mede vanuit de al vroeg in de jurisprudentie ontwikkelde regel dat het gemeenschapsrecht op eigen kracht doorwerkt in de nationale rechtsorden van de lidstaten en daarbij voorrang heeft boven nationaal recht.

beroep instellen tegen de beschikking van de Commissie. Omdat in de beschikking exact is vermeld van wie en welke subsidie moet worden teruggevorderd, wordt de subsidieontvanger rechtstreeks geraakt door deze beschikking. Nederlandse uitvoeringsorganen zijn gehouden om op grond van de Commissiebeschikking de onrechtmatige staatssteun in te trekken en terug te vorderen. Voor zover de staatssteun is verstrekt in de vorm van een subsidie in de zin van artikel 4:21 lid 1 Awb, geven nationale bestuursorganen gevolg aan de beschikkingen van de Commissie inzake staatssteun in de hoedanigheid van subsidie met behulp van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht en bepalingen in de Subsidiekaderwetten. De subsidieontvanger kan in het kader daarvan ten tweede rechtsmiddelen aanwenden tegen het nationale besluit tot intrekking en terugvordering van de subsidie die als onrechtmatige staatssteun is aangemerkt.

Een mooi voorbeeld van een zaak waarin zowel op Europees als nationaal niveau werd geprocedeerd tegen de terugvordering van onrechtmatige staatssteun is de zaak Fleuren/Compost, ook wel de BPM-zaak genoemd.[171] De feiten in deze zaak komen vrijwel overeen met de in de inleiding geschetste casus waarin het ging om terugvordering van onrechtmatige staatssteun.

In beide procedures, dus op Europees én nationaal niveau, doet de subsidieontvanger doorgaans een beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Dit beroep houdt praktisch in dat de subsidieontvanger betoogt dat hij niet had kunnen weten dat het subsidieverstrekkende bestuursorgaan in strijd met de Europese verplichtingen de subsidie niet heeft aangemeld bij de Europese Commissie. In de jurisprudentie van het GvEA en het HvJ EG is de werking van het vertrouwensbeginsel sterk beperkt. De vaste rechtspraak luidt dat ondernemingen, gelet op het dwingende karakter van het door de Commissie krachtens artikel 88 EG-Verdrag uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen hebben in de rechtmatigheid van de steun die zij hebben genoten, wanneer de steun met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend. Een behoedzaam ondernemer zal volgens het HvJ EG normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd, ook indien de betrokken staat in zodanige mate voor de onrechtmatigheid van het besluit tot toekenning van de steun verantwoordelijk is, dat de intrekking daarvan jegens de begunstigde een schending van de goede trouw lijkt.[172] Het HvJ EG heeft wel aanvaard dat de ontvangers van onrechtmatig toegekende steun zich in het kader van een terugvorderingsprocedure kunnen beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die hun vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen, om zich tegen de terugbetaling ervan te verzetten.[173] Begunstigden kunnen dergelijke uitzonderlijke omstandigheden op basis van de relevante nationale bepalingen alleen aanvoeren in het kader van de terugvorderingsprocedure voor de nationale

171 ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden, M&M 2006, p. 93 e.v. m.nt. Van Angeren, Gst. 2006, 98 m.nt. Van den Tweel.

172 HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 14 en HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan Deutschland), Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 25.

173 HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 16, HvJ EG 10 juni 1993, zaak C-183/91 (Commissie/Griekenland), Jur. 1993, p. I-3131, r.o. 18, GvEA 15 september 1998, zaak T-126/96 en T-127/96 (BFM en EFIM/Commissie), Jur. 1998, p. II-3437, r.o. 69.

rechter, die als enige de omstandigheden van het geval dient te beoordelen, eventueel na het HvJ EG prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld.

Hoewel uitzonderlijke omstandigheden volgens het HvJ EG enkel kunnen worden aangevoerd in het kader van de terugvorderingsprocedure voor de nationale rechter, heeft het GvEA in het arrest Fleuren-Compost wel gemotiveerd geoordeeld dat de door Fleuren-Compost aangevoerde uitzonderlijke omstandigheden niet tot vernietiging van de beschikking van de Commissiebeschikking kunnen leiden. De subsidieontvanger voerde bijvoorbeeld aan dat hij niet wist dat in de desbetreffende subsidieregeling stond dat het recht op een bijdrage pas ontstaat, indien de Commissie hiertegen geen bezwaar maakt. Het GvEA overweegt hieromtrent dat ontvangers van steun niet op basis van overwegingen verband houdende met hun omvang kunnen worden vrijgesteld van de verplichting om op de hoogte te blijven van de communautaire rechtsregels. Het feit dat de subsidieontvanger door de Nederlandse autoriteiten niet in kennis was gesteld van het verloop van de administratieve procedure kan, zelfs indien dit zo zou zijn, evenmin worden beschouwd als een uitzonderlijke omstandigheid die bij haar een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de betrokken steun kon opwekken.[174] Uit de jurisprudentie blijkt dat het gedrag van nationale autoriteiten niet tot uitzonderlijke omstandigheden kan leiden die bij de subsidieontvanger een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de betrokken steun kan opwekken. Een andersluidend oordeel zou volgens het GvEA tot gevolg hebben dat de artikelen 87 en 88 EG-Verdrag elk nuttig effect zouden verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onrechtmatig gedrag of nalatigheid zouden kunnen beroepen om aan beschikkingen die de Commissie op grond van de verdragsbepalingen heeft gegeven, elke werking te ontnemen.[175] Uit de jurisprudentie blijkt wel dat de uitzonderlijke omstandigheden wel gelegen kunnen zijn in gerechtvaardigd vertrouwen dat jegens de Commissie is ontstaan. Tot nog toe hebben het GvEA en het HvJ EG nog geen enkele omstandigheid als uitzonderlijk aangemerkt.

In een nationale procedure tegen de intrekkings- en terugvorderingsbeschikking van het nationale bestuursorgaan, parallel aan of volgend op de procedure op Europees niveau, doet de ontvanger van onrechtmatige staatssteun veelal opnieuw een beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De ruimte voor de nationale rechter om dit beroep te beoordelen, is gelet op de voormelde vaste jurisprudentie van het GvEA en het HvJ EG behoorlijk ingeperkt. Hoewel het aan de nationale rechter is om te beoordelen of sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die tot gevolg moeten hebben dat het beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt gehonoreerd, blijkt uit de uitspraak in de zaak Fleuren/Compost dat het GvEA in dat kader gedetailleerde aanwijzingen geeft wanneer in ieder geval niet van zodanige omstandigheden sprake is. Uit de uitspraak van de Afdeling[176] in deze zaak blijkt dan ook dat zij de overwegingen van het GvEA vrijwel

174 HvJ EG 29 september 2000, zaak T-55/99 (CETM/Commissie), Jur. 2000, p. II-3207, punt 127.
175 HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (Commissie/Duitsland), Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 17, HvJ EG 14 januari 1997, zaak C-169/95 (Spanje/Commissie), Jur. 1997, p. I-135, r.o. 48.
176 ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. Den Ouden.

geheel overneemt. Vraag is ook hier of de ABRvS in de uitspraak niet meer recht had kunnen doen aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Zoals gezegd, is inmiddels een wetsvoorstel terugvordering staatssteun aanhangig.[177] Het voorstel is onder meer om in de Awb een nieuwe titel 4.2A 'Terugvordering van staatssteun' op te nemen. Ingevolge de in de titel opgenomen bepalingen wordt het voor bestuursorganen mogelijk om ter uitvoering van een beschikking van de Europese Commissie inzake onrechtmatige staatssteun een subsidiebesluit in te trekken dan wel te wijzigen. Opvallend is dat ingevolge het voorgestelde artikel 4:80b Awb en de voorgestelde aanvullingen van de artikelen 4:46, 4:48 en 4:49 Awb de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan in stand blijft. Voorts is niet gecodificeerd dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden van terugvordering kan worden afgezien. Dit houdt in dat het bestuursorgaan een belangenafweging moet maken en in dat kader nog steeds een beroep kan worden gedaan op het ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Dit betekent echter niet dat nationale bestuursorganen die uitvoering moeten geven aan een Commissiebeschikking alle ruimte hebben om van intrekking en terugvordering van de onrechtmatige staatssteun af te zien. Nationale bestuursorganen zijn bij de toepassing van de nieuwe artikelen van de Awb immers gebonden aan de jurisprudentie van het GvEA en het HvJ EG. Deze jurisprudentie blijft ook na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel terugvordering staatsteun relevant.

## 4.4 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat het Europese recht grenzen stelt aan de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Ten eerste kan het zo zijn dat in het kader van de intrekking en terugvordering van Europese subsidies helemaal geen ruimte meer bestaat voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en getoetst moet worden aan de Europese beginselen. Ten tweede geldt dat de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun weliswaar wordt beheerst door het nationale recht, maar de toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het HvJ EG zo sterk wordt ingekaderd, dat een beroep op deze beginselen weinig kans van slagen heeft. De achterliggende oorzaak hiervan is dat het Europese vertrouwensbeginsel nu eenmaal een beperktere strekking heeft dan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Beoogd wordt te voorkomen dat nationale uitvoeringsorganen door honorering van beroepen op het nationale beginsel van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen de effectiviteit van de uitvoering van de verplichtingen inzake intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun in gevaar brengen. Met name in het staatssteunrecht speelt dit een grote rol. De gedachte is dat nationale uitvoeringsorganen er belang bij hebben

177 Voluit gaat het om een 'voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Awb en de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een rechterlijke uitspraak inzake staatssteun, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek inzake staatssteun, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek om de procedure voor het voorstellen van de wettelijke rente aan te passen. Zie Kamerstukken II 2007/2008, 31 418, nr. 1, 2 en 3.

nationale ondernemingen met subsidies te ondersteunen en daarom onder een hoedje met de subsidieontvanger zouden kunnen gaan spelen.[178] Vandaar dat in de jurisprudentie van het HvJ EG inzake de terugvordering van staatssteun door nationale autoriteiten veel minder ruimte bestond voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan bij de terugvordering van Europese subsidies.

Oorspronkelijk bestond bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies, voor zover deze wordt beheerst door het nationale recht, wel degelijk ruimte voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Hoewel het HvJ EG de toepassing wel enigszins inkaderde, had de nationale rechter de ruimte om te bepalen dat op grond van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van intrekking en terugvordering van de desbetreffende Europese subsidie moest worden afgezien. Het HvJ EG wekt in het ESF-arrest echter de indruk dat de Deutsche Milchkontor-jurisprudentie die geldt indien de intrekking en terugvordering van Europese subsidies wordt beheerst door het nationale recht, wordt verlaten. De Afdeling heeft uit het ESF-arrest dan ook afgeleid dat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies wordt beheerst door het Europese recht en dientengevolge het communautair rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is. De Afdeling volstaat met de constatering dat geen ruimte bestaat voor toepassing van dit beginsel indien de subsidieontvanger zich niet aan de subsidieverplichtingen heeft gehouden dan wel sprake is van een kennelijke schending van de geldende regeling. Hoewel het HvJ EG de ruimte biedt om rekening te houden met het gedrag van het subsidieverstrekkende bestuursorgaan, besteedt de Afdeling hieraan geen aandacht.

Hoewel de Afdeling naar mijn mening wat al te snel de conclusie heeft getrokken dat niet langer ruimte bestaat voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, volgt uit het ESF-arrest wel dat dit beginsel steeds meer Europees wordt ingekleurd. Het HvJ EG geeft steeds nauwkeuriger aanwijzingen, zodat de ruimte voor de nationale rechter om zélf aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel te toetsen wordt ingeperkt. De strengere lijn inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidies is te verklaren vanuit de gedachte dat de EU meer grip wil krijgen op de nationale uitvoerings- en handhavingspraktijk in de lidstaten en een meer eenvormige toepassing van handhavingsbevoegdheden in de lidstaten wil bewerkstelligen. Europa is het imago dat met Europese subsidies wordt gefraudeerd meer dan zat en wil de bescherming van de financiële belangen van Europa versterken. Nadere inperking van de werking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door het HvJ EG past in deze tendens. Wel moet worden opgemerkt dat het HvJ EG in het arrest van 13 maart 2008 heeft uitgemaakt dat het voor de verplichting van de lidstaat om de subsidie in te trekken en terug te vorderen geen verschil maakt of de lidstaat

178 Den Ouden 2008, p. 27 en 28. Den Ouden verwijst naar de uitspraak van het HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-298/96 (Oelmühle), Jur. 1998, p. I-4767. In r.o. 37 van deze uitspraak heeft het HvJ EG aangegeven dat de jurisprudentie inzake het vertrouwensbeginsel in staatssteunzaken niet onverkort kan worden toegepast bij de terugvordering van Europese subsidies, nu bij Europese subsidies het concurrentievoordeel dat kenmerkend is voor staatssteun (in beginsel) ontbreekt.

de Europese subsidies reeds aan Europa heeft terugbetaald. Hieruit volgt dat het wat het HvJ EG betreft meer een imagokwestie is, dan dat het daadwerkelijk draait om de bescherming van de financiële belangen van Europa. Hoe dan ook: vanuit het perspectief van de bescherming van de financiële belangen van Europa en met name van het imago van de EU, lijkt een beperking van de werking van nationale rechtsbeginselen goed verdedigbaar.

De voormelde ontwikkeling in de jurisprudentie van het HvJ EG heeft tot gevolg dat de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun en om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies met behulp van het Europese recht enerzijds en zaken waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidie met behulp van het nationale recht anderzijds, steeds minder uit elkaar komt te liggen. Vanuit Europees perspectief is dit een positieve ontwikkeling. Ten eerste is het een erg ingewikkelde werkwijze om steeds te moeten uitmaken of sprake is van directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht, terwijl het uiteindelijk in beide gevallen gaat om subsidies die met Europees geld worden gefinancierd. Ten tweede geldt bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun al een zeer strenge jurisprudentielijn ten aanzien van de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Vanuit Europees oogpunt is verdedigbaar dat deze lijn ook in Europese subsidiezaken moet worden gevolgd.

In het Nederlandse subsidierecht is echter ervoor gekozen de subsidieontvanger vanuit het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel meer bescherming te bieden. Gelet hierop, zijn de ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ EG nationaal bezien onwenselijk. De vraag is dan ook of het ESF-arrest zonder meer door de Afdeling had moeten worden opgevolgd. De individuele rechtsbescherming van de subsidieontvanger loopt immers de nodige averij op. Duidelijk is dat de subsidieontvanger die naar aanleiding van uitlatingen van een nationaal uitvoeringsorgaan dan wel een besluit tot subsidievaststelling erop vertrouwt dat overeenkomstig de subsidieverplichtingen en de geldende regeling wordt gehandeld en dat later vanuit Europees perspectief niet zo blijkt te zijn, door de inperking van de werking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel altijd moet terugbetalen.

Hierbij kunnen allereerst vraagtekens worden gezet als wordt bedacht dat in louter nationale subsidiezaken deze inperking niet geldt. Dit betekent dat het wat de intrekking en terugvordering betreft nogal wat uitmaakt of de subsidie met nationaal dan wel Europees geld wordt bekostigd. Dit terwijl dezelfde nationale bepalingen van toepassing zijn, namelijk de intrekkings- en terugvorderingsbepalingen van de subsidietitel van de Awb. Aan de subsidieontvanger is dit lastig uit te leggen. Ook voor nationale uitvoeringsorganen en nationale bestuursrechters levert dit problemen op, nu zij de ene keer het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moeten toepassen en de andere keer een nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dat zo wordt ingekaderd door het Europese recht dat een beroep daarop nauwelijks kans van slagen heeft. Ook in het kader van de algemene leerstukken die gelden omtrent de uitvoering van het Europese

recht is de inperking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel lastig te duiden. Is het immers niet zo dat voor zover de lidstaten het Europese recht uitvoeren met behulp van het nationale recht, het beginsel van procedurele autonomie geldt en de lidstaten op grond daarvan zelf mogen uitmaken welk nationaal recht – met inbegrip van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel – van toepassing is? Nu is het natuurlijk zo dat het beginsel van procedurele autonomie wordt ingekaderd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. De omstandigheid dat in Europese subsidiezaken die met behulp van het nationale recht worden uitgevoerd in uitzonderlijke gevallen een beroep op het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt gehonoreerd, heeft naar mijn mening evenwel niet tot gevolg dat de terugvordering van Europese subsidies praktisch onmogelijk wordt gemaakt. De effectiviteit van de uitvoering van verplichtingen inzake intrekking en terugvordering van subsidies hoeft daarmee niet in gevaar te komen. Dit blijkt ook wel uit het feit dat in Europese subsidieregelingen die direct door nationale uitvoeringsorganen worden toegepast veelal bepalingen zijn opgenomen op grond waarvan van intrekking en terugvordering van een Europese subsidie omdat zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, kan worden afgezien. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is in die regelingen derhalve gecodificeerd. Kennelijk acht de Europese wetgever dat niet in strijd met het effectiviteitsbeginsel. Indien in een Europese subsidieregeling niets is geregeld omtrent het achterwege laten van intrekking en terugvordering van een Europese subsidie in geval van onregelmatigheden, moet naar mijn mening dan ook het nationale recht en het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel worden toegepast. Dit is slechts anders indien uit de desbetreffende Europese subsidieregeling uitdrukkelijk het tegendeel blijkt. Indien Europa de lidstaten en hun nationale recht nodig heeft voor de uitvoering van het Europese recht, moet als consequentie worden aanvaard dat op nationaal niveau het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moet worden toegepast, ook als dit niet gunstig is in het kader van de uitvoering van het Europese recht. Indien Europa dit anders wil, zal zij zelf regels moeten opstellen! In dat geval kan op Europees niveau worden vastgesteld in welke gevallen van terugvordering kan worden afgezien. De farce dat weliswaar in naam nationaal recht wordt toegepast, doch in de praktijk sprake is van een significante uitholling van de rechten van de subsidieontvanger zodat van de toepassing van het nationale recht weinig overblijft, moet naar mijn mening worden gestopt.

Hoe kan er nu voor worden gezorgd dat enerzijds recht wordt gedaan aan de Europeesrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de terugvordering van Europese subsidies en anderzijds het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet te veel wordt uitgehold? In deze paragraaf zijn drie mogelijkheden besproken: een specifieke wettelijke regeling inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidie, een op Europees niveau vastgestelde communautaire terugvorderingsregeling en een assertieve nationale bestuursrechter die zo veel mogelijk toepassing geeft aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De laatste mogelijkheid biedt de meeste kansen voor het behoud van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europeesrechtelijke zaken. Indien de Europese Commissie van mening zou zijn dat het arrest van het HvJ EG door de nationale bestuursrechter onjuist wordt uitgelegd, kan een inbreukprocedure

worden gestart. Mocht een nationale bestuursrechter dit een te groot risico vinden, dan zou op z'n minst een nieuwe vraag aan het HvJ EG moeten worden gesteld, teneinde duidelijkheid trachten te verkrijgen. Alleen op die manier wordt zo veel mogelijk recht gedaan aan de Europese verplichtingen die gelden enerzijds en aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel anderzijds. Door de dialoog die zal ontstaan tussen het HvJ EG en de nationale bestuursrechter bestaat bovendien de kans dat het HvJ EG wordt geïnspireerd door de uitleg van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale rechter. Dit zou kunnen leiden tot een soepeler jurisprudentie van het HvJ EG.

# 5 Invloed van het Europese recht bij de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechter in andere dan Europese subsidiezaken

## 5.1 Inleiding

Uit de vorige paragrafen blijkt dat de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt ingeperkt indien nationale uitvoeringsorganen Europese subsidies – al dan niet met behulp van het nationale recht – en onrechtmatige staatssteun intrekken en terugvorderen. De intrekking en terugvordering zal in de meeste gevallen geschieden door middel van een besluit in de zin van de Awb. De rechtsbescherming tegen deze intrekking en terugvordering van subsidies vindt dan ook op nationaal niveau plaats en wordt geboden door de nationale bestuursrechter. Nu het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de subsidieontvanger veelal bij de rechter wordt ingeroepen, wordt met name de nationale bestuursrechter geconfronteerd met de beperkingen die het HvJ EG stelt aan de werking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Ofwel het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is van toepassing, ofwel het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt zodanig ingeperkt dat daarvan weinig overblijft. In louter nationale subsidiezaken zal de nationale bestuursrechter gewoonweg het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moeten toepassen. Dit heeft tot gevolg dat de nationale bestuursrechter zich bewust moet zijn van de vraag met welke soort zaak hij van doen heeft en op welke wijze hij dientengevolge het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moet toepassen.

Een interessante vraag is hoe de nationale bestuursrechter het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast in zaken waarin het wel gaat om de uitvoering van het Europese recht, doch waarin het geen subsidie betreft. Is in die zaken sprake van eenzelfde soort inperking als in subsidiezaken? Een tweede interessante vraag is in hoeverre de inperking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in subsidiezaken met Europeesrechtelijke implicaties gevolgen heeft voor louter nationale zaken. Het is goed mogelijk dat de invloed van het Europese recht ook doorwerkt in nationale zaken.

In de onderhavige paragrafen zal op deze vragen worden ingegaan. Het verdient opmerking dat niet is bedoeld een uitputtende opsomming te geven van alle jurisprudentie van de nationale bestuursrechters waarin een beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel aan de orde is. Dat zou een veel uitgebreider onderzoek vergen. In paragraaf 5.2 zal ter illustratie alleen worden gekeken naar de uitspraak van het CBb van 27 juni 2008. Deze zaak laat zien hoe de nationale rechter op grond van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit gedurende een bepaalde periode opdraagt in strijd met het Europese recht te handelen. Een Europeesrechtelijke inkadering van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is niet aan de orde. In paragraaf 5.3 zal een aantal uitspraken worden besproken waaruit wellicht zou kunnen worden afgeleid dat de inperking van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europese subsidie- en staatssteunzaken doorwerkt in uitspraken met een louter nationale dimensie.

## 5.2 Toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken met een Europese component, niet zijnde subsidiezaken

Uit een uitspraak van het CBb van 27 juni 2008 blijkt dat het in zaken met een Europees tintje waarin het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel aan de orde is ook anders kan.[179] In deze zaak ging het om de overdracht van taken aan 'De Groene Vlieg B.V.' in het kader van de bescherming van planten in Nederland op grond van een Europese richtlijn. De richtlijn vereist dat een dergelijke privaatrechtelijke rechtspersoon, krachtens zijn officieel goedgekeurde statuten, uitsluitend belast mag zijn met specifieke taken van openbaar belang. In Nederland was 'De Groene Vlieg' door de Plantenziektenkundige Dienst aangewezen als instantie die gerechtigd is om grondmonsters te nemen en te onderzoeken in het kader van het onderzoek op aardappelcystenaaltje. 'De Groene Vlieg' was echter niet uitsluitend belast met specifieke taken van openbaar belang. Dit was derhalve in strijd met de Europese richtlijn. Op grond van een onderzoek van de Europese Commissie besloot de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit dan ook om de aanwijzing in te trekken. Hiermee was 'De Groene Vlieg' het uiteraard niet eens. Uiteindelijk komt de zaak in hoger beroep ter beoordeling voor het CBb. Het CBb stelt vast dat het zich niet met de richtlijn verdraagt dat een commerciële onderneming wordt belast met de uitvoering van fytosanitaire controles. Het CBb is dan ook met de minister van oordeel dat de aanwijzing van 'De Groene Vlieg' moet worden beëindigd. Het CBb onderzoekt echter wel of de minister aan de intrekking van de aanwijzing een langere overgangstermijn en/of een schadeloosstelling had moeten verbinden. Hoewel het CBb dit niet met zoveel woorden overweegt, speelt hierbij een rol in hoeverre de aanwijzing had mogen worden ingetrokken gelet op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Uiteindelijk wordt tot de conclusie gekomen dat een langere overgangstermijn moet worden gehanteerd en nadeelcompensatie moet worden geboden. In dat

179 CBb 27 juni 2008, AB 2008, 282 m.nt. R. Ortlep.

kader overweegt het CBb dat de intrekking van de aanwijzing niet het resultaat is van een afweging dat veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten zich in overwegende mate tegen voortzetting van de aanwijzing verzetten, maar het gevolg is van de rectificatie van een door de minister zelf gemaakte fout. De minister heeft immers ten onrechte een praktijk in het leven geroepen en jarenlang in stand gelaten waarbij stelselmatig officiële fytosanitaire taken aan commerciële laboratoria waren overgedragen. De stelling van de minister dat 'De Groene Vlieg' geacht mag worden het recht te kennen, maakt geen indruk. Het CBb is van mening dat de minister niet van 'De Groene Vlieg' kan verwachten dat zij een betere kennis van het Europese recht heeft dan hijzelf. Het CBb overweegt zelfs dat 'De Groene Vlieg' geenszins heeft moeten of kunnen voorzien dat de aan haar gerichte aanwijzing in strijd met de richtlijn zou worden bevonden. Het CBb rept met geen woord over de vraag of 'De Groene Vlieg' wellicht een professioneel marktdeelnemer is. Het lijkt er dan ook op dat het CBb zich niet gebonden acht aan de jurisprudentie van het HvJ EG in dezen. Voorts acht het CBb van belang dat 'De Groene Vlieg' te goeder trouw is geweest en dat zij bovendien op grond van dezelfde fout van de minister tevens investeringen in bijvoorbeeld personeel en apparatuur heeft gedaan en langlopende verplichtingen is aangegaan, waartoe zij zonder die (gecontinueerde) fout niet zou zijn overgegaan. Uit deze overweging blijkt dat ook het dispositievereiste een rol speelt.

De minister voerde nog aan dat niet van hem kan worden verlangd dat hij de met het communautaire recht strijdige situatie nog langer laat voortduren, nu hij op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw ertoe is gehouden de nationale wet- en regelgeving zo spoedig mogelijk met dat recht in overeenstemming te brengen. Het CBb oordeelt echter dat weliswaar duidelijk is dat de minister de huidige praktijk niet in stand mag laten, maar dat hij anderzijds geen informatie heeft aangedragen waaruit zou kunnen worden opgemaakt dat een langere overgangstermijn op voorhand onaanvaardbaar zou moeten worden geacht. Aan het slot van de uitspraak overweegt het CBb dat gelet op de gemeenschapstrouw enerzijds en anderzijds de door 'De Groene Vlieg' gestelde, en door de minister niet betwiste, noodzaak van een redelijke termijn om de bedrijfsvoering in haar onderneming aan te passen aan de nieuwe situatie, de intrekking van de aanwijzing naar het oordeel van het College niet eerder zal mogen ingaan dan op 1 juli 2009.

Ortlep merkt in zijn annotatie bij deze uitspraak terecht op dat het CBb impliciet de opdracht geeft tot het in strijd blijven handelen met het Europese recht. Dit is ingegeven door het Nederlandse vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. Het CBb rept echter met geen woord over de vraag of dit Europees gezien wel is toegestaan. Dat had wel voor de hand gelegen. Het gaat hier immers om een zaak met Europeesrechtelijke implicaties. Kan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wel onverkort worden toegepast? Gelden niet ook hier de vereisten van gelijkwaardigheid en met name van effectiviteit? Het CBb geeft op deze vraag geen antwoord en past – weliswaar impliciet – het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe. Ook worden geen vragen aan het HvJ EG gesteld.

Uit deze uitspraak van het CBb kan worden afgeleid dat de nationale rechter zichzelf de ruimte kan gunnen het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

toe te passen door zichzelf niet de vraag te stellen of deze beginselen wellicht Europees moeten worden ingevuld en in dat verband ook geen vragen te stellen aan het HvJ EG. Vanuit Europees perspectief is uiteraard onwenselijk dat een met het EG-recht strijdige situatie door toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt gehandhaafd. Anderzijds is de uitspraak van het CBb vanuit het perspectief van de bescherming van de burger toe te juichen. Als het CBb vragen had gesteld aan het HvJ EG lijkt het immers – gelet op de in de vorige paragraaf besproken jurisprudentie – niet moeilijk te raden waartoe de uitspraak van het HvJ EG zou strekken. Het CBb voorkomt met deze uitspraak dat 'De Groene Vlieg' de dupe wordt van de omstandigheid dat de intrekking van de aanwijzing een Europees tintje heeft!

Een eerste vraag is waarom het CBb de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet Europees inkadert en een tweede, mocht over die toepassing onduidelijkheid bestaan, waarom het geen vragen stelt aan het HvJ EG. Op deze vragen geeft de uitspraak geen antwoord. Wat wellicht een verklaring zou kunnen zijn, is dat de financiële belangen van de Gemeenschap door de aanwijzing van 'De Groene Vlieg', ook al is dit niet in overeenstemming met het Europese recht, niet worden geschaad. Bovendien kan de strijd met het Europese recht – anders dan in geval van strijd met de Europese subsidievoorschriften – niet leiden tot een financiële strop voor de lidstaat Nederland. Uit de uitspraak blijkt echter wel dat de Europese Commissie zich bij brief heeft uitgelaten over de in strijd met het Europese recht verrichte aanwijzing. De uitspraak van het CBb kan derhalve wel degelijk tot gevolg hebben dat de Europese Commissie een infractieprocedure inleidt. Door een overgangstermijn te stellen, laat het CBb aan de Europese Commissie wel zien dat de strijd met het Europese recht slechts een korte tijd voortduurt. Wellicht dat de Europese Commissie – gelet ook op de goed gemotiveerde uitspraak – met de hand over het hart strijkt.

## 5.3 Toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt

### 5.3.1. *Inleiding*

In deze paragraaf wordt bezien wat de Europese inperking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europese zaken tot gevolg heeft voor de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale bestuursrechters in zaken waarin het Europese recht geen rol speelt. Is het nu zo dat de nationale bestuursrechter in deze zaken anders toetst aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan in zaken waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun, of zijn aspecten van het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ook in puur nationale zaken terug te vinden? Nu de nationale bestuursrechter in een aantal zaken het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast dan wel een sterk door het Europese recht ingekaderd nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, zou het niet vreemd zijn indien hij bij toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel met een schuin oog naar uitspraken kijkt waarin dat beginsel Europees wordt uitgelegd. Vraag is dan ook of

de nationale rechter wordt beïnvloed door de omstandigheid dat hij ook de subsidiezaken met Europeesrechtelijke implicaties afhandelt en daarin het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dan wel een sterk door het HvJ EG ingekaderd nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast. In de volgende paragrafen wordt bezien of in de nationale jurisprudentie aanwijzingen bestaan om deze vraag bevestigend te beantwoorden.

Paragraaf 5.3.2 behandelt de vraag of de nationale bestuursrechters ook in zaken waarin het nationale vertrouwensbeginsel wordt toegepast, waarde hechten aan de omstandigheid of een persoon professioneel marktdeelnemer is. In paragraaf 5.3.3 wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het verbod op de *contra legem*-werking van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in de nationale jurisprudentie is terug te zien. In paragraaf 5.3.4 wordt bezien in hoeverre de intrekkings- en terugvorderingsbepalingen van de subsidietitel van de Awb in louter nationale zaken worden opgerekt, teneinde louter nationale subsidies te kunnen terugvorderen.

### 5.3.2. *Professionele marktdeelnemer*

Zoals aangegeven in paragraaf 3.2 hecht het HvJ EG blijkens de jurisprudentie in het kader van de beoordeling van een beroep op het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel veel waarde aan de (geobjectiveerde) deskundigheid van de betrokken burger. Ik ben geen recente nationale subsidiezaken tegengekomen waarin bij de beoordeling van het beroep op het vertrouwensbeginsel waarde wordt gehecht aan de deskundigheid van de subsidieontvanger.

Buiten het subsidierecht zijn wel enkele uitspraken aan te wijzen waarin waarde wordt gehecht aan de deskundigheid van de desbetreffende burger. Ten eerste een uitspraak van het CBb van 17 april 2003,[180] waarin het CBb in het kader van een beroep op het vertrouwensbeginsel in een geschil over de afkeuring van een partij sinaasappelen die werden ingevoerd uit Brazilië, overwoog dat mede gelet op het professioneel marktdeelnemerschap van de importeur voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel geen plaats was. Opvallend is dat in deze zaak wel een Europeesrechtelijke component speelde, doch het CBb niet aangeeft of het om het nationale dan wel Europese vertrouwensbeginsel gaat.

Een voorbeeld van een uitspraak van de Afdeling waarin waarde wordt gehecht aan de deskundigheid van de burger in het kader van de beoordeling van het beroep op het vertrouwensbeginsel is de uitspraak van 4 juni 2008.[181] In deze zaak ging het om een schorsing van een verleende garnalenvergunning voor een periode van twee weken wegens overtreding van een weekendverbod om garnalen te vangen. Volgens de eigenaar van het vissersvaartuig had een medewerker van de Algemene Inspectie Dienst (AID) omtrent dit weekendverbod onjuiste informatie verstrekt. De Afdeling overweegt dat een medewerker van de AID met betrekking tot informatie over het weekendverbod, onder omstandigheden rechtens te honoreren vertrouwen kan wekken. Volgens de Afdeling week de informatie van de medewerker

180 AWB 02/958.
181 ABRvS 4 juni 2008, AB 2008, 208 m.nt. R. Ortlep.

van de AID echter zo veel af van de geldende regeling, dat het op de weg lag van de eigenaar van het vissersvaartuig om nadere informatie in te winnen. Hierbij betrekt de Afdeling de omstandigheid dat de eigenaar bekend kon zijn met de inhoud van het weekendverbod, nu dit in overleg met de sector tot stand is gekomen, op de juiste wijze bekend is gemaakt en ook op andere wijze bekendheid is gegeven aan de invoering hiervan. Deze overwegingen geven aan dat de deskundigheid van degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept, een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of dat beroep ook moet worden gehonoreerd.[182]

Een tweede voorbeeld biedt de uitspraak van de Afdeling van 2 september 2009.[183] In deze zaak ging het om een opgelegde last onder dwangsom aan Jumper Diersuper Apeldoorn B.V. Jumper voert aan dat een door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Apeldoorn aangewezen medewerker haar heeft meegedeeld dat de vestiging van een diersuper op het perceel geen probleem is en een andere medewerker heeft ontraden daarvan een schriftelijke bevestiging van het college te vragen. De Afdeling overweegt dat de medewerkers niet bevoegd waren om een besluit te nemen over het gebruik van het perceel. In het licht daarvan had het mede gelet op het mondelinge karakter van de mededelingen op de weg van Jumper als professionele marktpartij gelegen schriftelijke zekerheid van het bevoegde bestuursorgaan te verkrijgen, alvorens de verstrekkende beslissing te nemen zich ter plaatse te vestigen.

De drie besproken uitspraken van nationale bestuursrechters laten zien dat de professionaliteit van degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept in de beoordeling van dat beroep wel degelijk een rol kan spelen. Toch zijn er veel meer zaken aan te wijzen waarin aan deze professionaliteit geen aandacht wordt besteed. Naar mijn mening kan op grond van deze drie uitspraken dan ook niet de conclusie worden getrokken dat de deskundigheid van degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept een vaste component is van de beoordeling van dat beroep.

### *5.3.3 Contra legem*

Wat betreft de vraag naar de mogelijkheid van *contra legem*-werking van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geldt dat alleen die nationale zaken relevant zijn waarin het gaat om een zaak waarin geen belangen van derden spelen, zoals belasting- en subsidiezaken. We hebben al gezien dat *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel in belastingzaken in bijzondere omstandigheden wordt aanvaard. Hoe zit het met de toepassing van dit beginsel in nationale subsidiezaken? Ook hier is immers sprake van een tweepartijengeschil.

In een uitspraak van de ABRvS waarin het ging om een nationale subsidie op grond van de Subsidieregeling Agrarisch Natuurbeheer, oordeelde de Afdeling dat het beroep op het vertrouwensbeginsel in geen geval kan leiden tot verlening van subsidie in strijd met het destijds geldende artikel 77a noch met artikel 20 b van de subsidieregeling.[184] Deze uitspraak is reeds genoemd in paragraaf 3.1. Daar werd

182 Zie ook de noot van Ortlep onder ABRvS 4 juni 2008, AB 2008, 208 m.nt. R. Ortlep.
183 LJN BJ6647.
184 ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 187 m.nt. N. Verheij onder AB 2006, 188.

reeds aangegeven dat deze uitspraak niet past met de rechtspraak van de voor het financiële bestuursrecht '*leading judges*', de Hoge Raad en de CRvB, die de mogelijkheid van *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel wel erkennen. Van belang is in dit verband de omstandigheid dat het bij een subsidie veelal om een tweepartijengeschil gaat.[185] Vraag is of de ABRvS zich in de uitspraak heeft laten leiden door de jurisprudentie van het HvJ EG inzake de *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel, althans het verbod daarop. Dit blijkt niet uit de uitspraak. Voorts is dit de enige subsidiezaak die ik heb gevonden waarin expliciet is overwogen dat het beroep op het vertrouwensbeginsel in geen geval kan leiden tot verlening van de subsidie in strijd met de wet. Vraag is derhalve of deze uitspraak niet als een witte – of beter gezegd een zwarte – raaf moet worden beschouwd. Uit de uitspraak van de Afdeling van 18 augustus 2004 blijkt immers dat de Afdeling *contra legem*-toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mogelijk acht.[186]

### 5.3.4. *Oprekking subsidietitel Awb?*

In de besproken uitspraken van de Afdeling die volgden op het ESF-arrest wordt artikel 4:49 lid 1 Awb zodanig verordeningconform geïnterpreteerd, dat intrekking van de subsidie op grond van deze bepaling mogelijk wordt en zo aan de Europeesrechtelijke verplichtingen wordt voldaan. De Afdeling overweegt niet welke intrekkingsgrond van artikel 4:49 lid 1 Awb aan de orde is. De Afdeling overweegt evenwel dat de subsidievaststelling moet worden ingetrokken, omdat sprake is van een kennelijke schending van de geldende regeling. Deze grond komt het meest overeen met artikel 4:49 lid 1 onder b Awb.

Is nu ook in nationale subsidiezaken een oprekking van de grond onder artikel 4:49 lid 1 onder b Awb te zien, zoals de Afdeling deed in de eerder besproken ESF-zaak? In de uitspraak van 26 augustus 2009 van de Afdeling,[187] waarin het gaat om onderwijsbekostiging, overweegt de Afdeling dat de minister de bekostiging kan terugvorderen op grond van artikel 4:49 lid 1 aanhef en onder b Awb, indien de stichting wist of behoorde te weten dat de vaststelling van de bekostiging onjuist was. De Afdeling vervolgt met de overweging dat nu de stichting wist of behoorde te weten dat de desbetreffende inschrijvingen van deelnemers niet voldeden aan de vereisten die zijn neergelegd in de Les- en cursusgeldwet en de Wet educatie en beroepsonderwijs, en de vaststelling van de bekostiging mede was gebaseerd op de telgegevens van deze onjuiste inschrijvingen, de stichting ook wist of behoorde te weten dat de vaststelling van de bekostiging in zoverre onjuist was. Gelet hierop, mocht de minister volgens de Afdeling voor het bekostigingsjaar 2004 de vaststelling op grond van artikel 4:49 lid 1 aanhef en onder b Awb wijzigen. Opvallend is dat de Afdeling hier niet verwijst naar de memorie van toelichting, waaruit blijkt dat de b-grond een beperkte strekking heeft.[188] Dit terwijl de Afdeling in de verwijzingsuitspraak die ten grondslag lag aan het ESF-arrest nog van mening was

185 Concurrenten kunnen wel als derde worden aangemerkt in subsidiezaken. Uit de uitspraak blijkt echter niet dat de belangen van concurrenten een rol speelden.

186 ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 416 m.nt. NV. NV merkt in zijn noot fijntjes op dat de Afdeling *contra legem* van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in theorie mogelijk acht.

187 ABRvS 26 augustus 2009, zaak 200808878/1/H2, LJN BJ6097.

188 Dit is reeds besproken in par. 4.2.5.

dat de b-grond niet als grondslag voor intrekking van de subsidievaststelling kon dienen. Gelet op de feiten die aan die verwijzingsuitspraak ten grondslag lagen, kon ook daar de redenering worden gevolgd dat de subsidieontvanger had moeten weten dat de op haar ingevolge van de ESF-regeling rustende verplichting om een aparte projectadministratie te voeren, bestaande uit een deelnemersadministratie en een financiële administratie, waarin alle noodzakelijke gegevens tijdig, betrouwbaar en volledig zijn vastgelegd en zijn te verifiëren met bewijsstukken, niet dan wel onvoldoende had nageleefd. Blijkens de uitspraak van 26 augustus 2009 is de Afdeling kennelijk van mening veranderd omtrent de reikwijdte van artikel 4:49 lid 1 onder b Awb. De Afdeling motiveert haar oordeel verder niet. Ter verklaring kan wellicht worden verwezen naar een andere uitspraak, namelijk van 5 november 2008.[189] In deze uitspraak ging het om de reikwijdte van artikel 4:49 lid 1 onder a Awb. In deze zaak voerde de subsidieontvanger aan dat het bestuursorgaan deze grond niet aan het besluit tot wijziging van de vaststelling van de rijksbijdrage ten grondslag had mogen leggen, omdat zij geen onjuiste of onvolledige informatie heeft overgelegd, maar de minister achteraf een andere kwalificatie heeft gegeven aan een bestaande praktijk. De Afdeling maakt korte metten met dit betoog. Volgens de Afdeling kan de vaststelling van de rijksbijdrage ingevolge artikel 4:49 lid 1 onder a Awb ten nadele van een instelling worden gewijzigd op grond van feiten of omstandigheden waarvan hij bij de vaststelling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de subsidie lager zou zijn vastgesteld. Dat in de memorie van toelichting bij deze bepaling als voorbeeld het verstrekken van onjuiste gegevens als reden voor wijziging van de vaststelling is genoemd, betekent volgens de Afdeling niet dat de reikwijdte van deze bepaling daartoe is beperkt. Uit deze overweging zou kunnen worden afgeleid dat de Afdeling ook ten aanzien van de b-grond van mening is dat hetgeen in de memorie van toelichting hieromtrent is vermeld, slechts als voorbeeld moet worden gezien en niet betekent dat de reikwijdte van de b-grond tot dat voorbeeld is beperkt.

Uit de jurisprudentie inzake onderwijsbekostiging blijkt derhalve dat de mogelijkheden om de subsidievaststelling in te trekken op grond van artikel 4:49 lid 1 Awb worden uitgebreid. Mijns inziens is het echter te vroeg om op basis van voormelde zaken de conclusie te trekken dat deze tendens is beïnvloed door de jurisprudentie van het HvJ EG in het kader van de uitvoering van Europese subsidies.

## 5.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is allereerst bezien hoe de nationale rechter het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast in zaken waarin het wel gaat om de uitvoering van het Europese recht, doch niet om een subsidie. Ter illustratie is ingegaan op de uitspraak van het CBb van 27 juni 2008. Uit deze uitspraak blijkt dat wat betreft de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ook anders kan worden omgegaan met het gegeven dat de nationale uitvoering in strijd is met het Europese recht. Hoewel het CBb de Europeesrechtelijke dimensie van

189 ABRvS 5 november 2008, zaak 200801794/1/H2, LJN BG3426.

de zaak onderkent, past het college het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe. Uiteindelijk wordt op grond daarvan tot het oordeel gekomen dat de strijd met Europese recht moet voortduren tot 1 juli 2009. De uitspraak van het CBb laat zien dat de nationale bestuursrechter, door geen vragen aan het HvJ EG te stellen en de nationale beginselen niet Europees uit te leggen, het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel integraal kan toepassen. Vanuit Europees perspectief is dit niet wenselijk: een met het EG-recht strijdige situatie wordt op deze manier immers door de nationale rechter gefaciliteerd. Vanuit het perspectief van de burger is de uitspraak van het CBb echter toe te juichen! Wellicht heeft in de hoofden van de rechters van het CBb meegespeeld dat de financiële belangen van de Gemeenschap niet op het spel stonden. Daarenboven kan de vaststelling dat in strijd is gehandeld met het Europese recht in dit geval niet leiden tot een financiële strop voor de lidstaat Nederland. Het gaat immers niet om een geldzaak. Feit is wel dat de uitspraak van het CBb ertoe zou kunnen leiden dat de Europese Commissie Nederland voor het HvJ EG daagt. Dit is niet ondenkbaar, nu de Europese Commissie blijkens de uitspraak van het CBb zelf de overtreding van de richtlijn had geconstateerd. Hoe mooi het weliswaar is dat het CBb het voor de burger gunstige nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toepast: de Europeesrechtelijke gevolgen moeten niet worden onderschat.

In deze paragraaf is voorts ingegaan op de vraag in hoeverre de inperking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel gevolgen heeft voor louter nationale zaken. Uit paragraaf 5.3 kan de conclusie worden getrokken dat de nationale bestuursrechter ook in geschillen met een louter nationale dimensie inspiratie lijkt te ontlenen aan de jurisprudentie van het HvJ EG en de nationale bestuursrechters waarin het gaat om de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in Europeesrechtelijke zaken. In een aantal uitspraken van de nationale bestuursrechters zijn elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG inzake het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel terug te vinden. Ten eerste blijkt dat ook in louter nationale zaken de professionaliteit van degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept van belang is. Ten tweede is de Afdeling in een uitspraak waarin het ging om een subsidie – een tweepartijengeschil – tot het oordeel gekomen dat honorering van het beroep op het vertrouwensbeginsel nooit ertoe kan leiden dat in strijd met de geldende regeling een subsidie wordt verleend. Het gaat hier echter maar om één uitspraak, zodat niet de conclusie kan worden getrokken dat de nationale rechter altijd van oordeel is dat *contra legem*-werking in subsidiezaken niet mogelijk is. Dat uit de uitspraken niet blijkt dat de nationale rechter door Europeesrechtelijke jurisprudentie wordt geïnspireerd, is naar mijn mening niet verwonderlijk. We zouden immers vreemd staan te kijken indien de nationale rechter in een louter nationaalrechtelijk geschil zou verwijzen naar jurisprudentie van het HvJ EG. Wel moet de kanttekening worden geplaatst dat geen aanwijzingen bestaan dat de elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG wat betreft de toetsing aan het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel een vast onderdeel vormen van de beoordeling van het beroep op het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Het lijkt er meer op dat de nationale rechter als het zo uitkomt elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG overneemt. Dit pakt bepaald niet gunstig voor de burger uit. Omdat we te maken hebben met een ongeschreven rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel,

is voormelde jurisprudentie echter niet in strijd met enig wettelijk voorschrift. De nationale rechter is bevoegd om het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel nader in te vullen; het kenmerk van een beginsel is nu juist dat het nadere invulling behoeft.[190] Feit is wel dat de uitspraak van de Afdeling inzake de *contra legem*-werking van voormeld beginsel in subsidiezaken afwijkt van staande jurisprudentie van de Hoge Raad en de CRvB.

Artikel 4:49 Awb ziet op de intrekking van de subsidievaststelling en is in het kader van de uitvoering van Europese subsidies in verband met de uitvoering van een Europese subsidie door de nationale rechter in de ESF-zaken verordeningconform geïnterpreteerd. In de jurisprudentie is terug te zien dat de nationale rechter dit artikel, waaraan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ten grondslag ligt, ook in nationale zaken oprekt. Artikel 4:49 lid 1 Awb wordt zo uitgelegd dat intrekking van de subsidievaststelling in meer gevallen mogelijk is dan de Awb-wetgever blijkens de memorie van toelichting heeft beoogd. Ook hier geldt dat het maar één uitspraak betreft en daaruit blijkt niet duidelijk dat de Afdeling zich laat leiden door zaken waarin artikel 4:49 lid 1 Awb verordeningconform wordt geïnterpreteerd. Ik kan mij echter goed voorstellen dat ook in louter nationale zaken de wens bestaat om in gevallen waarin vaststaat dat sprake is van fraude, doch het bestuursorgaan dat door goed te controleren had kunnen weten, de subsidievaststelling te kunnen intrekken. De horde om tot deze uitspraak te komen, wordt nu eenmaal gemakkelijker genomen, indien de bepaling – zij het op grond van het Europese recht – reeds ruimer is geïnterpreteerd. Ook deze interpretatie door de nationale rechter is niet in strijd met de wet. De tekst van artikel 4:49 lid 1 onder b Awb laat immers ruimte voor de door de Afdeling gekozen interpretatie. De memorie van toelichting is niet doorslaggevend.

190 Zie Jans e.a. 2002, p. 153.

# 6 Slotbeschouwing

In de inleiding van dit preadvies heb ik u gevraagd in de huid te kruipen van een subsidieontvanger van subsidies met een Europees tintje. Als u vervolgens ook de daaropvolgende paragrafen heeft gelezen, heeft u inmiddels vast een aardig beeld van alle Europese narigheid die deze subsidieontvanger tegenkomt, indien hij zich beroept op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt door zowel de nationale als Europese rechter toegepast. Het rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat de burger te allen tijde zijn juridische positie moet kunnen bepalen. Het vertrouwensbeginsel vereist dat de bestuursorganen de in hun contacten met de burgers gewekte, gerechtvaardigde, verwachtingen zo mogelijk honoreren. Bij de intrekking en terugvordering van subsidies spelen deze beginselen een belangrijke rol. Daarbij gaat het allereerst om de ongeschreven beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen. Ten tweede kan het zo zijn dat de beginselen zijn verdisconteerd in een op de subsidie van toepassing zijnde wettelijke regeling. Hierbij moet op nationaal niveau worden gedacht aan artikel 4:49 lid 1 Awb, waarin de bevoegdheid om de subsidievaststelling in te trekken, wordt ingeperkt en op Europees niveau aan bepalingen in Europese verordeningen op grond waarvan van terugvordering van de Europese subsidie mag worden afgezien.

Op een aantal punten bestaan verschillen in de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale en Europese rechter. Het eerste belangrijke verschil is dat het HvJ EG veel waarde hecht aan de (geobjectiveerde) deskundigheid van de betrokken burger. Het Hof gaat uit van de behoedzame ondernemer en de professionele marktdeelnemer. Dit heeft tot gevolg dat een beroep op het vertrouwensbeginsel minder snel wordt gehonoreerd. Het HvJ EG gaat ervan uit dat de behoedzame ondernemer en de professionele marktdeelnemer goed op de hoogte zijn van de voor hun geldende regels. Het tweede belangrijke verschil is dat het HvJ EG meermalen heeft overwogen dat onrechtmatige toezeggingen van nationale of Europese organen, noch een met het Europese recht strijdige uitvoeringspraktijk van de lidstaten kan leiden tot een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel indien dit leidt tot strijd met het Europese recht. Anders dan in Nederland geldt op Europees niveau derhalve een verbod op *contra legem*-toepassing van het vertrouwensbeginsel.

Voormelde verschillen hebben tot gevolg dat het van belang is vast te stellen of de nationale bestuursrechter in een zaak waarin het gaat om de intrekking en terugvordering van subsidies met een Europees tintje het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel onverkort mag toepassen.

Voor de intrekking en terugvordering van Europese subsidies geldt blijkens de jurisprudentie van het HvJ EG en de nationale bestuursrechter het volgende. Indien nationale uitvoeringsorganen direct intrekkings- en terugvorderingsbepalingen uit een Europese subsidieregeling toepassen (directe toepassing), dient de nationale bestuursrechter het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe te passen. Voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is helemaal geen plaats meer.

Bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen die daarbij gebruikmaken van het nationale recht geldt sinds jaar en dag dat in dat kader voor de nationale bestuursrechter wel degelijk ruimte bestond om te oordelen dat intrekking en terugvordering op grond van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel achterwege diende te blijven. Het gevaar bestaat dat, dankzij de onduidelijke en onnauwkeurige formulering van het HvJ EG, uit het ESF-arrest de conclusie wordt getrokken dat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies – ondanks het gebruik van nationaalrechtelijke intrekkings- en terugvorderingsbepalingen door nationale uitvoeringsorganen – wordt beheerst door het Europese recht en dientengevolge het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing is. Sommige auteurs en ook de Afdeling komen helaas tot deze conclusie. Door de interpretatie die de Afdeling aan het ESF-arrest geeft, is de ontvanger van Europese subsidies altijd de klos. De subsidieontvanger die naar aanleiding van uitlatingen van een nationaal uitvoeringsorgaan dan wel een besluit tot subsidievaststelling erop vertrouwt dat overeenkomstig de subsidieverplichtingen dan wel de geldende subsidieregeling wordt gehandeld en dat later vanuit Europees perspectief toch niet zo blijkt te zijn, moet door de inperking van de werking van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel immers altijd terugbetalen.

Naar mijn mening hoeft uit het ESF-arrest niet te worden afgeleid dat het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet langer van toepassing is op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies indien daarbij nationaal recht wordt toegepast. Dit leid ik met name af uit de omstandigheid dat het HvJ EG aan de nationale bestuursrechter bij de beoordeling van het beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel de ruimte laat rekening te houden met het gedrag van nationale uitvoeringsorganen. Wel kan uit het arrest worden geconcludeerd dat het beginsel steeds meer Europees wordt ingekleurd. Het HvJ EG geeft – onder verwijzing naar jurisprudentie omtrent het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel waarin het gaat om een relatie tussen een Europese instelling en de burger en derhalve het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel – immers gedetailleerde aanwijzingen. De ruimte voor de nationale rechter om zélf aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel te toetsen, is derhalve behoorlijk ingeperkt.

Ook de intrekking en terugvordering van onrechtmatige staatssteun wordt beheerst door het nationale recht. Dientengevolge is het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van toepassing. Deze toepassing wordt door het HvJ EG in de jurisprudentie echter zozeer ingekaderd, dat een geslaagd beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel slechts in zeer uitzonderlijke gevallen tot de mogelijkheden behoort.

We hebben gezien dat de strengere lijn inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidies is te verklaren vanuit de gedachte dat de EU meer grip wil krijgen op de nationale uitvoerings- en handhavingspraktijken in de lidstaten en een meer eenvormige toepassing van handhavingsbevoegdheden in de lidstaten wil bewerkstelligen. Kortom: de EU is de fraude met de Europese subsidies zat! De strenge lijn met betrekking tot de terugvordering van staatssteun is verklaarbaar vanuit de gedachte dat het anders voor de lidstaat en de subsidieontvanger aantrekkelijk wordt om samen te spannen, hetgeen tot gevolg heeft dat de Europese staatssteunregels elk nuttig effect zouden verliezen.

Voormelde ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ EG hebben tot gevolg dat het wat de intrekking en terugvordering van subsidies betreft nogal wat uitmaakt of het, ten eerste, gaat om een subsidie die met nationaal geld wordt bekostigd en waarbij geen sprake is van onrechtmatige staatssteun dan wel, ten tweede, of het gaat om een Europese subsidie dan wel een subsidie die als onrechtmatige staatssteun is aangemerkt. Dit terwijl dezelfde nationale bepalingen van toepassing zijn. Aan de subsidieontvanger is dit moeilijk uit te leggen. Ook voor nationale uitvoeringsorganen en nationale bestuursrechters levert dit problemen op, nu zij de ene keer het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel moeten toepassen en de andere keer een nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dat zo wordt ingekaderd door het Europese recht dat een beroep daarop nauwelijks kans van slagen heeft. De jurisprudentie betekent verder een inbreuk op het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en daarmee op de procedurele autonomie van de lidstaten. Wat de terugvordering van onrechtmatige staatssteun betreft, valt hiervoor veel te zeggen. Indien de lidstaten de vrije hand zou worden gegeven, bestaat de kans dat de lidstaten met de ontvanger van staatssteun onder een hoedje speelt. Afzien van terugvordering op grond van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is daarom – tenzij sprake is van uitzonderlijke omstandigheden – in strijd met het effectiviteitbeginsel.

Bij de terugvordering van Europese subsidies ligt dit anders. Indien in een Europese subsidieregeling niet is geregeld in welke gevallen een subsidie moet worden ingetrokken en teruggevorderd, bestaat naar vaste jurisprudentie van het HvJ EG ruimte voor toepassing van het nationale recht en daarmee voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Toepassing van dit nationale beginsel is – anders dan bij staatssteun – niet in strijd met het effectiviteitbeginsel. Voor Europese subsidieregelingen die direct door nationale uitvoeringsorganen worden toegepast, geldt immers dat daarin doorgaans bepalingen zijn opgenomen op grond waarvan van intrekking en terugvordering van een Europese subsidie kan worden afgezien. Dat wordt evenmin in strijd met het effectiviteitbeginsel geacht. Indien de terugvordering door het nationale recht wordt beheerst, zou het mijns inziens dan ook vreemd zijn indien op grond van dat nationale recht niet of nauwelijks van terugvordering mag worden afgezien. Tot een andere conclusie zou slechts moeten worden gekomen indien dit uit de desbetreffende Europese subsidieregeling duidelijk blijkt. Het is niet de bedoeling dat weliswaar in naam nationaal recht wordt toegepast, doch in de praktijk sprake is van een significante uitholling van de rechten van de subsidieontvanger omdat niet of nauwelijks ruimte bestaat voor toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Hoe kan er nu in de toekomst voor worden gezorgd dat enerzijds recht wordt gedaan aan de Europeesrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de terugvordering van Europese subsidies en anderzijds het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet te veel wordt uitgehold? Een eerste mogelijkheid is het vaststellen van een specifieke wettelijke regeling inzake de intrekking en terugvordering van Europese subsidies op nationaal niveau. Hoewel een dergelijke wettelijke regeling leidt tot rechtszekerheid voor de subsidieontvanger en voldaan wordt aan Europeesrechtelijke verplichtingen, betekent dit wel dat wat de intrekking en terugvordering van Europese subsidies betreft, de bepalingen van de subsidietitel van de Awb die nu juist welbewust uitdrukking geven aan de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen zomaar worden opgegeven. De tweede mogelijkheid houdt in dat op Europees niveau een communautaire terugvorderingsregeling wordt vastgesteld zoals bij de uitvoering van de Europese landbouwsubsidies al gebruikelijk is. Nadeel hiervan is dat dan voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel helemaal geen ruimte meer is. Voordeel is wel dat de subsidieontvanger precies weer waar hij aan toe is. Een derde mogelijkheid is dat de nationale rechter de grenzen van de rechtspraak van het HvJ EG opzoekt en zo veel mogelijk toepassing geeft aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

In dat verband kan worden verwezen naar de in hoofdstuk 5 besproken uitspraak van het CBb van 27 juni 2008. Hoewel het in deze uitspraak niet gaat om een Europese subsidie, blijkt uit deze zaak dat het ook in zaken met een Europeesrechtelijke dimensie mogelijk is om het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel onverkort toe te passen. Hoewel het CBb de Europeesrechtelijke dimensie van de zaak erkent, past het college zonder vragen te stellen aan het HvJ EG het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel toe en draagt het betrokken bestuursorgaan op gedurende een jaar in strijd met het Europese recht te handelen. Een laatste mogelijkheid is om het ESF-arrest zodanig uit te leggen dat de subsidietitel van de Awb en daarmee het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel zo veel mogelijk kan worden toegepast. De nationale bestuursrechter dient alle ruimte te benutten die het arrest biedt. Indien de Europese Commissie van mening zou zijn dat het arrest van het HvJ EG door de nationale bestuursrechter onjuist wordt uitgelegd, kan een inbreukprocedure worden gestart. Mocht een nationale bestuursrechter dit te ver vinden gaan, zou op z'n minst een nieuwe vraag aan het HvJ EG moeten worden gesteld teneinde duidelijkheid te verkrijgen.

Naar mijn mening verdient de laatste mogelijkheid de voorkeur. Alleen op die manier wordt zo veel mogelijk recht gedaan aan de Europese verplichtingen die gelden enerzijds en aan het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel anderzijds. Door de dialoog die zal ontstaan tussen het HvJ EG en de nationale bestuursrechter bestaat bovendien de kans dat het HvJ EG wordt geïnspireerd door de uitleg van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de nationale rechter. Wellicht dat dit zal leiden tot een soepeler jurisprudentie en wordt gekomen tot een uitgebalanceerder Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

In het slot van dit preadvies heb ik aan de hand van nationale jurisprudentie laten zien dat elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG met betrekking tot

het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel lijken door te werken in geschillen waarin louter het nationale recht van toepassing is. Dit pakt in alle opzichten negatief uit voor de burger. Voorts blijkt dat ook in louter nationale zaken de artikelen van de subsidietitel zodanig worden opgerekt dat intrekking en terugvordering van de subsidie mogelijk wordt, terwijl dit volgens de wetgever niet de bedoeling was. Deze ontwikkelingen zijn naar mijn mening niet toe te juichen. De ruimhartige invulling van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel verdient dan ook de volle verdediging.

# Stellingen

1. De uitleg van het HvJ EG van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun dermate strikt, dat de subsidieontvanger aan deze beginselen vrijwel geen bescherming ontleent.
2. De ABRvS heeft in de uitspraken volgend op het ESF-arrest van het HvJ EG ten onrechte geen aandacht besteed aan het (onbehoorlijke) gedrag van nationale, subsidieverstrekkende bestuursorganen.
3. De ABRvS had na het ESF-arrest van het HvJ EG opnieuw prejudiciële vragen moeten stellen aan het HvJ EG.
4. Het is onwenselijk dat de rechtsbescherming voor subsidieontvangers bij de terugvordering van Nederlandse subsidies enerzijds en voor subsidieontvangers bij terugvordering van Europese subsidies en Nederlandse subsidies die als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt anderzijds, zo ver uiteen loopt.
5. De nationale bestuursrechter, in het bijzonder de ABRvS, zou een dialoog aan moeten gaan met het HvJ EG, om zo te bereiken dat ook op Europees niveau een meer uitgebalanceerd rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel kan worden ontwikkeld.
6. Het is onwenselijk dat elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG met betrekking tot het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel terugkomen in uitspraken van de nationale rechter in louter nationale zaken: de ruimhartige invulling van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ten opzichte van het HvJ EG verdient de volle verdediging.

# Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?

*Mr. A. Drahmann**

**Inhoud**


| | | |
|---|---|---|
| **1.** | **Inleiding** | **145** |
| **2.** | **Het Europese transparantiebeginsel** | **149** |
| 2.1. | Inleiding | 149 |
| 2.2. | Aanbestedingsrecht en andere overheidsopdrachten | 149 |
| 2.3. | Dienstenrichtlijn | 155 |
| 2.4. | Tussenconclusie | 157 |
| **3.** | **Het Europese transparantiebeginsel in Nederland** | **159** |
| 3.1. | Inleiding | 159 |
| 3.2. | Aanbestedingsrecht en andere overheidsopdrachten | 159 |
| 3.3. | Dienstenwet | 162 |
| 3.4. | Jurisprudentie over de Wet op de kansspelen | 163 |
| 3.5. | Tussenconclusie | 167 |
| **4.** | **Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?** | **169** |
| 4.1. | Inleiding | 169 |
| 4.2. | Reikwijdte van het transparantiebeginsel | 170 |
| 4.3. | Toegevoegde waarde | 171 |
| 4.4. | Codificatie van het transparantiebeginsel | 176 |
| 4.5. | Tussenconclusie | 192 |
| **5.** | **Slotbeschouwing** | **193** |
| **Stellingen** | | **197** |


* Annemarie Drahmann is juridisch adviseur bij de provincie Noord-Holland. Ik wil graag Jan Reinier van Angeren en Adrienne de Moor-van Vught bedanken voor hun opmerkingen bij het concept van dit preadvies.

# 1 Inleiding

De preadviezen van de Jonge VAR van dit jaar gaan over Europese rechtsbeginselen. Het legaliteits-, vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel zijn in Nederland algemeen aanvaard als algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit preadvies gaat over het 'transparantiebeginsel'. Het transparantiebeginsel – of doorzichtigheidsbeginsel – komt echter in handboeken over het algemeen bestuursrecht niet voor.[1] Bestaat er dan wel een transparantiebeginsel? In handboeken over het aanbestedingsrecht wordt het 'transparantiebeginsel' in zijn aanbestedingsrechtelijke context wel genoemd.[2]

Waar gaat dit preadvies over? Drie concrete voorbeelden ter illustratie:

Een minister wil een grote manifestatie organiseren en plaatst daarvoor niet een advertentie, maar neemt direct contact op met één evenementenbureau. U hebt ook een evenementenbureau en baalt dat u niet in aanmerking komt voor deze mooie opdracht. Mag dit zomaar?

In 2007 is dit daadwerkelijk gebeurd met 'Schoklandgate'. Minister Koenders (Ontwikkelingssamenwerking) gaf het bureau BKB (waarvan zijn PvdA-partijgenoten Booij en Van Bruggen eigenaar waren) € 750.000 om een eendaagse manifestatie te organiseren op het voormalige eiland Schokland ('het Akkoord van Schokland'). Deze opdracht werd niet openbaar aanbesteed, omdat het departement in tijdnood zou hebben gezeten. Op grond van het Europees recht was deze opdracht wel aanbestedingsplichtig. Een van de beginselen die bij een aanbestedingsprocedure in acht moet worden genomen, is het transparantiebeginsel. Op grond van dit beginsel mag een aanbestedende dienst niet zelf een contractspartij selecteren. De aanbestedende dienst moet deze opdracht passend bekendmaken. Koenders had ook niet drie 'bevriende' bureaus mogen bellen met het verzoek een offerte in te dienen, maar had een advertentie moeten plaatsen. Het doel van deze verplichting is dat de opdracht dusdanig wordt bekendgemaakt, dat alle potentiële gegadigden kennis kunnen nemen van deze opdracht, zodat zij allemaal evenveel kans hebben om mee te kunnen dingen. Een van de uitgangspunten van het Europese aanbestedingsrecht is namelijk dat de markt voor mededinging wordt geopend. In paragraaf 2 van dit preadvies wordt toegelicht wat dit transparantiebeginsel inhoudt en wat voor gevolgen het heeft voor het aanbestedingsrecht.

1 Zo komt het transparantiebeginsel niet voor in het 'Overzicht algemene beginselen van behoorlijk bestuur en Awb' in Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, veertiende druk, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 283.

2 Zie bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk e.a., Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht, vierde druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

U wilt in Nederland een casino beginnen, maar uw aanvraag tot een vergunning wordt geweigerd, omdat alleen Holland Casino dit in Nederland mag exploiteren. Kan dat zomaar?

De laatste jaren heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) een aantal vragen voorgelegd gekregen over het Nederlandse kansspelbeleid. De minister van Justitie is van mening dat er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang om de Nederlandse kansspelmarkt gesloten te houden. Niet in geschil is dat er inderdaad voldoende rechtvaardiging is om deze markt te reguleren. De vraag is echter of het ook gerechtvaardigd is om één partij (Holland Casino) een vergunning voor onbepaalde tijd te verlenen. Waarom is het niet mogelijk om één partij (of een beperkt aantal partijen) een vergunning voor bijvoorbeeld vijf jaar te verlenen? Nadat deze termijn verstreken is, zou een (bestuursrechtelijke) aanbestedingsprocedure gehouden kunnen worden. Op grond van het transparantiebeginsel zouden andere partijen dan ook kunnen deelnemen aan dit verleningsproces. En maakt het hierbij nog uit dat geen sprake is van een privaatrechtelijk contract (concessie), maar van een bestuursrechtelijke vergunningverlening? In paragraaf 3 wordt op deze vragen ingegaan.

U vraagt een subsidie aan, maar deze wordt geweigerd omdat het beschikbare budget net is opgemaakt aan een ander die eerder een aanvraag indiende; of in juridische termen: omdat het subsidieplafond is bereikt. U vindt dat uw plan veel beter is dan het andere, wel gesubsidieerde, plan. Mag dit zomaar?

Bij subsidieverlening wordt nog vaak uitgegaan van het systeem 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt'. Dit wordt echter niet altijd als het meest eerlijke systeem ervaren. Ook is het de vraag of je daarmee altijd het beste einddoel realiseert. Steeds vaker wordt daarom een subsidie verleend door middel van een '*beauty contest*'. Een dergelijke beauty contest lijkt op veel punten op een aanbestedingsprocedure. Daarom kan men zich afvragen of het transparantiebeginsel ook bij dit soort procedures moet worden gehanteerd. In paragraaf 4 wordt ingegaan op de vraag hoe het 'aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel' vertaald kan worden naar ons Nederlands bestuursrecht.

Over dit soort situaties gaat dit preadvies. In essentie kan het transparantiebeginsel worden omschreven als het beginsel dat overheden 'transparant' moeten handelen. Maar dat is een vaag begrip. In het aanbestedingsrecht heeft het beginsel het doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen: alle (potentiële) inschrijvers moeten bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben. In vorenstaande voorbeelden is al ingegaan op de eis dat niet zomaar een concrete partij mag worden benaderd, maar dat gezorgd moet worden voor een 'passende openbaarheid' van de opdracht, zodat iedereen kan meedingen. Het transparantiebeginsel gaat echter verder. Het beginsel heeft niet alleen betrekking op een bekendmaking vooraf, maar speelt ook een rol tijdens de verdere procedure. Zo moeten alle 'spelregels' van tevoren op schrift worden gesteld, zodat iedereen ook tijdens de procedure dezelfde kansen heeft. Op al deze elementen van het transparantiebeginsel wordt hierna nog uitgebreid ingegaan. In dit preadvies wordt eerst het Europese transparantiebeginsel beschreven en vervolgens bezien waarheen de toepassing van het beginsel geëxtrapoleerd kan worden. Het transparantiebeginsel wordt namelijk

nog niet (expliciet) toegepast bij vergunningverlening (het tweede voorbeeld) en bij subsidieverlening (het derde voorbeeld). Schaarse besluitvorming vertoont materieel echter grote overeenkomsten met opdrachten die aanbesteed moeten worden. Het is dan ook de vraag of het transparantiebeginsel, dat waarborgen moet bieden in aanbestedingsprocedures, ook toegepast zou kunnen worden in het Nederlands bestuursrecht.

Dit preadvies heeft uitsluitend betrekking op het transparantiebeginsel in 'enge' zin. Soms wordt het transparantiebeginsel namelijk ook 'in brede zin' gehanteerd en wordt ook de toegang tot documenten, zoals men dat in Nederland kent op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB), onder het transparantiebeginsel begrepen. Ook het streven naar meer openheid op constitutioneel (politiek, democratisch) niveau wordt soms onder het transparantiebeginsel begrepen, bijvoorbeeld in het kader van transparante wetgevingsprocedures.[3] In dit preadvies wordt op deze twee aspecten niet ingegaan. Uitgaande van een 'enge' uitleg van het begrip, krijgt het 'transparantiebeginsel' een andere invulling. Deze 'enge' uitleg is niet uniek. Widdershoven e.a.[4] constateerden al eerder dat in de Europese rechtspraak op een aantal deelterreinen, met name het aanbestedingsrecht, het transparantiebeginsel een specifieke en welomlijnde vorm begint te krijgen en dat het zich lijkt te ontwikkelen tot een rechtsbeginsel. Juist omdat dit transparantiebeginsel 'in enge zin' zich steeds meer concretiseert, gaat dit preadvies daarover.

Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Eerst wordt ingaan op dit Europese transparantiebeginsel (par. 2). Aan de orde zal komen wat dit transparantiebeginsel volgens literatuur en jurisprudentie inhoudt. Hierbij zal ik zowel ingaan op het aanbestedingsrecht als op de Dienstenrichtlijn. Daarna zal ik ingaan op de vraag hoe dit Europese transparantiebeginsel toegepast wordt in Nederland (par. 3). Daarbij zal ingegaan worden op de Aanbestedingswet, de Dienstenwet en de jurisprudentie van de ABRvS over de Wet op de kansspelen. Vervolgens zal de vraag aan de orde komen in hoeverre het Europese transparantiebeginsel het Nederlandse bestuursrecht beïnvloedt en verder zou kunnen (of zelfs moeten) beïnvloeden (par. 4). Kan dit Europese (met name aanbestedingsrechtelijke) beginsel dienen als inspiratie voor ons denken over het algemeen bestuursrecht? Zou het wellicht een nieuw (zelfstandig) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kunnen worden of zelfs (al dan niet gedeeltelijk) neergelegd kunnen worden in de Algemene wet bestuursrecht (Awb)? Afgesloten zal worden met een slotbeschouwing (par. 5).

Zoals gesteld, is de vraag naar de inhoud en omvang van het transparantiebeginsel in ontwikkeling. De tekst van dit preadvies is afgerond op 2 november 2009. Latere ontwikkelingen zijn dan ook niet meer betrokken bij dit preadvies. In het bijzonder wijs ik hierbij op de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Betfair.[5] In antwoord op prejudiciële vragen van de ABRvS geeft de advocaat-generaal het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJ EG) in overweging om voor recht te verklaren dat artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd

3 Zie over deze twee aspecten ook Prechal en De Leeuw, 'Transparency: A general Principle of EU Law', in: General Principles of EC Law in a Process of Development, Deventer: Kluwer 2008, p. 206-219.

4 R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., De Europese agenda van de Awb, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 85 e.v.

5 Conclusie d.d. 17 december 2009, zaak C-203/08.

dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting eveneens toepasselijk is op de kansspelsector in het kader van een éénvergunningstelsel. Met zijn advies kan ik mij verenigen. Indien het HvJ EG het advies van de advocaat-generaal volgt, zal dit gevolgen hebben voor de toepassing van het transparantiebeginsel in het Nederlands bestuursrecht, in het bijzonder bij de verlening van vergunningen in een situatie van schaarste.

# 2 Het Europese transparantiebeginsel

## 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op het Europese transparantiebeginsel. Aan de hand van jurisprudentie en literatuur zal worden bezien wat het Europese transparantiebeginsel omvat. Het transparantiebeginsel komt vooral naar voren in het aanbestedingsrecht en bij andere overheidsopdrachten. Ook komt het beginsel naar voren in de Dienstenrichtlijn.[6] Voor het antwoord op de vraag wat het transparantiebeginsel inhoudt, zal hierna dan ook op deze twee rechtsgebieden worden ingegaan (par. 2.2 en 2.3). Afgesloten zal worden met een tussenconclusie (2.4).

## 2.2 Aanbestedingsrecht en andere overheidsopdrachten

In deze paragraaf zal een korte weergave worden gegeven van de belangrijkste aanbestedingsrechtelijke bronnen die ingaan op het 'transparantiebeginsel'. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de EG-richtlijnen, de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie en de jurisprudentie van HvJ EG.

*EG-richtlijnen*

Het Europese aanbestedingsrecht is in het bijzonder gebaseerd op de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG.[7]

In Richtlijn 2004/18/EG[8] wordt expliciet over het transparantiebeginsel gesproken. Uit de tweede inleidende overweging volgt dat het transparantiebeginsel een beginsel is dat kan worden afgeleid uit de beginselen die volgen uit het EG-Verdrag.[9] Uit andere overwegingen kan worden afgeleid dat dit transparantiebeginsel de volgende aspecten omvat:

6 Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L 376/36.

7 Uit het wetgevings- en werkprogramma van de Europese Commissie voor 2007 blijkt dat de Europese Commissie voornemens is een voorstel voor een 'richtlijn betreffende de coördinatie van procedures voor de gunning van concessies' op te stellen. Tot op heden is dit voorstel nog niet gepubliceerd.

8 Richtlijn 2004/18/EG betreft 'de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten'.

9 In de overweging wordt gesteld: 'Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. (...).'

– De beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers, de selectie van de inschrijvers en de gehele procedure moet op transparante wijze geschieden. Dit heeft tot gevolg dat de aanbestedende dienst onder andere is gehouden om vanaf de oproep tot mededinging voor een opdracht de selectiecriteria aan te geven die hij voor de selectie zal hanteren.[10]
– De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria, waarbij het transparantiebeginsel in acht wordt genomen. Iedere inschrijver moet de mogelijkheid worden geboden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast. Daarom moeten de aanbestedende diensten tijdig de gunningcriteria en het relatieve gewicht van elk van deze criteria aangeven, zodat de ondernemers er bij de opstelling van hun inschrijving kennis van hebben.[11, 12]

Artikel 2 van de richtlijn gaat over de 'beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten'. Hierbij wordt ook verwezen naar de te betrachten transparantie door aanbestedende diensten.[13]

Geconstateerd kan dan ook worden dat de EG-richtlijnen een zelfstandig transparantiebeginsel (er)kennen. Dit beginsel is een norm die aanbestedende diensten moeten hanteren in hun handelen. Het beginsel heeft tot gevolg dat de selectie- en gunningcriteria aan het begin vastgesteld moeten worden, algemeen bekendgemaakt moeten worden en gehanteerd moeten worden.

*Interpretatieve Mededeling*

Naast de richtlijnen heeft de Europese Commissie een Interpretatieve Mededeling gepubliceerd.[14] De hiervoor genoemde richtlijnen gelden namelijk niet voor alle opdrachten van de overheid.[15] Uit jurisprudentie van het HvJ EG volgt dat de in het EG-Verdrag opgenomen regels en beginselen ook van toepassing zijn op opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen.[16] In de Interpretatieve Mededeling wordt beschreven hoe de Europese Commissie de rechtspraak van het HvJ EG interpreteert. Volgens de Europese Commissie worden door de Interpretatieve Mededeling geen nieuwe rechtsregels gecreëerd. Bovendien wordt benadrukt dat de uitlegging van het gemeenschapsrecht de taak van het HvJ EG is. Desalniettemin heeft Duitsland bij het Gerecht van Eerste Aanleg een beroep tot nietigverklaring van

10 Overweging 39.
11 Overweging 46.
12 Richtlijn 2004/17/EG betreft de 'coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren wateren energievoorziening, vervoer en postdiensten'. In de richtlijn is een vergelijkbare regeling opgenomen. Overweging 55 luidt als volgt: 'De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen.'
13 Het artikel luidt als volgt: 'Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.'
14 Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).
15 Onder andere opdrachten waarvan de waarde onder de toepassingsdrempels ligt en opdrachten voor de diensten die worden genoemd in bijlage II B bij Richtlijn 2004/18/EG of bijlage XVII B bij Richtlijn 2004/17/EG, waarvan de waarde de toepassingsdrempels overschrijdt.
16 Zie eveneens Judmaier, Het Europese aanbestedingsrecht is altijd van toepassing, Tender Nieuwsbrief november 2003, p. 4-5.

deze Interpretatieve Mededeling ingediend.[17] Op het beroep is nog niet beslist. Of nu sprake is van onbevoegd vastgestelde quasiwetgeving of niet, de Interpretatieve Mededeling bevat in ieder geval de visie van de Europese Commissie op het transparantiebeginsel en is daarom relevant voor dit preadvies.[18]

Allereerst stelt de Europese Commissie dat wanneer aanbestedende diensten opdrachten plaatsen die binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag vallen, zij de regels en beginselen van dat verdrag in acht moeten nemen, waaronder het transparantiebeginsel.[19] Volgens de Interpretatieve Mededeling is transparantie een basisnorm die direct is ontleend aan de regels en beginselen van het EG-Verdrag. De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit impliceren namelijk een verplichting tot transparantie. De Europese Commissie leidt uit rechtspraak van het HvJ EG af dat het transparantiebeginsel inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Deze basisnorm wordt vervolgens in de Interpretatieve Mededeling uitgewerkt in normen die betrekking hebben op (1) de bekendmaking, (2) de gunning en (3) de rechterlijke bescherming. Deze drie soorten normen worden hierna toegelicht.

*Bekendmaking*

Met betrekking tot de bekendmaking wordt gesteld dat er een verplichting bestaat om te zorgen voor een passende bekendmaking.[20] Aan elke potentiële inschrijver moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend. Dit betekent dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming toegang moet krijgen tot alle relevante informatie over de opdracht voordat deze wordt gegund, zodat die onderneming haar belangstelling voor die opdracht kan tonen. Volgens de Europese Commissie is het niet voldoende dat een aanbestedende dienst contact opneemt met een aantal potentiële inschrijvers, zelfs niet als de aanbestedende dienst zich niet tot ondernemingen uit eigen land beperkt of als de dienst probeert alle potentiële leveranciers te bereiken. Een dergelijke 'selectieve aanpak' is in strijd met het transparantiebeginsel. Hetzelfde

17 Zaak T-258/06, PB C 294/52. In het verzoekschrift stelt Duitsland dat de Europese Commissie niet bevoegd was om de Interpretatieve Mededeling vast te stellen, omdat de Interpretatieve Mededeling nieuwe voorschriften zou bevatten die verder gaan dan de uit het bestaande gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen. Deze nieuwe voorschriften zouden bindende werking hebben voor de lidstaten, terwijl de Europese Commissie niet bevoegd is dergelijke regelingen vast te stellen.

18 In het Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten van de Europese Commissie (COM (2004)327 def) wordt ook een samenvatting gegeven van de regels die volgens de Europese Commissie voortvloeien uit het EG-Verdrag.

19 Het gaat dan om: (1) het vrije verkeer van goederen, (2) het recht van vestiging, (3) het vrij verrichten van diensten, (4) non-discriminatie en gelijke behandeling, (5) transparantie, (6) evenredigheid en (7) wederzijdse erkenning.

20 De richtlijnen inzake overheidsopdrachten bevatten specifieke afwijkingen die in bepaalde omstandigheden procedures zonder voorafgaande bekendmaking mogelijk maken. De belangrijkste gevallen betreffen dwingende spoed ten gevolge van onvoorziene gebeurtenissen en opdrachten die om technische of artistieke redenen dan wel om redenen van de bescherming van alleenrechten slechts door één specifieke ondernemer kunnen worden uitgevoerd. Volgens de Europese Commissie kunnen deze afwijkingen ook worden toegepast bij opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen.

geldt voor alle vormen van 'passieve' publiciteit. Hieronder wordt verstaan dat een aanbestedende dienst reageert op verzoeken om informatie van aanvragers die op eigen gelegenheid te weten zijn gekomen dat een opdracht wordt geplaatst. Er wordt alleen aan het transparantiebeginsel voldaan door de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht voordat deze wordt geplaatst. De vraag rijst dan wanneer sprake is van een 'voldoende toegankelijke aankondiging' en welk medium dan gebruikt mag worden. In de Interpretatieve Mededeling wordt gesteld dat de aanbestedende diensten zelf mogen besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking van hun opdrachten. Hierbij moet gekeken worden naar de relevantie van de opdracht voor de interne markt en in het bijzonder naar het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de sector. Als voorbeelden voor passende en algemeen gebruikte media worden gegeven: (1) internet, (2) Staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, nationale en regionale kranten en vakbladen, (3) lokale media,[21] (4) Publicatieblad van de Europese Unie/TED (*Tenders Electronic Daily*).

De transparantieverplichting houdt voor opdrachten die buiten de werkingssfeer van de richtlijnen vallen niet in dat een formele aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. De bekendmaking mag daarom beperkt blijven tot een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht en de gunningprocedure en een uitnodiging contact op te nemen met de aanbestedende dienst. Als de aanbestedende dienst het aantal gegadigden wil beperken, moet de aanbestedende dienst wel voldoende informatie verstrekken over de mechanismen die voor de selectie van gegadigden worden gebruikt.

*Gunning*

Hiervoor is al gesteld dat op grond van het transparantiebeginsel aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd. Na de transparante bekendmaking zal ook een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moeten worden. Dit kan blijkens de Interpretatieve Mededeling in de praktijk het best worden bereikt door:

– een niet-discriminerende beschrijving van het onderwerp van de opdracht;[22]
– gelijke toegang voor ondernemingen uit alle lidstaten;[23]

21 Weliswaar mogen aanbestedende diensten nog steeds lokale media, zoals plaatselijke kranten, gemeentelijke aankondigingenbladen of zelfs aanplakborden gebruiken, maar omdat deze alleen een bekendmaking op strikt plaatselijk niveau garanderen, is dit alleen geschikt voor speciale gevallen, zoals zeer kleine opdrachten waarvoor alleen een lokale markt bestaat.

22 In de beschrijving van de vereiste kenmerken van een product of een dienst mag niet worden verwezen naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een specifiek productieproces, naar handelsmerken, octrooien, typen of een specifieke oorsprong of productie, tenzij een dergelijke verwijzing wordt gerechtvaardigd door het onderwerp van de opdracht en vergezeld gaat van de woorden 'of daarmee overeenstemmend'. In ieder geval moeten bij voorkeur algemenere beschrijvingen van de prestaties of functies worden gegeven.

23 De aanbestedende diensten mogen geen voorwaarden opleggen die leiden tot een directe of indirecte discriminatie van potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, zoals de eis dat ondernemingen die voor de opdracht in aanmerking wensen te komen, in dezelfde lidstaat of regio moeten zijn gevestigd als de aanbestedende dienst.

– wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels;[24]
– passende termijnen;[25] en
– transparante en objectieve aanpak.[26]

*Rechterlijke bescherming*

Met betrekking tot de rechterlijke bescherming stelt de Interpretatieve Mededeling dat het van belang is dat het mogelijk is de onpartijdigheid van de procedure te toetsen. Ook bij opdrachten onder de drempelwaarde zijn particulieren gerechtigd zich daadwerkelijk voor de rechter te beroepen op door hen aan de communautaire rechtsorde ontleende rechten. Lidstaten moeten zorgen voor de voorschriften en procedures die nodig zijn om een daadwerkelijke bescherming voor de rechter te waarborgen. Dit betekent in ieder geval dat tegen beslissingen ten nadele van iemand die belangstelling voor de opdracht heeft of heeft gehad (zoals beslissingen om een gegadigde of inschrijver uit te sluiten) beroep moet openstaan wegens mogelijke schending van aan het primaire gemeenschapsrecht ontleende basisnormen. Dit beroepsrecht moet doeltreffend uitgeoefend kunnen worden. Daarom moeten de aanbestedende diensten beslissingen die voor beroep openstaan, motiveren, hetzij in de beslissing zelf, hetzij op verzoek na de mededeling van de beslissing. Ook moeten het gelijkwaardigheidsbeginsel[27] en het effectiviteitsbeginsel[28] in acht worden genomen.[29]

Uit het voorgaande volgt dat de Interpretatieve Mededeling een nadere concretisering van het transparantiebeginsel bevat en daarbij een driedeling hanteert, namelijk transparantie vooraf in de vorm van een passende bekendmaking, transparantie tijdens de (gunning)procedure en transparantie achteraf in de vorm van rechterlijke bescherming en motivering van het gunningbesluit. Deze driedeling zal waar mogelijk in dit preadvies worden gevolgd.

---

24 Indien gegadigden of inschrijvers certificaten, diploma's of andere schriftelijke bewijsstukken moeten overleggen, moeten, in overeenstemming met het beginsel van wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels, documenten uit andere lidstaten die een gelijkwaardige garantie bieden, worden aanvaard.

25 De termijnen voor de indiening van blijken van belangstelling en van een offerte moeten lang genoeg zijn om ondernemingen uit andere lidstaten in staat te stellen een zinvolle evaluatie te maken en hun offerte voor te bereiden.

26 Alle deelnemers moeten vooraf kennis kunnen nemen van de toepasselijke voorschriften en de zekerheid hebben dat deze voorschriften voor iedereen op dezelfde wijze worden toegepast.

27 Het gelijkwaardigheidsbeginsel houdt in dat de beschikbare rechtsmiddelen niet minder doeltreffend mogen zijn dan die welke worden toegepast bij soortgelijke vorderingen die op het nationale recht gebaseerd zijn.

28 Het effectiviteitsbeginsel houdt in dat het in de praktijk niet onmogelijk of uitzonderlijk moeilijk gemaakt moet worden rechterlijke bescherming te krijgen. Zie voor dit beginsel de zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pêcheur, Jurispr. 1996, p. I-1029, punt 83, en zaak C-327/00, Santex, Jurispr. 2003, p. I-1877, punt 55.

29 In de Interpretatieve Mededeling wordt niet expliciet verwezen naar het Alcatel-arrest (HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98). In dit arrest oordeelde het HvJ EG dat uit de aanbestedingsrichtlijnen volgt dat 'lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval een beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen'. Uit de Interpretatieve Mededeling blijkt niet duidelijk of het Alcatel-arrest ook van toepassing is op opdrachten die onder de drempelwaarde vallen. Wel wordt gesteld dat zorg gedragen moet worden voor daadwerkelijke, effectieve rechtsbescherming. Het is dan ook de vraag of het enkel bieden van schadevergoeding in plaats van een nietigheidsberoep mogelijk te maken afdoende is.

*Jurisprudentie HvJ EG*

Over het transparantiebeginsel zijn diverse arresten door het HvJ EG gewezen. Europa Decentraal heeft op zijn website een overzicht gegeven van deze jurisprudentie.[30] Gelet op de beperkte omvang die dit preadvies mag hebben, volsta ik hier met een korte, maar zo concreet mogelijke weergave van verplichtingen die voortvloeien uit de jurisprudentie.

*Bekendmaking*

- Vermeld in de bekendmaking de uiterste datum waarop een inschrijving ontvangen moet zijn; gun alle inschrijvers evenveel tijd zodat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben.[31]
- De gunningcriteria moeten vooraf bekendgemaakt worden. Vermeld deze in de oproep dan wel vermeld in ieder geval waar ze kunnen worden gevonden. Vermeld de criteria zo mogelijk in afnemende volgorde van belang.[32]
- Zorg voor een passende mate van openbaarheid aan elke potentiële inschrijver. Hierdoor wordt de dienstenmarkt voor mededinging geopend en kunnen aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst. Afhankelijk van de aard van de dienst is publicatie op Europees of slechts lokaal niveau vereist. Er moet een mate van openbaarheid verzekerd worden die passend is om de aan de orde zijnde potentiële markt voor mededinging te openen en de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid te kunnen toetsen. Een bekendmaking in het Publicatieblad van de EU is altijd afdoende. De opdracht moet altijd in enige mate algemeen bekend worden gemaakt, maar wat die openbaarheid precies inhoudt, wordt aan het nationale recht overgelaten.[33]

*Gunning*

- Wijziging van de oorspronkelijke aanbieding is niet meer mogelijk. Hierdoor wordt de ene inschrijver namelijk bevoordeeld tegenover zijn concurrenten.[34]
- Wijziging van een (belangrijke) inschrijvingsvoorwaarde is na de gunning niet meer mogelijk. Als men deze mogelijkheid wil behouden, zal deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan uitdrukkelijk opgenomen moeten worden in het inschrijvingsbericht.[35]
- De criteria moeten zo zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze interpreteren.[36]
- De criteria moeten gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitgelegd worden.[37]

---

30 Zie <www.europadecentraal.nl/menu/342/Transparantie.html>.
31 Waalse bussen-arrest (HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94, Commissie/België).
32 O.a. Waalse bussen-arrest en het arrest Lianakis e.a. (HvJ EG 24 januari 2008, zaak C-532/06).
33 O.a. het arrest Telaustria (HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98) en het arrest Coname (HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03). Zie eveneens de Conclusie van de A-G bij het Finse keuken-arrest (HvJ EG 26 april 2007, zaak C-195/04) en de Conclusie van de A-G bij het Ierse ambulancediensten-arrest (HvJ EG 18 december 2007, zaak C-532/03).
34 Waalse bussen-arrest.
35 Het arrest Succhi di Frutta (HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99).
36 O.a. het arrest SIAC Construction (HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00) en het arrest Wienstrom (HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01).
37 O.a. het arrest SIAC Construction en het arrest Wienstrom.

– De criteria moeten op objectieve en uniforme wijze toegepast worden.[38]
– Alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningprocedure moeten in de bekendmaking of het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze.[39]

*Rechterlijke bescherming*
– Een rechter moet de naleving van het transparantiebeginsel kunnen controleren.[40]
– Er bestaat een verplichting tot mededeling van het resultaat van de gunningprocedure.[41]
– Ten behoeve van de controleerbaarheid zijn er registratieverplichtingen, bijvoorbeeld het bewaren van documenten en het opstellen van een proces-verbaal.[42]

## 2.3 Dienstenrichtlijn

In deze paragraaf zal een korte weergave worden gegeven van het 'transparantiebeginsel', zoals dat naar voren komt in de Dienstenrichtlijn[43]. Ook de Dienstenrichtlijn heeft namelijk als een van de uitgangspunten dat lidstaten bij vergunningverlening transparant moeten handelen.

Op grond van de Dienstenrichtlijn moet in geval van schaarse vergunningen[44] een selectieprocedure worden vastgesteld om uit verscheidene gegadigden te kunnen kiezen. Deze procedure moet transparant en onpartijdig zijn. Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn betreft de selectie uit diverse gegadigden in geval van schaarse vergunningen. Het eerste lid luidt als volgt:

> 'Wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, maken de lidstaten een selectie uit de gegadigden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.'

38 Het arrest SIAC Construction. Deze voorwaarde kan blijkens het arrest beperkingen tot gevolg hebben voor de rol die een deskundige kan spelen en de mogelijkheid om gegevens die in de toekomst pas precies bekend zullen worden te beoordelen. Als een aanbestedende dienst een gunningscriterium vaststelt, maar daarbij opmerkt dat hij noch bereid, noch in staat is na te gaan of de verstrekte inlichtingen juist zijn, is dit in strijd met het transparantiebeginsel (Wienstrom).
39 Het arrest Succhi di Frutta.
40 Het arrest SIAC Construction.
41 Zie de Conclusie van de A-G bij het arrest Coname. Daarnaast volgt uit het arrest van 18 juni 2002 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)/Stadt Wien, zaak C-92/00) dat ook bij de intrekking van een aanbesteding de redenen voor de intrekking meegedeeld moeten worden.
42 Zie de Conclusie van de A-G bij het arrest Coname.
43 Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L 376/36.
44 Daarvan is sprake als het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden (art. 12; zie ook overweging 62).

Hierbij vallen direct de parallellen met het transparantiebeginsel uit het aanbestedingsrecht op. Zo moet in het aanbestedingsrecht een 'passende mate van openbaarheid' worden gegarandeerd en moet bij de selectieprocedure een 'toereikende bekendmaking' plaatsvinden. Ook hier wordt een driedeling gemaakt in de eerdergenoemde drie fases van een procedure.

In het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn[45] wordt over de eis van transparantie gesteld dat de eis vooral betrekking heeft op de verplichting om de selectieprocedure voldoende bekend te maken. De overheid moet alle relevante informatie over de procedure bekendmaken, met inbegrip van het onderwerp van het vergunningstelsel, de redenen waarom het aantal vergunningen wordt beperkt, eventuele termijnen en de criteria die zullen worden gehanteerd bij de selectie van gegadigden.

Daarnaast wordt in de Dienstenrichtlijn over de transparantieverplichting overwogen dat als een lidstaat criteria aan een dienstenaanbieder stelt, bijvoorbeeld in de vorm van een keurmerk of andere kwaliteitsaanduiding, deze criteria gemakkelijk toegankelijk moeten zijn.[46]

Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn betreft de vergunningsvoorwaarden. Dit artikel is niet beperkt tot schaarse vergunningen, maar geldt voor alle vergunningstelsels.[47] Het artikel luidt als volgt:

> '1. Vergunningstelsels zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen.
> 2. De in lid 1 bedoelde criteria zijn:
>  a) niet-discriminatoir;
>  b) gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
>  c) evenredig met die reden van algemeen belang;
>  d) duidelijk en ondubbelzinnig;
>  e) objectief;
>  f) vooraf openbaar bekendgemaakt;
>  g) *transparant* en toegankelijk.'

In het eerdergenoemde Handboek wordt over dit transparantievereiste gesteld dat transparantie, toegankelijkheid en openbaarheid garanderen dat het vergunningstelsel begrijpelijk is voor alle potentiële aanvragers en dat de verschillende stappen in de procedure vooraf bekend zijn. Hieruit volgt dat als een bestuursorgaan een (diensten)vergunning wil verlenen en daarbij beschikt over beleidsvrijheid, dat bestuursorgaan criteria zal moeten opstellen en openbaar moeten maken.

Prechal en De Leeuw[48] merken terecht op dat de concrete inhoud van de transparantieverplichting onduidelijk is. Wat is immers nog de betekenis van de transparantieverplichting naast niet-discriminatoir, evenredig, duidelijk en

45 Te downloaden op <http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf>.

46 Overweging 102.

47 Art. 4, onder 6, van de Dienstenrichtlijn bevat de volgende definitie van 'vergunningstelsel': 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit.'

48 Prechal en de Leeuw 2008, p. 234-235.

ondubbelzinnig, objectief en vooraf openbaar bekendgemaakt? Volgens hen moet aan de volgende '*hard-core requirements*' voldaan worden:

> 'conditions, criteria, procedures etc. have to be made known to the persons concerned in advance; this may also imply a publicity obligation. The conditions, criteria, procedures etc. must be clearly drafted and, next, consistently interpreted and applied by the authorities. Sometimes this may require the drafting of policy rules which curtail the use of the discretionary powers of the authority concerned.'

## 2.4 Tussenconclusie

Hiervoor is ingegaan op het Europese transparantiebeginsel zoals dit voortvloeit uit het aanbestedingsrecht en de Dienstenrichtlijn. Hierbij viel op dat er parallellen bestaan. Daarom zal ik hierna het transparantiebeginsel in algemene zin beschrijven, waarbij ik zo veel mogelijk aansluit bij de terminologie uit het algemeen bestuursrecht.

Het transparantiebeginsel kan worden afgeleid uit het EG-Verdrag. Volgens vaste jurisprudentie mogen de vrijheid van vestiging en diensten (art. 43 en 49 EG-Verdrag) slechts beperkt worden indien de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit in acht worden genomen. Uit recentere jurisprudentie blijkt dat bij het beperken van deze vrijheden ook het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen. Het is daarmee een uit het primaire recht voortvloeiende verplichting. Dit heeft tot gevolg dat het transparantiebeginsel moet worden aangemerkt als een fundamentele regel van het EG-Verdrag.

Het doel van het transparantiebeginsel is in zowel het aanbestedingsrecht als de Dienstenrichtlijn dat procedures (of dat nu een aanbestedingsprocedure of vergunningverlening is) op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het transparantiebeginsel heeft ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door het bestuursorgaan wordt uitgebannen. Alle (potentiële) aanvragers moeten dezelfde kansen hebben. Om dit te realiseren, zal de selectieprocedure bekendgemaakt moeten worden. De procedure kan in drie fases worden verdeeld, namelijk de 'opening', 'uitvoering' en 'afsluiting' van de procedure.

Met de 'opening van de procedure' bedoel ik dat het bestuursorgaan bekend zal moeten maken dat er een aanbestedingsprocedure zal worden gevolgd of dat een vergunningverleningstelsel wordt geopend. Dit is vooral van belang voor procedures die een beperkte aanvraagtermijn hebben. Aan iedere potentiële aanvrager zal de procedure op een passende wijze bekendgemaakt moeten worden. Er wordt alleen aan het transparantiebeginsel voldaan door een voldoende toegankelijke bekendmaking. Deze bekendmaking moet alle relevante informatie bevatten, zodat eenieder zijn belangstelling kan tonen. Een bestuursorgaan mag zelf besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking. Dit zal bijvoorbeeld afhankelijk zijn van het onderwerp, de waarde en de gebruikelijke praktijken in de sector.

Met betrekking tot de 'uitvoering van de procedure' bedoel ik dat een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moet worden. Dit betekent dat de criteria waarop de aanvragen beoordeeld zullen worden van tevoren vastgelegd moeten worden en ook openbaar gemaakt moeten worden.

De criteria (en de uitleg daarvan) mogen ook gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden en moeten zo zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige aanvragers deze op dezelfde wijze interpreteren. Ook de termijn voor het indienen van aanvragen moet gelijk zijn, hetgeen betekent dat aanvragen na het sluiten van de termijn ook niet meer gewijzigd kunnen worden.

Met betrekking tot de 'afsluiting van de procedure' bedoel ik allereerst het bekendmaken van het besluit (bijvoorbeeld de vergunningverlening). Na deze bekendmaking zal er rechtsbescherming tegen dit besluit moeten openstaan. Om de rechtsbescherming doeltreffend te maken, zal het besluit gemotiveerd moeten worden.

# 3 Het Europese transparantiebeginsel in Nederland

## 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de toepassing van het Europese transparantiebeginsel in Nederland. Ook hier zal eerst ingegaan worden op het aanbestedingsrecht (par. 3.2) en vervolgens op de Dienstenwet (par. 3.3). Daarna zal een kleine uitstap worden gemaakt naar de jurisprudentie van de ABRvS over de Wet op de kansspelen (par. 3.4), waarna afgesloten zal worden met een tussenconclusie (par. 3.5).

## 3.2 Aanbestedingsrecht en andere overheidsopdrachten

In deze paragraaf zal kort ingegaan worden op het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), het voorstel voor een Aanbestedingswet en de relevante Nederlandse jurisprudentie.

*Bao*
Het Bao is een implementatie van Richtlijn 2004/18/EG. Artikel 2 van het Bao luidt als volgt: 'Een aanbestedende dienst behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelt transparant.'[49] In de nota van toelichting wordt ingegaan op de doelstellingen van de richtlijn. Een van deze doelen is 'de transparantie in de gemeenschappelijke markt voor overheidsaanbestedingen te vergroten en discriminatoir aanbestedingsgedrag van de aanbestedende diensten in de lidstaten van de Europese Unie te voorkomen'.[50]

*Aanbestedingswet*
Het wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet[51] is op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen. Op 29 april 2009 heeft het ministerie van Economische Zaken een nieuw conceptwetsvoorstel voor een Aanbestedingswet 20.. ter consultatie openbaar gemaakt. In het conceptwetsvoorstel wordt het transparantiebeginsel

49 EG-richtlijn 2004/17/EG is geïmplementeerd in het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass). Art. 9 van het Bass luidt gelijk aan art. 2 van het Bao.
50 Stb. 2005, 408, p. 47.
51 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 501 nr. 1-3.

gecodificeerd.[52] Met de codificatie van het transparantiebeginsel in de Aanbestedingswet wordt beoogd de Aanbestedingsrichtlijnen en jurisprudentie van het HvJ EG te implementeren. De wetgever kiest er hierbij voor om het transparantiebeginsel niet ruimer te implementeren dan strikt noodzakelijk is. Het transparantiebeginsel blijft beperkt tot diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Volgens de wetgever zou de verplichting om een opdracht vooraf openbaar te maken, kunnen leiden tot hoge lasten en zou daarmee bij kleinere opdrachten al snel disproportioneel zijn. Dit is volgens mij een gemiste kans. Allereerst vraag ik mij af waarom de verplichting om een opdracht vooraf openbaar te maken altijd zou moeten leiden tot hoge lasten. Dit is afhankelijk van de wijze van openbaarmaking. Op grond van de Woningwet[53] moet van een aanvraag tot bouwvergunning een kennisgeving in 'een van gemeentewege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad' worden gedaan. Een dergelijke kennisgeving is ook niet gebonden aan de omvang van de bouwwerkzaamheden. Een vergelijkbare kennisgeving zou mijns inziens ook voor opdrachten kunnen worden gegeven. Uiteraard zouden de verplichtingen disproportioneel kunnen worden als een volledige aanbestedingsprocedure gevolgd zou moeten worden, maar dit hoeft niet. Advocaat-generaal Stix-Hackl stelt in haar Conclusie bij het arrest Coname terecht dat de details van het transparantiebeginsel telkens uit de omstandigheden van het concrete geval volgen. De omvang van een openbaarmaking zou dus beperkt kunnen worden tot een proportionele last.

Daarnaast wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat niet geheel duidelijk is wanneer sprake is van 'grensoverschrijdendheid' van een opdracht. De vraag of sprake is van een grensoverschrijdend belang kan soms beantwoord worden aan de hand van de waarde van de opdracht, maar ook andere elementen, zoals de plaats van uitvoering kunnen hierbij van belang zijn. Dit heeft tot gevolg dat een aanbestedende dienst die in een grensgebied werkt bij een zeer kleine opdracht te maken kan hebben met een opdracht met grensoverschrijdend belang, terwijl een aanbestedende dienst ver van onze landsgrenzen bij dezelfde kleine opdracht geen grensoverschrijdend belang heeft. Het is de vraag of een dergelijk verschil enkel veroorzaakt door territoriale aspecten gerechtvaardigd is. Daarnaast zal een aanbestedende dienst door middel van een marktanalyse moeten onderzoeken of sprake is van een grensoverschrijdend belang, met alle lasten van dien. De wetgever

52 Art. 14 van het voorstel luidt als volgt:
'1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf handelt transparant.
2. In afwijking van het eerste lid behoeft de aanbestedende dienst of het specialesectorbedrijf niet zorg te dragen voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht, het sluiten van een overeenkomst of het uitschrijven van een prijsvraag:
a. indien de bepalingen in het bepaalde bij of krachtens deze wet daartoe niet verplicht,
b. in een geval als bedoeld in artikel 12, onderdeel b, indien sprake is van bijzondere omstandigheden of objectieve rechtvaardigingsgronden of b. indien artikel 12, onderdeel c, van toepassing is.
3. Het tweede lid, aanhef en onderdeel a, is niet van toepassing op een overheidsopdracht voor een dienst die is opgenomen in bijlage II-B van richtlijn nr. 2004/18/EG indien die opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.'
Daarnaast luidt artikel 107 als volgt: 'Bij de toepassing van artikel 106, eerste lid, beperkt de aanbestedende dienst het aantal gegadigden op een transparante en niet-discriminerende wijze, met behulp van in de aankondiging vermelde selectiecriteria en weging.'

53 Art. 41 Woningwet luidt als volgt: 'Van een aanvraag om bouwvergunning wordt binnen twee weken na ontvangst daarvan door burgemeester en wethouders kennisgegeven in een van gemeentewege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad.'

hoopt – blijkens de memorie van toelichting – dat uit toekomstige jurisprudentie van het HvJ EG duidelijker zal worden wat het begrip inhoudt. Deze onduidelijkheid, in combinatie met de territoriale verschillen, zou echter ook aanleiding kunnen zijn om in een nationale Aanbestedingswet een andere keuze te maken voor de reikwijdte van het transparantiebeginsel. Indien de huidige beperking echter gehandhaafd blijft, zal het motto voor aanbestedende diensten moeten zijn: bij twijfel over de grensoverschrijdendheid, aanbesteden.

Verder valt in de memorie van toelichting op dat gesteld wordt dat 'er aangrijpingspunten voor de algemene gelding van de beginselen gevonden [kunnen] worden in een parallelle toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur'.[54] Deze zin is cryptisch. Zou hiermee bedoeld worden dat de wetgever vindt dat uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur volgt dat het transparantiebeginsel een algemene gelding heeft in Nederland? En als dat zo is, welk(e) algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan precies? Als dit het geval zou zijn, dan zijn de beperkingen die het wetsvoorstel aan de gelding van het transparantiebeginsel stelt nog merkwaardiger.

Ten slotte wijs ik volledigheidshalve nog op het wetsvoorstel Wet implementatie rechtsbeschermingrichtlijnen aanbesteden (Wira). Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van Richtlijn 2007/66/EG.[55] Artikel 4 van dit wetsvoorstel bepaalt dat aan iedere inschrijver of gegadigde mededeling moet worden gedaan van een gunningbeslissing en dat deze mededeling vergezeld moet gaan van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen. Ook bevat het voorstel een regeling voor de rechtsbescherming.

*Jurisprudentie*

Het zal niet verbazen dat bij aanbestedingsgeschillen regelmatig bij de Nederlandse rechter een beroep gedaan wordt op het transparantiebeginsel. Zo heeft de Hoge Raad op 4 november 2005[56] het transparantiebeginsel, onder verwijzing naar het arrest Succhi di Frutta, als volgt omschreven:

> 'Het transparantiebeginsel strekt (...) ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaats heeft, zoals de selectiecriteria.'

54 P. 7-8.

55 Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU L 335) tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Deze richtlijn moet uiterlijk 20 december 2009 zijn geïmplementeerd.

56 HR 4 november 2005, NJ 2006/204 (BV Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom/Staat).

Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat 'het transparantiebeginsel, naast en in samenhang met het gelijkheidsbeginsel, de uit de hiervoor weergegeven rechtspraak van het HvJ EG blijkende zelfstandige betekenis heeft'.

Ook is het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003 van belang.[57] Uit dit arrest kan worden afgeleid dat in bepaalde gevallen waarin een opdracht buiten het regime van de richtlijnen valt en er zelfs geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, toch de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in acht moeten worden genomen. Dit is het geval wanneer een aanbestedende dienst vrijwillig voor een aanbestedingsprocedure kiest.[58] Voor een recenter arrest wijs ik op het arrest van Hof Arnhem van 24 februari 2009 waarin wordt verwezen naar het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad van 4 november 2005.[59] Essers[60] geeft een uitgebreid overzicht van de Europese en Nederlandse jurisprudentie over het transparantiebeginsel.

Naast de civiele rechter oordeelt ook de bestuursrechter soms over aanbestedingsgeschillen. Dit is het geval als sprake is van een concessieverlening voor het verrichten van openbaar vervoer op grond van de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000). Ook in dergelijke procedures moet het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Zo oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb), onder verwijzing naar de arresten Succhi di Frutta, Wienstrom en SIAC, dat het transparantiebeginsel was geschonden, omdat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver uit het programma van eisen niet kon afleiden dat het budget van de provincie Noord-Brabant een van de elementen was op basis waarvan niet tot gunning overgegaan zou worden.[61]

## 3.3 Dienstenwet

In de Dienstenwet zal de Dienstenrichtlijn in Nederland worden geïmplementeerd. Het wetsvoorstel voor de Dienstenwet is op 10 maart 2009 naar de Eerste Kamer gezonden.[62] In dit wetsvoorstel komt het woord 'transparantie' niet voor. Artikel 10 lid 2 Dienstenrichtlijn behoeft volgens de wetgever geen implementatie in de Dienstenwet:

57 HR 4 april 2003, NJ 2004/35 (RZG/ConforMed).

58 Zie in deze zin ook de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel Aanbestedingswet 20.., p. 27.

59 LJN BJ1985.

60 Essers, Aanbestedingsrecht voor nutsbedrijven. Naar een verantwoord aanbestedingsbeleid onder het nieuwe aanbestedingsrecht, Den Haag: Elsevier Overheid 2006, p. 206. Essers vraagt zich af of de Nederlandse burgerlijke rechter niet een te beperkte uitleg geeft aan het transparantiebeginsel. Wanneer gunningcriteria na het indienen van de aanbiedingen tot een bepaalde hoogte nog mogen worden uitgewerkt en wegingsfactoren achteraf mogen worden vastgesteld voor onderdelen van gunningcriteria, dan lijkt dit in strijd met de Europese jurisprudentie waaruit volgt dat inschrijvers al over deze informatie moeten kunnen beschikken bij de voorbereiding van hun offertes. Het transparantiebeginsel omvat, ook volgens Essers, meer dan een waarborg voor controle achteraf.

61 Vz. CBB 17 oktober 2005, AB 2006/46.

62 Implementatie van Europese regelgeving betreffende het verkeer van diensten op de interne markt (Dienstenwet), Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. A.

> 'Deze eisen uit de dienstenrichtlijn komen overeen met de beginselen van behoorlijk bestuur zoals deze in de vaste Nederlandse rechtspraak en administratieve praktijk worden gehanteerd en die ook voor een deel zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).'

Als voorbeeld wijst de wetgever op artikel 2:4 Awb (verbod op vooringenomenheid), afdeling 3.2 Awb (zorgvuldigheid, belangenafweging, onderzoeksplicht, verbod op *détournement de pouvoir*, belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel), afdeling 3.7 Awb (motivering). Daarnaast kunnen op grond van de Awb beschikkingen worden aangevochten bij de bestuursrechter, waarbij de bestuursrechter daarbij van bestuursorganen pleegt te eisen 'dat zij beleidsmatig handelen volgens objectieve en kenbare criteria'.[63] Het is mogelijk dat deze beginselen ook de beginselen zijn waar de wetgever in de concept-memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet op doelt. Dit blijkt echter niet uit het concept.

Uit de memorie van toelichting bij de Dienstenwet zou kunnen worden afgeleid dat het transparantiebeginsel overeenkomt met de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur. Het is een gemiste kans dat de wetgever dit, net als in de concept-memorie van toelichting voor de Aanbestedingswet, niet nader toelicht. Het is mogelijk dat de wetgever bedoelt dat elementen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel, zoals het motiveringsbeginsel, bestaande beginselen van behoorlijk bestuur zijn en dat om deze reden het transparantiebeginsel als zodanig niet geïmplementeerd hoeft te worden. Het lijkt niet in de rede te liggen dat de wetgever bedoelt dat naast het Europese transparantiebeginsel, het transparantiebeginsel een zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur is. Hierna in paragraaf 4 zal nader ingegaan worden op de vraag of het transparantiebeginsel gecodificeerd zou moeten worden.

Ten slotte wordt in dit verband gewezen op Steyger[64] die, zelfs als het strikt genomen niet noodzakelijk is, voorstander is van een expliciete implementatie van artikel 10 van de richtlijn. Uit jurisprudentie van het HvJ EG kan volgens haar worden afgeleid dat implementatie van richtlijnen altijd door een wettelijke bepaling moet geschieden, opdat burgers uit de nationale wet hun rechten en verplichtingen kunnen kennen. Met Steyger ben ik van mening dat het duidelijker zou zijn geweest als de elementen uit artikel 10 Dienstenrichtlijn wel zouden zijn geïmplementeerd in de Dienstenwet.

## 3.4 Jurisprudentie over de Wet op de kansspelen

Hiervoor is al ingegaan op jurisprudentie van de civiele rechter en het CBB over aanbestedingsgeschillen. Daarnaast zijn ook de uitspraken van de ABRvS over de Wet op de kansspelen (Wks) interessant. De ABRvS heeft in 2008 prejudiciële vragen over de Wks gesteld. Daarom wordt hierna wat uitgebreider ingegaan op deze jurisprudentie.

63 Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 22-23.
64 E. Steyger, De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht, NTB 2008/1, p. 1-10.

Op grond van de Wks heeft de minister van Justitie één vergunning voor onbepaalde tijd verleend voor het aanbieden van casinospelen. Op 14 maart 2007[65] oordeelde de ABRvS dat dit gesloten systeem niet in strijd is met het EG-Verdrag. Met het reguleren van kansspelen is sprake van een dwingende reden van algemeen belang die het vrij verkeer mag beperken. Daarnaast maakt de Wks ook geen onderscheid naar nationaliteit. Ten slotte oordeelde de ABRvS dat het afgeven van één vergunning voor onbepaalde tijd niet betekent dat de casinomarkt blijvend is afgesloten, omdat niet is uitgesloten dat een vergunning zou kunnen worden ingetrokken. Het systeem is mede daarom gerechtvaardigd. Jans zet hier in zijn noot terecht vraagtekens bij. De facto is de markt immers voor alle andere ondernemingen gesloten.

Vervolgens heeft de ABRvS op 18 juli 2007[66] geoordeeld over de vraag of een aanvraag tot een vergunning voor het organiseren van een zelfstandige loterij terecht was geweigerd. Ook hier oordeelt de ABRvS dat sprake is van een dwingende reden van algemeen belang en dat er geen sprake is van discriminatie naar nationaliteit. Met betrekking tot loterijen bepaalt de Wks niet dat er slechts één vergunning mag worden verleend. Voor loterijen zijn al drie vergunningen verleend. Vervolgens is de minister het beleid gaan voeren dat er geen nieuwe vergunningen worden verleend. Volgens de ABRvS zijn de geschiktheid en proportionaliteit van dit restrictieve beleid onvoldoende aannemelijk gemaakt. De ABRvS oordeelt vervolgens dat voorts niet valt in te zien dat die vergunningen telkens voor een periode van vijf jaar aan dezelfde vennootschappen worden verleend zonder dat er enige vorm van aanbesteding plaatsvindt. Dit kan, in het licht van de door het HvJ EG gestelde eisen van geschiktheid en proportionaliteit niet worden gerechtvaardigd met een verwijzing naar het belang van het houden van greep op de markt. Dit belang wordt immers al voldoende gediend door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, waarbij elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen. Uit deze uitspraak zou dan ook kunnen worden afgeleid dat schaarse vergunningen, zoals het verlenen van één of enkele vergunningen voor het organiseren van een loterij, slechts verleend kunnen worden nadat een aanbesteding is gehouden. Indien een dergelijke aanbesteding zou worden georganiseerd voor de vergunningverlening, dan is het niet mogelijk dat slechts enkele partijen worden uitgenodigd om mee te dingen, omdat dit in strijd zou zijn met het transparantiebeginsel. In dat geval zal de minister moeten zorgen voor een passende bekendmaking van de start van de vergunningverleningprocedure.

Jans plaatst ook bij deze uitspraak een kritische noot. Volgens hem is de toetsing van de ABRvS aan de jurisprudentie van het HvJ EG beter, maar vraagt hij zich af of de ABRvS niet een stapje te ver gaat. Volgens hem blijkt uit rechtspraak van het HvJ EG, zoals het Coname-arrest, dat het transparantiebeginsel eerder moet worden gezien in de sleutel van het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie, dan in de context van het evenredigheidsbeginsel. Nu van discriminatie, ook volgens de ABRvS, geen sprake is, geldt er ook geen aanbestedingsplicht. Jans wijst hierbij ook op de Dienstenrichtlijn. Ook deze gaat minder ver dan de ABRvS. Allereerst is bij een kansspel geen sprake van schaarste veroorzaakt door 'de beschikbare

65 ABRvS 14 maart 2007, zaaknummer 200600283/1, AB 2007/212.
66 ABRvS 18 juli 2007, AB 2007/302, zaaknummer 200607881/1.

natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden'. Bovendien zijn kansspelen van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn uitgesloten.

Twee maanden na deze uitspraak van de ABRvS is het arrest Commissie/Italië gewezen.[67] Hieruit blijkt mijns inziens dat de uitspraak van de ABRvS in overeenstemming met de jurisprudentie van het HvJ EG is. In het arrest is geoordeeld dat het geheel ontbreken van een aanbesteding voor de toewijzing van een concessie voor het beheer van paardenweddenschappen niet in overeenstemming is met het EG-Verdrag en 'in het bijzonder niet strookt met het algemene transparantiebeginsel'. De hernieuwing zonder aanbesteding verhindert immers openstelling voor de mededinging en toetsing van de toewijzingsprocedure op onpartijdigheid.

Allereerst valt op dat in dit arrest wordt gesproken over het 'algemene transparantiebeginsel' waaraan getoetst moet worden. De vraag of aan het transparantiebeginsel voldaan is, hoeft dan ook niet beperkt te worden tot de sleutel van het gelijkheidsbeginsel of evenredigheidsbeginsel. Ten tweede is van belang te constateren dat ook in dit arrest sprake was van een kansspel (paardenweddenschappen) dat zonder een aanbestedingsprocedure was gegund.

Een verschil tussen het arrest van het HvJ EG en de ABRvS is dat bij het HvJ EG sprake was van een concessie en bij de ABRvS van een vergunningstelsel. In dit verband is de uitspraak van de ABRvS van 14 mei 2008 (Betfair) van belang.[68] Op grond van Wks kan er slechts één vergunning verleend worden aan een totalisator. Deze vergunning is verleend aan de Lotto. Betfair heeft – voor zover hier van belang – betoogd dat zij geen eerlijke kans heeft gehad om mee te dingen naar het verkrijgen van deze vergunning. De ABRvS verwijst naar het arrest Commissie/Italië en oordeelt dat in die situatie ook het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen, maar dat het de ABRvS evenwel niet duidelijk is of de uit deze beginselen voortvloeiende verplichtingen voor concessies ook gelden bij het verlenen van vergunningen in een éénvergunningstelsel als hier aan de orde. Daarom heeft de ABRvS hierover prejudiciële vragen gesteld.[69]

Het is nu afwachten wat het antwoord van het HvJ EG zal zijn op deze vraag. Indien het HvJ EG antwoordt dat het transparantiebeginsel ook van toepassing is op éénvergunningstelsels, dan zou dit een belangrijke uitbreiding van het transparantiebeginsel tot gevolg hebben. Naar mijn mening zou het HvJ EG deze vraag bevestigend moeten beantwoorden. Bij een concessieovereenkomst voor een dienst is sprake van een overeenkomst die betrekking heeft op het verrichten van diensten, waarbij de tegenprestatie voor de te verlenen dienst bestaat uit het recht de dienst te exploiteren. Volgens mij moet hierbij in ieder geval geen doorslaggevend gewicht worden toegekend aan het woord 'overeenkomst'. Zo worden op grond van de Wp2000 bij besluit concessies verleend voor het verrichten van openbaar vervoer, terwijl Verordening (EEG) 1191/69 en Verordening (EG) 1370/2007 spreken over een 'openbaredienstcontract'. Wel kan een belangrijk verschil zijn dat door het sluiten van een overeenkomst de verplichting ontstaat om de dienst te verrichten. Ook bij een concessiebesluit op grond van de Wp2000 is de concessiehouder verplicht het openbaar vervoer te verrichten. In de Wks is echter ook bepaald dat de vergunning voorschriften bevat over het aantal te houden weddenschappen,

67 HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04, BR 2008/131.
68 Zaaknummer 200700622/1.
69 De prejudiciële vragen hebben bij het HvJ EG zaaknummer C-203/08 gekregen.

loterijen, enzovoort. Als dit niet alleen een maximumaantal, maar ook een minimumaantal bevat, is de vergunning dus te vergelijken met een concessieovereenkomst. Bovendien is van belang dat het transparantiebeginsel ten doel heeft dat de (nationale) dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en dat procedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het enkele feit dat een nationale wetgever gekozen heeft voor een vergunningstelsel in plaats van een concessieovereenkomst zou geen afbreuk mogen doen aan dit doel.[70]

Ten slotte wijs ik in het kader van de Wks nog op twee uitspraken van het CBb. De eerste uitspraak van het CBb is van 19 december 2007.[71] De burgemeester van Culemborg had aan Amutron een vergunning verleend voor het exploiteren van een kansspeelautomaat. In de Verordening Speelautomatenhallen van de gemeente was opgenomen dat de burgemeester maar één vergunning kon verlenen. In beleidsregels waren vervolgens de verdelingscriteria vastgelegd. Een van deze criteria had betrekking op de vraag wanneer sprake was van een ontoelaatbare nadelige beïnvloeding van de leef- en woonsituatie. Twaalf bedrijven dienden vervolgens een aanvraag tot vergunning in. In een (door de bestuursdienst van de gemeente opgesteld) memorandum werd geconcludeerd dat geen van de vergunningaanvragen voldeed aan het criterium over de leef- en woonsituatie. Toch werd de vergunning verleend aan Amutron. Volgens het CBb kon bij een strikte toepassing van de criteria ook Amutron niet in aanmerking komen voor een vergunning. De vergunning was dus verleend in afwijking van de beleidsregel. Het CBb toetst vervolgens aan artikel 4:84 Awb. Volgens het CBb was geen sprake van bijzondere omstandigheden. Het CBb overweegt hierbij dat het de burgemeester niet vrijstond om gedurende de besluitvormingsfase over te gaan tot een wijziging van de beleidsregels, omdat sprake was van een zogenoemde vergelijkende toets. Het CBb oordeelt dat vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid bij het toepassen van een vergelijkende toets de criteria waaraan de aanvragen worden getoetst, tevoren moeten worden vastgelegd en dat deze criteria gedurende de besluitvormingsfase niet kunnen worden gewijzigd; hooguit verduidelijkt. Nu de aanvraag van Amutron niet aan het criterium over de leef- en woonsituatie voldeed, was de enig mogelijke beslissing die de burgemeester kon nemen het afwijzen van de aanvraag.

In paragraaf 4.3 wordt nog ingegaan op de vraag of artikel 4:84 Awb wel toegepast kan worden bij dit soort verdelingsprocedures, maar de eindconclusie van het CBb is mijns inziens correct. Indien in beleidsregels criteria worden opgenomen en vervolgens blijkt dat geen enkele aanvraag aan die criteria voldoet, dan is het niet mogelijk de criteria te wijzigen. Er is in dat geval maar één mogelijkheid: alle aanvragen te weigeren en vervolgens de criteria versoepelen en een nieuwe aanvraagronde te organiseren. De gekozen oplossing van de burgemeester was wel praktisch, maar in strijd met het transparantiebeginsel. Indien het transparantiebeginsel zou worden aanvaard als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dan had het CBb ook wegens strijd met dit beginsel het besluit kunnen vernietigen.

70 Pijnacker Hordijk e.a. zijn van mening dat de huidige stand van de rechtspraak niet tot deze conclusie dwingt. Volgens hen geldt het transparantiebeginsel niet voor de uitgifte van vergunningen of de verlening van subsidies (Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 173).

71 CBb 19 december 2007, JB 2008/67, LJN BC2460.

De tweede uitspraak van het CBb is van 3 juni 2009.[72] Ook in deze uitspraak had de burgemeester van Den Haag een exploitatievergunning verleend. Op grond van de gemeentelijke verordening was een vergunningenplafond ingesteld. Om in aanmerking te kunnen komen voor een vergunning in het centrum verzocht Hommerson's de burgemeester om een vergunning voor een andere locatie in te trekken, zodat ruimte ontstond voor verlening van een nieuwe vergunning op de nieuwe locatie. En zo geschiedde: gelijktijdig werd de ene vergunning ingetrokken en de andere verleend. Volgens het CBb was dit in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. De burgemeester had op het moment dat ruimte ontstond om een vergunning te verlenen andere ondernemers de mogelijkheid moeten bieden om mee te dingen naar deze schaarse vergunning. Ook hier geldt dat het CBb het besluit heeft vernietigd op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, terwijl het besluit eveneens in strijd was met het transparantiebeginsel.

## 3.5 Tussenconclusie

In deze paragraaf is het Europese transparantiebeginsel beschreven. Ingegaan is op de toepassing van dit beginsel in Nederland. Hieruit bleek dat het aanbestedingsrecht in Nederland nu is neergelegd in het Bao, maar dat er een concept voor een nieuwe Aanbestedingswet is. In deze wet zal het transparantiebeginsel worden gecodificeerd. De wetgever kiest er hierbij voor om het transparantiebeginsel niet ruimer te implementeren dan strikt noodzakelijk is. Het transparantiebeginsel blijft beperkt tot diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Hierbij heb ik enige kanttekeningen geplaatst. In het wetsvoorstel voor de Dienstenwet wordt het transparantiebeginsel niet gecodificeerd. Ook hierbij zijn kanttekeningen te plaatsen. Het is jammer dat uit de toelichting bij beide wetsvoorstellen niet duidelijk wordt wat de verhouding is tussen het transparantiebeginsel en (andere?) algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Ook de bestuursrechter moet soms aan het transparantiebeginsel toetsen. Dit is het geval bij concessies die worden verleend op grond van de Wp2000. Daarnaast heeft de ABRvS in 2008 prejudiciële vragen gesteld over vergunningen die worden verleend op grond van de Wks. Een van deze vragen is (kort samengevat) of het transparantiebeginsel dat in acht moet worden genomen bij concessieverlening ook geldt bij het verlenen van vergunningen in een éénvergunningstelsel. Als het HvJ EG deze vraag bevestigend zou beantwoorden, zou dit een belangrijke uitbreiding van het transparantiebeginsel tot gevolg hebben. Hiervoor heb ik toegelicht dat naar mijn mening het HvJ EG deze vraag bevestigend zou moeten beantwoorden.

72 CBb 3 juni 2009, AB 2009/373 (zie eveneens CBb 3 juni 2009, AB 2009/374).

# 4 Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?

## 4.1 Inleiding

Hiervoor is ingegaan op de inhoud van het Europese transparantiebeginsel en de huidige toepassing daarvan in Nederland. In deze paragraaf zal ingegaan worden op vraag of dit Europese transparantiebeginsel ook ruimer, namelijk in het Nederlands bestuursrecht kan worden toegepast.

Naar mijn mening zou het transparantiebeginsel erkend moeten worden als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De notie die namelijk ten grondslag ligt aan het Europese transparantiebeginsel kan namelijk ook in nationale situaties een toegevoegde waarde hebben voor de normering van overheidshandelen. In het bijzonder kan hierbij gedacht worden aan de verlening van subsidies en andere schaarse besluiten. Bepaalde aspecten van het transparantiebeginsel worden weliswaar reeds gewaarborgd door andere beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het zorgvuldigheids-, motiverings- en evenredigheidsbeginsel), maar door erkenning van het transparantiebeginsel worden deze beginselen overkoepeld door een paraplubeginsel dat een specifieke betekenis heeft bij de verlening van (in ieder geval) schaarse besluiten. Bij iedere besluitvorming die in competitie geschiedt, zal een bestuursorgaan zich bij iedere handeling bewust moeten zijn van de gevolgen die dit heeft voor de mededinging en zich moeten afvragen: kan wat ik nu doe andere potentiële gegadigden benadelen. Een rechter kan vervolgens ook toetsen of hieraan voldaan is. Door het transparantiebeginsel in uitspraken expliciet te benoemen, kan de ontwikkeling van dit beginsel een verdere vlucht nemen.

Indien het transparantiebeginsel erkend wordt als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, is een vervolgvraag of dit beginsel ongeschreven zou kunnen blijven of direct gecodificeerd zou moeten worden in de Awb. Naar mijn mening is het direct codificeren van het beginsel nog een brug te ver, omdat de omvang van het beginsel nog onvoldoende duidelijk is. Het zou mijn voorkeur hebben als het beginsel zich eerst ontwikkelt in jurisprudentie, voordat het wordt gecodificeerd. Wel zou overwogen kunnen worden om specifieke elementen van het transparantiebeginsel voor specifieke besluitvorming te codificeren. Een regeling voor de verlening van schaarse besluiten in de Awb zou een toegevoegde waarde hebben. Hierdoor wordt duidelijk aan welke elementen een dergelijke procedure moet voldoen om in overeenstemming te zijn met het transparantiebeginsel. Bij bestuursorganen bestaat nog veel onbekendheid met en daarom vrees voor het houden van een *beauty contest*. Door het opnemen van een procedureregeling hiervoor zal het houden van dergelijke verleningsystemen gestimuleerd worden en in ieder geval gestroomlijnd worden.

In deze paragraaf zal het vorenstaande worden gemotiveerd. Hiertoe zal ik eerst ingaan op de reikwijdte van het transparantiebeginsel (par. 4.2). Vervolgens zal ingegaan worden op diverse mogelijkheden voor codificatie van het beginsel in de Awb (par. 4.3). Bij codificatie kan namelijk gedacht worden aan codificatie in afdeling 3.2 Awb of van elementen van het transparantiebeginsel, waarbij in het bijzonder gedacht kan worden aan wijziging van de regeling in de Awb voor beleidsregels en het opstellen van een verdelingsregeling voor schaarse besluiten.

## 4.2 Reikwijdte van het transparantiebeginsel

Indien het transparantiebeginsel erkend zou worden als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zou het transparantiebeginsel niet langer beperkt zijn tot het aanbestedingsrecht, maar algemene gelding krijgen. Op dit moment is deze algemene gelding er nog niet. Dit blijkt al uit het feit dat de ABRvS prejudiciële vragen heeft gesteld in de zaak Betfair. De ABRvS vindt het noodzakelijk om te vragen of het transparantiebeginsel zoals dit volgt uit het EG-Verdrag ook van toepassing is op éénvergunningstelsels. Indien het transparantiebeginsel een algemeen aanvaard beginsel van behoorlijk bestuur zou zijn, zou een dergelijke vraag niet meer nodig zijn.

Buiten de context van de Europese aanbestedingsrichtlijnen doet het transparantiebeginsel zich echter wel al gelden en wel om de volgende redenen. Allereerst geldt het beginsel ook voor door de Europese Unie georganiseerde aanbestedingen. Ten tweede is in de vorige paragrafen ingegaan op de jurisprudentie van het HvJ EG waaruit volgt dat het transparantiebeginsel ook van toepassing is in zaken die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vallen, bijvoorbeeld omdat zij betrekking hebben op concessies voor diensten. Ten derde is (zoals ook al blijkt uit de vorige hoofdstukken) het transparantiebeginsel ook opgenomen in de Dienstenrichtlijn. Ten slotte wordt het vereiste van transparante, objectieve en non-discriminatoire selectiecriteria c.q. -procedures ook gevonden in de telecommunicatierichtlijnen[73] en elektriciteitsrichtlijn[74].[75] Widdershoven e.a.[76] leiden uit deze vier uitbreidingen van de reikwijdte van het transparantiebeginsel af dat het beginsel van transparantie zich ontwikkelt van een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht tot een algemeen rechtsbeginsel. Indien sprake zou zijn van een algemeen rechtsbeginsel, zou het transparantiebeginsel ook daar van toepassing zijn, waar het niet expliciet is geregeld. In dat geval zou het beginsel mogelijkerwijs

73 Richtlijn 2002/20 (Machtigingsrichtlijn) en 2002/21 (Kaderrichtlijn). Op grond van de Machtigingsrichtlijn moeten individuele gebruiksrechten voor radiofrequenties en nummers worden verdeeld door middel van een procedure die open, transparant en niet-discriminerend is (art. 5).

74 Richtlijn 2003/54. Art. 6 lid 1 bepaalt dat voor de bouw van nieuwe productiecapaciteit de lidstaten een vergunningprocedure invoeren die aan de hand van objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria wordt toegepast. Art. 7 lid 1 bepaalt vervolgens dat de lidstaten er in het belang van de leverings- en voorzieningszekerheid voor zorgen dat in nieuwe capaciteit of maatregelen op het gebied van energiebesparing en vraagsturing kan worden voorzien door middel van een aanbestedingsprocedure of een procedure die inzake transparantie en non-discriminatie gelijkwaardig is, op basis van gepubliceerde criteria.

75 Zie eveneens Prechal en De Leeuw 2008, p. 235-238 (noot 3).

76 Widdershoven e.a. 2007.

ook naar andere gebieden dan die van aanbestedingsrecht geëxtrapoleerd kunnen worden.

De vraag is echter waarheen die extrapolatie dan mogelijk zou zijn. Ook Widdershoven e.a. geven aan dat dit nog niet duidelijk is. Volgens hen is het niet aannemelijk dat overal waar het gelijkheidsbeginsel in beeld komt alle uit het transparantiebeginsel voortvloeiende vereisten inclusief de positieve verplichtingen tot openbaarmaking, zouden moeten gelden. Het transparantiebeginsel en de daaruit voortvloeiende vereisten kunnen volgens Widdershoven e.a. in ieder geval wel opgaan voor objectieve verdelingsmechanismen, waarbij aanvragen met elkaar worden vergeleken en enkel één of een beperkt aantal van die aanvragen gehonoreerd kan worden. In deze paragraaf zal ingegaan worden op de vraag of een verdelingsregeling voor schaarse vergunningen in de Awb wenselijk is.

Ten slotte wordt voor het bepalen van de reikwijdte van het transparantiebeginsel erop gewezen dat het begrip 'aanbestedende dienst' ruimer is dan het begrip 'bestuursorgaan'. Het begrip 'bestuursorgaan' is een van de kernbegrippen uit de Awb die de werkingsfeer van de Awb bepaalt. Indien het transparantiebeginsel zou worden erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, zou dit de werking van het transparantiebeginsel dus uitbreiden naar het algemeen bestuursrecht. Daarnaast zal een aanvullende regeling in de Aanbestedingswet echter nodig blijven. Hetzelfde geldt voor privaatrechtelijke vergunningen. Van Ommeren verwijst in zijn oratie naar privaatrechtelijke vergunningen, zoals de veiling van gebruiksrechten op benzinestations bij erfpachtovereenkomst en de uitgifte van bouwkavels door gemeenten.[77] Via de schakelbepaling van artikel 3:1 lid 2 Awb[78] en artikel 3:14 Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder dus het transparantiebeginsel, ook in het privaatrecht een rol spelen.

## 4.3 Toegevoegde waarde

Indien de werking van het transparantiebeginsel geëxtrapoleerd zou worden naar het Nederlands bestuursrecht rijst allereerst de vraag wat de toegevoegde waarde zou zijn van dit transparantiebeginsel naast de al bestaande beginselen van behoorlijk bestuur. Ook in het kader van het Europese transparantiebeginsel is hierover gediscussieerd. De vraag werd gesteld of het transparantiebeginsel rechtstreeks (en zelfstandig) voortvloeit uit het EG-Verdrag of dat het afhankelijk is van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie. Deze vraag wordt veroorzaakt, doordat het HvJ EG geen consequente terminologie voor het transparantiebeginsel hanteert: soms wordt gesproken over een 'transparantiebeginsel', soms over een 'transparantieverplichting' en soms weer anders. Dit maakt een en ander niet duidelijker. Een arrest dat dit probleem treffend illustreert, is het Wienstrom-arrest. Hierin wordt eerst gesteld dat 'het beginsel van gelijke behandeling tot transparantie [verplicht]', zodat de aanbestedingsprocedures op

77 F.J. van Ommeren, Schaarse vergunningen; de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 61.

78 Dit artikel bepaalt dat op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.

met name onpartijdigheid kunnen worden getoetst.[79] Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat sprake is van een afhankelijk criterium. Vervolgens wordt echter gesteld dat een procedure in overeenstemming moet zijn met 'zowel het beginsel van gelijke behandeling (...) als met het transparantiebeginsel'.[80] Hieruit lijken wel weer twee zelfstandige beginselen voort te vloeien. In het dictum wordt ten slotte weer gesproken over 'de vereisten van gelijke behandeling en transparantie van de procedures'.

In het Succhi di Frutta-arrest wordt gesteld: 'Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers (...). Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt, (...)'. Het transparantiebeginsel als 'corollarium' van het beginsel van gelijke behandeling.[81] Kan het transparantiebeginsel dan wel worden aangemerkt als een zelfstandig beginsel? In het arrest Commissie/Italië met zaaknummer C-412/04[82] wordt gesproken over 'de uit het primaire recht voortvloeiende verplichtingen inzake gelijke behandeling en transparantie' die 'van rechtswege gelden voor deze opdrachten'. In het arrest Commissie/Italië met zaaknummer C-260/04 wordt zelfs gesproken over 'het algemene transparantiebeginsel'.[83]

Gelet op het feit dat het HvJ EG meermalen stelt dat 'zowel' aan het beginsel van gelijke behandeling 'als' het transparantiebeginsel voldaan moet worden en het recentelijk (2007) zelfs heeft gesproken over 'het algemene transparantiebeginsel', lijkt sprake te zijn van een zelfstandig rechtsbeginsel.

In recentere arresten van het HvJ EG[84] wordt echter benadrukt dat, nu de transparantieverplichting voortvloeit uit het EG-recht, bezien moet worden of sprake is van een grensoverschrijdend belang. Een opdracht voor de uitvoering van werken zou een grensoverschrijdend belang kunnen vertonen wegens de geraamde waarde ervan, samen met de technische aard ervan of de uitvoering van de werken op een plek die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant zou kunnen zijn. Als geen sprake is van een handeling die lidstaatoverschrijdend is, zijn de artikelen 43 en 49 EG-Verdrag immers niet van toepassing.

Geconcludeerd kan dan ook worden dat het transparantiebeginsel een zelfstandig Europeesrechtelijk rechtsbeginsel is, in die zin dat in een Europeesrechtelijk geschil aan beide beginselen voldaan moet worden. Als geen sprake is van een grensoverschrijdend belang, is het EG-Verdrag echter niet van toepassing en dus evenmin het transparantiebeginsel.

In literatuur wordt eveneens geconcludeerd dat het transparantiebeginsel – binnen zijn Europese connotatie – een zelfstandig beginsel is. Widdershoven e.a.[85]

---

79 R.o. 49.

80 R.o. 56 en 92.

81 De Van Dale omschrijft het woord 'corollarium' als 'toevoegsel, bijvoegsel, opheldering' en als 'corollaire' oftewel 'een stelling die onmiddellijk uit het voorafgaande volgt'.

82 HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04.

83 R.o. 25 luidt als volgt: 'In de onderhavige zaak moet worden vastgesteld dat het geheel ontbreken van een aanbesteding met het oog op de toewijzing van de concessies voor het beheer van de paardenweddenschappen niet in overeenstemming is met de artikelen 43 EG en 49 EG, en in het bijzonder niet strookt met het algemene transparantiebeginsel en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen. Immers, de hernieuwing zonder aanbesteding van de 329 oude concessies verhindert dat bedoelde concessies worden opengesteld voor de mededinging en dat de toewijzingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst.'

84 O.a. het An Post-arrest (HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, Commissie/Ierland), het arrest Commissie/Italië (zaak C-412/04) en het arrest ASM Brescia (HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-347/06).

85 Widdershoven e.a. 2007.

stellen dat uit de jurisprudentie van het HvJ EG blijkt dat er weliswaar een zeer nauwe band tussen het gelijkheidbeginsel en transparantiebeginsel bestaat, maar dat het transparantiebeginsel ook zijn eigen, specifieke betekenis lijkt te hebben. Het stelt, bijvoorbeeld, zelfstandige eisen met betrekking tot de helderheid en duidelijkheid van het bestek, die als zodanig geschonden kunnen worden zonder dat er eveneens sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel. De zelfstandigheid zou ook schuilen in het feit dat transparantie aan het gelijkheidsbeginsel voorafgaat – zonder transparantie is de controle op de naleving van dit beginsel niet mogelijk. Ten derde kan uit de zaak Succhi di Frutta worden afgeleid dat het transparantiebeginsel een ruimere doelstelling dient: '[H]et beginsel van doorzichtigheid (...) heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen.' Ook Prechal en De Leeuw[86] concluderen om dezelfde redenen hetzelfde. Ook het feit dat in de aanbestedingsrichtlijnen het transparantiebeginsel naast het gelijkheidsbeginsel is gecodificeerd is een aanwijzing.[87]

Indien geconcludeerd wordt dat het Europese transparantiebeginsel begrensd wordt tot grensoverschrijdende belangen, is een vervolgvraag of dit ook wenselijk is. Dit zou tot gevolg hebben dat in geval van een gunning zonder aanbestedingsprocedure eerst onderzocht zou moeten worden of sprake is van een grensoverschrijdend belang. Indien een Duitse onderneming zou klagen, zal het grensoverschrijdende belang wel snel gegeven zijn, maar anders zal een marktanalyse nodig zijn om deze vraag te beantwoorden. Belangrijker is echter het volgende. Als men het transparantiebeginsel beschouwt als een principieel beginsel waaraan overheidshandelen moet voldoen, is het dan aanvaardbaar dat dit alleen voor grensoverschrijdende gevallen geldt?[88] Mag een bestuursorgaan 'ontransparant' handelen, enkel en alleen omdat er enkel Nederlandse ondernemingen geïnteresseerd zijn en er dus geen grensoverschrijdend belang is?[89] Als dit onwenselijk wordt gevonden, zou wellicht de tijd rijp zijn voor een Nederlands transparantiebeginsel.

Uit het voorgaande blijkt dus dat er meer aanknopingspunten zijn die erop wijzen dat het transparantiebeginsel zijn eigen, specifieke betekenis heeft naast het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Daarnaast is naar nationaal

86 Prechal en De Leeuw 2008, p. 230-231, Prechal en De Leeuw 2007, p. 51-61, alsmede Prechal, 'De emancipatie van "het algemene transparantiebeginsel"', SEW 2008/9, p. 316-322.

87 Zie eveneens Prechal en De Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?', Review of European Law, 2007/1, p. 51-61.

88 In het kader van de implementatie van de Dienstenrichtlijn heeft B. Hessel een vergelijkbare suggestie gedaan voor de harmonisatie voor zuiver interne gevallen. Hij overwoog: 'Het ligt voor de hand dat aanpassingen van de algemene regels voor vergunningen aan de Dienstenrichtlijn zich ook zullen uitstrekken tot Nederlandse dienstverleners die tot nu toe op grond van een zuiver interne situatie geen beroep kunnen doen op de regels van het vrij verkeer. Afgezien van wetstechnische problemen zou het economisch gezien uiteraard bijzonder onverstandig zijn wanneer de Nederlandse centrale en decentrale wetgevers zwaardere, minder transparante eisen en ingewikkelder procedures blijven hanteren voor "eigen" dienstverleners. Daarnaast acht ik de harmonisatie juridisch gezien onontkoombaar. In het bestaande systeem van de vier vrijheden kan in een concreet geval blijken dat een onderdaan uit een andere lidstaat, na een rechterlijk oordeel over verbod, noodzakelijkheid en proportionaliteit, beter af blijkt te zijn dan de eigen onderdanen. Dan kan de omgekeerde discriminatie aan het licht treden, die in concreto kan worden weggemasseerd door toepassing van het nationale gelijkheidsbeginsel.' (B. Hessel, Gemeenten en de dienstenrichtlijn (1), Gstem 2007, 28, p. 113-125).

89 Zie in deze zin eveneens J.W.A. Bergevoet, De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereglementeerde opdrachten nader beschouwd, NTER 2008/4, p. 113-118.

recht nog van belang dat het gelijkheidsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel niet zijn gecodificeerd in de Awb, maar het ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur zijn. Door codificatie van het transparantiebeginsel zou dan ook geen overlap ontstaan, maar is zelfs verdedigbaar dat, door de samenhang tussen de beginselen, alle drie de beginselen versterkt zouden kunnen worden.[90]

Daarnaast vloeit uit het transparantiebeginsel een motiveringsplicht voort. Nadat het besluit is genomen, zal gemotiveerd moeten worden waarom gekozen is voor deze aanvrager en de aanvragen van andere aanvragers werden geweigerd. Het motiveringsbeginsel is gecodificeerd in artikel 3:46 Awb. Gelet op het feit dat het motiveringsbeginsel slechts een van de onderdelen is van het transparantiebeginsel, sluiten de beginselen elkaar niet uit en heeft het transparantiebeginsel een toegevoegde waarde.

Ook het zorgvuldigheidsbeginsel zoals dat is gecodificeerd in artikel 3:2 Awb heeft een (kleine) overlap met het transparantiebeginsel. Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel moet het bestuursorgaan de nodige kennis vergaren omtrent het te nemen besluit. Op grond van het transparantiebeginsel zal een bestuursorgaan eveneens kennis moeten vergaren over bijvoorbeeld de te stellen eisen en de passende mate van openbaarheid. Er zijn echter ook grote verschillen. Zo kan het bestuursorgaan tijdens de verdelingsprocedure niet meer om aanvullende informatie van de diverse aanvragers vragen, omdat hierdoor een verschil in behandeling tussen de aanvragers ontstaat. Dit zou in strijd zijn met het transparantiebeginsel, terwijl dit op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel juist te prefereren lijkt. Door erkenning van het transparantiebeginsel kan dit onderscheid eenvoudig worden gehanteerd.

In zowel de toelichting op het conceptwetsvoorstel voor een Aanbestedingswet als de Dienstenrichtlijn wordt ingegaan op de relatie tussen het transparantiebeginsel en (andere) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet wordt gesteld dat 'er aangrijpingspunten voor de algemene gelding van de beginselen gevonden [kunnen] worden in een parallelle toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur'. Deze zin is cryptisch. Zou hiermee bedoeld worden dat de wetgever van mening is dat uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur volgt dat het transparantiebeginsel een algemene gelding heeft in Nederland? Als dat het geval zou zijn, ligt erkenning van het beginsel voor de hand en is zelfs codificatie in de Awb een reële mogelijkheid. Uit de memorie van toelichting bij de Dienstenwet zou daarnaast kunnen worden afgeleid dat het transparantiebeginsel overeenkomt met de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur. Ook dit wordt echter door de wetgever niet nader toegelicht.

---

90 Zie tevens PG Awb I, p. 15-38 waarin wordt ingegaan op de doelstellingen van de Awb. In de MvT is aangegeven dat een van de doelstelling van de Awb is het codificeren van ontwikkelingen die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben afgetekend. Gesteld wordt: 'In deze eerste tranche van de Awb vindt nog geen codificatie van alle uit de jurisprudentie bekende algemene beginselen van behoorlijk bestuur plaats. Zo zijn nog geen bepalingen opgenomen ter uitwerking van het vertrouwensbeginsel. Dit hangt direct samen met de hierna te bespreken keuze voor "aanbouwwetgeving": niet alle delen van de wet komen tegelijk tot stand. Overigens wordt met het in de wet opnemen van de in de rechtspraak ontwikkelde regels niet beoogd een verdere ontwikkeling van het ongeschreven recht af te snijden. Het gaat erom, de verworvenheden van de jurisprudentie in de wet neer te leggen vanwege de voordelen die dit heeft uit de gezichtspunten kenbaarheid, eenheid en systematiek van het recht.' Inmiddels heeft de Awb vier tranches gehad, maar zijn de overige beginselen nog niet gecodificeerd.

Ook Van Ommeren[91] en Widdershoven e.a.[92] stellen dat het transparantiebeginsel niet in de Awb is gecodificeerd, maar dat aspecten van het beginsel geheel of ten dele worden bestreken door bestaande beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van objectiviteit van het bestuur (art. 2:4 lid 1 Awb), het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van *fair play*.

De vraag is of het erg is dat het transparantiebeginsel een overlap heeft met 'gevestigde' beginselen. Ook bij deze andere beginselen is het niet altijd even eenvoudig scheidslijnen te trekken. Een besluit is regelmatig zowel in strijd met het motiveringsbeginsel als het zorgvuldigheidsbeginsel, maar dat maakt een van deze beginselen nog niet overbodig. Met Prechal ben ik van mening dat sommige aspecten van het transparantiebeginsel verder gaan dan bestaande rechtsbeginselen. Daarnaast kan het de onderlinge samenhang tussen de verschillende elementen van bestaande beginselen 'beter articuleren en als zodanig voor een nieuw – geïntegreerd – perspectief zorgen dat, op zijn beurt, een eigen dynamiek kan ontwikkelen'.[93]

Codificatie van het transparantiebeginsel zou volgens Widdershoven e.a. overwogen kunnen worden voor de duidelijkheid, zodat de bestaande beginselen niet als vehikel voor transparantievereisten hoeven te fungeren. Door erkenning van het transparantiebeginsel (zonder codificatie in de Awb) in jurisprudentie wordt echter hetzelfde effect bereikt en hoeven bestaande beginselen niet als vehikel voor transparantievereisten te fungeren. Een deel van de overlappende beginselen is immers evenmin in de Awb gecodificeerd. De reden om toch tot codificatie over te gaan, zou dan zijn gelegen in het beter kunnen articuleren van het beginsel en de samenhang tussen de beginselen. Hierbij speelt mijns inziens echter wel een kip-eiproblematiek: moet het transparantiebeginsel gecodificeerd worden om 'gearticuleerd' te worden of moet een beginsel eerst tot bloei komen en daarna pas gecodificeerd worden? Het klinkt aantrekkelijk om het beginsel te codificeren om het vervolgens een eigen dynamiek te laten ontwikkelen. Ik vraag me echter af of hiermee tegelijk niet veel rechtsonzekerheid ontstaat. Uiteraard kan in de toelichting bij het artikel verwezen worden naar de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie van het HvJ EG. De verdere uitwerking zou dan aan de bestuursrechter kunnen worden overgelaten. Ik ben er echter geen voorstander van om iets in een wet te zetten en vervolgens af te wachten wat er in de toekomst gebeurt. Het articuleren van een nog niet duidelijk vastomlijnd beginsel is dan onwenselijk. Prechal en De Leeuw omschrijven het transparantiebeginsel in brede zin als een *umbrella notion* dat nog niet vergeleken kan worden met een rechtsbeginsel als bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel.[94] Hoewel alle beginselen wel een bepaald open einde hebben, is het transparantiebeginsel ook volgens hen nu nog te vaag. Ook zij kijken echter vervolgens naar het beginsel in specifieke contexten en constateren dat deze 'subprincipes' op termijn kunnen uitgroeien tot een overkoepelend beginsel.

91 Van Ommeren 2004.
92 Widdershoven e.a. 2007.
93 Prechal 2008.
94 Prechal en De Leeuw 2008, p. 238.

Nu de omvang van het beginsel nog onvoldoende duidelijk is, is het naar mijn mening nog te vroeg om over te gaan tot codificatie van het transparantiebeginsel in afdeling 3.2 Awb. In plaats daarvan zou het beginsel eerst moeten én kunnen gaan functioneren als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur. Het beginsel kan namelijk wel een toegevoegde waarde hebben voor het bestuursrecht. Het beginsel heeft weliswaar een overlap met bestaande beginselen van behoorlijk bestuur, maar plaatst deze bestaande beginselen wel in een geheel andere context door de andere doelstelling. Door de bestaande beginselen in deze context te bundelen en te articuleren als het transparantiebeginsel wordt een toegevoegde waarde gecreëerd.

## 4.4 Codificatie van het transparantiebeginsel

In paragraaf 3.2 is al ingegaan op het conceptwetsvoorstel voor een Aanbestedingswet dat ter consultatie openbaar is gemaakt. In dit conceptwetsvoorstel wordt het transparantiebeginsel gecodificeerd. Met het conceptwetsvoorstel wordt beoogd uitsluitend de jurisprudentie van het HvJ EG vast te leggen, waarbij het transparantiebeginsel niet ruimer wordt geïmplementeerd dan strikt noodzakelijk is. Het transparantiebeginsel blijft beperkt tot diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang, om onevenredig hoge lasten voor de aanbestedende dienst te voorkomen. Hiervoor heb ik reeds betoogd dat hier kanttekeningen bij zijn te plaatsen. Daarnaast is hiervoor al ingegaan op de Dienstenwet. In de Dienstenwet wordt het transparantiebeginsel niet geïmplementeerd. Het is jammer dat met het huidige wetsvoorstel onduidelijk blijft wat onder transparantie in de zin van de Dienstenrichtlijn volgens de wetgever moet worden verstaan.

Er bestaat – voor zover mij bekend – geen voornemen om het transparantiebeginsel te codificeren in de Awb. In 2006 heeft de derde evaluatie van de Awb plaatsgevonden. Een van de evaluatierapporten gaat ook in op het transparantiebeginsel[95] en noemt drie mogelijkheden om het transparantiebeginsel te codificeren, namelijk (1) codificatie in afdeling 3.2 Awb, (2) aanpassing van titel 4.3 Awb (beleidsregels) en (3) aanvulling van de Awb met een verdelingsregeling voor schaarse vergunningen. Op deze drie mogelijkheden tot wijziging van de Awb wordt hierna nader ingegaan.

*Codificatie in afdeling 3.2 Awb*

Het evaluatierapport bevat de volgende aanbeveling: 'Transparantiebeginsel: om de samenhang tussen de diverse aspecten van het beginsel te 'articuleren', zou dit beginsel een plaats kunnen krijgen in afdeling 3.2 Awb. (...)'

Hiervoor heb ik al toegelicht dat ik er geen voorstander van ben om nu reeds het transparantiebeginsel te codificeren in de Awb. De omvang van het beginsel is daarvoor nog onvoldoende duidelijk. In plaats daarvan zou het beginsel eerst kunnen gaan functioneren als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur.

Indien desalniettemin overwogen zou worden over te gaan tot codificatie van het beginsel, is de vraag hoe het transparantiebeginsel in de Awb gecodificeerd

95 Widdershoven e.a. 2007, p. 85 e.v.

zou kunnen worden. In aansluiting op artikel 14 van het conceptwetsvoorstel Aanbestedingswet zou gekozen kunnen worden voor het volgende artikel: 'Een bestuursorgaan handelt transparant.' Het zou dan vervolgens aan de rechtspraak overgelaten kunnen worden om dit artikel te concretiseren.

Een alternatief is om elementen van het transparantiebeginsel te codificeren. Daarop zal hierna worden ingegaan.

Het Europese transparantiebeginsel kan in drie fases worden verdeeld, namelijk de 'opening', 'uitvoering' en 'afsluiting' van de procedure. Indien bepaalde elementen van het beginsel wél voldoende concreet zouden zijn, dan zouden deze elementen wellicht wel voor codificatie in aanmerking kunnen komen.

In het kader van de 'opening van de procedure' rust op het bestuursorgaan een kennisgevingsverplichting. De huidige jurisprudentie van het HvJ EG zoals beschreven in paragraaf 2.2 heeft alleen betrekking op situaties van schaarste waarbij de overheid iets 'aanbiedt' en daar meer gegadigden voor zijn. Codificatie in afdeling 3.2 Awb zou direct een aanzienlijke uitbreiding van de werking van het transparantiebeginsel hebben, omdat het betrekking heeft op alle besluiten. Zou dat kunnen betekenen dat een bestuursorgaan transparant zou moeten handelen bij iedere 'opening' van een procedure en daartoe bijvoorbeeld een kennisgeving zou moeten plaatsen van iedere aanvraag die wordt ingediend? Het zou de transparantie zeker vergroten als bestuursorganen een kennisgeving van alle binnengekomen aanvragen zouden plaatsen. Gelet op het feit dat na de inwerkingtreding van de Wet elektronische bekendmaking voor decentrale overheden ook alle lokale bekendmakingen via <www.overheid.nl> zullen moeten worden gepubliceerd en diverse decentrale overheden dit nu reeds doen, is het zelfs maar de vraag of een dergelijke verplichting onevenredig belastend voor bestuursorganen zou zijn.[96] Een dergelijke (toch aanzienlijke) wijziging van het huidige recht zou echter beter expliciet in de Awb kunnen worden opgenomen dan door een rechter in het kader van een beroep op het (al dan niet gecodificeerde) transparantiebeginsel worden geoordeeld.

De tweede fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'uitvoering van de procedure'. Dit betekent dat een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moet worden. De criteria op basis waarvan aanvragen beoordeeld zullen worden, moeten van tevoren vastgelegd worden en ook openbaar gemaakt worden. Nu dit samenhangt met het voorstel om een plicht om beleidsregels vast te stellen te creëren, zal daarop hierna worden ingegaan.

De derde fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'afsluiting van de procedure'. Dit betekent dat het besluit waarbij de vergunning verleend wordt, bekendgemaakt moet worden. Na deze bekendmaking zal er rechtsbescherming tegen dit besluit moeten openstaan. Om de rechtsbescherming doeltreffend te maken, zal het besluit gemotiveerd moeten worden. Dat een besluit gemotiveerd moet worden en dat daartegen rechtsbescherming openstaat. is reeds in de Awb geregeld. De Awb bevat echter geen algemene verplichting om besluiten bekend te maken. Afdeling 3.6 Awb betreft de bekendmaking en mededeling. Artikel 3:41 Awb bepaalt dat de bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan deze

96 Een dergelijke verplichting zal naar verwachting op 1 januari 2011 in werking treden, aldus Kamerstukken II 2008/09, 31 084 en 31 343 (R 1846), nr. 11.

geadresseerden, waaronder de aanvrager. Dit betekent dat besluiten op aanvraag in beginsel niet algemeen bekendgemaakt hoeven te worden. Niet kan worden uitgesloten dat het niet bekendmaken van een dergelijk besluit in strijd komt met het transparantiebeginsel. Indien sprake is van een schaarse vergunning, kan het verlenen van een vergunning tot gevolg hebben dat een ander deze vergunning niet meer kan verkrijgen. Indien de vergunningverlening tot stand is gekomen na een veiling, zal aan de 'verliezer' bekendgemaakt worden dat zijn vergunning wordt geweigerd en kan hij tegen dit besluit rechtsmiddelen aanwenden. Indien echter een subsidie wordt verleend waarna het subsidieplafond wordt bereikt, hoeft dit subsidieverleningsbesluit niet bekendgemaakt te worden, omdat sprake is van een besluit op aanvraag. Een andere subsidieaanvrager zal echter wellicht rechtsmiddelen tegen dit besluit willen aanwenden. Zijn aanvraag zal immers geweigerd worden, omdat het plafond is bereikt. Gelet op het feit dat het besluit niet algemeen bekendgemaakt wordt, is het de vraag of hij (tijdig) op de hoogte van het genomen besluit zal geraken. Een dergelijke beperkte bekendmaking zou in strijd met het transparantiebeginsel kunnen zijn.

*De uitvoering van de procedure: beleidsregels*

De tweede fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'uitvoering van de procedure'. Dit betekent dat een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moet worden. De criteria op basis waarvan aanvragen beoordeeld zullen worden, moeten van tevoren vastgelegd worden en ook openbaar gemaakt worden. De criteria moeten zo worden geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze interpreteren. De criteria kunnen vastgelegd worden in een wettelijk voorschrift (bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening of ministeriële regeling), maar vaak zullen deze criteria worden vastgelegd in beleidsregels. Het evaluatierapport[97] bevat daarom de volgende aanbeveling: 'Transparantiebeginsel: (...) Om titel 4.3 (beleidsregels) geschikt te maken voor de doorwerking van het beginsel, zou een verplichting om beleidsregels vast te stellen moeten kunnen worden voorgeschreven.'

Hierna zal eerst ingegaan worden op deze plicht om beleidsregels vast te stellen. Vervolgens zal nog ingegaan worden op de inherente afwijkingsbevoegdheid en enkele andere bepalingen die betrekking hebben op de tweede fase.

*Creëren van een plicht tot het maken van beleidsregels*

Widdershoven e.a.[98] hebben erop gewezen dat de Awb voor bestuursorganen niet de algemene verplichting kent om bij het gebruik van hun bevoegdheden de gehanteerde regels uitdrukkelijk vast te leggen en algemeen bekend te maken. Artikel 4:81 lid 1 Awb bevat namelijk slechts een bevoegdheid (en dus geen verplichting) om beleidsregels vast te stellen.

Indien wordt gekozen voor een beperkte reikwijdte van het transparantiebeginsel (bijvoorbeeld beperkt tot schaarse besluiten), zou het niet opstellen van beleidsregels in strijd zijn met het (geschreven of ongeschreven) transparantiebeginsel. De verplichting om beleidsregels vast te stellen, zou dan vastgelegd kunnen worden

97 Widdershoven e.a. 2007.
98 Widdershoven e.a. 2007.

in een aparte regeling voor schaarse besluiten. Op deze aparte regeling wordt hierna nog ingegaan.

De vraag kan echter gesteld worden waarom dit element beperkt zou moeten worden tot schaarse besluiten. In het voorontwerp voor de derde tranche van de Awb was eveneens voorgesteld om een verplichting op te nemen voor het vastleggen van bestendige bestuurspraktijken in beleidsregels. De wetgever heeft dit voorstel echter niet overgenomen, omdat dit zou leiden tot niet te verwaarlozen bestuurslasten. Ook zou het niet altijd even eenvoudig zijn vast te stellen of sprake is van een vaste gedragslijn.[99] Deze bezwaren gelden nog onverkort. Het lijkt dan ook niet waarschijnlijk dat een dergelijke plicht op korte termijn gerealiseerd zal worden. Dit is echter geen groot bezwaar, omdat de vrijheid van het bestuursorgaan zoals neergelegd in artikel 4:81 Awb al beperkt wordt door beginselen als het rechtszekerheid- en gelijkheidsbeginsel, het verbod van willekeur én het transparantiebeginsel. Onder omstandigheden kan het niet opstellen van beleidsregels namelijk in strijd zijn met deze beginselen.[100]

*Inherente afwijkingsbevoegdheid*

Naast het van tevoren vastleggen van de criteria is er een tweede element dat voortvloeit uit het transparantiebeginsel. Dit tweede element is dat de eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) gedurende de procedure niet meer gewijzigd mogen worden. Dit element staat evident op gespannen voet met de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. Dit artikel bepaalt immers dat het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel moet handelen, tenzij dit voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Op grond van het transparantiebeginsel mag niet afgeweken worden van de beleidsregels, zelfs niet in geval van bijzondere omstandigheden. Van belang is dat de inherente afwijkingsbevoegdheid wettelijk is verankerd. Dit betekent dat als sprake is van dergelijke bijzondere omstandigheden, afgeweken zou moeten worden van de beleidsregels, zelfs als dit in strijd zou zijn met het (ongeschreven) transparantiebeginsel. Om deze reden zou in een aparte regeling voor schaarse besluiten (waarop hierna nog wordt ingegaan) een uitzondering gemaakt moeten worden op artikel 4:84 Awb. Het afschaffen van de inherente afwijkingsbevoegdheid voor alle besluiten lijkt mij ongewenst, omdat er ook situaties zijn waarin het handelen overeenkomstig de beleidsregel onevenredige gevolgen zou hebben én er geen derden geschaad worden door de afwijking van de beleidsregel.

99 PG Awb III, p. 276-289.

100 Dit speelt met name bij handhaving. Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en doordacht bestuursbeleid. Indien geen handhavingsbeleid wordt opgesteld, kan handhavend optreden tegen één overtreder in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Zie o.a. ABRvS 19 oktober 2005, zaaknummer 200501505 waarin de ABRvS oordeelde: 'Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en dus doordacht bestuursbeleid. Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in individuele vergelijkbare gevallen.' Zie eveneens ABRvS 11 juni 2008, AB 2008/228 en ABRvS 10 juni 2009, zaaknummer 200807603.

*Overige aspecten van de tweede fase*

Verder is van belang dat uit de tweede fase van het transparantiebeginsel nog voortvloeit dat aanvragen na het sluiten van de termijn ook niet meer gewijzigd kunnen worden. De termijn voor het indienen van alle aanvragen moet immers gelijk zijn. Op grond van artikel 4:5 Awb moet de aanvrager in de gelegenheid worden gesteld de aanvraag aan te vullen voordat het bestuursorgaan kan besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen. Op grond van het transparantiebeginsel mag het bestuursorgaan niet om een dergelijke aanvulling verzoeken. Dit heeft tot gevolg dat het bestuursorgaan de aanvraag inhoudelijk zal moeten beoordelen. Dat oordeel zal vervolgens inhouden dat niet voldaan is aan de in de beleidsregel gestelde criteria, omdat de aanvraag onvolledig was.

In aanbestedingsrechtelijke procedures wordt in de offerteaanvraag vaak opgenomen dat potentiële inschrijvers voor een bepaalde termijn vragen kunnen stellen over de offerteaanvraag. De antwoorden op deze vragen worden vervolgens gebundeld in een 'Nota van Inlichtingen'. Deze nota wordt weer algemeen bekendgemaakt, zodat alle partijen nog altijd over dezelfde informatie beschikken. Op basis van deze aanvullende informatie kan vervolgens worden ingeschreven. Door deze mogelijkheid is er in beginsel ook geen noodzaak om inschrijvers nog in de gelegenheid te stellen hun aanvraag aan te vullen (conform art. 4:5 Awb).

Widdershoven e.a.[101] merken nog op dat de aanvraagprocedures van de Awb in meer algemene zin nadere doordenking behoeven. Op grond van de Awb staat voorop dat het bestuur binnen een bepaalde termijn moet beslissen over een individuele aanvraag tot vergunning. De regeling houdt geen rekening met de mogelijkheid dat besluiten worden verleend na een veiling of een ander vergunningverdelingssysteem. Op deze verdelingssystemen wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

Ten slotte is in dit kader ook nog van belang dat nadat een besluit is verleend de mogelijkheden om dit besluit te wijzigen, beperkt zijn. Dit volgt uit onder andere het arrest Pressetext.[102] Het HvJ EG heeft geoordeeld dat, met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, wijzigingen van een overeenkomst tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht vormen. Dit is het geval als er wezenlijke verschillen zijn met de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst. Daaruit blijkt namelijk de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. Er is in ieder geval sprake van een wezenlijke wijziging wanneer er voorwaarden worden ingevoerd die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere partijen, of tot de gunning aan een andere partij. Ook is sprake van een wezenlijke wijziging als door de wijziging de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen. Ook wanneer de wijziging het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld, is sprake van een wezenlijke wijziging. In het Nederlands bestuursrecht wordt er in het algemeen van uitgegaan dat een bestuursorgaan bevoegd moet worden geacht een eerder genomen besluit dat naar

101 Widdershoven e.a. 2007.
102 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, BR 2009/80.

zijn opvatting onjuist moet worden geacht, alsnog in te trekken of te wijzigen.[103] Het transparantiebeginsel beperkt deze wijzigingsbevoegdheid.

*Aanvulling Awb met een verdelingsregeling voor schaarse besluiten*
In het evaluatierapport is in het kader van de economisering van het algemeen bestuursrecht geconcludeerd:

> 'Voor steeds meer vergunningen wordt erkend dat de verdeling ervan niet altijd kan plaatsvinden door middel van het systeem van first come, first served, waarvan de Awb impliciet uitgaat, maar dat de toekenning van vergunningen een vergelijking tussen meer aanvragers vergt. Daarbij worden diverse verdelingssystemen gehanteerd (aanbesteding, veiling, vergelijkende toets). Deze systemen vergen op onderdelen andere regels dan thans in de Awb staan. Voor de toekenning vloeien deze regels voort uit het transparantiebeginsel. Bovendien kunnen voor de toepassing van deze systemen wijzigingen in de rechtsbescherming nodig zijn. Mogelijke aanpassingen kunnen vooralsnog worden getroffen in de bijzondere wetgeving. Worden de verdelingssystemen op grotere schaal toegepast, dan ligt aanvulling van de Awb in de rede.'[104]

Hierna wordt ingegaan op deze vraag of aanvulling van de Awb nu in de rede ligt.

*Schaarste*
De Dienstenrichtlijn bevat een regeling voor de verdeling van schaarse vergunningen. De Dienstenrichtlijn heeft echter een zeer beperkte definitie van het begrip 'schaarse vergunning'. Hiervan is uitsluitend sprake als 'het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden'. In het kader van de implementatie van de Dienstenrichtlijn is geconcludeerd dat er in Nederland nauwelijks schaarse vergunningen in de zin van de Dienstenrichtlijn zijn.[105] De vraag is echter waarom de waarborgen van het transparantiebeginsel uitsluitend van toepassing zouden zijn in deze beperkte omstandigheden. Het transparantiebeginsel is immers ook al van toepassing op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. Naar mijn mening zou doorslaggevend moeten zijn dat sprake is van schaarste en daarvan is sprake indien het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is, ongeacht de oorzaak van deze schaarste. In dit preadvies sluit ik dan ook aan bij de volgende omschrijving die Van Ommeren heeft gegeven aan het begrip 'schaarse vergunning':

> 'Wat moet onder een schaarse vergunning worden verstaan? Een vergunning is schaars als er meer aanvragers zijn dan beschikbare vergunningen. Kenmerkend voor schaarse vergunningen is dat er een vergunningenplafond geldt. Met andere woorden: er is een maximumaantal te verlenen vergunningen vastgesteld.'[106]

---

103 CRvB 12 juni 2001, JB 2001/198. Vgl. ook art. 6:18 Awb.
104 Widdershoven e.a. 2007.
105 Een voorbeeld van een schaarse vergunning is een opslagvergunning op grond van de Mijnbouwwet (aldus Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 112). Andere voorbeelden zijn een parkeervergunning of een vergunning voor de organisatie van de gemeentelijke warenmarkt, aldus S. te Hofsté in Dienstenrichtlijn: screening van de gemeentelijke bouwregelgeving, BR 2009/55.
106 Van Ommeren 2004, p. 2.

Van Ommeren hanteert ook een ruime interpretatie van het begrip 'vergunning', namelijk iedere 'toestemming' die door een bestuursorgaan wordt verleend (of te wel een uitzondering op een gebod of verbod), zoals een ontheffing, vrijstelling, concessie of vergunning in enge zin.

Het is echter de vraag of altijd sprake moet zijn van een 'vergunning'. Ook bij subsidies wordt schaarste gecreëerd door het vaststellen van een subsidieplafond. Bovendien wordt juist in het subsidierecht steeds vaker gekozen voor een systeem van tendering. Om deze reden zou dan ook gesproken kunnen worden van 'schaarse besluiten'. Dit past ook beter in het systeem van de Awb, dat uitgaat van het begrip 'besluit'. Bij een schaars besluit zal waarschijnlijk altijd sprake zijn van een begunstigend besluit. Het is moeilijk voor te stellen dat voor belastende besluiten partijen in competitie willen meedingen. In een dergelijk geval zal er dan ook geen sprake zijn van een situatie van schaarste. Gelet op het voorgaande zou gekozen kunnen worden voor de volgende begripsomschrijving: 'Onder schaars besluit wordt verstaan: een besluit dat door een bestuursorgaan wordt verleend in een situatie waarbij het aantal beschikbare besluiten beperkt is door schaarste.'

*Soorten procedures*

Van Ommeren[107] omschrijft dat bij verlening van schaarse besluiten sprake kan zijn van vijf soorten procedures namelijk:

a. *Verlening op grond van de volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst.*
   Hierbij is sprake van 'wie het eerst komst, wie het eerst maalt' (of in het Engels van *first come, first served*). De verlening van parkeervergunningen is een voorbeeld van een dergelijke vergunningverlening. Ook de reguliere subsidieverlening gaat uit van dit systeem. Bij subsidieverlening lijkt dit het meest gehanteerde verdelingssysteem te zijn. Uit de memorie van toelichting bij de Derde tranche Awb kan echter worden afgeleid dat dit vaak wel het meest eenvoudige, maar niet het meest aantrekkelijke systeem is en dat een vergelijkende toets vaak de voorkeur verdient.[108]
b. *Loting.*
   Een voorbeeld hiervan is het selecteren van studenten voor bepaalde opleidingen in het hoger onderwijs.[109] Ook is het mogelijk dat onder omstandigheden (telefoon)nummers door OPTA worden toegekend door middel van het lot.[110]

107 Van Ommeren 2004, p. 9 e.v.

108 'Indien de omvang van het voor verstrekking van subsidies beschikbare bedrag wordt beperkt, zal geregeld moeten worden hoe de beschikbare gelden over de in beginsel voor honorering in aanmerking komende aanvragen worden verdeeld. Daarvoor zijn verschillende systemen denkbaar. Het meest eenvoudig is 'wie het eerst komt, het eerst maalt'. Nu het tijdstip van indiening van de aanvraag vaak min of meer toevallig is, is dat niet het meest aantrekkelijke systeem. In sommige gevallen zal het echter, gelet op het grote aantal aanvragen en de noodzakelijkerwijs in de tijd gespreide indiening daarvan, het enige praktisch hanteerbare systeem zijn. Vaak ligt het meer voor de hand te bepalen, dat de aanvragen voor een bepaald tijdvak voor een bepaalde datum moeten worden ingediend, zodat vervolgens op grond van kwalitatieve criteria een selectie kan worden gemaakt. De criteria voor die selectie kunnen worden neergelegd in het wettelijk voorschrift zelf, maar ook in een op grond daarvan vastgesteld plan dat de beleidsprioriteiten aangeeft (wel te onderscheiden van een soms ook als plan of programma aangeduid besluit waarin de na toetsing aan de criteria genomen beslissingen op de aanvragen zijn neergelegd; zo'n besluit is in wezen een bundel beschikkingen).' (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48-49).

109 Art. 7.57a e.v. Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

110 Art. 4.2 lid 6 Tw.

c. *Vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een financieel bod.*
De vergelijkende toets wordt ook wel aangeduid als 'tenderprocedure', 'beauty contest' of 'aanbesteding'. Een voorbeeld hiervan is de verlening van frequentievergunningen op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) en de toekenning van emissierechten op grond van de Wet milieubeheer (Wm).
d. *Veiling.*
De hiervoor al genoemde frequentievergunningen op grond van de Tw kunnen ook door middel van een veiling worden verleend.
e. *Aanbesteding.*
In dit preadvies is al uitgebreid ingegaan op de aanbestedingsprocedure. Een voorbeeld van een aanbestedingsprocedure die leidt tot een besluit in de zin van de Awb is de verlening van een concessie op grond van de Wp2000.

Indien de verschillende procedures worden vergeleken, dan valt op dat in alle gevallen sprake is van een beperkt aantal te nemen besluiten. Er is dus sprake van een plafond. Artikel 4:22 Awb bevat een omschrijving van het begrip 'subsidieplafond'. Voor het plafond aan het aantal te verlenen besluiten zou een vergelijkbare omschrijving kunnen worden gekozen: 'Onder plafond wordt verstaan: het aantal besluiten dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is krachtens een bepaald wettelijk voorschrift.'

Ook andere bepalingen over het subsidieplafond (afdeling 4.2.2 Awb) zijn voor het plafond relevant. Artikel 4:25 lid 1 Awb bepaalt dat een subsidieplafond slechts bij of krachtens wettelijk voorschrift kan worden vastgesteld. Artikel 4:26 Awb bepaalt dat bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld en dat bij de bekendmaking van het subsidieplafond de wijze van verdeling wordt vermeld. Op grond van het transparantiebeginsel zullen zowel het plafond als de verdelingswijze voorafgaand aan de verdelingsprocedure moeten worden vastgesteld en bekendgemaakt. Zie in deze zin ook artikel 4:27 lid 1 Awb dat als volgt luidt: 'Het subsidieplafond wordt bekendgemaakt voor de aanvang van het tijdvak waarvoor het is vastgesteld.'

Indien wordt gekozen voor de procedures genoemd onder b t/m e zullen selectiecriteria worden vastgesteld. In geval van c t/m e zullen niet alleen selectiecriteria, maar ook gunningcriteria worden vastgesteld. Bij al deze procedures is het transparantiebeginsel van belang. Voorafgaand aan de procedure zullen zowel de selectie- als gunningcriteria vastgelegd moeten worden in een reglement.

*Tussenbeslissingen*

In alle hiervoor genoemde verdelingsprocedures worden meer (tussen)beslissingen genomen. Van Ommeren onderscheidt de volgende vijf beslismomenten: (1) plafond en procedurebeslissing; (2) uitvoeringsregels: de reglementen; (3) toelating/selectie; (4) toekenning/gunning; en (5) verlening.[111]

Deze (tussen)beslissingen kunnen voor één of meer belanghebbenden beslissend zijn. Indien een aanvrager niet wordt geselecteerd (fase 3), zal deze niet meer voor verlening (fase 5) in aanmerking komen. Indien de aanvrager meent dat hij ten onrechte wordt uitgesloten, is het de vraag of een dergelijke tussenbeslissing

111 Van Ommeren 2004, p. 23 e.v.

appellabel is. In het bijzonder is het de vraag of dergelijke beslissingen voorbereidingshandelingen zijn in de zin van artikel 6:3 Awb of dat deze tussenbeslissingen openstaan voor bezwaar en beroep.

Deze vraag is voor de uitleg van het transparantiebeginsel strikt genomen niet relevant. Indien er echter voor wordt gekozen om, gelet op het transparantiebeginsel, een regeling voor schaarse vergunningen op te nemen in de Awb, dan komt deze vraag wel aan de orde. Om deze reden ga ik hier toch kort op dit onderwerp in.

Van Ommeren merkt zowel het vaststellen van het plafond als de procedurebeslissing (waarbij de te volgen verdelingsprocedure wordt gekozen) (fase 1) aan als een concretiserend besluit van algemene strekking.[112] Dit betekent dat een belanghebbende bezwaar en beroep kan instellen.

De uitvoeringsreglementen (fase 2) zijn besluiten van algemene strekking die voor herhaalde toepassing vatbaar zijn en daarom algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels. Deze reglementen zijn daarom niet appellabel.

Het selectiebesluit (fase 3) is een beschikking. Het is echter de vraag of dit besluit een voorbereidingsbesluit is dat op grond van artikel 6:3 Awb niet zelfstandig appellabel is. Artikel 6:3 Awb bepaalt dat een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar is voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft. Een selectiebesluit is wel een voorbereidend besluit, maar verdedigbaar is dat het niet een procedurebeslissing is. Bij een dergelijk strikte toepassing van artikel 6:3 Awb is dan ook sprake van een appellabel besluit. Een ruimere uitleg van het artikel is echter ook mogelijk. In dat geval zal een negatief besluit (uitsluiting) meestal ook appellabel zijn, omdat in dat geval degene die een negatief besluit heeft gekregen rechtstreeks in zijn belangen is getroffen en daarom de 'tenzij-clausule' van toepassing is.

Ook het gunningbesluit (fase 4) is een beschikking. Soms worden het gunningbesluit en verleningsbesluit (fase 5) tegelijk genomen, maar dit hoeft niet het geval te zijn. In het aanbestedingsrecht wordt eerst een gunningbesluit genomen voordat de overeenkomst wordt gesloten. Dit vloeit voort uit het Alcatel-arrest[113] en artikel 55 Bao. Hiermee wordt gegarandeerd dat het sluiten van de overeenkomst kan worden voorkomen en niet slechts een schadevergoedingsactie rest. In het bestuursrechtelijke systeem van de Awb speelt dit probleem minder of niet. Uitgangspunt in immers dat een bestuursrechter besluiten kan vernietigen en dus ook een verleningsbesluit. Indien de besluiten niet tegelijk worden genomen, is ook hier de vraag of artikel 6:3 Awb van toepassing is. Bij een enge uitleg van het artikel weer niet. Gelet op het feit dat fase 4 en 5 elkaar meestal snel opvolgen, lijkt het niet onevenredig bezwarend om het gunningbesluit aan te merken als een niet-

112 Zie echter CBb 3 juni 2009, AB 2009/374. In deze uitspraak had de gemeenteraad van Den Haag de Verordening op de kansspelen gewijzigd. Door de wijziging werd het maximumaantal te verlenen exploitatievergunningen per deelgebied gewijzigd. Uit een toelichting bleek dat met de wijziging beoogd werd een vergunning te kunnen verlenen aan één bepaalde exploitant om een speelautomatenhal te kunnen openen. Het CBb oordeelt dat sprake is van een algemeen verbindend voorschrift waartegen geen bezwaar openstaat. Wolswinkel wijst in zijn noot erop dat een besluit tot vaststelling van een subsidieplafond wel wordt aangemerkt als een (appellabel) concretiserend besluit van algemene strekking. Dit heeft tot gevolg dat een plafond in een verordening (als weigeringsgrond) niet appellabel is, terwijl een plafond in een separaat (uitvoerings) besluit wel appellabel zou zijn. Wolswinkel vraagt zich terecht af of dit een gelukkige keuze is.

113 HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98.

appellabel voorbereidingsbesluit en het definitieve verleningsbesluit (fase 5) als appellabel besluit. Dit zou anders kunnen zijn indien vernietiging van het besluit in het licht van het Alcatel-arrest onvoldoende rechtsbescherming zou bieden. In dat geval zou juist het gunningbesluit appellabel moeten zijn, om verlening te kunnen voorkomen.

Uit het voorgaande volgt dat een aantal van de tussenbeslissingen appellabel is. Het is echter de vraag of dit wenselijk is. Widdershoven e.a.[114] benadrukken dat gelet op het feit dat na de tussenbeslissing de vervolgprocedure wordt voortgezet, het noodzakelijk is dat de rechtmatigheid van het besluit op korte termijn kan worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Gelet op de zeer terughoudende toetsing van de voorzieningenrechter en bovendien het voorlopige karakter van de uitspraak in geval van een voorlopige voorziening hangende de bezwaarschriftenprocedure, zou ook de bezwaarprocedure overgeslagen moeten worden en zou direct beroep mogelijk moeten zijn. Van Ommeren is juist van mening dat een groot aantal appellabele besluiten uit een oogpunt van proceseconomie onwenselijk is. Hij stelt voor dat uitsluitend fase 1 (plafondbesluit) en fase 5 (verlening) appellabel zijn, maar de tussenliggende beslissingen niet. Ook hij erkent echter dat rechtspraak tijd kost, waardoor de gevolgen van een besluit soms niet meer terug te draaien zijn en slechts schadevergoeding rest. Op grond van het transparantiebeginsel moet de gevolgde procedure ter toetsing aan een rechter kunnen worden voorgelegd. Net als Van Ommeren vrees ik dat het appellabel maken van de diverse tussenbeslissingen het proces niet ten goede komt. Zo is het mogelijk dat een bestuursorgaan 'zekerheidshalve' het gehele verleningsproces stillegt totdat er een rechterlijke uitspraak is over de rechtmatigheid van een tussenbeslissing. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat procedures jarenlang duren voordat een verleningsbesluit wordt genomen. Dit is onwenselijk. De wetgever zou er daarom voor kunnen kiezen om in de Awb op te nemen dat de tussenbeslissingen en het verleningsbesluit voor de mogelijkheid van beroep als één besluit worden aangemerkt.[115] Wel zou omwille van de voortgang van de procedure ervoor gekozen kunnen worden om de bezwaarprocedure over te slaan en direct beroep mogelijk te maken. Ook zal zo veel mogelijk van bestaande en toekomstige processuele middelen gebruikgemaakt moeten worden die de procedure versnellen, zoals het toepassen van de mogelijkheid van kortsluiting en de bestuurlijke lus.

*Bestaande regelingen voor schaarse besluiten*

Het verlenen van besluiten naar aanleiding van een veiling of andere verdelingsprocedure gebeurt nu al op beperkte schaal in Nederland. Zo is voor de verdeling van frequentievergunningen een regeling opgenomen in de Tw, worden subsidies soms verleend op basis van een 'beauty contest' en worden concessies verleend op grond van de Wp2000. Deze bestaande regelingen zouden als voorbeeld kunnen dienen voor een algemene regeling in de Awb. Op deze drie bestaande regelingen wordt daarom hierna kort ingegaan.

114 Widdershoven e.a. 2007, p. 205-206.
115 Vgl. art. 46 lid 6 Woningwet.

**Frequentievergunningen**

Paragraaf 3.2 van de Tw bevat een regeling voor vergunningverlening voor het gebruik van frequentieruimte. Artikel 3.3 lid 4 Tw bepaalt dat de verlening van frequentievergunningen geschiedt (a) op volgorde van binnenkomst van de aanvragen; (b) door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, of (c) door middel van een veiling. Deze regeling is nader uitgewerkt in het Frequentiebesluit. In dit besluit kunnen diverse bepalingen worden gevonden die voortvloeien uit het transparantiebeginsel. Zo bepaalt artikel 4 dat bij ministeriële regeling regels worden gesteld omtrent de indiening van de aanvraag tot vergunning en omtrent de inhoud van de aanvragen en de daarbij te overleggen gegevens. Artikel 8 bepaalt vervolgens dat bij ministeriële regeling in het kader van de behandeling van een aanvraag regels worden gesteld omtrent de wijze waarop de veiling of de vergelijkende toets plaatsvindt.[116] Het Frequentiebesluit is ten behoeve van meer veilingen uitgewerkt in meer ministeriële regelingen.[117] Zo bepaalt de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007 wanneer en waar een aanvraag kan worden ingediend[118], waaraan de vorm en inhoud van de aanvraag moeten voldoen[119], welke eisen aan

116 In het geval van een veiling hebben deze bedoelde regels in elk geval betrekking op: (a) de wijze waarop een bod wordt uitgebracht; (b) de eisen die aan een geldig bod worden gesteld; (c) de zekerheidstelling dat een bod gestand wordt gedaan of kosten en schade kunnen worden verhaald; (d) maatregelen ten behoeve van een ongestoord verloop van de veiling; (e) de bij veiling toe te passen methode ter vaststelling van het bod waarvan de uitbrenger in aanmerking komt voor verlening van de vergunning; (f) de eisen die gesteld worden met betrekking tot de wijze van betaling en het tijdstip waarop degene aan wie de vergunning wordt verleend deze betaling moet hebben verricht; (g) de gevallen waarin, de termijn waarbinnen en de voorwaarden waaronder er opnieuw wordt geveild zonder dat er sprake is van een nieuwe veilingprocedure. In het geval van een vergelijkende toets hebben deze regels in elk geval betrekking op de criteria waarmee de kwaliteit van de aanvraag of de kwaliteit van de aanvrager wordt bepaald. In het geval van een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod, kunnen de regels eveneens betrekking hebben op: (a) de gevallen waarin een financieel bod wordt uitgebracht, alsmede de wijze waarop dat bod wordt uitgebracht; (b) de eisen die aan een geldig financieel bod worden gesteld; (c) de zekerheidstelling dat een financieel bod gestand wordt gedaan of kosten en schade kunnen worden verhaald; (d) de eisen die gesteld worden met betrekking tot de wijze van betaling van het financieel bod en het tijdstip waarop degene aan wie de vergunning wordt verleend deze betaling moet hebben verricht.

117 De regels voor de vergunningverdeling zijn vervolgens uitgewerkt in diverse ministeriële regelingen, namelijk het Besluit bekendmaking via de procedure veilen verdelen van twee vergunningen voor frequentieruimte t.b.v. digitale omroep, het Besluit vaststelling twee vergunningen voor digitale omroep zoals na procedure van veiling worden verleend, de Regeling aanvraag en toelating vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte, de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003, de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007, de Regeling aanvraag vergunning en uitvoering vergelijkende toets DVB-T, de Regeling aanvraag vergunning voor IMT-2000, de Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor PAMR, de Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor WLL, de Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor WLL 26 GHz, de Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrechten frequentieruimte voor digitale omroep alsmede vaststelling van een maximum aan te verwerven digitale omroepfrequentieruimte, de Regeling veiling gebruiksrecht radio-frequenties voor IMT-2000, en de Regeling vervolg verdeling frequenties commerciële radio-omroep 2003.

118 Art. 4 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.

119 Art. 5 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.

de hoedanigheid van de aanvrager worden gesteld[120], welke eisen aan de kennis en ervaring van de aanvrager worden gesteld[121] en wat de toetsingscriteria zijn.[122]

Voor een algemene regeling in de Awb zou overwogen kunnen worden in algemene zin op te nemen op welke wijzen de besluiten kunnen worden verdeeld. Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden:

'1. Indien een plafond wordt vastgesteld, geschiedt de besluitvorming omtrent schaarse besluiten:
   a. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen;
   b. door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, of
   c. door middel van een veiling.
2. Bij algemeen verbindend voorschrift of bij beleidsregel worden de regels gesteld omtrent de te volgen procedure en de selectie- en gunningscriteria.'

**Subsidieverlening**

Ook in het subsidierecht wordt steeds vaker gebruikgemaakt van een systeem van subsidietendering. Prenen heeft recentelijk de gevolgen van aanbestedingsrechtelijke beginselen op het subsidierecht beschreven.[123]

Een voorbeeld van een subsidietender is de verlening van subsidies op grond van het Subsidiebesluit Ministerie van Buitenlandse Zaken. Op grond van dit besluit kan de minister subsidie verlenen totdat een subsidieplafond is bereikt. Artikel 7 bepaalt dat de minister subsidieaanvragen behandelt in volgorde van binnenkomst, tenzij de minister bij de bekendmaking van zijn beleidsregels dan wel het subsidieplafond bepaalt dat er een vergelijkende toets zal plaatsvinden.[124] Een van deze beleidsregels is de 'Beleidsregels en subsidieplafond Medefinancieringsstelsel II'. Op grond van deze beleidsregel vindt de verdeling van het subsidieplafond plaats aan de hand van de uitkomsten van een kwalitatieve beoordeling van de aanvragen. De maatstaven voor deze beoordeling worden in de bijlage genoemd. Die bijlage is het Subsidiebeleidskader Medefinancieringsstelsel 2011-2015 (MFS II) en bevat zowel selectie- als gunningcriteria. Na een eerste beoordeling in de eerste fase kunnen maximaal dertig aanvragers door naar de tweede fase, alwaar een verdere beoordeling zal plaatsvinden.

De beoordeling van de aanvragen vindt ambtelijk plaats. Vervolgens wordt deze ambtelijke beoordeling voorgelegd aan een externe adviescommissie. De minister neemt ten slotte een besluit op grond van de bevindingen van deze commissie. Op deze procedureregeling heeft de uitspraak van de ABRvS van 10 december

120 Art. 12 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.
121 Art. 13 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.
122 Art. 15 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.
123 E.C.L. Prenen, Subsidietendering; In de greep van de beginselen van het aanbestedingsrecht, Gemeentestem 2009, 7320, p. 315 e.v.
124 Art. 7 lid 3 luidt als volgt: 'In afwijking van het eerste en tweede lid kan Onze Minister bij de bekendmaking van zijn beleidsregels dan wel het subsidieplafond bepalen dat met het oog op een onderlinge afweging van aanvragen dan wel met het oog op een spreiding van uitgaven over het subsidietijdvak op aanvragen wordt beslist na een of meer bepaalde data. Daarbij kan Onze Minister bepalen dat met het oog op een verdeling van de beschikbare middelen de aanvragen die voor de aangeduide datum worden ingediend, worden gerangschikt naar bij de bekendmaking aangeduide maatstaven.'

2008[125] betrekking. De uitspraak is gewezen in het kader van MFS I. Uit de uitspraak blijkt dat de adviescommissie ten behoeve van de beoordeling van de aanvragen een beoordelingshandleiding had opgesteld en de aanvragen heeft beoordeeld aan de hand van die handleiding en een gestandaardiseerd beoordelingsformulier. De adviescommissie adviseerde de aanvraag van Plan Nederland af te wijzen en de minister heeft dit advies gevolgd. Plan Nederland én de minister zelf beschikken niet over een exemplaar van de beoordelingshandleiding en het beoordelingsformulier, maar wel over het beoordelings- en eindrapport. De ABRvS oordeelde dat het advies van de commissie hiermee voldoende controleerbaar was. De vergewisplicht van artikel 3:9 Awb betekende niet dat de handleiding en het formulier door de minister op juistheid gecontroleerd hoefden te worden. De handleiding en het formulier hoefden volgens de ABRvS ook niet aan Plan Nederland verstrekt te worden, omdat geen sprake was van tot het geding behorende stukken (ex art. 7:4 lid 2 Awb). De handleiding en het formulier maakten namelijk geen deel uit van het uitgebrachte advies. In de uitspraak wordt niet (expliciet) ingegaan op het transparantiebeginsel. Het is echter de vraag of de subsidieverleningsprocedure wel in overeenstemming met dit beginsel is verlopen. Op grond van het transparantiebeginsel dienen de aanvragers te kunnen beschikken over de selectie- en toetsingscriteria. Deze criteria zijn neergelegd in MSF I (en nu MSF II). Op het eerste gezicht lijkt dan ook aan deze voorwaarde voldaan te worden. Op basis van MSF I heeft de adviescommissie echter nóg een (interne) handleiding opgesteld. De aanvragers hebben van deze handleiding geen kennis kunnen nemen. Dit is toch moeilijk transparant te noemen. Wellicht had de tekst van de handleiding voor de aanvragers aanleiding kunnen zijn om hun aanvraag anders vorm te geven. Nu kan betoogd worden dat de handleiding slechts een herhaling is van de beleidsregel en dat openbaarmaking dus niet nodig is. Hier kan echter weer tegen ingebracht worden dat het transparantiebeginsel verlangt dat een besluit controleerbaar is. Zonder de handleiding was dit echter voor Plan Nederland, de minister en de rechterlijke macht niet te controleren.

In een andere uitspraak over MSF I[126] komt het transparantiebeginsel ook indirect naar voren. NIZA betoogde dat zij ten onrechte niet in de gelegenheid was gesteld aanvullende informatie te verstrekken. De ABRvS maakt hier terecht korte metten mee en oordeelt dat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet verdraagt met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in een tendersysteem centraal staat.

Ten slotte wijs ik nog op een tweetal uitspraken van de Rechtbank Arnhem.[127] In beide uitspraken waren aanvragen tot subsidieverlening geweigerd na een tender. De rechtbank overweegt allereerst dat het bestuursorgaan over een grote mate van beoordelingsvrijheid beschikt en dat de rechtbank daarom terughoudend moet toetsen. Desalniettemin worden beide beroepen gegrond verklaard, omdat het bestuursorgaan niet dan wel onvoldoende had aangegeven hoe de geweigerde aanvraag scoorde ten opzichte van de andere aanvragen. Uit de stukken bleek niet hoe de aanvragen zich tot elkaar verhielden. Daarom was het besluit niet toetsbaar en

125 ABRvS 10 december 2008, zaaknummer 200801295/1.
126 ABRvS 15 september 2009, zaaknummer 200807322/1.
127 Rb. Arnhem 20 juli 2007, LJN BB1054 en 31 januari 2008, LJN BC3256.

daarmee onvoldoende gemotiveerd. De rechtbank vernietigt beide besluiten wegens strijd met artikel 7:12 Awb (motiveringsgebrek). De rechtbank had de besluiten echter ook in strijd met het transparantiebeginsel kunnen achten.

**Wet personenvervoer 2000 (Wp2000)**

Ten slotte de Wp2000. Artikel 19 e.v. bevat een regeling voor de verlening van concessies voor het verrichten van openbaar vervoer. In de wet is ook bepaald hoe de aanbesteding voor de concessieverlening geschiedt. Zo is onder meer bepaald dat er een Programma van Eisen en ook een aanbestedingsreglement moet worden opgesteld. In het Besluit personenvervoer 2000 (Bp2000) zijn aanvullende bepalingen opgenomen. Bovendien is bepaald dat een aantal artikelen uit het Bao van overeenkomstige toepassing is. Ook artikel 2 van het Bao, dat bepaalt dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen, is van overeenkomstige toepassing. Hoewel de concessieverlening wel een zeer specifieke (Europese) achtergrond heeft, blijkt hieruit dat het toepassen van aanbestedingsregels niet uitsluitend voorbehouden is aan de civiele rechter, maar dat ook de bestuursrechter in staat is dergelijke procedures te beoordelen binnen onder meer het besluitbegrip van de Awb.

*Een regeling voor schaarse besluiten*

In deze paragraaf is diverse malen opgemerkt dat sommige bepalingen van de Awb zich niet goed lijken te verenigen met de verdeling van schaarse besluiten en meer in het bijzonder met het transparantiebeginsel. In een regeling in de Awb voor de verdeling van schaarse besluiten zouden de volgende elementen kunnen worden opgenomen:

a. Een definitie van het begrip 'schaars besluit'.
   In dit preadvies is uitgegaan van de volgende omschrijving: 'Onder schaars besluit wordt verstaan: een besluit dat door een bestuursorgaan wordt verleend in een situatie waarbij het aantal beschikbare besluiten beperkt is door schaarste.'
b. Een definitie van het begrip 'plafond' en de verplichting voor het bestuursorgaan om dit plafond voorafgaand aan de procedure vast te stellen.
   Aangesloten zou kunnen worden bij artikel 4:22 Awb met de volgende omschrijving: 'Onder plafond wordt verstaan: het aantal besluiten dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is krachtens een bepaald wettelijk voorschrift.'
   Daarnaast zou aangesloten kunnen worden bij artikel 4:27 lid 1 Awb: 'Het plafond wordt bekendgemaakt voor de aanvang van het tijdvak waarvoor het is vastgesteld.'
c. Een omschrijving van de mogelijke verdelingsprocedures, namelijk (1) verlening op grond van de volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst; (2) loting; (3) vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een financieel bod; (4) veiling; of (5) aanbesteding; alsmede de verplichting voor het bestuursorgaan om een keuze te maken voor de te volgen procedure en deze voorafgaand aan de procedure bekend te maken.
   Hierbij zou aangesloten kunnen worden bij artikel 4:26 Awb en artikel 3.3 Tw met een volgende omschrijving:

‘1. Indien een plafond wordt vastgesteld, geschiedt de besluitvorming omtrent schaarse besluiten:
   a. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen;
   b. door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod;
   c. door middel van een veiling of
   d. door middel van een aanbesteding.
2. Bij of krachtens wettelijk voorschrift worden de wijze van besluitvorming, de verdeling en de wijze van verdeling van het beschikbare bedrag bekendgemaakt. De bekendmaking geschiedt tegelijk met de vaststelling van het plafond.
3. Bij algemeen verbindend voorschrift of bij beleidsregel worden tegelijk met het vaststellen van het plafond de regels vastgesteld omtrent de te volgen procedure en de selectie- en gunningcriteria.
4. Het bestuursorgaan wijzigt de regels omtrent de te volgen procedure en de selectie- en gunningcriteria zoals bedoeld in het vorige lid gedurende de verleningsprocedure niet. Artikel 4:84 Awb blijft buiten toepassing.’

De aanvang van de verdelingsprocedure zal op een passende wijze bekendgemaakt moeten worden.
Wat een passende wijze van bekendmaking is, kan niet in algemene zin gezegd worden. Dit hangt af van de omstandigheden van het geval. In sommige gevallen zal een bekendmaking in een lokaal huis-aan-huisblad voldoende zijn, bijvoorbeeld voor een lokale subsidieregeling, maar dit zal slechts zeer beperkt het geval zijn. Gelet op het feit dat na de inwerkingtreding van de Wet elektronische bekendmakingen voor decentrale overheden (verwacht met ingang van 1 januari 2011) ook alle lokale bekendmakingen te vinden zullen zijn op internet, zal in dat geval snel sprake zijn van een passende bekendmaking. Voor de tekst van een bepaling zou ook aangesloten kunnen worden bij de regeling neergelegd in artikel 3:12 Awb. De bepaling zou dan als volgt kunnen luiden:

‘1. Voorafgaand aan de aanvang van de procedure geeft het bestuursorgaan in een of meer dag-, nieuws-, of huis-aan-huisbladen of op een andere geschikte wijze kennis van het voornemen een verdelingsprocedure aan te vangen. Volstaan kan worden met het vermelden van de zakelijke inhoud.
2. Indien het een besluit van een tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan betreft, wordt de kennisgeving in ieder geval in de Staatscourant geplaatst, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.
3. In de kennisgeving wordt vermeld:
   a. waar en wanneer de stukken ter inzage zullen liggen;
   b. wie in de gelegenheid worden gesteld om een aanvraag in te dienen; en
   c. op welke wijze dit kan geschieden.’

d. Een verplichting om bij wettelijk voorschrift of beleidsregel de selectie- en gunningcriteria vast te stellen (het ‘reglement’).
   Hiervoor onder (c) is hiervoor al een mogelijke omschrijving weergegeven. Voordat de verdelingsprocedure begint, zullen deze criteria vastgesteld en bekendgemaakt moeten zijn, zodat alle potentiële aanvragers hiervan kennis kunnen nemen.

e. Een uitzondering op artikel 4:84 Awb of meer in het algemeen een verbod om van het 'reglement' af te wijken. De eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) mogen gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden.
   Hiervoor onder (c) is hiervoor al een mogelijke omschrijving weergegeven. Na het verstrijken van de aanvraagtermijn kunnen aanvragen niet meer gewijzigd of aangevuld worden en mag het bestuursorgaan ook niet vragen om aanvullende informatie. Artikel 4:5 Awb kan dan ook niet worden toegepast. Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden: 'Nadat de termijn om een aanvraag in te dienen is verstreken, kan de aanvrager noch uit eigener beweging noch op verzoek van het bestuursorgaan de ingediende aanvraag wijzigen of aanvullen.'
f. Een bepaling dat het bestuursorgaan het verleningsbesluit algemeen bekend moet maken.
   Voor een dergelijke bepaling zou aangesloten kunnen worden bij de algemene bekendmaking van besluiten die niet tot één of meer belanghebbenden zijn gericht zoals neergelegd in artikel 3:42 Awb.
g. Een bepaling dat na verlening van het besluit, het bestuursorgaan niet bevoegd is wezenlijke wijzigingen in het besluit aan te brengen. Indien het bestuursorgaan dit wenst, zal het besluit ingetrokken moeten worden en zal een nieuwe verdelingsprocedure gevolgd moeten worden.
   Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden: 'Het bestuursorgaan brengt in een besluit dat is verleend na toepassing van de procedure zoals neergelegd in deze afdeling geen wezenlijke wijzigingen aan.'
h. Een omschrijving van de (tussen)beslissingen die appellabel zijn. In het kader van een goede procesorde is het niet wenselijk alle (tussen)beslissingen zelfstandig appellabel te laten zijn. De diverse besluiten zouden voor beroep kunnen worden aangemerkt als één besluit. Daarnaast zou wel overwogen kunnen worden de bezwaarfase over te slaan en direct beroep mogelijk te maken. Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden:

   '1. Geen beroep kan worden ingesteld tegen een bijkomend besluit van hetzelfde bestuursorgaan waaronder in ieder geval wordt begrepen het besluit waarbij de selectie- en gunningcriteria worden vastgesteld en het besluit tot toelating van een belanghebbende tot de procedure.
   2. Beroep kan worden ingesteld tegen het besluit omtrent het vaststellen van het subsidieplafond en het besluit waarbij na het volgen van de procedure van deze afdeling wordt beslist op de aanvraag.
   3. Bijkomende besluiten als bedoeld in het eerste lid, worden voor de mogelijkheid van beroep als één besluit aangemerkt.
   4. Artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing op de besluiten genoemd in het tweede lid.
   5. Het eerste tot en met het vierde lid zijn van overeenkomstige toepassing op een verzoek om voorlopige voorziening.'

## 4.4 Tussenconclusie

Widdershoven e.a.[128] concludeerden in 2006 dat het inbouwen van het transparantiebeginsel in de Awb nog niet urgent was. De reden hiervoor was dat de positiefrechtelijke betekenis van het beginsel voor het bestuursrecht nog beperkt was. Dit zou echter kunnen veranderen, vooral als de bijzondere wetgever bij de verdeling van zogenoemde 'schaarse vergunningen' vaker voor andere verdelingsmechanismen dan het systeem van '*first come, first served*' zou kiezen. Daarnaast zou het belang van het beginsel toenemen in verband met de implementatie van de Dienstenrichtlijn, omdat het beginsel dan voor een mogelijk grote groep (schaarse en niet-schaarse) vergunningen dwingend wordt voorgeschreven. Inmiddels zijn drie jaar verstreken en kan de vraag worden gesteld of aanpassing van de Awb nu wel nodig is.

De afgelopen jaren heeft het transparantiebeginsel zich verder ontwikkeld. Uit het voorgaande blijkt dat het transparantiebeginsel ook toegepast zou kunnen worden bij de verlening van schaarse besluiten. De ratio van het transparantiebeginsel is immers om de mededinging te vergroten en besluiten te kunnen toetsen op onpartijdigheid. Er is geen reden om dit te beperken tot het traditionele aanbestedingsrecht. Er zijn grote overeenkomsten met schaarse besluiten die worden verleend na een vergelijkende toets of veiling.

Een andere vraag is of het transparantiebeginsel ook voor alle besluiten zou moeten gelden en of codificatie in afdeling 3.2 Awb wenselijk is. Naar mijn mening is het hiervoor (nog) te vroeg. Het verdient de voorkeur dat het transparantiebeginsel zich eerst ontwikkelt als ongeschreven (maar wel zelfstandig) beginsel. Het transparantiebeginsel lijkt wel een eigen zelfstandige betekenis te hebben en toegevoegde waarde te kunnen hebben voor het bestuursrecht, maar de omvang van het beginsel is nog onvoldoende duidelijk afgebakend. Daarom zou het beginsel via jurisprudentie eerst verduidelijkt kunnen worden. Pas daarna zou tot codificatie kunnen worden overgegaan. Bepaalde elementen van het transparantiebeginsel zijn echter wel duidelijk. Deze elementen kunnen toegepast worden bij de verlening van schaarse besluiten, inclusief subsidieverlening. Deze elementen zijn soms neergelegd in bijzondere wetgeving en volgen soms impliciet uit jurisprudentie. Door het invoeren van een aparte regeling in de Awb zouden deze randvoorwaarden in één algemene regeling neergelegd kunnen worden. Hiervoor is een overzicht gegeven van de elementen die deze regeling zou kunnen bevatten.

128 Widdershoven e.a. 2007.

# 5 Slotbeschouwing

In de inleiding van dit preadvies heb ik al aangegeven dat het transparantiebeginsel tot op heden niet wordt (h)erkend als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Binnen het aanbestedingsrecht wordt het echter wel als een van de kernbeginselen erkend. Om deze reden is in de paragrafen 2 en 3 uitvoerig ingegaan op dit aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel. Ook is gekeken naar de transparantieverplichtingen die zijn opgenomen in de Dienstenrichtlijn. Daaruit bleek dat het transparantiebeginsel kan worden afgeleid uit het EG-Verdrag. Blijkens jurisprudentie kunnen de vrijheid van vestiging en diensten (art. 43 en 49 EG-Verdrag) slechts beperkt worden indien de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie op grond van nationaliteit én transparantie in acht worden genomen. Het is daarmee een uit het primaire recht voortvloeiende verplichting. Dit heeft tot gevolg dat het transparantiebeginsel moet worden aangemerkt als een fundamentele regel van het EG-Verdrag.

Het doel van het transparantiebeginsel is dat procedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het transparantiebeginsel heeft ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door het bestuursorgaan wordt uitgebannen. Alle (potentiële) aanvragers moeten evenveel kans hebben. Om dit te realiseren, zal de verdelingsprocedure bekendgemaakt moeten worden. De procedure kan in drie fases worden verdeeld, namelijk de 'opening', de 'uitvoering' en de 'afsluiting' van de procedure.

Met de 'opening van de procedure' bedoel ik dat het bestuursorgaan bekend zal moeten maken dat er een verdelingsprocedure zal worden gevolgd. Aan iedere potentiële aanvrager zal de procedure op een passende wijze bekendgemaakt moeten worden. De wijze van bekendmaking zal hierop aangepast moeten worden. De bekendmaking moet ook alle relevante informatie bevatten.

Met de 'uitvoering van de procedure' bedoel ik dat een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moet worden. Dit betekent dat de criteria waarop de aanvragen beoordeeld zullen worden van tevoren vastgelegd moeten worden en ook openbaar gemaakt moeten worden. De criteria (en de uitleg daarvan) mogen gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden en moeten zo zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze interpreteren. Ook de termijn voor het indienen van aanvragen moet gelijk zijn, hetgeen betekent dat aanvragen na het sluiten van de termijn ook niet meer gewijzigd kunnen worden.

Met de 'afsluiting van de procedure' bedoel ik allereerst het bekendmaken van het besluit waarbij de vergunning, concessie, subsidie, enzovoort verleend wordt. Na deze bekendmaking zal er rechtsbescherming tegen dit besluit moeten openstaan. Om de rechtsbescherming doeltreffend te maken, zal het besluit gemotiveerd moeten worden.

In paragraaf 4 is ingegaan op de mogelijkheden om het transparantiebeginsel toe te passen binnen het bestuursrecht. Op dit moment heeft het transparantiebeginsel nog geen algemene gelding. Er is een aantal aanknopingspunten om het beginsel wel een dergelijk algemene gelding te geven. Nu het HvJ EG het transparantiebeginsel heeft aangemerkt als een primair EG-beginsel, krijgt het beginsel een steeds ruimer toepassingsbereik. Het is niet goed verdedigbaar dat bepaalde rechtswaarborgen uitsluitend van toepassing zijn op grensoverschrijdende geschillen. In 2006 heeft de derde evaluatie van de Awb plaatsgevonden. In dit verband zijn drie mogelijkheden genoemd om het transparantiebeginsel (gedeeltelijk) te codificeren, namelijk (1) codificatie in afdeling 3.2 Awb, (2) aanpassing van titel 4.3 Awb (beleidsregels) en (3) aanvulling van de Awb met een verdelingsregeling voor schaarse vergunningen. Op deze drie mogelijkheden tot wijziging van de Awb is in paragraaf 4 ingegaan.

Het is naar mijn mening nog te vroeg om over te gaan tot codificatie van het transparantiebeginsel. Hiervoor is de omvang van het beginsel nog onvoldoende duidelijk. Het zou mijn voorkeur hebben als het beginsel eerst gaat functioneren als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur. Het beginsel zou namelijk wel een toegevoegde waarde hebben voor het bestuursrecht. Het beginsel heeft weliswaar een overlap met bestaande beginselen van behoorlijk bestuur, maar plaatst deze bestaande beginselen wel in een geheel andere context door de andere doelstelling. Door de bestaande beginselen in deze context te bundelen en te articuleren als het transparantiebeginsel wordt er een toegevoegde waarde gecreëerd.

Nu het beginsel nog onvoldoende vastomlijnd is om tot codificatie over te gaan, zou overwogen kunnen worden om deelelementen van het transparantiebeginsel die wel duidelijk zijn wel te codificeren.

In het kader van de 'opening van de procedure' zou overwogen kunnen worden om voortaan alle aanvragen tot besluiten bekend te maken. Een dergelijke verplichting vloeit echter niet voort uit het transparantiebeginsel zoals dat volgt uit de huidige jurisprudentie van het HvJ EG. Deze jurisprudentie heeft immers alleen betrekking op situaties van schaarste waarbij de overheid iets 'aanbiedt' en daar meer gegadigden voor zijn. Indien wordt gekozen voor een algemene regeling in de Awb voor schaarse besluiten, zal daarin wel een kennisgevingsplicht van de opening van de verleningsprocedure opgenomen moeten worden.

De tweede fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'uitvoering van de procedure'. Dit betekent dat de criteria op basis waarvan aanvragen beoordeeld worden, van tevoren vastgelegd moeten worden en ook openbaar gemaakt moeten worden. De criteria kunnen vastgelegd worden in een wettelijk voorschrift, maar kunnen ook worden vastgelegd in beleidsregels. De Awb kent geen verplichting om bij het gebruik van bevoegdheden beleidsregels vast te stellen. Een dergelijke verplichting voor alle besluiten is disproportioneel, maar zou wel in een regeling voor schaarse besluiten opgenomen kunnen worden. Daarbij is ook van belang dat de vrijheid van het bestuursorgaan zoals neergelegd in artikel 4:81 Awb nu al beperkt wordt door beginselen als het rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel. Naast het van tevoren vastleggen van de criteria is er een tweede element dat voortvloeit uit het transparantiebeginsel. Dit tweede element is dat de eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) gedurende de procedure niet meer gewijzigd mogen worden. Dit element staat op gespannen voet met de in-

herente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. Ten derde is van belang dat aanvragen na het sluiten van de termijn ook niet meer gewijzigd kunnen worden. Dit betekent dat artikel 4:5 Awb niet kan worden toegepast. Ten slotte is nog van belang dat nadat een besluit is verleend de mogelijkheden om dit besluit te wijzigen beperkt zijn. Indien sprake is van een wezenlijke wijziging van het besluit, zal een nieuwe verdelingsprocedure gevolgd moeten worden.

De derde fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'afsluiting van de procedure'. Dat een besluit gemotiveerd moet worden en dat daartegen rechtsbescherming openstaat, is reeds in de Awb geregeld. De Awb bevat echter geen algemene verplichting om besluiten bekend te maken. In veel gevallen is bekendmaking aan de geadresseerde voldoende. Niet kan worden uitgesloten dat een dergelijke beperkte bekendmaking in strijd is met het transparantiebeginsel. Een ruimere bekendmakingsregeling zou in algemene zin in de Awb kunnen worden opgenomen, maar in ieder geval in een regeling voor schaarse besluiten.

Het algemeen codificeren van het transparantiebeginsel is ook onwenselijk, omdat het te verstrekkend zou zijn. Het beginsel is immers met name of zelfs uitsluitend bedoeld voor de verdeling van schaarse besluiten. Overwogen zou dan ook kunnen worden een aparte afdeling in de Awb op te nemen voor de wijze van de verdeling van schaarse besluiten. Op dit moment zijn reeds in diverse bijzondere wetten, zoals de Telecommunicatiewet en de Wet personenvervoer 2000, regelingen opgenomen voor de verdeling van dergelijke besluiten. In paragraaf 4.3 is een overzicht opgenomen van de elementen die in een regeling in de Awb zouden kunnen worden opgenomen. Het betreft de volgende elementen:

- een definitie van het begrip 'schaars besluit';
- een definitie van het begrip 'plafond' en de verplichting voor het bestuursorgaan om dit plafond voorafgaand aan de procedure vast te stellen;
- een omschrijving van de mogelijke verdelingsprocedures, namelijk (1) verlening op grond van de volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst; (2) loting; (3) vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een financieel bod; (4) veiling; of (5) aanbesteding; alsmede de verplichting voor het bestuursorgaan om een keuze te maken voor de te volgen procedure en deze voorafgaand aan de procedure bekend te maken;
- een passende wijze van bekendmaking van de aanvang van de verdelingsprocedure;
- een verplichting om de selectie- en gunningcriteria bij wettelijk voorschrift of beleidsregel vast te stellen (het 'reglement');
- een uitzondering op artikel 4:84 Awb of meer in het algemeen een verbod om van het 'reglement' af te wijken. De eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) mogen gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden;
- een afwijking van artikel 4:5 Awb, omdat deze niet kan worden toegepast. Na het verstrijken van de aanvraagtermijn kunnen aanvragen niet meer gewijzigd of aangevuld worden en mag het bestuursorgaan ook niet vragen om aanvullende informatie;
- een bepaling dat het bestuursorgaan het verleningsbesluit algemeen bekend moet maken;
- een bepaling dat na verlening van het besluit het bestuursorgaan niet bevoegd is wezenlijke wijzigingen in het besluit aan te brengen. Indien het bestuursorgaan dit toch wenst, zal het besluit ingetrokken moeten worden en zal een nieuwe verdelingsprocedure gevolgd moeten worden;

– een omschrijving van de (tussen)beslissingen die appellabel zijn en of de bezwaarfase kan worden overgeslagen en direct beroep mogelijk is.

Uit het voorgaande kan dan ook worden geconcludeerd dat het transparantiebeginsel zou moeten worden erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Daarnaast zou in de Awb een verdelingsregeling voor schaarse besluiten kunnen worden opgenomen. Daarom doe ik hierbij de volgende drie suggesties:
– aan rechtshulpverleners om een direct beroep te doen op het transparantiebeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur;
– aan de rechterlijke macht om in uitspraken expliciet te benoemen dat een besluit in strijd is met het transparantiebeginsel; en
– aan de wetgever om een regeling voor schaarse vergunningen toe te voegen aan de Algemene wet bestuursrecht.

# Stellingen

1. Het transparantiebeginsel moet worden erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.
2. Het transparantiebeginsel moet niet worden gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht.
3. In de Awb moet een regeling worden opgenomen voor de verlening van schaarse besluiten.

# Zakelijk verslag 'Jonge VAR' 27 november 2009

Hierna volgt een verkorte weergave van de discussie naar aanleiding van de preadviezen. De discussie werd geleid door Jaap Polak. Het verslag is opgesteld door Machteld Claessens (Universiteit Leiden).

## Welkomstwoord van de dagvoorzitter: J.E.M. (Jaap) Polak

Op vrijdagmiddag 27 november 2009 opent de heer Polak de bijeenkomst van de Jonge VAR met een welkomstwoord. De heer Polak, lid van het VAR-bestuur, is vandaag dagvoorzitter, ondanks dat hij – in zijn eigen woorden – iets minder jong is dan hoort op een bijeenkomst van de Jonge VAR. In het dagelijks leven is de heer Polak tevens lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en is hij hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

Deze middag staan de algemene rechtsbeginselen in een Europees perspectief centraal. Daar zijn we als VAR en als bestuursrechtjuristen hard aan toe. Gaat het tegenwoordig niet meestal over effectiviteit, bestuurlijke lussen, de snelheid van procedures en productiecijfers? Er wordt kortom bijna nooit meer gesproken over beginselen.

Ongeveer twee maanden geleden vierde de Leidse studievereniging voor Staats- en bestuursrecht Res Publica haar tachtigjarig lustrum waarbij de heer Jit Peeters (hoogleraar staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam) tijdens deze viering heeft gesproken over tachtig jaar staatsrecht en de heer Polak tachtig jaar bestuursrecht voor zijn rekening heeft genomen. De heer Peeters sarde tijdens deze viering de aanwezige bestuursrechtjuristen door te betogen dat het in het bestuursrecht slechts nog gaat over effectiviteit, bestuurlijke lussen en over wie ontvankelijk is, terwijl vroeger in het bestuursrecht nog werd gesproken over beginselen. De heer Polak heeft toen al aangekondigd dat twee maanden later op de Jonge VAR de rechtsbeginselen centraal zouden staan en dat deze stelling dus niet op kon gaan.

Deze rechtsbeginselen zullen besproken worden aan de hand van drie diepgaande doch tegelijk praktische en realistische preadviezen. Maartje Verhoeven zal deze middag als eerste spreken over het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel is zo oud als het staatsrecht, maar het kent nog steeds nieuwe (onbeantwoorde) vragen. Het is een moeilijk onderwerp dat door Maartje Verhoeven *down to earth* wordt benaderd, zonder dat het oppervlakkig wordt.

Jacobine van den Brink zal daarna spreken over het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het probleem bij deze beginselen betreft de uiteenlopende inhoud naar Europese dan wel nationale uitleg. Dit is dan ook een buiten-

gewoon lastig onderwerp waarbij Jacobine van den Brink pleit voor het voortzetten van de dialoog van de nationale rechter met Luxemburg over dit onderwerp.

Annemarie Drahmann zal tot slot het transparantiebeginsel bespreken. Waar iedereen met de andere beginselen in het bestuursrecht vanaf dag één is opgegroeid, is het transparantiebeginsel voor de meesten nog onbekend. De vraag is of dit beginsel, afkomstig uit het Europese recht, ook een toegevoegde waarde zou kunnen hebben binnen de nationale rechtsorde, waarin elementen van dit beginsel al in bestaande beginselen (zorgvuldigheid, gelijkheid) zijn terug te vinden. Het zou mogelijk meer bescherming kunnen bieden aan de burgers.

## Inleiding preadvies van M.J.M. (Maartje) Verhoeven

Het eerste onderwerp dat tijdens de Jonge VAR-bijeenkomst besproken zal worden, is het legaliteitsbeginsel in een communautair perspectief gericht op bestuursorganen. Over dit onderwerp zullen drie aspecten besproken worden, te beginnen met een voorbeeld. Daarna zal worden ingegaan op de vraag wat legaliteit is en zullen twee elementen onderscheiden worden. Tot slot zullen deze elementen nader besproken worden en zal worden ingegaan op de communautaire dimensie.

Om het probleem van het legaliteitsbeginsel in een communautair perspectief ten aanzien van bestuursorganen te verduidelijken, bespreekt mevrouw Verhoeven de zaak DocMorris. Dit is een Duitse zaak met een prejudiciële verwijzing die het afgelopen voorjaar is beslist door het Europese Hof van Justitie. Een Nederlandse internetapotheek (nv) heeft de wens om in Duitsland een filiaal te openen. De eigenaar is op dat moment dus de nv en het filiaal zal worden beheerd door een Duitse apotheker. Hier lijkt geen probleem mee te zijn, maar de Duitse wet kent een zogenoemd *Fremdbesitzverbot*. Dit houdt in dat in beginsel uitsluitend apothekers het recht hebben om eigenaar te zijn van een apotheek en om deze apotheek te exploiteren. Het bevoegde ministerie ontdekt met betrekking tot dit verbod gedurende de behandeling van de vergunning dat dit verbod in strijd is met artikel 43 EG-Verdrag. Het is vanzelfsprekend dat het beheer in handen moet zijn van een apotheker, maar moet ook de eigenaar farmacie hebben gestudeerd? Het bestuursorgaan besloot uiteindelijk de Duitse wet buiten toepassing te laten en verleende de gevraagde vergunning aan DocMorris. Concurrerende apothekersorganisaties zijn tegen deze verleende vergunning in beroep gegaan, hetgeen uiteindelijk tot een zaak bij het Europese Hof van Justitie heeft geleid. Hier zal later in deze presentatie nog op terug worden gekomen.

Het gaat dus om legaliteit. Maar wat is dat eigenlijk? De wet is het centrale uitgangspunt voor het handelen van bestuursorganen. Legaliteit gaat samen met democratie, de rechtsstaat, stabiliteit, voorspelbaarheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Twee elementen zijn binnen het legaliteitsbeginsel te onderscheiden, te weten het primaat van de wet en het vereiste van een wettelijke (bevoegdheids)grondslag.

Het primaat van de wet houdt in dat een bestuursorgaan met betrekking tot al zijn handelingen in overeenstemming met een wet in formele zin moet handelen. Dit zijn dus zowel feitelijke handelingen, individuele beschikkingen als algemeen verbindende voorschriften. Van dit vereiste gaat een bepaalde normenhiërarchie uit. Een probleem met dit uitgangspunt ontstaat in een communautair perspectief, omdat het Europese Hof van Justitie de zogenoemde Costanzo-verplichting heeft aangenomen: het nationale bestuursorgaan is verplicht om bepalingen van nationaal recht

die strijdig zijn met EG-recht buiten toepassing te laten. De gedachtegang bij deze verplichting is helder: de Costanzo-verplichting is de keerzijde van de Simmenthal-verplichting van de nationale rechter. Deze laatste houdt in dat bij rechtstreeks werkende regels particulieren zich mogen beroepen op die bepaling voor de rechter. Het strijdige nationale recht moet dan door de rechter buiten toepassing worden gelaten. Deze verplichting geldt dus ook voor nationale wetgeving in formele zin! Nu deze verplichting voor de rechter bestaat, heeft het Europese Hof van Justitie geoordeeld dat het logisch is dat deze verplichting ook geldt voor handelingen van bestuursorganen. Deze verplichting is ook algemeen geaccepteerd in de lidstaten, zowel in Nederland als in bijvoorbeeld Duitsland en Frankrijk. Het is voor bestuursorganen dus de taak om ambtshalve te voldoen aan alle bindende instrumenten van EG-recht, zijnde het EG-Verdrag, richtlijnen, verordeningen en beschikkingen.

Met betrekking tot het EG-Verdrag is de Italiaanse CIF-zaak noemenswaardig. In deze zaak stond de vraag centraal of de nationale wetgeving buiten toepassing moest worden gelaten wegens strijd met artikel 81 EG-Verdrag. De Italiaanse wetgeving stond namelijk kartelvorming toe en dit was volgens het Europese Hof van Justitie inderdaad niet toegestaan. Het Europese Hof van Justitie verplichtte de Italiaanse mededingingsautoriteit om de nationale wetgeving buiten toepassing te laten. Op deze beslissing kwamen vooral in de Nederlandse literatuur veel heftige reacties, omdat men veronderstelde dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) dan gaat optreden tegen de overheid, wat niet is toegestaan op grond van de Nederlandse Mededingingswet. Deze wet beperkt namelijk de bevoegdheid van de NMa tot ondernemingen. Volgens mevrouw Verhoeven kan dit argument niet opgaan. De mededingingsautoriteit is ook dan een bestuursorgaan in algemene zin. De Costanzo-verplichting geldt voor elk bestuursorgaan en daarom dus ook voor de mededingingsautoriteit. Er is geen sprake van het creëren van een nieuwe bevoegdheid (stelling 3). De CIF-zaak houdt slechts de Costanzo-verplichting in, die is toegepast op een rechtstreeks werkende bepaling van het EG-Verdrag. Deze zaak ziet niet op een algemene bevoegdheid om op te treden tegen de overheid, maar het gaat meer om de bevoegdheid tot het opzij kunnen – en moeten – zetten van strijdig nationaal recht in een onderzoek naar een onderneming.

De Costanzo-verplichting geldt ook ten aanzien van richtlijnen. Zoals bekend geldt bij rechtstreekse werking van richtlijnen het verbod op omgekeerde verticale werking en het verbod op horizontale werking. Als een richtlijn niet tijdig of niet juist geïmplementeerd is in het nationale recht, mag een overheid niet een richtlijnbepaling rechtstreeks toepassen ten nadele van de particulier. De Costanzo-verplichting leidt er echter toe dat weliswaar een rechtstreeks werkende bepaling van een richtlijn niet direct op een particulier mag worden toegepast, maar wel dat de nationale wetgeving wegens strijd met die richtlijnbepaling buiten toepassing wordt gelaten. Bij bijvoorbeeld verlening van een vergunning moeten dan eerst de gronden die in strijd zijn het EG-recht buiten toepassing worden gelaten, waarna het bestuursorgaan de vergunning slechts nog kan verlenen op grond van het nationale recht dat nog wel toegepast mag worden. Een vergunning wordt dan dus mogelijk geweigerd op grond van het overgebleven nationale recht en niet rechtstreeks vanwege bepalingen van een richtlijn. De vraag is dan hoe een bestuursorgaan moet handelen in een driehoekssituatie. Gaat het dan om het bestaan van de rechtstreeks werkende bepaling van een richtlijn of om het daadwerkelijk inroepen door een derde van deze richtlijnbepaling?

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de Boxtel-jurisprudentie gekozen voor de laatste optie. De desbetreffende richtlijnbepaling moet door de derde echt ingeroepen worden, zo niet dan moet de (daarmee strijdige) nationale wetgeving toch toegepast worden. Daarmee lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak de werking van de Costanzo-verplichting te beperken. Het Europese Hof van Justitie heeft nog geen jurisprudentie op dit specifieke punt. Mevrouw Verhoeven is het niet eens met de gekozen lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak. Een bestuursorgaan moet op grond van de Costanzo-verplichting ambtshalve rechtstreeks werkende bepalingen van een richtlijn kunnen toepassen. Indien bestuursorganen in strijd met de Costanzo-verplichting handelen omdat er geen derde is die een beroep doet op de rechtstreeks werkende richtlijnbepaling in kwestie – zoals de Boxtel-jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak impliceert – ontstaat rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. De uitkomst van een vergunningprocedure gaat dan afhangen van de vraag of een derde belanghebbende al dan niet beroep instelt. Zo moeten gemeenten dan bijvoorbeeld eerst aan een milieuorganisatie vragen om in beroep te gaan, om op deze wijze tot een rechtens juist besluit te kunnen komen. Dan pas kan immers de nationale bepaling wegens strijdigheid met de richtlijn buiten toepassing worden gelaten. De rechtstreeks werkende richtlijnbepaling moet daadwerkelijk worden ingeroepen door een derde. Indien geen derde in beroep gaat, is het bestuursorgaan verplicht een onjuist besluit te nemen. Zo'n besluit zal op een later tijdstip dan alsnog onderuit gaan in een procedure bij de bestuursrechter. De Boxtel-jurisprudentie is dan ook in strijd met de Costanzo-verplichting (stelling 4).

In algemene zin kan over de Costanzo-verplichting gezegd worden, dat het bestuursorgaan wordt gedwongen tot het maken van een zeer moeilijke afweging. Bij bijvoorbeeld artikel 81 EG-Verdrag of de vrij verkeersbepalingen zal een bestuursorgaan een bepaalde mate van interpretatie moeten toepassen die in de jurisprudentie is ontwikkeld en dat maakt de afweging nog lastiger. Een rechter heeft dit probleem ook, maar deze heeft ook middelen als de prejudiciële procedure om dit probleem te kunnen oplossen. Daarom zou de Costanzo-verplichting voor bestuursorganen beperkt moeten worden, nu zij niet dergelijke mogelijkheden tot hun beschikking hebben (stelling 2).

Ook de al eerder genoemde DocMorris-zaak geeft deze problemen weer. Het Europese Hof van Justitie bepaalde dat de Duitse wet niet in strijd was met de vrijheid van vestiging (art. 43 EG-Verdrag), zoals wel was aangenomen door het bestuursorgaan in kwestie. De minister had het dus verkeerd beoordeeld. De Duitse regering bepleitte daarom een alternatief op de Costanzo-verplichting dat naar de idee van mevrouw Verhoeven een goed alternatief zou kunnen zijn: de verplichting enkel laten gelden na een rechterlijke uitspraak. Deze beperking zorgt ervoor dat de Costanzo-verplichting beter werkbaar is in de praktijk. Indien er een rechterlijke uitspraak is over de mogelijke strijdigheid, dan kan van het bestuursorgaan verwacht worden dat het aan de Costanzo-verplichting kan voldoen. In andere gevallen is dat veel lastiger. De huidige verplichting van Costanzo gaat dan ook te ver (stelling 2).

Maar deze mogelijkheid kan wel tot praktische problemen leiden, wanneer er bij het opzetten van de nationale regeling geen nieuwe, andere, bevoegdheidsgrondslag is. Waarop kan dan een dergelijke bevoegdheid gebaseerd worden? Dit leidt tot het tweede element van het legaliteitsbeginsel: het vereiste van de wettelijke grondslag. In het kader van het legaliteitsbeginsel en dit tweede element speelt de democratische rechtsstaat een belangrijke rol op de achtergrond. Het volk bepaalt

immers wat de overheid mag doen. Wanneer de communautaire dimensie erbij betrokken wordt, ontstaat daarom de vraag: kan een bepaling van EG-recht als directe bevoegdheidsgrondslag dienen voor het handelen van een bestuursorgaan?

Een eerste belangrijk aspect is dat voor de vraag of een bepaalde bepaling een bevoegdheidsgrondslag inhoudt, duidelijk moet zijn welk bestuursorgaan dan die bevoegdheden mag gaan uitoefenen. Vanwege het beginsel van nationale institutionele autonomie laat de communautaire wetgever het vaak aan lidstaten over om te bepalen aan welk specifiek bestuursorgaan de bevoegdheden moeten worden toebedeeld. Als een EG-bepaling dus niet aangeeft om welk bestuursorgaan het gaat, kan deze bepaling niet als bevoegdheidsgrondslag dienen. Er is dan nog nationaal recht nodig om duidelijk te maken welk bestuursorgaan de desbetreffende bevoegdheden in handen krijgt.

Maar wat als wel duidelijk is welk bestuursorgaan bevoegd is op grond van de EG-bepaling en deze EG-bepaling zich er ten tweede voor leent om als bevoegdheidsgrondslag te dienen? Is een bevoegdheidsgrondslag op grond van EG-recht dan wel mogelijk? Dit verschilt per EG-rechtelijk instrument. Het EG-Verdrag kan in theorie wel als bevoegdheidsgrondslag dienen, maar de EG-bepalingen zijn niet voor een dergelijk doel geschreven. De formuleringen zijn niet als zodanig gericht op een bevoegdheidsgrondslag. Een goed voorbeeld is wederom te vinden in de DocMorris-zaak. Artikel 43 EG-Verdrag bevat een verbodsbepaling en is niet geformuleerd als een bevoegdheidsgrondslag. Het bevat niet een daarvoor benodigde normering en het wijst geen bevoegd orgaan aan. In theorie is het verdrag als instrument er echter wel geschikt voor, omdat het rechtstreekse werking heeft. In een verordening is het in ieder geval mogelijk om een bevoegdheidsgrondslag op te nemen. Gelet op de directe toepasbaarheid is het namelijk vergelijkbaar met een wet in materiële zin (stelling 5). Een richtlijn daarentegen is per definitie geen geschikt instrument voor opneming van een bevoegdheidsgrondslag. Het moet omgezet worden naar nationaal recht en bovendien werken de verboden van horizontale werking en omgekeerde verticale werking niet mee. Ditzelfde geldt ook voor beschikkingen.

Dit alles overziend is mevrouw Verhoeven gekomen tot vijf stellingen. De eerste stelling betreft een stelling in algemene zin. Zo heeft mevrouw Verhoeven laten zien dat men een EG-dimensie kan intekenen in het legaliteitsbeginsel. Dat levert over het algemeen geen erge problemen op met uitzondering van de Costanzoverplichting die te absoluut is. Deze zou genuanceerd moeten worden, waar mevrouw Verhoeven voor pleit in stelling 2. Stelling 3 en 4 gaan in op de situatie dat er een botsing is tussen het nationale recht en het EG-recht. Het bestuursorgaan is dan genoodzaakt om het nationale recht opzij te zetten. Dit geldt voor alle EG-rechtelijke instrumenten. Het arrest CIF bevestigt dit voor het EG-Verdrag en arresten als Costanzo voor de rechtstreeks werkende richtlijnbepalingen. Stelling 4 is dat voor richtlijnbepalingen een probleem bestaat met de Boxtel-jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Bij het tweede element van het legaliteitsbeginsel kan er wel onderscheid naar instrument worden gemaakt. Praktisch gezien is daarbij vooral de verordening van belang. Deze leent zich het beste voor opneming van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag, zolang maar duidelijk is welk specifiek bestuursorgaan bevoegd is.

## Discussie over het preadvies van M.J.M. (Maartje) Verhoeven

De eerste vraag van deze dag wordt gesteld door de heer **Jans**. Zijn eerste – meer theoretische – vraag betreft waarom bij bestuursorganen zo moeilijk wordt gedaan als het op het legaliteitsbeginsel aankomt? Bij de rechterlijke autoriteiten is dit beginsel namelijk helemaal geïntegreerd. Waarom is dat bij toepassing van Unierecht zo moeilijk als het niet om de rechterlijke macht, maar om bestuursorganen gaat? Waar zit het essentiële probleem? Ook heeft de heer **Jans** een meer praktische vraag. In een recente uitspraak van het Europese Hof van Justitie is Nederland veroordeeld wegens niet-juiste implementatie van de MER-richtlijn. Het Europese Hof van Justitie zegt dat dit anders had moeten geschieden. Wat zou een bestuursorgaan dan moeten doen? Moeten ze in dit geval toch rechtstreeks de MER-richtlijn toepassen en in bepaalde gevallen een MER-verplichting instellen waar dat naar Nederlands recht niet nodig lijkt te zijn?

Volgens mevrouw **Verhoeven** is het essentiële probleem voor bestuursorganen in vergelijking met rechters gelegen in het feit dat bestuursorganen minder middelen hebben om met het verschil in Unierecht en Nederlands recht om te gaan. In tegenstelling tot de rechterlijke autoriteiten kunnen bestuursorganen geen prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie stellen en is er in het algemeen minder algemene juridische kennis binnen een dergelijk orgaan aanwezig. Daarbij geldt dat het ver gaat om bestuursorganen te verplichten wetgeving niet alleen toe te passen, maar ook te toetsen of de wetgever wel in overeenstemming met EG-recht handelt. Wat betreft de tweede vraag zou moeten worden aangesloten bij het arrest Wells, waarin het Europese Hof van Justitie bepaalde dat een MER-plicht in een driehoekssituatie direct uit een richtlijn kan worden afgeleid, omdat het dan gaat om zogenoemde 'louter negatieve gevolgen' voor de vergunningaanvrager. Die wordt dan dus indirect benadeeld. Dat betekent dus in de praktijk dat de MER-richtlijn moet worden toegepast als het gaat om rechtstreeks werkende bepalingen.

Mevrouw **Den Ouden** heeft een vraag over het tweede element van het legaliteitsbeginsel. In hoeverre kunnen bestuursorganen bevoegd zijn op grond van een Europese verordening? De ESF-zaak van het Europese Hof van Justitie zegt daar niets over en het lijkt dus vooralsnog een nationale kwestie. De vraag is of de Afdeling bestuursrechtspraak – naar aanleiding van de einduitspraken in de ESF-zaken – dat anders lijkt te zien? Zo ja, dan kan een bevoegdheid wel steunen op een Europese verordening. Wat zouden bestuursorganen dan moeten doen nu deze jurisprudentie bekend is? Mevrouw **Verhoeven** beaamt dat de Europese ESF-zaken niet zoveel zeggen. Het Europese Hof van Justitie legt niets uit als het gaat om bestuursorganen, maar spreekt vooral over de verplichtingen van de lidstaat, vermoedelijk door de formulering van de vraag door de Afdeling bestuursrechtspraak. De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt daar wel iets over te zeggen, omdat in de einduitspraken wordt gesproken over 'verordeningsconforme uitleg'. Het Europese Hof van Justitie geeft de suggestie dat bevoegdheden gebaseerd op een Europese verordening mogelijk zijn. Mevrouw **Den Ouden** wil hier graag verder op ingaan door te verwijzen naar het preadvies van mevrouw Verhoeven, waarin vermeld staat dat, wanneer duidelijk is welk bestuursorgaan concreet bevoegd is, een communautaire verordening naar nationaal recht als bevoegdheidsgrondslag kan dienen. Dit is aan de hand van twee uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Rechtbank Haarlem. Maar de ons al bekende uit-

spraak Fleuren Compost zegt iets anders. Geldt deze jurisprudentie dan niet meer? Mevrouw **Verhoeven** geeft aan dat je enerzijds de twee uitspraken van het CBb en de Rechtbank Haarlem hebt en anderzijds de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in Fleuren Compost. Die lijken inderdaad haast tegengesteld. Haar voorkeur gaat dan uit naar de rechtspraak van het CBb en de Rechtbank Haarlem, waarmee dan inderdaad de jurisprudentie van Fleuren Compost achterhaald lijkt te zijn.

Mevrouw Verhoeven zou graag zien dat de Costanzo-verplichting wordt gerelativeerd. De heer **Widdershoven** gaat daar op in door te vragen of er wel iets te vernietigen valt als je dan naar de rechter gaat en deze constateert dat het besluit van het bestuursorgaan in strijd is met EG-recht? Hoe zit het dan met de aansprakelijkheid voor de burger, want de kosten komen dan niet meer op de rekening van de Staat? Kortom, als bestuursorganen het EG-recht niet zelf hoeven toepassen, waarom zal de rechter dan het besluit moeten vernietigen? Volgens mevrouw **Verhoeven** valt er wel degelijk nog wat te vernietigen. Niet altijd is vooraf duidelijk of er sprake is van strijdigheid met het EG-recht. Het bestuursorgaan past dan zonder aarzeling het Nederlandse recht toe. Het kan dan gebeuren dat de rechter wel twijfel krijgt en een prejudiciële vraag stelt aan het Europese Hof van Justitie. Het Europese Hof van Justitie kan dan beslissen dat wel Europees recht van toepassing is. Het bestuursorgaan blijkt dan ineens fout te zitten, waar het zich van tevoren niet bewust van was. Het EG-recht had dus achteraf bezien wel moeten worden toegepast. De vraag is dan of je het bestuursorgaan aansprakelijk kan stellen. Volgens mevrouw **Verhoeven** zou dit niet mogelijk moeten zijn, ondanks de nadelen. Het is in haar ogen vreemd om iemand aansprakelijk te stellen voor iets wat het bestuursorgaan vooraf niet had hoeven doen. De heer **Polak** haalt hierbij de rechtspraak van Van Gelder aan, waaruit volgt dat wel staatsaansprakelijkheid geldt voor het vaststellen en handhaven van met een hogere wet strijdige regelgeving. In die zaak was de Nederlandse overheid aansprakelijk voor toepassing van een algemene maatregel van bestuur (amvb). Mevrouw **Verhoeven** biedt als alternatieve oplossing dat dan niet het bestuursorgaan aansprakelijk zou moeten worden gesteld, maar degene die de foutieve wetgeving heeft gemaakt. Bijvoorbeeld de rijksoverheid als het gaat om wetgeving in formele zin.

Het verwondert mevrouw **Prechal** dat dit probleem enkel wordt bezien in een Europese context. Hoe ga je met dit soort situaties om als het bestuursorgaan iets zou moeten beslissen dat mogelijk strijdig is met een nationale wet in formele zin? Hetzelfde kan zich namelijk ook voordoen in een nationale situatie, gelet op de verschillende lagen die bestaan binnen de nationale wetgeving. Hoe dien je dan zoiets op te lossen? Dan is dat toch ook gewoon via vernietiging? En daarbij zijn dan beide actoren aansprakelijk: zowel het verantwoordelijke ministerie als het bestuursorgaan, bijvoorbeeld een gemeente. De heer **Polak** valt mevrouw Prechal bij dat dan sprake is van volledige aansprakelijkheid van het bestuur, dat de beslissing nam jegens de burger. De heer **Michiels** vult de discussie aan door te vragen of een bestuursorgaan dan bijvoorbeeld een amvb mag toepassen die in strijd is met een wet in formele zin? Volgens mevrouw **Verhoeven** mag het bestuursorgaan dat niet, in verband met de normenhiërarchie. Hierover bestaat echter weinig casuïstiek.

De heer **Van Ommeren** leidt uit deze discussie af dat er dus niet gesproken kan worden van een erosie, zoals de eerste stelling van mevrouw Verhoeven dit benoemt. Het laat juist zien dat het legaliteitsbeginsel volledig in stand blijft, maar

dan met een nieuwe laag erbovenop: de Europeesrechtelijke laag. Dit geeft natuurlijk wel bepaalde gevolgen en effecten.

Volgens de heer **Michiels** blijft zijn punt hangen waar het gaat om de casus dat een amvb moet worden uitgevoerd door een gemeente die het vermoeden heeft dat deze amvb in strijd is met een wet. Wat moet de gemeente dan doen? Toch de amvb toepassen of denken dat de verhouding tussen de amvb en de wet iets is waar de gemeente niet over mag beslissen met als gevolg dat de zaak moet worden voorgelegd aan de rechter? Het is lastig om hier voorbeelden van te noemen. De heer **Polak** stelt zelfs dat deze jurisprudentie er niet is, want het gaat bijna altijd om dezelfde rechtspersoon, zoals bij *Van Gelder* ook het geval was. Hierin heeft de rechtspersoon de Staat der Nederlanden zowel de lagere regelgeving opgesteld als toegepast. De literatuur is wel al ingegaan op de situatie zoals de heer Michiels deze beschrijft. Daarin wordt gesteld dat de bestuursrechter de beschikking zal vernietigen, de burger voorts een verhaalsrecht heeft op het desbetreffende bestuursorgaan en dat tot slot dit bestuursorgaan dit weer kan verhalen op de Staat der Nederlanden.

Mevrouw **Den Ouden** wil graag nog terugkomen op hetgeen de heer Van Ommeren zojuist heeft betoogd. Naar de smaak van mevrouw Den Ouden is die nieuwe laag wel degelijk heel lastig. Vaak wordt een bepaling opgelegd waarin slechts op een vage manier wordt aangegeven wat er moet gaan gebeuren in de lidstaten. Deze bepaling kent een weinig normerend karakter. Het is voorstelbaar dat een bestuursorgaan een bepaalde actie wil ondernemen, terwijl niet duidelijk is wat het internationaalrechtelijke kader is. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als op grond van het nationale recht niets is geregeld en het bestuursorgaan dan gemakkelijk grijpt naar die weinig normerende Europeesrechtelijke regel. Zouden dan naast het bevoegdheidsprobleem ook nog andere problemen ontstaan? Volgens mevrouw **Verhoeven** moeten bestuursorganen niet te snel aannemen dat een Europeesrechtelijke bepaling zich leent voor een bevoegdheidsgrondslag. In zekere zin klopt het dat er een laag bovenop de huidige hiërarchie komt, maar die is primair gericht op de relatie tussen de Europese Unie en haar 27 lidstaten. Deze laag kent dus een Europeesrechtelijke dimensie die leidt tot een extra vertroebeling van de voorheen geldende situatie.

Mevrouw **Van Holten** heeft nog een laatste vraag over de Europeesrechtelijke regel die onder bepaalde voorwaarden wel degelijk een bevoegdheidsgrondslag kan inhouden. Deze dient dan bijvoorbeeld een normerend karakter te hebben. Maar hoe specifiek moet die bepaling dan zijn? Moet er bijvoorbeeld een rechterlijke uitspraak zijn omtrent deze vraag? Mevrouw **Verhoeven** zegt dat een bepaling specifiek genoeg moet zijn om te worden toegepast als bevoegdheidsgrondslag, inclusief normering. Dat geldt natuurlijk ook in het nationale recht. Daarbij moet men in het EG-recht met name denken aan bepalingen die voldoen aan de eisen van rechtstreekse werking. Een voorafgaande rechterlijke uitspraak is daarbij niet noodzakelijk.

## Inleiding preadvies van J.E. (Jacobine) van den Brink

Regelmatig wordt er in een gerechtelijke procedure een beroep gedaan op het rechtszekerheidsbeginsel en/of het vertrouwensbeginsel. Dit gebeurt ook in zaken waarbij het Europese recht een rol speelt. Vraag is dan of het Europese recht

grenzen stelt aan de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. In welke mate kan de nationale bestuursrechter deze beginselen dan nog toepassen? In het preadvies heeft mevrouw Van den Brink wat betreft de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel de focus gelegd op de intrekking en terugvordering door Nederlandse bestuursorganen van Europese subsidies en subsidies die als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt. Dit ligt voor de hand, omdat de inperking van de toepasbaarheid van deze twee beginselen op deze twee terreinen vaak voorkomt en dan ook erg in de belangstelling heeft gestaan. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel speelt echter op vrijwel alle beleidsterreinen van het Europese recht een rol.

Voorafgaand aan het schrijven van het preadvies heeft mevrouw Van den Brink zich twee vragen gesteld. De eerste vraag betreft in welke mate het Europese recht grenzen stelt aan de toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in subsidieverhoudingen met een Europees tintje. De tweede vraag is of de nationale rechter zich ook in andere zaken laat beïnvloeden door de grenzen die Europa stelt aan het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Bij staatssteun gaat het altijd om geld. Van onrechtmatige staatssteun is sprake indien de verleende staatssteun had moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie, maar dit is nagelaten. De Europese Commissie doet dan aan de lidstaat een beschikking toekomen die bepaalt dat de verleende staatssteun dient te worden teruggevorderd van de ontvanger. Bij Europese subsidies gaat het om subsidies die met Europees geld worden bekostigd. In Nederland worden veel Europese subsidies verstrekt; dit wordt vanuit de Nederlandse overheid erg aangemoedigd. Zo is er op de dag van de Jonge VAR een nieuwe website de lucht ingegaan (<www.europaomdehoek.nl>) om zo de mogelijkheden omtrent Europese subsidies meer bekendheid te geven. Zowel bij de terugvordering van staatssteun als van Europese subsidies worden nationale bestuursorganen ingezet om aan deze terugvordering uitvoering te geven. Deze bestuursorganen gebruiken daarbij ofwel het nationale recht dan wel het Europese recht. Dit wordt ook wel indirecte toepassing van het Europese recht respectievelijk directe toepassing van het Europese recht genoemd.

Het nationale bestuursorgaan past het Europese recht toe indien er op Europees niveau gemeenschappelijke regels bestaan die direct door dit bestuursorgaan kunnen worden toegepast. In dat geval bevat de Europeesrechtelijke bepaling geen beleidsvrijheid voor het nationale bestuursorgaan. Indien er op Europees niveau geen gemeenschappelijke regels zijn vastgesteld, dient het nationale bestuursorgaan het nationale recht toe te passen. Dit is slechts anders, indien de Europese regeling uitputtend is bedoeld. De vraag is welk nationaal recht door nationale bestuursorganen mag worden toegepast. Dit mogen de lidstaten zelf bepalen op grond van het beginsel van de procedurele autonomie. Dit beginsel wordt in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie echter beperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. De besluiten van de nationale bestuursorganen met betrekking tot zowel de terugvordering van Europese subsidies als de onrechtmatige staatssteun zijn veelal appellabele besluiten in de zin van de Awb. Zowel het procesrecht als (soms) de subsidietitel van de Awb zijn daarbij van toepassing. Er wordt dus rechtsbescherming geboden op grond van het nationale recht. De nationale bestuursrechter, met name de rechtbanken, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling bestuursrechtspraak, bieden deze rechtsbescherming. Bij deze bestuursrechters komt het regelmatig voor

dat in een zaak over de terugvordering van Europese subsidies dan wel onrechtmatige staatssteun een beroep wordt gedaan op het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Maar over welke beginselen hebben we het dan eigenlijk? In het preadvies is hierover een casus opgenomen die dit ook laat zien.

De nationale bestuursrechter zal dan moeten bepalen hoe deze beginselen dienen te worden toegepast. Daarbij dient de vraag te worden beantwoord of het Europese beginsel, het nationale beginsel of een aangepast nationaal beginsel van toepassing is? Dit onderscheid is van belang, omdat het Europese Hof van Justitie het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel strikter hanteert dan dat onze nationale bestuursrechters doen. Het Europese beginsel mag bijvoorbeeld niet *contra legem* werken, terwijl dit bij het nationale beginsel wel mogelijk is. Voorts is het bij toepassing van het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet van belang of de Europese dan wel de nationale uitvoeringsorganen een fout hebben gemaakt. Ook is de goede trouw van de subsidieontvanger niet relevant. Het is hoe dan ook niet mogelijk om Europese subsidies in strijd met een Europese subsidieregeling te verstrekken.

De toepassing van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel verschilt al naar gelang het gaat om de terugvordering van staatssteun dan wel van Europese subsidies. Vervolgens dient in het kader van de terugvordering van Europese subsidies een onderscheid gemaakt te worden tussen directe dan wel indirecte toepassing van het Europese recht. Met betrekking tot staatssteun is in beginsel het nationale beginsel van toepassing, maar dit wordt begrensd door de Europese jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Europese Hof van Justitie. In de praktijk blijkt dat een ontvanger van staatssteun vaak niet zelf controleert of de subsidie is verstrekt in overeenstemming met de Europese staatssteunregels. Dit wordt echter wel door het Europese Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg van een behoedzaam ondernemer verlangd. In beginsel kan een beroep op het beginsel van een gewettigd vertrouwen alleen worden gehonoreerd indien de subsidie is aangemeld bij de Europese Commissie. Een ontsnappingsmogelijkheid is er uitsluitend indien bewezen kan worden dat sprake is van een uitzonderlijke omstandigheid. Het is echter niet duidelijk in welke gevallen daarvan sprake is. Uit de jurisprudentie blijkt dat het in ieder geval niet om een omstandigheid kan gaan die is gelegen in het gedrag van de nationale uitvoeringsorganen. Voor zover mevrouw Van den Brink weet, is er tot op heden dan ook nog geen beroep op uitzonderlijke omstandigheden gehonoreerd.

Met betrekking tot de terugvordering van Europese subsidies is er bij directe toepassing van het Europese recht door nationale bestuursorganen geen ruimte voor de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen. In die gevallen dient het nationale bestuursorgaan de ongeschreven Europese beginselen of de geschreven beginselen in de van toepassing zijnde Europese verordening toe te passen. Bij dit laatste kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een bepaling in een Europese verordening waarin precies is geregeld hoeveel subsidie door een nationaal bestuursorgaan moet worden teruggevorderd indien een boer voor de slachtpremie tien koeien te veel heeft opgegeven dan is toegestaan. Bij codificatie van het vertrouwensbeginsel is precies aangegeven in welke gevallen van terugvordering mag worden afgezien. Indien een dergelijke codificatie ontbreekt, zijn de ongeschreven Europese beginselen van toepassing. Indien slechts indirecte toepassing van het Europese recht door bestuursorganen mogelijk is omdat gemeenschappelijke regels ontbreken, passen nationale bestuursorganen bij de terugvordering

van Europese subsidies het nationale recht toe. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de Europese verordening expliciet verwijst naar de nodige maatregelen die de lidstaten moeten nemen om onrechtmatig bestede subsidiegelden terug te vorderen. De vraag is dan welk nationaal recht nodig is: wat zijn de benodigde maatregelen? En hoeveel mag dan worden teruggevorderd? Bovendien dienen ook hier weer bestuursorganen te worden aangewezen. Met andere woorden: nationale bestuursorganen hebben nationaal recht nodig om aan de Europese terugvorderingsverplichting gehoor te kunnen geven. Daarbij kunnen zij in beginsel de nationale beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen toepassen. Wel moet rekening worden gehouden met de eisen die de Europese jurisprudentie hieraan heeft gesteld, zijnde het gelijkwaardigheidsvereiste, het effectiviteitsvereiste en de goede trouw van de subsidieontvanger. Europese arresten die in dit kader van belang zijn, betreffen Deutsche Milchkontor, Steff Houlberg en Huber.

Het arrest inzake ESF, daterend van 13 maart 2008 van het Europese Hof van Justitie, lijkt in deze standaardjurisprudentie verandering te hebben gebracht. Het Europese Hof van Justitie heeft in dit arrest geantwoord op prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak. De eerste vraag die door de Afdeling bestuursrechtspraak is gesteld, luidt of de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid rechtstreeks een bepaling uit de Europese verordening als grondslag heeft kunnen hanteren voor terugvordering van de Europese subsidies of dat nog een nadere nationale regel nodig was. Het gaat hier dus eigenlijk om de vraag of de bepaling uit de verordening zich leent voor directe toepassing dan wel voor indirecte toepassing van het Europese recht. Hoewel er op nationaal niveau in de subsidietitel van de Awb wel een bevoegdheid bestond voor de minister om de onrechtmatig bestede subsidiegelden terug te vorderen, was volgens de Afdeling bestuursrechtspraak de toepassing daarvan in een aantal specifieke gevallen niet mogelijk. Dit heeft te maken met de aan de subsidietitel van de Awb ten grondslag liggende beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen. Hier ontstond een probleem, omdat op grond van het Europese recht nog wel steeds de verplichting tot terugvordering gold. De tweede prejudiciële vraag luidde dan ook in hoeverre het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt beperkt door de Europese invulling van deze beginselen. Kunnen de bepalingen van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht dan onverkort worden toegepast?

Het Europese Hof van Justitie geeft op de eerste vraag geen antwoord. Niet duidelijk is of de bepaling van de aan de orde zijnde verordening direct kan worden toegepast. Het Europese Hof van Justitie overweegt dat de verordeningsbepaling voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen. Dit is geen nieuwe informatie en ook geen antwoord op de vraag. Wat betreft de tweede vraag, wordt uit het antwoord van het Europese Hof van Justitie niet duidelijk of de Europese of de nationale beginselen moeten worden toegepast. Het Europese Hof van Justitie lijkt gelet op de door hem gekozen bewoordingen te neigen naar toepassing van het Europese beginsel, maar er zijn ook aanwijzingen in het arrest te vinden die pleiten voor toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Zo verwijst het Europese Hof van Justitie naar bestaande jurisprudentie die ziet op indirecte toepassing van het Europese recht. Het lijkt er dus op dat de nationale beginselen van toepassing zijn. Bovendien overweegt het Europese Hof van Justitie niet eenvoudigweg dat *contra legem*-toepassing van het vertrouwensbeginsel niet mogelijk

is. Dit is ook een aanwijzing dat het nationale vertrouwensbeginsel van toepassing is. Sterker nog: het Europese Hof van Justitie geeft aan dat rekening dient te worden gehouden met het gedrag van de nationale uitvoeringsorganen. Hiervoor is bij toepassing van het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geen ruimte. Wel wordt door de formulering van strengere criteria de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel verder door het Europese Hof van Justitie ingeperkt.

De conclusie aan de hand van deze uitspraak van het Europese Hof van Justitie – die overigens zonder conclusie van de advocaat-generaal en door een kleine kamer is afgedaan – lijkt te zijn dat weliswaar het onderscheid tussen indirecte en directe toepassing van het Europese recht wordt gehandhaafd, maar dat de nationaalrechtelijke beginselen steeds meer worden ingekaderd door het Europese Hof van Justitie. Het verschil tussen indirecte en directe toepassing wordt kleiner en dan ook minder relevant. Reden hiervoor kan gevonden worden in de omstandigheid dat de bescherming van de financiële belangen van de EU steeds belangrijker wordt. Keerzijde van de medaille is dat daardoor de individuele rechtsbescherming van de subsidieontvanger afneemt, omdat toepassing van een sterk ingekaderd rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel er niet snel toe zal leiden dat van terugvordering van een Europese subsidie kan worden afgezien.

Hoe dan ook, de Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de einduitspraak overwogen dat toepassing van het vertrouwensbeginsel in deze zaak dient te geschieden overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht. De Afdeling bestuursrechtspraak leest derhalve in het arrest van het Europese Hof van Justitie dat geen ruimte bestaat voor de toepassing van het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Mevrouw Van den Brink vindt dat de Afdeling bestuursrechtspraak deze conclusie te snel heeft getrokken. Het Europese Hof van Justitie is immers niet met duidelijke antwoorden gekomen. De Afdeling bestuursrechtspraak had daarom, alvorens tot een einduitspraak te komen, opnieuw prejudiciële vragen moeten stellen aan het Europese Hof van Justitie. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft naar haar mening te snel de nationale beginselen opgegeven. Een tweede kritiekpunt is dat de Afdeling bestuursrechtspraak blijkens haar einduitspraak niet heeft gekeken naar het gedrag van de betrokken bestuursorganen, terwijl het Europese Hof van Justitie daar wel ruimte voor geeft. De Afdeling bestuursrechtspraak had gebruik moeten maken van deze kleine geboden ruimte om het beroep van de subsidieontvangers op het nationaal vertrouwensbeginsel wellicht te doen slagen. Uit het arrest van het Europese Hof van Justitie volgt immers niet dat sprake is van kennelijke schending, zodat het gedrag van nationale bestuursorganen niet meer relevant zou zijn. Hoewel vaststond dat niet was voldaan aan de subsidieverplichtingen, was het voor de subsidieontvangers niet altijd even duidelijk wat deze verplichtingen inhielden.

De vraag is wat de Afdeling bestuursrechtspraak nu in de toekomst – in vervolgzaken – gaat doen? Gaat het bij terugvordering van Europese subsidies altijd de Europese beginselen toepassen? Zijn de nationale beginselen nu geheel opgegeven? Door de zojuist beschreven interpretatie van de Afdeling bestuursrechtspraak komt de rechtsbescherming voor de subsidieontvanger nog meer uiteen te liggen al naar gelang er sprake is van een Europese dan wel een nationale subsidie. Dit is vreemd, want op beide subsidiesoorten is de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. De subsidietitel wordt dus al naar gelang welke subsidiesoort van toepassing is verschillend uitgelegd. In het geval van de terugvorde-

ring van een Europese subsidie komt het risico voor gebrekkige uitvoering vrijwel geheel te liggen bij de subsidieontvanger.

Een oplossing voor dit ontstane verschil tussen de toepassing van één en dezelfde subsidietitel bij de terugvordering van Europese subsidies enerzijds en nationale subsidies anderzijds kan worden gevonden in drie mogelijkheden. Dit betreft ten eerste het tot stand brengen van een nationale wettelijke regeling specifiek gericht op de terugvordering van Europese subsidies. Deze zou meer rechtszekerheid moeten bieden voor de subsidieontvanger. Nadeel daarbij is echter dat de bepalingen uit de Awb buiten spel komen te staan. Een tweede oplossing is eenzelfde soort regeling, maar dan op Europees niveau. Ook hierbij geldt dat het nationaal rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies geheel buiten spel komt te staan. Mevrouw Van den Brink pleit daarom voor een dialoog tussen de nationale bestuursrechter en het Europese Hof van Justitie om zo ervoor te zorgen dat er ook op Europees niveau een uitgebalanceerder rechtszekerheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel komt. De nationale bestuursrechters moeten vragen blijven stellen aan het Europese Hof van Justitie en ze moeten blijven uitleggen aan Luxemburg wat onze nationale beginselen inhouden. Dit kan bereikt worden door hun uitspraken met betrekking tot deze beginselen beter te motiveren. Het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel zou minder snel moeten worden opgeofferd ten behoeve van de Europese invulling van deze beginselen. Indien de Nederlandse bestuursrechter zich sterker opstelt ten behoeve van behoud van de nationale beginselen zou dit ertoe kunnen leiden dat het Europese Hof van Justitie meer acht zal slaan op het lot van de individuele subsidieontvanger in plaats van zich enkel te richten op de financiële belangen van de Europese Unie.

Tot slot van deze presentatie en aan het einde van haar preadvies heeft mevrouw Van den Brink nog aandacht besteed aan de vraag in hoeverre elementen van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel terugkomen in uitspraken van nationale bestuursrechters in puur nationale zaken. Mevrouw Van den Brink heeft daarvan enkele voorbeelden gevonden, maar het is niet duidelijk of deze jurisprudentie is gebaseerd op het Europese recht. In de uitspraken is hierover niets terug te vinden. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in een subsidiezaak geoordeeld dat *contra legem*-werking bij het vertrouwensbeginsel niet mogelijk is. Ook wordt soms meer nadruk gelegd op de omstandigheid dat sprake is van een professionele marktdeelnemer.

De slotwoorden van mevrouw Van den Brink luiden dan ook dat de ruimhartige invulling van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ten opzichte van het Europese Hof van Justitie de volle verdediging verdient.

## Discussie over het preadvies van J.E. (Jacobine) van den Brink

De discussie over het preadvies van mevrouw Van den Brink vangt aan met een vraag van mevrouw **Onrust**. Mevrouw Van den Brink pleit voor behoud van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel naast een Europees beginsel voor wat betreft EG-aangelegenheden. Is het dan niet juist in het kader van de rechtszekerheid beter om slechts één beginsel te hanteren? Mevrouw **Van den Brink** beaamt dat dit ook een mogelijkheid is, maar het Europese beginsel biedt

minder bescherming dan de nationale uitleg van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Het Europese Hof van Justitie zou daarom juist meer naar de Nederlandse uitleg van de beginselen moeten gaan. Op die manier zou ook toepassing van één beginsel bereikt worden.

De heer **Jans** geeft aan moeite te hebben met de discussie waarin de beginselen sterk van elkaar worden onderscheiden naar nationale en Europese inhoud. Worden de accentverschillen tussen beide toepassingen niet te zwaar aangezet en moet er niet meer gedacht worden in grijstinten, juist omdat het 'slechts' om beginselen gaat? In zijn visie krijgt een dergelijk beginsel al naar gelang de mate van europeanisering een ander kleurtje. Is dat niet beter dan de zwart-witbenadering die nu voornamelijk wordt gehanteerd? Mevrouw **Van den Brink** geeft toe dat het onderscheid tussen Europese en nationale beginselen in de presentatie vrij zwaar is aangezet. In feite is er meer sprake van een zogenoemde glijdende schaal. Eigenlijk betreft het één beginsel dat verschillend wordt uitgelegd. Niet meer moet worden ontkend evenwel dat wel degelijk verschil in benadering bestaat door enerzijds het Europese Hof van Justitie en anderzijds de nationale bestuursrechter. Daarbij komt dat Nederland zich niet te snel moet laten overdonderen door hetgeen Europa zegt. Met de Nederlandse benadering van de beginselen kunnen we de subsidieontvanger meer rechtsbescherming bieden. Met de toepassing van de Europese uitleg van de beginselen zijn de mensen huiverig geworden om een Europese subsidie aan te vragen, nu weinig bescherming uitgaat van het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De heer **Polak** voegt hier nog aan toe dat de ESF-zaak wel laat zien dat al naar gelang de nationale dan wel de Europese benadering wordt gekozen, de zaak anders kan uitpakken. Bij toepassing van het nationale recht kan niet worden teruggevorderd en bij toepassing van het Europese recht wel. Op dit moment zijn er dus wel accentverschillen, maar die kunnen leiden tot een duidelijk andere uitkomst. De heer **Jans** is het ermee eens dat de invloed van Europa het beginsel kan inkleuren. Maar de vervolgvraag is dat dit toch niet zo nieuw is? Zie bijvoorbeeld ook de ontwikkelingen die het evenredigheidsbeginsel heeft doorgemaakt. Mevrouw **Van den Brink** geeft aan dat de toepassing van een evenredigheidsbeginsel dat Europees wordt ingevuld wel gunstig is voor de burger. Dat ligt bij de toepassing van het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in de ESF-zaken wel anders. De minister besluit drie jaar nadat de subsidie is verleend dat deze subsidie alsnog moet worden ingetrokken. Naar Nederlands recht zou dat niet kunnen en dat is in de ogen van mevrouw Van den Brink terecht.

De heer **Van Angeren** vraagt voorts of de sterke doorwerking van het nationale vertrouwensbeginsel in subsidiezaken ook zou moeten gelden bij staatssteunzaken? Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, zou je heel het staatssteunrecht om zeep helpen. De Europese Commissie komt dan buitenspel te staan, omdat Nederland in dat geval niet meer de verleende staatssteun kan terugvorderen. Mevrouw **Van den Brink** antwoordt dat het staatssteunrecht gecompliceerder is dan subsidiezaken, omdat overheden dan onder één hoedje kunnen gaan spelen met de ontvangers van de staatssteun. Niet duidelijk is dan wat de uitzonderlijke omstandigheden dan zijn voor het kunnen doen van een beroep op het vertrouwensbeginsel. Maar het zou wel meer recht doen aan de onwetendheid van de staatssteunontvanger. De heer **Van Angeren** geeft nog een keer zijn stelling weer dat daarmee het systeem omtrent staatssteun om zeep zou worden geholpen. Daarom begrijpt hij de uitkomst van de ESF-zaken. Er kan om die reden niet te veel belang worden gehecht aan de nationale beginselen. Mevrouw **Van den Brink** geeft aan dat het

gerechtvaardigd is om een onderscheid te maken tussen de terugvordering van Europese subsidies en staatssteunrecht. Binnen het subsidierecht kent men niet het concurrentiecriterium, zoals men dat wel kent binnen het staatssteunrecht.

Mevrouw **Plomp** weet uit haar eigen praktijkervaring dat door de striktere uitleg van het Europese Hof van Justitie verstrekkers op een krampachtige wijze de subsidies gaan verlenen. Bij de toepassing van het aanbestedingsrecht bij Europese subsidies zie je derhalve veel onduidelijkheid en de striktere uitleg maakt dit niet gemakkelijker. Mevrouw **Van den Brink** sluit hierbij aan door te zeggen dat je bij subsidies vaak ziet dat zo veel regels gelden dat een en ander inderdaad onduidelijker wordt. Daardoor weet ook het uitvoeringsorgaan niet altijd precies wat de regels zijn en wat ze inhouden.

De heer **Van Harten** probeert een parallel te trekken tussen enerzijds het legaliteitsbeginsel zoals dat is neergezet door mevrouw Verhoeven en anderzijds de beginselen die door mevrouw Van den Brink zijn omschreven. Als de Costanzoverplichting wordt genuanceerd op de wijze zoals mevrouw Verhoeven dat graag zou willen zien, wat voor gevolg zou dat dan hebben voor de subsidieontvanger? Je ziet dan namelijk een nuancering van de effectiviteit van het Europese recht bij het nationale bestuursorgaan. Mevrouw **Van den Brink** zegt dat het lastig is dit te beantwoorden bij de Europese subsidies, want dan zal de subsidieontvanger altijd moeten terugbetalen.

Onder de aanwezigen wil men nog graag terugkomen op de discussie die is aangezet door de heer Jans. Mevrouw **Den Ouden** vraagt zich af of stelling 4 niet zo zou moeten zijn dat het huidige onderscheid niet juist zo zou moeten blijven? Zou je niet moeten streven naar bescherming van de nationale subsidietitel van de Awb? Dit kan bijvoorbeeld door een extra terugvorderingsgrondslag op te nemen in deze titel wegens strijd met het EG-recht. Daarmee zou namelijk het Nederlandse rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel worden beschermd voor de gevallen waar ze nu al op toezien. Anders bestaat de kans dat de invloed van de Europese benadering op deze beginselen ook op nationale situaties gaat overheersen ten koste van de Nederlandse benadering van de beginselen. Mevrouw **Van den Brink** ziet bij dat idee het nadeel dat de Nederlandse beginselen, die zo mooi zijn vastgelegd, dan definitief niet langer van toepassing zijn op de terugvordering van Europese subsidies. Maar als blijkt dat deze beginselen sowieso geen rol mogen spelen in zaken waarin het Europese recht een rol speelt, dan heb je inderdaad geen keuze en zou dit een goede mogelijkheid bieden ter behoud van de nationale beginselen voor de zaken waar ze nu in ieder geval wel al mogen dienen.

De heer **Widdershoven** is van mening dat het vertrouwensbeginsel in Nederland uiteindelijk heel ingewikkeld is. Als je kijkt naar de ESF-zaak, wordt er heel wat 'gepingpongd' en zijn er heel wat dingen niet goed gegaan, waarbij het uiteindelijk wel om Europees geld gaat. In zoverre snapt hij wel de uitspraak van het Europese Hof van Justitie, hoewel het arrest wel een erg agressieve toon heeft. Mevrouw **Van den Brink** beaamt dat het Hof waarschijnlijk gedacht moet hebben dat Nederland geen prioriteit geeft aan de terugvordering van Europese subsidies. En dit was misschien ook zo ten tijde van de subsidieverlening, maar dat was wel degelijk veranderd ten tijde van de uitspraak van het Europese Hof van Justitie. Mevrouw **Den Ouden** voegt hieraan toe dat er ook ESF-zaken waren die genuanceerder lagen. De heer **Polak** draagt bij aan de discussie door te zeggen dat in deze zaak de prejudiciële procedure een goede mogelijkheid was om vragen aan het Europese Hof van Justitie te stellen over de verhouding van de subsidietitel van de Awb en het

vertrouwensbeginsel. Het Europese Hof van Justitie heeft de prejudiciële vragen echter nogal summier afgedaan. Daarmee beleefde de dialoog tussen Luxemburg en Nederland niet zijn hoogtepunt.

## Inleiding preadvies van A. (Annemarie) Drahmann

Op de momenten dat mevrouw Drahmann het afgelopen jaar – nadat haar bekend was geworden dat zij haar preadvies zou gaan wijden aan het transparantiebeginsel – aan andere bestuursrechtjuristen vertelde over het transparantiebeginsel, verscheen er vaak bij haar gesprekspartners een groot vraagteken: heeft dat beginsel te maken met de Wet openbaarheid van bestuur, gaat het niet om de openbaarheid van parlementaire besluitvormingsprocedures? Om later deze middag de discussie te kunnen voeren over het transparantiebeginsel, is het daarom nodig eerst uit te leggen wat het transparantiebeginsel zoals gehanteerd in het preadvies inhoudt. Mevrouw Drahmann geeft daarbij aan dat zij het transparantiebeginsel 'in enge zin' heeft gehanteerd. Ze zal dus niet spreken over bijvoorbeeld de toegang tot documenten zoals geregeld in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).

Het uitgangspunt gedurende deze presentatie is de jurisprudentie omtrent overheidsopdrachten. Mevrouw Drahmann spreekt over overheidsopdrachten, omdat bij het begrip 'aanbestedingsrecht' als bedoeld in de EG-richtlijnen, strikt genomen de procedures onder de drempelwaarden niet worden meegenomen, terwijl het transparantiebeginsel ook op deze overheidsopdrachten onder de drempelwaarden van toepassing is. De terminologie 'overheidsopdrachten' is zodoende meeromvattend.

Bij de uitleg van het transparantiebeginsel staan in het preadvies de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie centraal. Hierin wordt het doel van het transparantiebeginsel omschreven als het waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Alle (potentiële) inschrijvers moeten bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben.

Zaken waarin het transparantiebeginsel een rol speelt, hebben een economische context. Mevrouw Drahmann heeft in de inleiding van haar preadvies en tijdens de presentatie drie voorbeelden gegeven die dit illustreren. Het eerste voorbeeld gaat om 'Schokland-gate': een minister wilde een manifestatie organiseren. Door tijdnood werd de opdracht zonder aanbesteding verleend. Dit is in strijd met de aanbestedingsregels, waaronder het transparantiebeginsel. De vraag is of een minister die een manifestatie wil organiseren rechtstreeks één evenementenbureau mag benaderen. Het antwoord daarop is nee. Het tweede voorbeeld ziet op een recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) van 3 juni 2009. Mag een vergunning voor een speelautomatenhal voor locatie A worden ingetrokken en tegelijk, aan dezelfde partij, voor locatie B worden verleend, zonder dat concurrenten een aanvraag hebben kunnen indienen voor een vergunning? Het CBb oordeelde van niet. In een eerdere uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak was de vraag aan de orde of de vergunning voor het exploiteren van een casino geweigerd mag worden, omdat er al eerder een vergunning is verleend aan een ander? In die kwestie ging het om een vergunningstelsel waarbij één vergunning voor onbepaalde tijd werd verleend. Zo werd de markt afgesloten voor andere mogelijke partijen. Men zou verwachten dat dan eenieder zou moeten

kunnen meedingen naar deze vergunning. Het derde voorbeeld tot slot ziet op het subsidierecht. Daarin hanteert men vaak het systeem 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt'. Maar mag een aanvraag om een subsidie geweigerd worden, enkel en alleen omdat het subsidieplafond bereikt is, terwijl de laatste aanvraag kwalitatief beter is dan eerder verleende aanvragen? En welke regels gelden in het geval van een subsidietender?

Mevrouw Drahmann heeft voor haar preadvies en overeenkomstig de driedeling van de Interpretatieve Mededeling de toepassing van het transparantiebeginsel in drie normen verdeeld. De eerste norm is de passende bekendmaking. Bij toepassing van het transparantiebeginsel komt het erop neer dat men voor het uitgeven van een opdracht niet alleen vriendjes mag opbellen. Aan elke potentiële inschrijver moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd, waarmee de markt voor de mededinging wordt geopend. Dit kan middels een actieve openbaarmakingsplicht, zoals het bekendmaken van een opdracht in de krant. Ook moeten dan de spelregels (de gunning- en selectiecriteria) bekend zijn voor de potentiële inschrijvers. Ook dient voor elke potentiële inschrijver een gelijke inschrijftermijn te gelden. Op de uiterste datum moet alle informatie binnen zijn en mag men niet nog extra tijd krijgen om bijvoorbeeld bepaalde documenten aan te vullen. De tweede norm betreft het gunningtraject zelf. Tijdens de (verlenings)procedure moet men objectieve en uniforme criteria hebben en deze ook zo toepassen. In het licht van het transparantiebeginsel is het niet toegestaan om eenmaal ingediende aanvragen te wijzigen. De criteria moeten duidelijk en niet-discriminerend zijn. De derde norm tot slot is de rechterlijke bescherming. Een rechter moet kunnen controleren of er is voldaan aan het transparantiebeginsel. Dit betekent een motiveringsplicht en een plicht tot verslaglegging van het procedureverloop.

Nu duidelijk is waar het transparantiebeginsel op ziet en op welke wijze het uitwerking heeft binnen de verschillende normen, kan geconstateerd worden dat de huidige werking van het transparantiebeginsel in Nederland (nog) beperkt is. Het is nu alleen van toepassing indien het EG-recht van toepassing is, dus slechts bij grensoverschrijdende belangen. Dit is merkwaardig te noemen, omdat dit in sommige gevallen tot verschillende uitkomsten zal leiden, namelijk dat het EG-recht wel van toepassing is in een grensgebied, maar elders in Nederland niet, terwijl materieel wel sprake is van dezelfde opdracht. Dit is merkwaardig, omdat een beginsel ten slotte een beginsel is en voor eenieder gelijkelijk dient te gelden. Ook ten opzichte van de reikwijdte is het beginsel op dit moment beperkt van toepassing. Onduidelijk is of het beginsel enkel van toepassing is op concessies of dat het ook kan worden doorgetrokken naar éénvergunningstelsels. Op dit moment lijkt dit laatste niet mogelijk, mede gelet op de prejudiciële vragen die de Afdeling bestuursrechtspraak heeft gesteld in de zaak Betfair. Toch zou het beginsel volgens mevrouw Drahmann wel toepasbaar moeten zijn. Op het moment dat er een rechtsgebied is dat zo veel overeenkomsten heeft met het aanbestedingsrecht, zou het beginsel analoog moeten worden toegepast op dat andere rechtsgebied. Het transparantiebeginsel wordt tot op heden in Nederland niet beschouwd als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Zo heeft het CBb in het tweede genoemde voorbeeld vernietigd op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, maar had het CBb ook strijd met het transparantiebeginsel kunnen aannemen.

De vraag is waarom deze huidige beperking van het transparantiebeginsel bestaat? Moet dit beginsel niet gaan behoren tot ons nationale bestuursrecht? Zou het beginsel in hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht moeten worden

opgenomen? Voor dit laatste is het volgens mevrouw Drahmann nu nog te vroeg, maar een regeling in de Algemene wet bestuursrecht over het transparantiebeginsel met betrekking tot schaarse besluiten zou wel nuttig zijn. Hiermee wordt het transparantiebeginsel eerst goed tot ontwikkeling gebracht. Tot het moment dat het voldoende ontwikkeld is, zou het transparantiebeginsel wel al erkend moeten worden als een ongeschreven rechtsbeginsel (stelling 1). Het transparantiebeginsel dient pas als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur gecodificeerd te worden op het moment dat duidelijk is waar we het met dit beginsel over hebben.

Een veelgestelde vraag is wat de toegevoegde waarde is van het transparantiebeginsel ten opzichte van al bestaande beginselen. Hoewel het transparantiebeginsel inderdaad enkele overlap kent met bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, plaatst het transparantiebeginsel door het doel ervan deze al bestaande beginselen in een andere context. Het transparantiebeginsel kent namelijk een andere achtergrond dan de andere beginselen. Men zou het transparantiebeginsel kunnen zien als een paraplu van al bestaande beginselen, waarbij dit kan leiden tot een geïntegreerd perspectief met een eigen dynamiek.

Hoe kan het transparantiebeginsel concreet door een bestuursorgaan worden toegepast? De hiervoor uiteengezette drie normen kunnen worden vertaald naar de opening, de uitvoering en de afsluiting van de procedure. Concrete toepassingen betreffen onder andere het aankondigen van de start van de verleningsperiode. Ook dienen al regels te zijn opgesteld met daarin opgenomen de verleningscriteria. Deze kunnen zijn opgenomen in een verordening, maar ook in een beleidsregel. Bij een beleidsregel kan de inherente afwijkingsbevoegdheid van de Algemene wet bestuursrecht niet onverkort worden toegepast. Dat is namelijk in strijd met het transparantiebeginsel, omdat dan alsnog de vooraf bekendgemaakte spelregels worden veranderd door de gestelde bijzondere omstandigheid. Bij de aanvraag mag voorts geen extra tijd worden gegeven of extra mogelijkheden worden aangeboden. Indien eenmaal een besluit is genomen, dient dit ook niet alleen aan de subsidieontvanger gezonden te worden. Het besluit moet algemeen bekend worden gemaakt, zodat voor iedereen bekend is wanneer door het verlenen van subsidie het subsidieplafond is bereikt. Verder zijn bij toepassing van het transparantiebeginsel de mogelijkheden om het besluit naderhand wezenlijk te wijzigen beperkt. De enige mogelijkheid is dan eigenlijk nog het geheel intrekken van het besluit om vervolgens de gehele verdelingsprocedure weer opnieuw te doorlopen. Een ander punt kan zijn het eventueel opnemen van een verdelingsregeling voor schaarse besluiten in de Awb. Op deze wijze wordt de noodzakelijke aandacht van een bestuursorgaan voor een verdelingsregeling die overeenstemt met het transparantiebeginsel gewaarborgd. Dit biedt dezelfde gewenste duidelijkheid en transparantie. Een aandachtspunt betreft tot slot de appellabiliteit van tussenbeslissingen: tijdens een verdelingsprocedure worden vaak tussenbeslissingen genomen. De vraag is in hoeverre het wenselijk is dat hiertegen afzonderlijk beroep openstaat. Omwille van de tijd volstaat mevrouw Drahmann met een verwijzing naar haar preadvies.

Gelet op de huidige beperkte werking van het transparantiebeginsel en wel de gewenstheid ervan doet mevrouw Drahmann tot slot drie suggesties naar elk van de actoren die een rol spelen in de procedure. De rechtshulpverleners zouden meer een beroep moeten doen op het transparantiebeginsel, de rechterlijke macht zou in haar uitspraken vaker het transparantiebeginsel expliciet moeten benoemen en

tot slot moet de wetgever een regeling voor schaarse besluiten toevoegen aan de Algemene wet bestuursrecht.

## Discussie over het preadvies van A. (Annemarie) Drahmann

De eerste vraag wordt door mevrouw **Buijze** gesteld, die luidt of in het preadvies het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel niet te weinig uit elkaar worden getrokken. Naar haar mening heeft het transparantiebeginsel namelijk meer te maken met informatie en communicatie en niet met de normering van partijen. Wat de informatie en communicatie betreft, is zij, in tegenstelling tot mevrouw Drahmann, wel voor opneming van het transparantiebeginsel in de Algemene wet bestuursrecht. Mevrouw **Drahmann** beaamt dat vaak discussie wordt gevoerd over de vraag in hoeverre het transparantiebeginsel een zelfstandig beginsel is. Vaak wordt gezegd dat het transparantiebeginsel bestaat om gelijkheid te creëren. Toch zijn het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel twee zelfstandige beginselen met ieder hun eigen waarde. Mevrouw **Drahmann** vraagt zich af of het mogelijk is het transparantiebeginsel volledig los te koppelen van het gelijkheidsbeginsel naar uitsluitend informatieverstrekking. Bij een concessieverlening willen bijvoorbeeld meer partijen deelnemen en is de informatieverstrekking door de gehele procedure heen noodzakelijk voor ieder van de partijen om op een gelijkwaardige manier te kunnen deelnemen. Het gaat in dat geval bij de informatieverstrekking niet enkel om het verstrekken van informatie, maar ook om partijen op een gelijkwaardige manier te behandelen. Men komt zodoende altijd enige mate van overlap tegen bij beide beginselen.

Over de eerste twee stellingen had voorts de heer **Wolswinkel** een vraag. Men kan al discussie hebben over de vraag of men bij het transparantiebeginsel kan spreken van een beginsel. Maar voor deze vraag neemt de heer Wolswinkel dit aan. Alle genoemde voorbeelden door mevrouw Drahmann hebben betrekking op schaarste. Dit geeft het vermoeden dat het transparantiebeginsel uitsluitend van betekenis zou kunnen zijn bij schaarste. Kan dan nog wel sprake zijn van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur? En zou het transparantiebeginsel dan wel moeten worden opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht? Mevrouw **Drahmann** herkent in deze vragen haar zoektocht die ze heeft verricht om tot het ter discussie staande preadvies te komen. Het transparantiebeginsel komt van oorsprong uit het aanbestedingsrecht, waardoor gemakkelijk uitgekomen wordt bij schaarse besluitvorming. In haar ogen is het daarom gek dat het beginsel bij de schaarse besluitvorming nog niet geldt. Het lijkt haar een evident beginsel, gelet op de waarborgen die het beschermt. Toepassing van het transparantiebeginsel zou men ook kunnen doortrekken naar de subsidieverlening. Het zal niet snel bij alle besluitvorming, zoals bijvoorbeeld de bouwvergunning, worden toegepast, maar mevrouw **Drahmann** wil deze toepassing niet uitsluiten, nu het transparantiebeginsel nog volop in ontwikkeling is en het een bepaalde mate van dynamiek kent. Het zou daarom een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kunnen zijn. Een dergelijke benoeming van het transparantiebeginsel zou ook een duwtje in de rug kunnen zijn om het beginsel erkend te krijgen.

Mevrouw **Den Ouden** vraagt zich af waar we met dit beginsel naar toe moeten. Het transparantiebeginsel begint zijn weg te vinden in nationale zaken. Gezien de waarborgen die het beginsel beschermt, zou er niemand tegen durven zijn.

Mevrouw Den Ouden gaat zich echter toch wagen aan de nadelen van dit beginsel en dan voornamelijk op het gebied van het aanbestedingsrecht. De procedures zijn door de toepassing van het transparantiebeginsel star geworden. Het geeft geen mogelijkheid meer om in te spelen op latere omstandigheden van het geval. Zou een voorzichtigere benadering via al bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel, dan niet een juistere benadering zijn? Met toepassing van de al bestaande beginselen worden zo de ergste uitwassen ook voorkomen en is er geen sprake van de nadelen, die ontstaan bij toepassing van het transparantiebeginsel. Mevrouw **Drahmann** kent deze nadelige signalen dat het aanbestedingsrecht als een rigide systeem wordt ervaren. Het is echter niet zo dat het transparantiebeginsel vereist dat een aanbestedingsprocedure overeenkomstig de EG-richtlijnen gevolgd moet worden. Dit zou inderdaad vaak te star zijn. Mevrouw Drahmann pleit er uitsluitend voor de minimumwaarborgen van het transparantiebeginsel te hanteren en dat moet via de procedure van de EG-richtlijnen. Een bestuursorgaan kan uit het transparantiebeginsel veel waarborgen halen die nu nog niet uit al bestaande beginselen voortvloeien. Deze waarborgen worden nog niet ten volle benut. Op het moment dat een vergunningverlener op een later moment in de procedure allerlei interne handboeken gaat opstellen die gebruikt worden ten behoeve van de verdere procedure, gelden blijkbaar niet de waarborgen die bij toepassing van het transparantiebeginsel beschermd zouden worden. Benoeming van het transparantiebeginsel zou daar dus een oplossing voor kunnen bieden. Inderdaad valt het transparantiebeginsel gedeeltelijk onder de zorgvuldige besluitvorming, dat al een bestaand kader is, maar er kan zo veel geschaard worden onder de zorgvuldige besluitvorming.

De heer **Michiels** gaat nader in op de noodzakelijkheid van het transparantiebeginsel. Alle voorbeelden die zijn genoemd om het transparantiebeginsel nader toe te lichten, lijken zo logisch. Is daar dan wel een apart beginsel voor nodig? Vallen de genoemde voorbeelden niet al onder een ander bestaand beginsel? Bestaan er elementen die specifiek onder het transparantiebeginsel zouden moeten vallen die nu nog niet worden beschermd door de reikwijdte van al bestaande beginselen? Volgens mevrouw **Drahmann** zou op een kunstmatige wijze elk element al onder een bestaand beginsel geplaatst kunnen worden, maar de vraag is of we wel die moeite willen doen nu er een Europees beginsel voorhanden is die voor dergelijke elementen een duidelijk handvat biedt. Het transparantiebeginsel biedt daartoe wel degelijk een waardevolle aanvulling. De heer **Wassink** valt de heer Michiels bij door een zaak aan te halen waarbij een vergunning voor een speelautomatenhal centraal stond. De vraag was welke partij het beste voldeed aan de op voorhand opgestelde criteria ter verlening van deze vergunning. Omdat uiteindelijk geen van de gegadigden voldeed aan deze criteria, besloot het desbetreffende college van burgemeester en wethouders om deze criteria – de zogenoemde spelregels – gedurende de procedure aan te passen. Volgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven was dit niet toegestaan en noemde daarbij expliciet het zorgvuldigheidsbeginsel als grondslag, Waarom is dan nog een transparantiebeginsel nodig? De heer **Michiels** zou daarom graag willen weten of er situaties bestaan waarin de rechter zich zal moeten beroepen op het transparantiebeginsel bij gebrek aan de mogelijke toepassing van al bestaande andere beginselen? Mevrouw **Drahmann** noemt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarbij de minister een aanvraag om subsidie op grond van het Medefinancieringsstelsel van Plan Nederland heeft afgewezen. De Afdeling bestuursrechtspraak had in deze

zaak op grond van het transparantiebeginsel tot vernietiging moeten overgaan, want niet elke partij had de ter discussie staande handreikingen gehad. Dit had de Afdeling bestuursrechtspraak moeten baseren op grond van het transparantiebeginsel, maar heeft dit niet gedaan. De heer **Barkhuysen** vraagt zich voorts af hoe krachtig het gelijkheidsbeginsel is in het bestuursrecht. Dit moet wel een evident verschil zijn met het transparantiebeginsel.

De heer **Jans** bevreemdt het dat het transparantiebeginsel uit de Dienstenrichtlijn niet wordt overgenomen in de Nederlandse Dienstenwet. Dit moet toch worden omgezet conform de Europeesrechtelijke regels? Nederland zal volgens hem per 8 december 2009 in gebreke zijn. Mevrouw **Drahmann** is het eens met de heer Jans dat op dit punt de Dienstenrichtlijn te beperkt is geïmplementeerd in de Dienstenwet.

Mevrouw **Siem** is positief over het transparantiebeginsel. Het is prachtig als de overheid vooraf laat weten wat het van plan is om te gaan ondernemen. De vraag die mevrouw Siem heeft, is waarom mevrouw Drahmann heeft gekozen voor de Algemene wet bestuursrecht? Dit zou ook aan decentrale overheden kunnen worden overgelaten. De al in de Algemene wet bestuursrecht opgenomen algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn daarin slechts benoemd zonder dat de wet bepaalde criteria ten behoeve van deze beginselen stelt. De rechter zal dan bij het transparantiebeginsel – als deze is benoemd in de Algemene wet bestuursrecht – weer zelf criteria moeten opstellen en invullen. Mevrouw **Drahmann** benadrukt dat haar stelling is om in de Algemene wet bestuursrecht slechts een regeling over schaarse besluitvorming op te nemen. Gekozen is voor de Algemene wet bestuursrecht, omdat als men de waarborgen van het transparantiebeginsel wil vastleggen in regelgeving, dit dan voor heel Nederland moet gelden. Met verschillende decentrale regelingen of met ad hoc-regelgeving voor concrete gevallen wordt niet hetzelfde resultaat bereikt. Een Wet op de schaarse besluiten heeft evenmin haar voorkeur.

De heer **Van Ommeren** is van mening dat het goed is om het transparantiebeginsel en de schaarse besluiten in één verband te brengen. De kernvraag bij het transparantiebeginsel is wanneer het al dan niet van toepassing is. Het moet in de kern leiden tot 'informeren'. Wanneer berust dan op het bestuursorgaan wel/niet de verplichting om informatie te geven? Die verplichting is er wel bij het al genoemde voorbeeld van de speelautomatenhal. Een ander voorbeeld betreft de zondagopenstelling van winkels. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven gaat dan uit van 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt'. Een kruidenier sluit dan meestal achteraan in de rij na Albert Heijn en Plus. Dit komt omdat de kruidenier de benodigde en noodzakelijke informatie niet had over deze zondagopenstelling in tegenstelling tot de grote supermarkten. Dit wordt dan geen schending van het transparantiebeginsel genoemd. De heer Van Ommeren is niet voor opneming van het transparantiebeginsel in de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot schaarse besluiten. Het kan slechts goed zijn voor de Tiende Tranche. De wetgever moet echter wel wat doen. Daarbij moet dan eerst worden vastgesteld wat het voornaamste probleem is. En dan komt Van Ommeren tot zijn voornaamste punt: volgens hem is het belangrijkste probleem deze dag nog niet genoemd. Bestuursorganen weten namelijk niet wanneer ze uit welke procedures kunnen kiezen. Een alternatieve oplossing is dan dat de bijzondere wetgever over een bepaald soort procedure moet gaan nadenken en deze in bijzondere wetgeving moet opnemen. Dit is al gebeurd in de Telecommunicatiewet. Eerst moet dus de keuze naar soort procedure worden

gemaakt, alvorens wordt ingegaan wanneer wel/niet de verplichting bestaat tot informatieverstrekking. De verplichting om een keuze in procedure te maken, zou kunnen worden opgenomen in bijvoorbeeld de Aanwijzingen voor de regelgeving. Mevrouw **Drahmann** zou het een goed idee vinden om de Wet op de kansspelen volledig te herzien. Er is al een aantal wetten dat zich er goed voor leent om te worden aangepast naar de idee van de heer Van Ommeren. Maar hoe kan men dit dan regelen voor situaties waarin niet is voorzien in bijzondere wetgeving, zoals bij subsidieverlening. Daarnaast: als de wetgever kiest voor een regeling in enkele bijzondere wetten, dan zouden anderen daaruit kunnen afleiden dat het beginsel kennelijk beperkt is tot deze regeling en dat is niet wenselijk. Wel moet ervoor worden gewaakt dat het transparantiebeginsel niet wordt gezien als een verplichting tot het houden van een aanbestedingsprocedure. Door bepaalde omstandigheden zouden andere procedures ook moeten kunnen worden gevolgd (bijvoorbeeld een loterij in plaats van een aanbestedingsprocedure), zolang het wel binnen de grenzen van het transparantiebeginsel past. In een dergelijk geval motiveert het bestuursorgaan dus waarom in een speciaal geval voor een loterij is gekozen in plaats van voor een aanbestedingsprocedure.

Tot slot gaat mevrouw **Meesters** in op de aanname dat het transparantiebeginsel in beginsel alleen geldt ten aanzien van het Europese aanbestedingsrecht. Zij wijst op het arrest RZG/ConforMed, waaruit zou volgen dat ook ten aanzien van het Nederlandse recht een transparantiebeginsel geldt. Daarnaast vraagt ze of mevrouw Drahmann betoogt dat er in het geheel geen beperkingen zouden moeten gelden voor de toepassing van het transparantiebeginsel. Mevrouw **Drahmann** antwoordt op de eerste vraag dat het Hoge Raad-arrest ziet op de situatie dat vrijwillig is gekozen voor een aanbestedingsachtige procedure en dat in dat geval ook het transparantiebeginsel geldt. De tweede vraag beantwoordt ze bevestigend, want in haar ogen zijn de gehanteerde drempelwaarden niet goed te begrijpen. Ook bij kleine opdrachten die in beginsel buiten de reikwijdte van het aanbestedingsrecht vallen, zou het transparantiebeginsel moeten gelden. De bekendmaking zou bijvoorbeeld op een zodanige manier moeten geschieden dat deze voor eenieder toegankelijk is. Dit is mogelijk door het vermelden van de aanbestedingsopdracht op de gemeentelijke website. Desnoods wijst het bestuursorgaan al bekende contacten op deze website. Dit is geen favoritisme, want de website is een openbaar middel waardoor ook nog onbekende partijen bekend kunnen worden met de te vergeven opdracht.

## Stemmingen over de stellingen

### Stellingen bij het preadvies van mw. M.J.M. Verhoeven, Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief

Elke preadviseur krijgt voor de stemming over de stellingen nog de mogelijkheid om nog één van de door hen opgenomen stellingen nader toe te lichten. Mevrouw Verhoeven maakt van deze gelegenheid gebruik door over stelling 2 nog te vermelden dat dit de meest algemene stelling is waar tevens de meeste twijfel over lijkt te bestaan bij de aanwezigen in de zaal. Stelling 2 zou ervoor zorgen dat de theoretische Costanzo-verplichting wordt gelijkgetrokken met de huidige praktijk door het onderscheid tussen rechters en bestuursorganen te accepteren.

**Stelling 1**
De erosie van het nationale legaliteitbeginsel door het communautaire recht is niet dramatisch.

**Stelling 2**
De algemene communautaire verplichting van bestuursorganen om nationaal recht opzij te zetten wanneer dat strijdig is met EG-recht, gaat veel te ver (zie par. 3.3 + 5).

**Stelling 3**
Het CIF-arrest breidt de bevoegdheden van de NMa niet uit (zie par. 4.2.1).

**Stelling 4**
De Boxtel-jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is in strijd met de jurisprudentie van het Hof van Justitie (zie par. 3.3).

**Stelling 5**
Verordeningen kunnen als directe bevoegdheidsgrondslag voor het optreden van bestuursorganen dienen, zolang maar duidelijk is welk bestuursorgaan bevoegd is (zie par. 4.2.2). Op deze stelling is tijdens de presentatie nog de aanvulling gemaakt dat naast de eis dat duidelijk moet zijn welk bestuursorgaan bevoegd is, de bepaling uit de verordening als zodanig ook geschikt moet zijn om als bevoegdheidsgrondslag te kunnen dienen.

De eerste stelling wordt met een ruime meerderheid aangenomen zonder enige tegenstemmers. Met betrekking tot stelling 2 bestaat inderdaad meer twijfel, want deze stelling wordt met een nipte meerderheid afgewezen. Stelling 3 wordt echter wederom met een ruime meerderheid aangenomen, ondanks dat er veel aanwezigen blanco hebben gestemd bij deze stelling. Over stelling 4 durft men zich niet zonder meer uit te laten, want met slechts één stem voor en twee stemmen tegen brengt de grote meerderheid een blanco-stem uit. Stelling 5 tot slot laat het tegenovergestelde zien, want daar stemmen slechts twee aanwezigen blanco, is één aanwezige tegen de stelling en stemt de rest van de aanwezigen voor deze stelling.

**Stellingen bij het preadvies van J.E. van den Brink, Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel**

Volgens mevrouw Van den Brink is het van belang om bij stelling 4 in de gaten te houden dat op beide soorten subsidie hetzelfde recht van toepassing is, maar dat dit recht per soort subsidie verschillend wordt uitgelegd.

**Stelling 1**
De uitleg van het HvJ EG van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel is bij de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun dermate strikt, dat de subsidieontvanger aan deze beginselen vrijwel geen bescherming ontleent.

**Stelling 2**
De ABRvS heeft in de uitspraken volgend op het ESF-arrest van het HvJ EG ten onrechte geen aandacht besteed aan het (onbehoorlijke) gedrag van nationale, subsidieverstrekkende bestuursorganen.

**Stelling 3**
De ABRvS had na het ESF-arrest van het HvJ EG opnieuw prejudiciële vragen moeten stellen aan het HvJ EG.

**Stelling 4**
Het is onwenselijk dat de rechtsbescherming voor subsidieontvangers bij de terugvordering van Nederlandse subsidies enerzijds en voor subsidieontvangers bij terugvordering van Europese subsidies en Nederlandse subsidies die als onrechtmatige staatssteun zijn aangemerkt anderzijds, zo ver uiteenloopt.

**Stelling 5**
De nationale bestuursrechter, in het bijzonder de ABRvS, zou een dialoog aan moeten gaan met het HvJ EG, om zo te bereiken dat ook op Europees niveau een meer uitgebalanceerd rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel kan worden ontwikkeld.

**Stelling 6**
Het is onwenselijk dat elementen uit de jurisprudentie van het HvJ EG met betrekking tot het Europese rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel terugkomen in uitspraken van de nationale rechter in louter nationale zaken: de ruimhartige invulling van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel ten opzichte van het HvJ EG verdient de volle verdediging.

Een ruime meerderheid van de aanwezigen is het eens met de stelling dat de subsidieontvanger door de strikte uitleg van het Europese Hof van Justitie vrijwel geen bescherming ontleent aan de beginselen (stelling 1). Slechts vijf personen hebben tegengestemd en negen aanwezigen blanco. De tweede stelling is door een meerderheid verworpen, hoewel ook veel aanwezigen blanco hebben gestemd. Slechts twee mensen waren voor de stelling. Bij stelling 3 heeft een ruime meerderheid blanco gestemd. Zes mensen waren voor en twaalf mensen tegen de idee om wederom prejudiciële vragen te stellen aan het Europese Hof van Justitie. Omtrent stelling 4 ontstond nog enige discussie, nu enkele aanwezigen van mening waren dat in deze stelling een premisse besloten ligt. Deze premisse bestaat uit de aanname dat bij beide soorten subsidies de toepassing van het recht uiteenloopt. Uiteindelijk wordt stelling 4 met zeventien stemmen voor en dertien stemmen tegen aangenomen, waarbij de rest een blanco-stem heeft uitgebracht. Slechts zes mensen waren het oneens met stelling 5. Het aantal aanwezigen dat het eens was met deze stelling was voorts gelijk aan het aantal blanco-stemmen. Stelling 6 is tot slot met ruime meerderheid aangenomen. Slechts zes personen waren tegen de stelling en zes personen brachten een blanco-stem uit.

**Stellingen bij het preadvies van A. Drahmann: Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?**
Gelet op de discussie en de vragen lijkt het mevrouw Drahmann niet nodig om nog enige toelichting te geven op de stellingen. Deze spreken voor zich.

**Stelling 1**
Het transparantiebeginsel moet worden erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

**Stelling 2**
Het transparantiebeginsel moet niet worden gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht.

**Stelling 3**
In de Algemene wet bestuursrecht moet een regeling worden opgenomen voor de verlening van schaarse besluiten.

Ondanks het betoog van mevrouw Drahmann wordt stelling 1 met een lichte meerderheid niet aangenomen. Stelling 2 wordt als logisch gevolg daarop daarom wel met een ruime meerderheid aangenomen. Slechts vier mensen stemden tegen deze stelling. Stelling 3 haalt het ook niet, want zeventien aanwezigen stemden tegen, terwijl maar vier personen voor een dergelijke regeling waren. De overige aanwezigen hebben een blanco-stem uitgebracht.

## Afsluiting: J.E.M. (Jaap) Polak

Nogmaals wordt de dank uitgesproken voor het indrukwekkende werk dat de drie preadviseurs hebben geleverd. Daarbij wordt opgemerkt dat ze niet getreurd moeten zijn dat de meeste stellingen niet zijn aangenomen. In ieder geval is met deze middag namelijk de discussie geopend om het weer meer te gaan hebben over de (algemene rechts)beginselen. Over twintig jaar zijn wellicht de stellingen van de preadviseurs alsnog geldend recht geworden, zijn de beginselen in de Awb wel op een andere manier gecodificeerd en zijn de preadviseurs degenen die kunnen zeggen: 'Ik had het toch gezegd.' De dag wordt afgesloten met een groot applaus ter waardering voor de drie preadviezen.