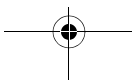
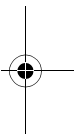
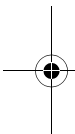


De Europese agenda van de Awb



**In het kader van de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006 zijn
verschenen:**

Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter	ISBN 978-90-5454-797-6
Feitenvaststelling in beroep	ISBN 978-90-5454-768-6
Klagen bij bestuursorganen. Evaluatieonderzoek naar de klachtbehandeling door bestuursorganen	ISBN 978-90-5454-794-5
Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger. Stand van zaken in theorie en eerder onderzoek	ISBN 978-90-5454-788-4
De Europese agenda van de Awb	ISBN 978-90-5454-781-5
Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006	ISBN 978-90-5454-055-7

DERDE EVALUATIE VAN DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT 2006

De Europese agenda van de Awb

R.J.G.M. Widdershoven
M.J.M. Verhoeven
S. Prechal

A.P.W. Duijkersloot
J.W. van de Gronden
B. Hessel
R. Ortlep

Aanbevolen citeerwijze: R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., De Europese agenda van de Awb

© 2007 WODC

Dit rapport is uitgebracht ten behoeve van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (wOdc) te Den Haag.

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

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 978-90-5454-781-5
NUR 823

Inhoud

Voorwoord	ix
Samenvatting	xi
1 INLEIDING	1
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	1
1.2 Probleemstelling en onderzoeksvragen	2
1.3 Uitwerking van de onderzoeksvragen	3
1.4 Methoden van onderzoek	6
1.5 Beperkingen	11
1.6 Onderzoeksteam en begeleidingscommissie	11
1.7 Opbouw van het rapport	12
2 DE DOORWERKING VAN EUROPEES RECHT	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Rechtstreekse werking, conforme uitleg en voorrang	13
2.3 Verplichtingen voor rechter en bestuur	17
2.4 Verplichtingen voor de wetgever	18
2.5 Beperkingen	20
2.5.1 Geen verplichtingen voor particulieren	20
2.5.2 Driehoeken en louter negatieve gevolgen	21
2.5.3 'Uitsluitende werking'	23
2.5.4 Verplichtingen en conforme uitleg	24
2.6 Het legaliteitsbeginsel	24
3 ALGEMENE EUROPESE EISEN	29
3.1 Inleiding	29
3.2 Het gelijkwaardigheidsbeginsel	30
3.3 Het effectiviteitsbeginsel	32
3.4 Het beginsel van effectieve rechtsbescherming	35
3.5 Rechtsbeginselen	37
4 KERNBEGRIPPEN VAN DE AWB	41
4.1 Inleiding	41
4.2 Het bestuursorgaan	41
4.2.1 Inleiding	41
4.2.2 Bestuursorgaan in de zin van de Awb	42
4.2.3 Het begrip lidstaat in het Europese recht	43
4.2.4 Onderneming in het mededingingsrecht	45
4.2.5 De overheid in het mededingingsrecht	47

4.2.6	Spanningen	50
4.2.7	Conclusie	52
4.3	Het besluit	53
4.3.1	Nationaal recht	53
4.3.2	Europees recht	53
4.3.3	Spanningen	55
4.3.4	Conclusie	56
4.4	De belanghebbende	57
4.4.1	Nationaal recht	57
4.4.2	Algemene Europese eisen	57
4.4.3	De Europese toelaatbaarheid van een relativiteitseis	59
4.4.4	Het Verdrag van Aarhus en het ontwerp voor een Aarhus-richtlijn	62
4.4.5	Conclusie	65
5	BESTUURLIJKE BESLUITVORMING	67
5.1	Inleiding	67
5.2	Het beginsel van formele zorgvuldigheid	67
5.2.1	Nationaal recht	67
5.2.2	Spanningen met het Europese recht	69
5.2.3	Conclusie	74
5.3	Evenredigheidsbeginsel	74
5.3.1	Nationaal recht	74
5.3.2	Europees recht	76
5.3.3	Spanningen	77
5.3.4	Conclusie	78
5.4	Verdedigingsbeginsel	78
5.4.1	Inleiding	78
5.4.2	Deelaspecten van het verdedigingsbeginsel	79
5.4.3	Spanningen tussen het nationale en Europese recht	81
5.4.4	Conclusie	84
5.5	Transparantiebeginsel	85
5.5.1	Transparantie en transparantiebeginsel	85
5.5.2	Van algemeen beginsel van het aanbestedingsrecht tot algemeen rechtsbeginsel	86
5.5.3	Inhoud en reikwijdte	89
5.5.4	Het transparantiebeginsel en het Nederlands (bestuurs)recht	91
5.6	Specifieke eisen aan de bestuurlijke besluitvorming in secundaire EG-regelgeving	93
5.6.1	Inleiding	93
5.6.2	Het communautaire douanerecht	93
5.6.3	Europese landbouwsubsidies	95
5.6.4	Dienstenrichtlijn	96
5.6.5	Conclusie	97

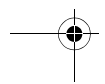
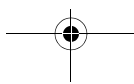
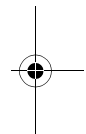
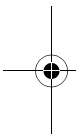
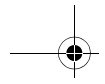
6	SUBSIDIES EN HANDHAVING	99
6.1	Inleiding	99
6.2	Subsidies	99
6.2.1	Nationaal recht	99
6.2.2	Europees recht	103
6.2.3	Spanningen	105
6.2.4	Conclusie	108
6.3	Handhaving	108
6.3.1	Inleiding	108
6.3.2	Nationaal recht	108
6.3.3	Algemene Europese eisen	110
6.3.4	Specifieke Europese eisen	112
6.3.4.1	Het begrip 'toezicht' en toezichtsbevoegdheden	112
6.3.4.2	Transnationale aspecten van toezicht	117
6.3.4.3	Sanctionering	122
6.3.5	Conclusie	125
7	DE PROCEDURE BIJ DE RECHTER	127
7.1	Inleiding	127
7.2	Rechtsmiddelen tegen het niet tijdig beslissen	128
7.2.1	Nationaal recht	128
7.2.2	Spanningen met het Europese recht	129
7.2.3	Conclusie	130
7.3	Omvang van geding in ruime zin	131
7.3.1	Nationaal recht	131
7.3.2	Europees recht	137
7.3.3	Spanningen	141
7.3.4	Conclusie	144
7.4	De prejudiciële procedure	144
7.4.1	Nationaal recht	144
7.4.2	Europees recht	147
7.4.3	Spanningen	149
7.4.4	Conclusie	150
7.5	De voorlopige voorziening	150
7.5.1	Nationaal recht	150
7.5.2	Europees recht	151
7.5.3	Spanningen	154
7.5.4	Conclusie	156
8	AANSPRAKELIJKHEID	157
8.1	Inleiding	157
8.2	Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad en proceskostenveroordeling	157
8.2.1	Nationaal recht	157
8.2.2	Europees recht	160
8.2.3	Spanningen	163

8.3	Aansprakelijkheid voor rechtmatige daad	167
8.3.1	Nationaal recht	167
8.3.2	Europees recht	168
8.3.3	Spanningen	170
8.4	Conclusie	171
9	DEFINITIEVE BESLUITEN EN BESTUURSRECHTELIJKE UITSPRAKEN	173
9.1	Inleiding	173
9.2	Bezwaar- en beroepstermijn	173
9.2.1	Inleiding	173
9.2.2	Nationaal recht	173
9.2.3	Europees recht	176
9.2.4	Spanningen	177
9.2.5	Conclusie	180
9.3	Bestuursorgaan en artikel 4:6 Awb	181
9.3.1	Nationaal recht	181
9.3.2	Europees recht	185
9.3.3	Spanningen	188
9.3.4	Conclusie	191
9.4	Herziening van bestuursrechtelijke uitspraken	191
9.4.1	Nationaal recht	191
9.4.2	Europees recht	192
9.4.3	Conclusie	194
10	CONCLUSIES EN SLOTBESCHOUWINGEN	195
10.1	Inleiding	195
10.2	Bevindingen	195
10.2.1	De Awb en de algemene Europese eisen	195
10.2.2	De Awb en specifieke Europese eisen	198
10.2.3	Spanningen tussen de Awb en de Europese eisen	199
10.3	Spanningen tussen de algemene uitgangspunten van de Awb en Europees recht	202
10.4	De toekomstige Europese agenda van de Awb	204
	SUMMARY	207
	LITERATUUR	215
	JURISPRUDENTIEREGISTER	223
BIJLAGE 1	Samenstelling begeleidingscommissie	233
BIJLAGE 2	Aandachtspunten interviews onderzoek 'Europese agenda van de Awb'	235
BIJLAGE 3	Lijst van geïnterviewde personen	239

Voorwoord

Dit rapport behandelt het onderwerp 'Europa en de Awb' en maakt deel uit van een vijftal onderzoeken die samen de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vormen. Volgens de wettelijke evaluatiebepaling dienen de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken drie jaar na de inwerkingtreding en vervolgens om de vijf jaar een evaluatie van de wet aan de Tweede Kamer toe te zenden. De eerste evaluatie vond plaats drie jaar na inwerkingtreding van de wet, in 1996 en vijf jaar later, in 2001, de tweede. De onderwerpen uit deze evaluatieronde zijn voor een belangrijk deel het resultaat van een 'open inschrijving'. In een aantal vakbladen zijn mensen uitgenodigd om aandachtspunten op te geven voor de evaluatie. Naast 'Europa en de Awb' worden in deze evaluatie de volgende onderwerpen behandeld: feitenvaststelling, definitieve geschilbeslechting, de burger en de Awb en intern klachtrecht. Ik spreek de hoop uit dat de evaluatiecommissie, onder leiding van mr. J.W. IJssink, door de uitkomsten van de onderzoeken goed geïnformeerd en geïnspireerd wordt om tot een advies te komen over een eventuele aanpassing van de wet.

Prof. dr. Frans L. Leeuw
Directeur WODC



Samenvatting

AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

Sinds 1958 is Nederland onderdeel van een Europese rechtsorde. Deze rechtsorde is een gedeelde rechtsorde, waarin de onderdelen – de Europese Gemeenschap (EG) en de lidstaten – in loyale samenwerking moeten komen tot een effectieve doorwerking van het EG-recht. In deze gedeelde rechtsorde hebben beide onderdelen een eigen taak.

Op Europees niveau produceren de Europese instellingen een steeds verder uitdijende hoeveelheid recht. Dit recht – dat te vinden is in het EG-Verdrag, de algemene Europese rechtsbeginselen, verordeningen, richtlijnen en beschikkingen – is in hoge mate inhoudelijk bepalend voor het materiële recht op steeds meer beleidsterreinen en heeft voorrang op het nationale recht. Het nationale niveau heeft in algemene zin als taak om het EG-recht te implementeren, zodat het daadwerkelijk toepassing vindt in de lidstaat. Deze taak omvat het vaststellen van regelgeving ter omzetting van richtlijnen en operationalisering van verordeningen, de tenuitvoerlegging van het EG-recht in het concrete geval en de handhaving ervan. Verder is de lidstaat verantwoordelijk voor een effectief systeem van rechtsbescherming, waarbinnen de burger schendingen van EG-recht aan de orde kan stellen. Heeft de nationale rechter vragen over de interpretatie en geldigheid van het EG-recht, dan kan – en in hoogste instantie: moet – hij terzake prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie. Deze procedure heeft als doel een uniforme toepassing van het EG-recht te garanderen en is de belangrijkste schakel tussen het Europese en nationale onderdeel van de Europese rechtsorde.

In de gedeelde rechtsorde voert de lidstaat het EG-recht uit met behulp van zijn nationale recht (procedurele autonomie). Grote delen van dit recht fungeren daarvoor inmiddels als vehikel voor de uitvoering van het EG-recht en kunnen worden getypeerd als Europees uitvoeringsrecht. Omdat de EG voor een effectieve doorwerking van haar recht daardoor in hoge mate afhankelijk is van het nationale recht, is zij in de loop der jaren steeds meer eisen gaan stellen aan het nationale uitvoeringsrecht. Deze eisen worden eerst en vooral gesteld in de rechtspraak van het Hof van Justitie en hebben dan algemene gelding. Daarnaast worden specifieke eisen voorgeschreven in de secundaire Europese regelgeving. Deze eisen zijn specifiek omdat zij alleen gelden voor het nationale terrein dat door de Europese regeling wordt bestreken. De algemene en specifieke eisen betreffen op zich alleen het nationale recht voor zover dat wordt ingezet voor de tenuitvoerlegging van EG-recht. Naarmate meer beleidsterreinen materieel door het EG-recht worden bepaald, neemt echter ook de invloed van het EG-recht op de algemene regels die op deze uitvoering van toepassing zijn toe. Voor het Nederlands bestuursrecht zijn deze regels vooral te vinden in de Algemene wet

bestuursrecht (Awb). Deze regels kunnen in strijd zijn of op gespannen voet staan met de eisen die het EG-recht stelt. Het doel van het onderzoek is om deze strijdigheden en (voorspelbare toekomstige) andere spanningen in kaart te brengen en aan te geven hoe deze, al dan niet door wijziging van de Awb, kunnen worden opgelost.

PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

In het onderzoek staat de volgende probleemstelling centraal: op welke onderdelen sluit de Awb nu of in de (nabije) toekomst niet of onvoldoende aan bij het Europese recht en welke urgentievolgorde kan worden aangebracht om deze 'aansluitingsproblemen' op te lossen? Om hierop antwoord te kunnen geven, zijn de volgende vragen onderzocht:

- Met behulp van welke 'instrumenten' werkt het EG-recht precies door in de nationale rechtsorde en welke verplichtingen brengen deze 'instrumenten' met zich voor rechter, bestuursorganen en wetgever?
- Welke eisen stelt het EG-recht aan het algemeen bestuursrecht van de Awb? Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen de algemene Europese eisen die worden gesteld in de rechtspraak van het Hof, en de specifieke eisen die worden voorgeschreven in secundaire Europese regelgeving.
- Op welke punten staat de Awb op gespannen voet met de algemene en specifieke EG-rechtelijke eisen, dan wel zou zij in de nabije toekomst op gespannen voet kunnen staan?
- Kunnen de gesignaleerde spanningen worden opgelost door middel van bijvoorbeeld conforme uitlegging van de Awb, of nopen zij tot wijziging of aanvulling van de Awb?
- Kan een urgentievolgorde worden bepaald voor het met behulp van wetswijziging oplossen van spanningen tussen het EG-recht en de Awb?

METHODEN VAN ONDERZOEK

De eerste methode die in het onderzoek is gebruikt is de analyse van literatuur en jurisprudentie. In dat kader is zowel de rechtspraak van het Hof van Justitie, als die van de hoogste Nederlandse bestuursrechters met betrekking tot de toepassing van het nationaal bestuurs(proces)recht in EG-rechtelijke zaken geanalyseerd.

In de tweede plaats zijn interviews gehouden met vertegenwoordigers van de hoogste bestuursrechters en van enkele (afdelingen van) departementen of overheidsdiensten die in praktijk veelvuldig betrokken zijn bij de uitvoering van het EG-recht. Het doel van de interviews was om beter inzicht te krijgen in de algemene en specifieke spanningen tussen het EG-recht en de Awb, die zich op het terrein van het desbetreffende rechterlijke college of departement/dienst voordoen. Bovendien is aan orde gesteld in hoeverre de oplossing van bepaalde spanningen urgent is.

In de derde en laatste plaats zijn, teneinde een goede indruk te krijgen van de specifieke spanningen tussen het algemene bestuursrecht van de Awb en het EG-

recht, diverse Europese regelgevingscomplexen geanalyseerd. Het gaat om: de Europese douanewetgeving, de regelgeving inzake Europese landbouwsubsidies, het Europese telecommunicatierecht, de Dienstenrichtlijn, de Europese regelgeving inzake financieel toezicht en de Europese regels ter bescherming van de financiële belangen van de EG. Daarnaast zijn, maar dan meer incidenteel, het Europese mededingingsrecht en het Europese aanbestedingsrecht in het onderzoek betrokken.

OPBOUW VAN HET RAPPORT

De opbouw van het rapport sluit nauw aan bij onderzoeksvragen. Om te kunnen bepalen of de Awb voldoende mogelijkheden biedt voor de doorwerking van EG-recht, wordt in hoofdstuk 2 eerst vastgesteld waartoe het EG-recht de lidstaten op dit punt precies verplicht. Daarbij wordt aandacht besteed aan het beginsel van voorrang van EG-recht, alsmede aan de EG-rechtelijke 'instrumenten', waarmee dit beginsel en de doorwerking van EG-recht wordt gerealiseerd, de rechtstreekse werking van EG-recht en de EG-rechtconforme interpretatie. In het onderzoek zijn de mogelijkheden én beperkingen van beide instrumenten van doorwerking bestudeerd vanuit de optiek van de rechter, het bestuur en (in beperkte mate) wetgever. Bij de wetgever ligt de nadruk op diens mogelijke rol bij het voorkomen van spanningen tussen Awb en specifieke Europese regelgeving.

In hoofdstuk 3 worden de algemene eisen die het Europese recht aan de Awb stelt, in kaart gebracht. Deze eisen vloeien voort uit de beginselen van gelijkwaardigheid, effectiviteit (doeltreffendheid) en effectieve rechtsbescherming. Daarnaast kent het EG-recht algemene Europese rechtsbeginselen die in nationale zaken binnen de werkingssfeer van het EG-recht moeten worden toegepast in plaats van of in aanvulling op de nationale beginselen van behoorlijk bestuur. De specifieke eisen die aan onderwerpen van algemeen bestuursrecht worden gesteld in secundaire Europese regelgeving, worden besproken in het hoofdstuk waarin het desbetreffende onderwerp aan de orde is.

In hoofdstuk 4 tot en met 9 worden de algemene regels van de Awb geconfronteerd met de eisen die het Europese recht stelt. Deze confrontatie is de kern van het onderzoek en vindt plaats ten aanzien van: de kernbegrippen van de Awb (hoofdstuk 4), de algemene regels voor de bestuurlijke besluitvorming (hoofdstuk 5), de speciale onderwerpen subsidiëring en handhaving (hoofdstuk 6), de rechtsbescherming ingevolge de Awb (hoofdstuk 7), de schadevergoeding bij onrechtmatige en rechtmatige overheidsdaad (hoofdstuk 8) en definitieve besluiten en rechterlijke uitspraken (hoofdstuk 9).

In hoofdstuk 10 worden de belangrijkste bevindingen van het onderzoek op een rij gezet. Daarbij wordt aangegeven welke strijdigheden en andere spanningen tussen het Europese recht en de Awb bestaan en in hoeverre deze urgent zouden moeten worden aangepakt. Verder wordt in dit hoofdstuk beoordeeld of de algemene uitgangspunten van de Awb – het concept van de wederkerige rechtsbetrekking en het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie – op gespannen voet staan met het Europese recht. Ten slotte worden beschouwingen gewijd aan de toekomstige Europese uitdagingen voor de Awb.

Het onderzoek heeft plaatsgevonden tussen 1 januari en 1 juli 2006. Het rapport is afgerond op 24 juli 2006.

BEVINDINGEN EN AANBEVELINGEN

- 1 De belangrijkste bevinding van het onderzoek is dat zich tussen de *algemene Europese eisen* en de Awb weinig wezenlijke spanningen voordoen, althans geen spanningen die tot ingrijpende wijziging van de Awb zouden nopen. Deze bevinding geldt in de eerste plaats voor de Awb-kernbegrippen, de beginselen en regels voor de bestuurlijke besluitvorming, de handhaving, de toegang tot de rechter, de omvang van het rechterlijke geding in ruime zin, de procesvoering bij de rechter, de aansprakelijkheid en de onaantastbaarheid van definitieve besluiten en rechterlijke uitspraken. Wel is het noodzakelijk dat, ter voorkoming van spanningen, begrippen en regels van de Awb worden uitgelegd conform de algemene Europese eisen. Deze bieden daartoe voldoende ruimte.
- 2 De Awb wordt conceptueel gedragen door twee uitgangspunten, het concept van de wederkerige rechtsbetrekking en het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie. Het eerstgenoemde concept staat niet op gespannen voet met het Europese recht. Wat betreft het primaat van de rechtsbescherming kan worden opgemerkt dat deze keuze in zoverre afwijkt van het Europese recht, dat in het Europese recht de controlefunctie nog gelijkwaardig is aan de rechtsbeschermingsfunctie. Dat wil niet zeggen dat de keuze voor rechtsbescherming in strijd is met het EG-recht, maar wel dat de mate waarin de functie wordt doorgevoerd door het EG-recht wordt begrensd. Meer concreet leidt dit ertoe dat regels omtrent de omvang van het geding en een eventueel te introduceren Schutznorm in EG-zaken niet te strikt mogen worden toegepast.
- 3 De *specifieke eisen* die in secundaire Europese regelingen aan onderwerpen van algemeen bestuursrecht worden gesteld, wijken nogal eens af van de regeling in de Awb. Voor zover afwijkende regels van algemene bestuursrecht worden voorgeschreven in verordeningen is het op zichzelf niet noodzakelijk om voorzieningen te treffen in de nationale wetgeving. De regeling in de verordening moet immers door het bestuur en de rechter rechtstreeks worden toegepast, waarbij afwijkende nationale regelingen – zoals die van de Awb – buiten toepassing blijven. Niettemin is het sterk aan te bevelen dat de nationale wetgever ook bij de uitvoering van verordeningen zoveel mogelijk precies aangeeft in hoeverre Awb-regels (aanvullend) blijven gelden, dan wel buiten toepassing dienen te blijven. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. Deze aanpak, die wordt toegepast in het voorstel tot Algehele herziening van de douanewetgeving, verdient navolging.
Worden van de Awb afwijkende regels voorgeschreven in een richtlijn, dan moeten in beginsel wel nationale wettelijke maatregelen worden getroffen. Richtlijnen moeten immers inhoudelijk nauwkeurig, duidelijk en volledig worden omgezet in dwingende regels van nationaal recht. Doorgaans kunnen

de van de Awb afwijkende voorzieningen worden getroffen in de specifieke nationale wetgeving waarmee de richtlijn wordt omgezet. Soms is het vanwege de aard van voorgeschreven voorzieningen of de (potentieel) ruime reikwijdte van een richtlijn wenselijk om de daarin voorgeschreven regels van algemeen bestuursrecht om te zetten in de Awb. Dit geldt met name voor de Dienstenrichtlijn en de daarin gestelde eisen omtrent de éénloketgedachte, het elektronisch bestuurlijk verkeer, de fictieve positieve beschikking bij niet tijdig beslissen en het toezicht op de naleving van buitenlandse regels.

- 4 Dat zich tussen de Awb en het Europese recht geen grote spanningen voordoen, wil niet zeggen dat deze er in het geheel niet zijn. Echte strijdigheden tussen de Awb en de Europese eisen doen zich voor bij de subsidietitel 4.2 van de Awb. Deze hebben te maken met een effectieve toepassing van de Europese regels inzake ongeoorloofde staatssteun. Oplossing hiervan is voor een belangrijk deel urgent. Meer specifiek gaat het om de volgende punten:
 - Opschorting beslistermijn: door aanvulling van artikel 4:15 Awb moet de bestuurlijke beslistermijn kunnen worden opgeschort, in afwachting van de beoordeling door de Commissie van het voornemen om een subsidie te verlenen die mogelijk staatssteun is. Aan deze opschortingsmogelijkheid bestaat ook buiten het terrein van de subsidiëring op grond van het Europese recht soms behoefte.
 - Aanvulling weigeringsgronden: in artikel 4:35 Awb dient het oordeel van de Commissie dat een subsidie verboden staatssteun is, als dwingende grond voor subsidieweigering te worden toegevoegd.
 - Verruiming vaststellings- en intrekingsgronden: de vaststellingsgronden van artikel 4:46 lid 2 Awb en de intrekingsgronden van de artikelen 4:48 lid 1 onder d en 4:49 lid 1 onder b Awb, dienen te worden verruimd, zodat buiten twijfel staat dat deze gronden ook betrekking hebben op de situatie dat een subsidie op ‘nul’ moet worden vastgesteld en verlenings- en vaststellingsbeschikkingen moeten worden ingetrokken omdat sprake is van verboden staatssteun.
 - Verlenging verjaringstermijnen: de Awb moet voorzien in de mogelijkheid dat, wanneer het EG-recht dat voorschrijft, langere verjaringstermijnen gelden dan die van artikel 4:49 lid 3 en 4:57 Awb.
 - Grondslag voor rentevordering: in de Awb moet een grondslag voor rentevordering worden opgenomen voor het geval een met het EG-recht strijdige subsidie moet worden teruggevorderd. Of deze grondslag ook moet gelden voor louter nationale situaties staat ter beoordeling van de wetgever.

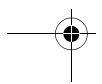
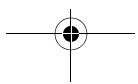
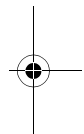
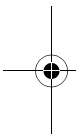
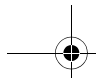
- 5 Bij diverse andere onderwerpen doen zich in de praktijk vooralsnog geen echte strijdigheden voor, maar kan de Awb beter worden toegesneden op de Europese eisen. Deze wijzigingen zijn niet urgent.
 - a Verdedigingsbeginsel: de kern van dit beginsel – het recht om zijn standpunt kenbaar te maken voordat het bestuur een ‘bezwarende’ handeling verricht – zou als beginselrecht kunnen worden opgenomen in afdeling 3.2 Awb. De procedurele waarborgen voor de uitoefening van dit recht

kunnen voor 'bezwarende' beschikkingen een plaats krijgen in afdeling 4.1.2. Verder zouden de uit het *legal privilege* voortvloeiende eisen kunnen worden opgenomen in artikel 5:17 Awb.

- b 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. 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.
 - c Het begrip 'toezicht': vanuit Europese optiek en om begripsverwarring te vermijden verdient het aanbeveling om het begrip 'toezicht' in afdeling 5.2 Awb te vervangen door het meer Europese begrip 'controle'.
 - d Buitenlandse toezichthouders: in artikel 5:11 Awb dient – bijvoorbeeld aan de Minister van Justitie – de bevoegdheid te worden verleend om buitenlandse en Europese Commissie-ambtenaren te kunnen aanwijzen als toezichthouder in de zin van de Awb.
 - e Het houden van toezicht op wetgeving van een andere lidstaat: in artikel 5:11 Awb dient de mogelijkheid te worden gecreëerd dat een Nederlandse toezichthouder toezicht houdt op de naleving van buitenlandse wetgeving.
 - f Prejudiciële procedure: in de Awb zouden diverse aspecten van de prejudiciële procedure (prejudiciële vraag bij tussenuitspraak, motivering) kunnen worden geregeld, alsmede de mogelijkheid om hangende een prejudiciële verwijzing een voorlopige voorziening te treffen.
 - g Voorlopigevoorzieningsprocedure: artikel 8:84 Awb moet worden aangevuld met de bevoegdheid om als voorwaarde voor het treffen van een voorlopige voorziening van een belanghebbende een zekerheid te verlangen. Voorts kan worden overwogen om de voorzieningenrechter de bevoegdheid te verlenen om de Europese Commissie ter zitting uit te nodigen.
- 6 Het Europese recht staat niet stil. De volgende Europese ontwikkelingen zouden de agenda van de Awb in de toekomst kunnen bepalen.
- a De groei van het 'echte' Europese bestuursrecht: in het onderzoek is gebleken dat onderwerpen van algemeen bestuursrecht steeds vaker specifiek worden geregeld in secundaire Europese regelgeving. Deze regelingen zijn onderling nogal verschillend en wijken vaak af van de regeling in de Awb. Soms kunnen de afwijkingen worden verklaard door de behoeften van het specifieke terrein, vaker lijken zij geen praktische of principiële achtergrond te hebben. Gelet hierop dient de toekomstige Europese agenda van de Awb ten dele ook te bestaan uit het vroegtijdig beïnvloeden van Europese regelingen voor zover deze betrekking hebben op het algemeen deel van het bestuursrecht. Daarnaast zou moeten worden gepoogd om het streven naar algemene regels van bestuursrecht op de Europese agenda te krijgen. Dergelijke regels zouden kunnen worden opgenomen in niet-bindende Aanwijzingen voor de Europese wetgever.
 - b Economisering van het algemeen bestuursrecht: onder invloed van Europa gelden de economische wetten van de markt op steeds meer terreinen als nieuw orderingsprincipe voor de regulering door de overheid van de sa-

menleving. Omdat de markt de overheid nodig heeft om te functioneren, heeft deze ontwikkeling geleid tot het ontstaan van allerlei marktautoriteiten. Deze functioneren inmiddels grosso modo binnen het kader van de Awb. Een volgende ontwikkeling is dat 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.

- c Transnationale ontwikkelingen: onder invloed van het Europese recht doen zich ten aanzien van onderdelen van bestuursrecht transnationale ontwikkelingen voor. Zo moeten soms buitenlandse of Europese Commissie-ambtenaren zelfstandig toezichtsbevoegdheden kunnen uitoefenen binnen Nederland en moeten Nederlandse toezichthouders toezicht kunnen houden op de naleving van buitenlandse regels. In veel Europese regelingen ziet men verder voorschriften over de administratieve samenwerking tussen uitvoerende en toezichthoudende instanties van de lidstaten (en de Europese Commissie). Deze hebben bijvoorbeeld betrekking op de uitwisseling van informatie tussen deze instanties. Verder ontstaan op veel terreinen netwerken van nationale toezichthouders, die afspraken kunnen maken waarmee in nationale procedures rekening moet worden gehouden. Ten slotte ziet men op ruime schaal het verschijnsel van transnationale besluiten: deze besluiten worden genomen in de ene lidstaat, maar gelden Europabreed of moeten in de andere lidstaten worden erkend. Deze verschijnselen lenen zich lang niet allemaal voor regeling in de Awb. Zij roepen niettemin de vraag op of in de Awb geen afdeling zou moeten worden opgenomen met betrekking tot administratieve samenwerking binnen Europa. Door een dergelijke afdeling wordt de invloed van diverse transnationale verschijnselen ook in de Awb zichtbaar. Welke inhoud deze afdeling precies moet hebben, is onderwerp van nader onderzoek.



1 Inleiding

1.1 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

Sinds 1 januari 1958, toen het Verdrag tot instelling van de Europese Economische Gemeenschap in werking trad, is Nederland onderdeel van een Europese rechtsorde. Deze rechtsorde is een gedeelde rechtsorde, waarin de onderdelen, de Europese Gemeenschap (EG) en de lidstaten – in het onderzoek: Nederland – in een loyale samenwerking moeten komen tot een effectieve doorwerking van het EG-recht.¹ In deze gedeelde rechtsorde hebben de onderdelen een eigen taak.

Op *Europees niveau* produceren de Europese instellingen een steeds verder uitdijende hoeveelheid recht. Dit recht is te vinden in het EG-Verdrag, de algemene Europese rechtsbeginselen, verordeningen, richtlijnen en beschikkingen. Het Verdrag en de rechtsbeginselen vormen het primaire EG-recht; verordeningen, richtlijnen en beschikkingen het secundaire EG-recht. Het door Europa vastgestelde recht is in hoge mate inhoudelijk bepalend voor het recht op steeds meer beleidsterreinen en heeft voorrang op het nationale recht.² Het wordt hierna aangeduid als EG-recht, Europees recht of communautair recht.

Het *nationale niveau* heeft in algemene zin als taak om het EG-recht te implementeren, zodat het daadwerkelijk toepassing vindt in de lidstaat.³ Binnen het implementatieproces valt in de eerste plaats het vaststellen door de lidstaat van regelgeving waarin richtlijnen en soms ook beschikkingen worden omgezet en waarin verordeningen en sommige bepalingen van het EG-Verdrag worden geoperationaliseerd (aankwijzen van het bevoegde uitvoeringsorgaan; het vaststellen van nadere uitvoeringsregels). Verder moet de lidstaat zorgdragen voor de tenuitvoerlegging van het EG-recht in het concrete geval en voor de handhaving ervan. In algemene zin moet hij bovendien zowel op het niveau van (autonome) regelgeving als op het niveau van de toepassing niet in strijd handelen met het EG-recht, meer in het bijzonder met het EG-Verdrag. Ten slotte is de lidstaat verantwoordelijk voor een effectief systeem van rechtsbescherming, waarbinnen de burger schendingen van EG-recht aan de orde kan stellen. Heeft de nationale rechter vragen over de interpretatie en geldigheid van het EG-recht, dan kan – en in hoogste instantie: moet – hij terzake prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie (art. 234 EG). Deze procedure heeft als doel een uniforme toepassing van het EG-recht te verwezenlijken. Zij is bovendien de belangrijkste schakel tussen het Europese en nationale onderdeel van de Europese rechtsorde.

1. Onder meer: Jans e.a. 2002, p. 21-53.

2. Zaak 26/62, Van Gend & Loos, Jur. 1963, p. 3; zaak 6/64, Costa-Enel, Jur. 1964, p. 1255.

3. Vergelijk voor de diverse stappen van het implementatieproces en de gehanteerde terminologie Van de Gronden 1998.

In het hier geschetste systeem voert de lidstaat het EG-recht uit met behulp van zijn nationale recht. Grote delen van dit recht fungeren daardoor inmiddels als vehikel voor de uitvoering van het EG-recht en kunnen worden getypeerd als Europees uitvoeringsrecht. Het traditionele uitgangspunt van het systeem is het beginsel van procedurele en institutionele autonomie:⁴ tenzij de EG terzake bindende regels heeft vastgesteld, kan de lidstaat bij de uitvoering van het EG-recht 'gewoon' gebruikmaken van zijn nationale recht. Omdat de EG voor een effectieve doorwerking van zijn recht daardoor in hoge mate afhankelijk is van het nationale recht, is zij in de loop der jaren – met behulp van zowel rechtspraak als regelgeving – steeds meer eisen gaan stellen aan het nationale uitvoeringsrecht. Als gevolg hiervan is de procedurele en institutionele autonomie van de lidstaat inmiddels in sterke mate gerelativeerd. Deze Europese eisen betreffen op zich alleen het nationale recht voor zover dat wordt ingezet voor de tenuitvoerlegging van het EG-recht of van een specifieke Europese regeling. Naarmate echter meer beleidsterreinen materieel door het EG-recht worden bepaald, neemt ook de invloed van het EG-recht op de algemene regels die op deze uitvoering van toepassing zijn, toe.

Voor het Nederlands bestuursrecht zijn deze regels vooral te vinden in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze wet bevat behalve definities van de kernbegrippen bestuursorgaan, belanghebbende en besluit, algemene regels over onderwerpen als bestuurlijke besluitvorming, handhaving, subsidiëring en rechtsbescherming. Deze regels kunnen in strijd zijn of op gespannen voet staan met de eisen die het EG-recht stelt. Het hoofddoel van het onderzoek is om deze strijdigheden en (ook voorspelbare toekomstige) andere spanningen in kaart te brengen en aan te geven hoe deze, al dan niet door wijziging van de Awb, kunnen worden opgelost.

1.2 PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

Blijkens de startnotitie van het onderzoek staat de volgende probleemstelling centraal: op welke onderdelen sluit de Awb nu of in de (nabije) toekomst niet of onvoldoende aan bij het Europese recht en welke urgentievolgorde kan worden aangebracht om deze 'aansluitingsproblemen' op te lossen? Om hierop antwoord te kunnen geven, moeten volgens de notitie drie onderzoeksvragen worden onderzocht:

- a Biedt de Awb voldoende mogelijkheden voor doorwerking van het EG-recht, casu quo voor het EG-rechtconform handelen van bestuursorganen en bestuursrechters, of tasten regels van nationaal (proces)recht de effectiviteit van het gemeenschapsrecht aan?
- b Wat kan worden gezegd over gemeenschapsrechtconforme interpretatie door nationale bestuursorganen en rechters en over de mogelijkheden die deze Europese verplichting biedt om spanningen tussen het EG-recht en de Awb 'weg' te interpreteren?

4. Zaak 33/76, Rewe, Jur. 1976, p. 1989; zaak 45/76, Comet, Jur. 1976, p. 2043.

- c Op welke onderdelen sluit nu of in de (nabije) toekomst de Awb niet aan bij het Europese (bestuurs)recht en wat zou de urgentievolgorde kunnen zijn om gesignaleerde ‘aansluitingsproblemen’ op te lossen?

In het onderzoek zijn deze vragen als volgt geoperationaliseerd.

- 1 Met behulp van welke ‘instrumenten’ werkt het EG-recht precies door in de nationale rechtsorde en welke verplichtingen brengen deze ‘instrumenten’ met zich voor rechter, bestuursorganen en wetgever? Bestudering van deze vraag is noodzakelijk om vooral onderzoeksvraag b, maar ook vraag a te kunnen beantwoorden.
- 2 Welke algemene en specifieke eisen stelt het EG-recht aan het algemeen bestuursrecht van de Awb? Deze vraag dient ter beantwoording van vraag a en c.
- 3 Op welke punten staat de Awb op gespannen voet met de algemene en specifieke EG-rechtelijke eisen, dan wel zou zij in de nabije toekomst op gespannen voet kunnen staan? In het kader van deze vraag wordt onderzoeksvraag c beantwoord.
- 4 Kunnen de gesignaleerde spanningen worden opgelost door middel van bijvoorbeeld conforme uitlegging van de Awb, of nopen zij tot wijziging of aanvulling van de Awb? Deze vraag dient ter beantwoording van de onderzoeksvragen b en c.
- 5 Kan een urgentievolgorde worden bepaald voor het met behulp van wetswijziging oplossen van spanningen tussen het EG-recht en de Awb? Deze vraag sluit aan bij onderzoeksvraag c.

In het onderzoek wordt onderscheid gemaakt tussen strijdigheden en spanningen tussen het EG-recht en de Awb. Het begrip *spanning* wordt gebruikt als overkoepelende term en omvat zowel echte strijdigheden tussen de Awb en het EG-recht als situaties waarin de Awb niet geheel in Europese pas loopt zonder dat dit vooralsnog in de praktijk tot problemen heeft geleid, dan wel dat de Awb beter zou kunnen worden toegesneden op het EG-recht. Van een *strijdigheid* is sprake wanneer de Awb zonder meer botst met het EG-recht, dan wel onvoldoende is toegerust om de noodzakelijke doorwerking van het EG-recht te kunnen bewerkstelligen.

1.3 UITWERKING VAN DE ONDERZOEKSVRAGEN

In deze paragraaf worden de onderzoeksvragen nader uitgewerkt.

Instrumenten van doorwerking van EG-recht

Om te kunnen bepalen of de Awb voldoende mogelijkheden biedt voor de doorwerking van EG-recht, dient eerst te worden vastgesteld waartoe het EG-recht de lidstaten op dit punt precies verplicht. Daartoe dient aandacht te worden besteed aan het leidende beginsel dat voor de doorwerking richtinggevend is, het beginsel van voorrang van EG-recht, alsmede aan de EG-rechtelijke ‘instrumenten’, waarmee dit beginsel en de doorwerking wordt gerealiseerd, de rechtstreekse werking

van EG-recht en de EG-rechtconforme interpretatie.⁵ Aandacht voor het laatstgenoemde instrument is tevens noodzakelijk om te kunnen bepalen in hoeverre eventuele spanningen tussen het EG-recht en de Awb, via conforme uitleg van de Awb kunnen worden opgelost.

In het onderzoek worden de mogelijkheden én beperkingen van beide instrumenten van doorwerking bestudeerd vanuit de optiek van de rechter, het bestuur en (in beperkte mate) de wetgever. Bij de laatstgenoemde actor ligt de nadruk op diens mogelijke rol bij het voorkomen van spanningen tussen Awb en de regeling in secundaire EG-regelgeving van onderdelen van algemeen bestuursrecht.

EG-rechtelijke eisen aan het algemeen bestuursrecht (Awb)

Om spanningen tussen het EG-recht en de Awb te kunnen opsporen dient eerst te worden bepaald welke eisen het EG-recht aan het nationale recht stelt. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen de eisen die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en die uit de Europese regelgeving. De eisen die het Hof stelt gelden algemeen in alle nationale zaken waarin de toepassing van het EG-recht aan de orde is. De eisen uit de Europese regelgeving gelden specifiek, namelijk alleen voor de nationale uitvoering van de desbetreffende Europese regeling. Deze algemene en specifieke eisen vormen het kader waaraan de regels van de Awb worden getoetst (toetsingskader).

- a *Jurisprudentiële beïnvloeding*: hiervoor is eerst en vooral van belang dat het Hof in vaste rechtspraak heeft uitgemaakt dat het nationale bestuurs(proces)recht in een EG-rechtelijke casus moet voldoen aan de beginselen van gelijkwaardigheid, effectiviteit (doeltreffendheid) en effectieve rechtsbescherming. Deze beginselen oefenen in algemene zin invloed uit op het nationale algemeen bestuurs(proces)recht. Daarnaast heeft het Hof in zijn rechtspraak algemene Europese rechtsbeginselen ontwikkeld die in nationale zaken binnen de werkingssfeer van het EG-recht moeten worden toegepast in plaats van of in aanvulling op de nationale beginselen van behoorlijk bestuur. In het onderzoek wordt deze jurisprudentiële invloed in kaart gebracht.
- b Beïnvloeding door secundaire EG-regelgeving: regels van algemeen bestuursrecht worden ook – en steeds vaker – gesteld in specifieke Europese secundaire regelgeving. Deze regels wijken nogal eens af van de Awb. Hoewel deze regels uitsluitend van toepassing zijn op het terrein waarop de desbetreffende EG-regeling betrekking heeft, is het om twee redenen interessant om hen toch in het onderzoek te betrekken. In de eerste plaats omdat deze terreinen nogal omvangrijk zijn en in veel zaken derhalve van de Awb afwijkende regels zouden kunnen gelden. De praktische betekenis van de Awb neemt daarmee af. In de tweede plaats kunnen de desbetreffende EG-regels wellicht inzicht bieden in de opvatting van de EG-wetgever omtrent concepten van algemeen bestuursrecht. In die zin zouden zij van belang kunnen zijn voor het bepalen van de richting waarin een verdere Europeanisering van het algemeen deel mogelijk zal plaatsvinden. Daarom wordt in het onderzoek ook aandacht

5. Vergelijk Jans e.a. 2002, p. 91-152, alsmede Prechal 2005.

besteed aan de regels van algemeen bestuurs(proces)recht in een aantal specifieke secundaire EG-regelingen. Zie voor deze regelingen paragraaf 1.4.

Spanningen tussen het EG-recht en de Awb

Nadat de EG-rechtelijke eisen zijn bepaald dienen de onderwerpen van algemeen bestuursrecht, meer in het bijzonder van de Awb, hiermee te worden geconfronteerd. Deze confrontatie is de kern van het onderzoek en vindt plaats ten aanzien van de volgende onderwerpen.

- a Kernbegrippen van de Awb (bestuursorgaan, belanghebbende, besluit).
- b De regels en beginselen inzake de bestuurlijke besluitvorming (zorgvuldigheid, evenredige belangenafweging, verdedigingsbeginsel, transparantiebeginsel, bijzondere voorschriften).
- c De bijzondere thema's subsidiëring en handhaving (toezicht, sanctionering).
- d Rechtsbescherming ingevolge de Awb (toegang, de procesvoering en de omvang van geding, de voorlopige voorziening).
- e Schadevergoeding bij onrechtmatige en rechtmatige overheidsdaad.
- f Het definitief worden van besluiten en rechterlijke uitspraken (beroepstermijnen, de herhaalde aanvraag, herziening van rechterlijke uitspraken).
- g De algemene uitgangspunten van de Awb (wederkerige rechtsbetrekking, primaat van de rechtsbeschermingsfunctie).

In het onderzoek vindt een confrontatie met de algemene EG-rechtelijke (jurisprudentiële) eisen plaats, maar ook – voor zover relevant – met de specifieke eisen uit secundaire EG-regelgeving.

Beoordeling van de spanningen

Nadat de algemene en specifieke spanningen tussen het EG-recht en de Awb in kaart zijn gebracht, dient te worden bepaald hoe zij kunnen worden opgelost. Daartoe worden de volgende stappen doorlopen.

- In de eerste plaats dient te worden bepaald of de spanning kan worden opgelost binnen het kader van de Awb. In dit verband is van belang dat de Awb, behalve gedetailleerde voorschriften, ook algemeen geformuleerde begrippen en normen kent die door de rechter (en het bestuur) nader kunnen worden ingevuld. Als voorbeeld kunnen worden genoemd de in afdeling 3.2 Awb gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur. Mocht er spanning bestaan tussen de wijze waarop de nationale rechter aan deze beginselen in de regel inhoud geeft en het EG-rechtelijke equivalent, dan kan deze spanning binnen de grenzen van de bepaling worden opgelost doordat de nationale rechter de bepaling EG-rechtconform interpreteert. In dat geval is het niet nodig om wettelijke voorzieningen te treffen.
- In de tweede plaats moet worden bepaald of er sprake is van een 'echte' strijdigheid tussen de Awb en het EG-recht, dan wel van een spanning die (vooral) niet tot een dergelijke strijdigheid leidt. Is er alleen sprake van een spanning in de laatstgenoemde zin, dan is het wegnemen hiervan minder urgent. Bij 'echte' strijdigheden dienen er in beginsel wettelijke maatregelen te worden genomen.

- In de derde plaats moet worden vastgesteld of de ‘echte’ strijdigheid tussen het EG-recht en de Awb in zijn algemeenheid geldt – doorgaans is er dan strijd met de algemene eisen (beginselen) die het Hof aan het algemeen bestuurs(proces)recht stelt – dan wel dat deze specifiek is en derhalve alleen een specifieke Europese secundaire regeling betreft. Is het laatste het geval, dan kan meestal worden volstaan met het opnemen van een van de Awb afwijkende regeling in de bijzondere nationale wetgeving. Dit kan overigens anders liggen als de desbetreffende Europese regeling een aanzienlijk reikwijdte heeft of de met de Awb strijdige specifieke eis in meer secundaire EG-regelingen is opgenomen, dan wel als zulks te verwachten valt. Dan ligt aanpassing van de Awb in rede.

Het bepalen van de urgentie

Ten slotte moet voor het oplossen van de geconstateerde spanningen de urgentie worden bepaald. Het belangrijkste criterium daarbij is of er sprake is van een ‘echte’ strijdigheid tussen de Awb en het EG-recht of van een spanning die geen strijdigheid is. Het aanpakken van de ‘echte’ strijdigheden is uiteraard urgenter. Is er alleen sprake van een spanning, dan neemt de urgentie voor het oplossen ervan overigens weer toe naarmate de spanning in de toekomst naar verwachting tot grotere problemen in de praktijk zal leiden. Daarnaast speelt de ambitie van de Awb-wetgever een rol. Laat men bepaalde Europese ontwikkelingen over aan de bijzondere wetgever of vindt men dat deze een plaats moeten krijgen in de Awb?

1.4 METHODEN VAN ONDERZOEK

In het onderzoek is gebruikgemaakt van drie onderzoeksmethoden, namelijk de analyse van literatuur en jurisprudentie, het houden van interviews en de analyse van EG-regelgeving. De benadering in het onderzoek is kwalitatief: met behulp van de hiervoor genoemde methoden worden de belangrijkste spanningen tussen de Awb en het EG-recht in kaart gebracht. Met name de interviews zijn daarbij gebruikt om een beeld te krijgen van de mate waarin bepaalde spanningen in de praktijk een rol spelen. In het onderzoek is echter geen kwantitatief onderzoek naar deze spanningen gedaan. Het onderzoek heeft dan ook niet de ambitie om op dit punt een representatief beeld te schetsen.

Analyse van literatuur en jurisprudentie

De belangrijkste methode van onderzoek is de literatuur- en jurisprudentieanalyse. Wat betreft jurisprudentie is zowel de rechtspraak van het Hof van Justitie als die van de Nederlandse bestuursrechters met betrekking tot de toepassing van het nationaal bestuurs(proces)recht in EG-rechtelijke zaken geanalyseerd. De nadruk heeft daarbij gelegen op de hoogste bestuursrechters: de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB), de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en de belastingkamer van de Hoge Raad (HR).

Interviews

In aanvulling op het literatuur- en jurisprudentieonderzoek zijn interviews gehouden met vertegenwoordigers van de al genoemde hoogste bestuursrechters (ABRvS, CBB, CRvB, HR) en van enkele (afdelingen van) departementen of overheidsdiensten die in praktijk veelvuldig betrokken zijn bij de uitvoering van het EG-recht. Het gaat om: de Ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden, het Ministerie van Financiën (de afdelingen Douane en Financieel toezicht), het Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Voedselveiligheid (Dienst Regelingen en Coördinerend Bureau), het Productschap voor Vee, Vlees en Eieren en het Productschap voor Zuivel. Zie voor een lijst met respondenten bijlage 3 bij dit rapport. Het doel van de interviews was om beter inzicht te krijgen in de algemene en specifieke spanningen tussen het EG-recht en de Awb, die zich op het terrein van het desbetreffende rechterlijke college of departement/dienst voordoen. Bovendien is aan de orde gesteld in hoeverre de oplossing van bepaalde spanningen urgent is. De interviews hadden een 'open' karakter en werden gehouden aan de hand van een aandachtspuntenlijst. In de interviews werd uitdrukkelijk ruimte gelaten voor de respondent om punten naar voren te brengen waarin de lijst niet voorzag. De gehanteerde aandachtspuntenlijst is opgenomen als bijlage 2 bij dit rapport.

Omdat het onderzoek niet voorzag in de mogelijkheid om alle departementen die met de uitvoering van het EG-recht te maken hebben, individueel te interviewen, is in het Interdepartementaal Wetgevingsberaad (IWB) aan alle departementen gevraagd om de spanningen tussen de Awb en het voor hun werkkterrein relevante EG-recht schriftelijk aan de onderzoekers door te geven. Dit verzoek heeft geresulteerd in reacties van de Ministeries van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Economische Zaken en Onderwijs, Cultuur & Wetenschappen. Vrijwel alle punten die in deze reacties naar voren zijn gebracht, zijn in het onderzoek betrokken.

Analyse van secundaire Europese regelgeving

Om ook een indruk te geven van de specifieke spanningen tussen de Awb en het EG-recht, worden in het onderzoek diverse secundaire EG-regelingen geanalyseerd. De keuze hiervan is bepaald door de wetenschap dat zich bij deze regelingen spanningen reeds hebben voorgedaan, dan wel blijkens de literatuur zouden kunnen voordoen. Bovendien is rekening gehouden met de suggesties van de begeleidingscommissie. Hierna worden de belangrijkste geanalyseerde regelingen kort geïntroduceerd.

- a *Communautaire douanewetgeving*: in het Communautaire Douanewetboek (CDW) en de daarop gebaseerde Toepassingsverordening CDW (TCDW) worden diverse onderwerpen van algemeen bestuursrecht vaak uitputtend geregeld.⁶ Het gaat bijvoorbeeld om: het beschikkingsbegrip (ook mondelinge

6. Verordening (EEG) nr. 2913/92, van de Raad van de EG van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het CDW, PbEG L 302, respectievelijk Verordening (EEG) nr. 2454/93, van de Commissie van de EG van 2 juli 1993, houdende vaststelling van enige bepalingen ter uitvoering van het CDW, PbEG L 253.

beschikkingen worden als zodanig aangemerkt), de aanvraagprocedure, het toezicht en de rechtsbescherming. Deze bepalingen zijn soms vrijwel identiek aan die van de Awb, maar wijken in de regel daarvan nogal af. De mogelijke spanningen tussen het communautair douanerecht en de Awb verdienen met name de aandacht omdat de werkingssfeer van het douanewetboek bijzonder ruim is. Behalve het financieel douanerecht vallen hieronder ook allerlei andere communautaire en nationale wettelijke regelingen, waarin de handhaving van verboden of beperkingen die van toepassing zijn op het binnenbrengen in of het verlaten van het douanegebied van de EG aan de orde is. Blijkens een bijlage bij het recent bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel tot Algehele herziening van de douanewetgeving (Algemene Douanewet),⁷ komen dergelijke verboden of beperkingen voor in niet minder dan zo'n 70 Nederlandse wetten, waaronder bijvoorbeeld vallen de Flora- en Faunawet, de Electriciteitswet, de Wet milieubeheer, de Wet op de Kansspelen en de Wet Wapens en Munitie. Het wetsvoorstel en de toelichting zijn voorts interessant, omdat daarin uitdrukkelijk aandacht wordt besteed aan de afstemming tussen het Europese bestuursrecht van de CDW en de Awb. De daarbij gekozen oplossing om bij wet vrij precies aan te geven in hoeverre de Awb moet wijken voor het CDW dan wel van toepassing blijft, is onderwerp geweest van een discussie tussen de Raad van State en de staatssecretaris.⁸ In het nader rapport naar aanleiding van het advies van de Raad van State wordt met zoveel woorden aangegeven dat het onderhavige onderzoek duidelijkheid zal moeten geven over de wenselijkheid van deze oplossing.

- b *Europese landbouwsubsidies*: als gevolg van de fundamentele herziening van het Europese landbouwbeleid – waarbij de subsidiëring van de landbouwproductie is vervangen door de verlening van inkomenssteun aan landbouwers – is dit terrein onlangs opnieuw EG-rechtelijk gereguleerd.⁹ In de voor de uitvoering relevante EG-verordening worden van de Awb afwijkende regels voorgeschreven ten aanzien van onder meer de aanvraagprocedure, de werking van het vertrouwensbeginsel en de handhaving.¹⁰ Het terrein is met name in het onderzoek betrokken omdat uit de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven bekend is dat de EG-regels met betrekking tot landbouwsubsidies nogal eens botsen met de regels van de Awb.
- c *Telecommunicatierecht*: dit terrein is recentelijk opnieuw Europees gereguleerd in de Kaderrichtlijn Telecommunicatie 2002.¹¹ In deze richtlijn ligt meer dan voorheen de nadruk op de effectiviteit van het toezicht op de telecommunicatiesector, zodat op korte termijn infrastructuurconcurrentie wordt bereikt. Ten einde dit te bereiken worden – voor zover relevant voor het onderzoek – vooral

7. Kamerstukken II 2005-2006, 30 580, nr. 1-4.

8. Kamerstukken II 2005-2006, 30 580, nr. 4, p. 5-7.

9. Verordening (EG), nr. 1782/2003, van de Raad van 29 september 2003, PbEG 2003, L 270.

10. Verordening (EG) nr. 796/2004, PbEG 2004, L 141.

11. Richtlijn 2002/21/EG, inzake een gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten, PbEG 2002, L108/33.

eisen gesteld aan de rechtsbescherming. Blijkens de recente dissertatie van Ottow zouden deze op gespannen voet kunnen staan met de rechtsbeschermingsregels van de Awb.¹² Mede om die reden is de Kaderrichtlijn in het onderzoek betrokken. Daarbij speelt voorts een rol dat het terrein wellicht ook een indicatie biedt voor de spanningen die zich zouden kunnen voordoen op andere terreinen waarin een toezichthouder moet zorgdragen voor een gecontroleerde liberalisering van de markt, zoals het energiebeleid (Dte), alsmede op het mededingingsterrein in ruime zin (NMa).

- d *Dienstenrichtlijn*: teneinde de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrij verkeer van diensten te vergemakkelijken, is op 29 mei 2006 politieke overeenstemming bereikt over de Dienstenrichtlijn.¹³ De richtlijn moet binnen drie jaar worden omgezet en is voor het onderzoek vooral interessant omdat zij dwingende verplichtingen bevat met betrekking tot de vereenvoudiging van vergunningstelsels 'betreffende de toegang tot of de uitoefening van dienstactiviteiten'. Welke vergunningstelsels daartoe in Nederland precies behoren, moet nader worden bepaald. Het lijkt echter te gaan om een tamelijk ruime categorie vergunningen, waartoe bijvoorbeeld behoren vent- en marktplaatsvergunningen, horecavergunningen, besluiten van certificeringsinstellingen en vermoedelijk ook milieuvergunningen als deze bepalingen bevatten over de uitoefening van een dienst. Met het oog op de vereenvoudiging van deze vergunningstelsels regelt de richtlijn allerlei onderwerpen van algemeen bestuursrecht, zoals de concentratie van procedures ('één loket'), de selectieprocedure bij 'schaarse' vergunningen, de aanvraagprocedure en beslistermijnen, de rechtsgevolgen van niet-tijdig beslissen (fictieve verlening als regel) en het transparantiebeginsel. Verder is de richtlijn voor het onderzoek van belang omdat zij bepalingen bevat over het toezicht op de dienstverlener wanneer deze zich tijdelijk naar een andere lidstaat begeeft.
- e *Financiële toezicht*: de EG heeft in een groot aantal richtlijnen, die al vele malen zijn aangevuld en gewijzigd, een kader vastgesteld voor het toezicht op financiële markten.¹⁴ Tot deze markten behoren het bank-, verzekerings- en effectenwezen. Voor het onderzoek zijn deze richtlijnen vooral interessant omdat daarin een veel ruimer toezichtsbegrip wordt gehanteerd dan in de Awb, alsmede vanwege de grensoverschrijdende aspecten van dat toezicht. De richtlijnen worden in Nederland thans nog omgezet in sectorale wetten,

12. Ottow 2006.

13. Voor het onderzoek is gebruikgemaakt van het gewijzigd voorstel van een richtlijn, betreffende diensten van de interne markt, Brussel 4.4.2006, COM(2006) 160 definitief. Deze versie is vrijwel identiek aan de tekst waarover op 29 mei 2006 door het EP en de Raad politieke overeenstemming is bereikt.

14. Voor het onderzoek is gebruikgemaakt van Richtlijn 92/49/EEG, de derde richtlijn schadeverzekering, PbEG 1992, L 228; Richtlijn 2002/83/EG, betreffende levensverzekering, PbEG 2002, L 345; Richtlijn 2004/39/EEG, betreffende markten voor financiële instrumenten, PbEG 2004, L 143; en Richtlijn 2006/48/EG, betreffende kredietinstellingen, PbEG 2006, L 177.

onder meer de Wet toezicht kredietwezen, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf, de Wet toezicht effectenverkeer en Wet toezicht beleggingsinstellingen. Het toezicht is opgedragen aan sectorale toezichthouders, de DNB (De Nederlandsche Bank), de PVK (Pensioen- en Verzekeringskamer) en de AFM (Autoriteit Financiële Markten). Op dit moment wordt de toezichtswetgeving opnieuw gecodificeerd, waarbij de hiervoor genoemde wetten worden vervangen door één Wet op het financieel toezicht en het toezicht wordt verkaveld tussen DNB (voor het prudentiële toezicht) en de AFM (voor het gedragstoezicht).¹⁵ In het onderzoek wordt uitgegaan van het voorstel van Wet op het financieel toezicht en niet van de huidige sectorale regelgeving.

- f *Bescherming van de financiële belangen van EG*: om meer grip te krijgen op de handhaving door de lidstaten van de EG-regels die de financiële belangen van de EG betreffen, heeft de EG medio jaren negentig twee horizontale verordeningen vastgesteld. Verordening nr. 2185/96¹⁶ heeft betrekking op de controle en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen. Verordening nr. 2988/95¹⁷ bevat in verband met die belangen diverse bepalingen omtrent de nationale sanctieering van onregelmatigheden. Beide verordeningen worden 'horizontaal' genoemd vanwege hun ruime reikwijdte: zij betreffen de handhaving van onregelmatigheden die de begroting van de EG benadelen, hetzij doordat ontvangsten van eigen middelen van de EG achterwege blijven, hetzij doordat onverschuldigde uitgaven worden gedaan. Zij zijn derhalve relevant voor de heffing van douanerechten en BTW (ontvangsten), maar ook voor de subsidiëring in het kader van het Europees landbouwbeleid en de structuurfondsen (uitgaven).

Behalve deze regelingen zijn in het onderzoek ook, maar dan meer incidenteel, twee andere Europese regelcomplexen betrokken. Het gaat om het Europese mededingingsrecht, dat met name relevant is voor de handhaving en de daarbij te hanteren beginselen,¹⁸ en het Europese aanbestedingsrecht, dat van invloed kan zijn op de rechtsbescherming. Het laatstgenoemde terrein is niet uitvoeriger in het onderzoek betrokken, omdat aanbesteding in Nederland maar in heel beperkte mate bestuursrechtelijk is georganiseerd.¹⁹

-
15. Het voorstel van Wet op het financieel toezicht is inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen en bij de Eerste Kamer ingediend. Vergelijk voor de laatste stand van zaken, Kamerstukken I, 2005-2006, 29 708, A.
16. Verordening (Euratom, EG) nr. 2185/96 van de Raad van 11 november 1996 betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de EG tegen fraudes en andere onregelmatigheden, PbEG 1996, L 292.
17. Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95, betreffende de bescherming van de financiële belangen van de EG, PbEG 1995, L 332.
18. Verordening (EG) nr. 1/2003, betreffende de uitvoering van de artt. 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1/1.
19. Alleen in de Wet Personenvervoer 2000 is voorgeschreven dat de verlening van concessie plaatsvindt met behulp van de Aanbestedingsrichtlijnen.

1.5 BEPERKINGEN

Het onderzoek is beperkt vanuit zowel Europese als nationale optiek. Wat betreft de Europese optiek is eerst en vooral van belang dat alleen de betekenis van het EG-recht van de eerste pijler van de Europese Unie voor de Awb is onderzocht. De invloed van het recht van de derde pijler (politiële en justitiële samenwerking strafzaken), die vooralsnog voor het bestuursrecht overigens klein is, blijft buiten beschouwing. In de tweede plaats is van een beperkt aantal secundaire EG-regelingen de mogelijke betekenis voor de Awb onderzocht en dan nog niet uitputtend. In de derde plaats vormde de mogelijke invloed van het EVRM op de Awb geen zelfstandig onderwerp van het onderzoek. Alleen als de doorwerking van het EVRM via het EG-recht – met name de rechtspraak van het Hof – gestalte krijgt, is daaraan sporadisch aandacht besteed.

Wat betreft de nationale optiek moet worden opgemerkt dat niet alle onderdelen van de Awb in het onderzoek zijn betrokken. Zo is geen aandacht besteed aan titel 1.2 (uitvoering van bindende besluiten van organen van de EG), omdat deze titel onderwerp is geweest van eerder onderzoek.²⁰ Verder maken afdeling 4.3 (beleidsregels) en hoofdstuk 9 (klachtenbehandeling) geen deel uit van het onderzoek, omdat bij deze onderwerpen geen noemenswaardige invloed van het EG-recht werd verwacht. Ten slotte gaat het onderzoek niet in op hoofdstuk 10 (bepalingen over bestuursorganen). De bepalingen van dit hoofdstuk zijn voor de tenuitvoerlegging van het EG-recht zeker van belang, met name die omtrent het toezicht op bestuursorganen (titel 10.2). De mate waarin op centraal niveau toezicht kan worden gehouden op de uitvoering van het EG-recht door decentrale overheden of zbo's wordt echter niet bepaald door de Awb, maar door de organieke wetgeving (voor wat betreft decentrale overheden) en de wetgeving waarin de zbo in het leven is geroepen. Bovendien is het kabinet reeds van plan om de mogelijkheden van toezicht op de decentrale tenuitvoerlegging van EG-recht uit te breiden.²¹

1.6 ONDERZOEKSTEAM EN BEGELEIDINGSCOMMISSIE

Het onderzoek is verricht door een team van juristen van de disciplinegroepen Staats- en Bestuursrecht (SBR) en Internationaal, Sociaal en Economisch recht (ISEP, afdeling Europees recht), van het departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht. Het team stond onder leiding van prof. mr. R.J.G.M. Widderhoven (SBR) en prof. mr. S. Prechal (ISEP). Zij werden bijgestaan door mr. M.J.M. Verhoeven (SBR/ISEP), die ook de dagelijkse organisatie van het onderzoek voor haar rekening nam, mr. A.P.W. Duijkersloot (SBR), mr. J.W. van de Gronden (ISEP), prof. mr. B. Hessel (ISEP) en mr. R. Ortlep (SBR). Het onderzoek werd begeleid door een Begeleidingscommissie, onder leiding van mr. A.J.C. de Moor-van Vugt (lid van het College van Beroep voor het bedrijfsleven). De volledige samenstelling van de commissie is vermeld in bijlage 1 bij dit rapport.

20. Besselink e.a. 2002, p. 173-184.

21. Vergelijk Hessel 2005.

1.7 OPBOUW VAN HET RAPPORT

De opbouw van het rapport volgt in belangrijke mate de in paragraaf 1.3 gegeven uitwerking van de onderzoeksvragen. In hoofdstuk 2 komen de instrumenten van doorwerking van EG-recht en hun betekenis voor rechter, bestuur en wetgever aan de orde. Hoofdstuk 3 bevat de jurisprudentiële beginselen waarmee het EG-recht in algemene zin invloed uitoefent op de het algemeen bestuursrecht van de Awb. De specifieke invloed van de secundaire EG-regelgeving wordt niet in dit hoofdstuk besproken, maar in het hoofdstuk waarin het onderwerp van de Awb waarop deze invloed betrekking heeft, aan de orde is.

Na hoofdstuk 3 worden de algemene en specifieke spanningen tussen het EG-recht en de Awb ten aanzien van de onderscheiden onderwerpen van de Awb in kaart gebracht. Zoals aangegeven in paragraaf 1.3 zijn dat: kernbegrippen van de Awb (hoofdstuk 4), de bestuurlijke besluitvorming (hoofdstuk 5), subsidiëring en handhaving (hoofdstuk 6), de rechtsbescherming (hoofdstuk 7), schadevergoeding (hoofdstuk 8) en het definitieve karakter van besluiten en uitspraken (hoofdstuk 9). Voor zover in deze hoofdstukken spanningen tussen de Awb en het EG-recht worden geconstateerd, is daarbij aangegeven of er tevens sprake is van een strijdigheid tussen beide. Bovendien worden suggesties gedaan over de wijze waarop geconstateerde spanningen zouden kunnen worden opgelost. In de diverse hoofdstukken is doorgaans het volgende stramien gehanteerd. Eerst wordt kort de regeling van desbetreffende onderwerp in de Awb uiteengezet. Vervolgens worden de relevante EG-rechtelijke eisen vermeld. Ten slotte worden de spanningen tussen beide en mogelijke oplossingen aangegeven en wordt voorts bepaald of de oplossing van een spanning urgent is. Van dit stramien is bij een aantal onderwerpen om praktische redenen afgeweken, bijvoorbeeld in het geval bepaalde EG-rechtelijke regels of beginselen geen equivalent in de Awb hebben.

In hoofdstuk 10 worden de belangrijkste conclusies op een rij gezet, waarbij ook wordt aangegeven in hoeverre de oplossing van bepaalde spanningen urgent is. Voorts wordt ingegaan op de vraag of de algemene uitgangspunten van de Awb (wederkerige rechtsbetrekking, primaat van de rechtsbeschermingsfunctie) op gespannen voet kunnen staan met het EG-recht. Ten slotte worden enige beschouwingen gewijd aan de toekomstige Europese uitdagingen voor de Awb.

Het onderzoek heeft plaatsgevonden tussen 1 januari en 1 juli 2006. Het rapport is afgerond op 24 juli 2006.

2 De doorwerking van Europees recht

2.1 INLEIDING

Een kernvraag in het onderzoek is of de Awb voldoende mogelijkheden biedt voor de doorwerking van het EG-recht. Om hierop antwoord te kunnen geven moet eerst worden vastgesteld waartoe het EG-recht de lidstaten op dit punt precies verplicht. In algemene zin eist het EG-recht, meer in het bijzonder het beginsel van loyale samenwerking van artikel 10 EG, dat alle met overheidsgezag beklede instanties in een lidstaat zorgdragen voor een effectieve doorwerking van het EG-recht en aldus garanderen dat de voorrang en volle werking van het EG-recht wordt gerealiseerd. Om deze taak te kunnen uitvoeren beschikken zij over twee doorwerkingsinstrumenten, de rechtstreekse werking en de EG-rechtconforme uitleg.²² In dit hoofdstuk worden de mogelijkheden én beperkingen van deze instrumenten in kaart gebracht vanuit de optiek van de rechter, het bestuur en (in beperkte mate) de wetgever.

2.2 RECHTSTREEKSE WERKING, CONFORME UITLEG EN VOORRANG

Een bepaling van EG-recht heeft *rechtstreekse werking* indien deze door particulieren in de nationale rechtsorde, meer in het bijzonder voor de nationale rechter, kan worden ingeroepen én de rechter verplicht is deze toe te passen.²³ Om rechtstreeks werkend te zijn dient een bepaling van EG-recht naar zijn inhoud voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk te zijn. Hoewel deze voorwaarden door het Hof ruim worden uitgelegd, is het in de praktijk niet altijd even makkelijk te bepalen of de relevante bepalingen rechtstreeks werken of niet. Zo kwamen bijvoorbeeld twee kamers binnen de ABRvS tot niet geheel met elkaar te verenigen resultaten. Terwijl de Afdeling in maart 2002 prejudiciële vragen heeft gesteld over de rechtstreekse werking van artikel 6 lid 3 van de Habitatrichtlijn, besloot een andere formatie maar alvast dat artikel 6, lid 3 inderdaad rechtstreekse werking heeft.²⁴

Lange tijd is aangenomen dat de vraag naar de rechtstreekse werking van richtlijnbeoordelingen zich alleen voordoet wanneer een richtlijn niet of niet juist is

-
22. Inmiddels heeft het Hof van Justitie in de zaak C-105/03, Pupino, Jur. 2005, p. I-5285, beslist dat in de derde pijler (politiële en justitiële samenwerking) een verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg bestaat. Voor de ontwikkelingen in het bestuursrecht is de derde pijler vooralsnog van minder belang (zie par. 1.5).
23. Zaak C-72/95, Kraaijeveld, Jur. 1996, p. I-5403, waarin de rechter geacht werd te toetsen of de nationale wetgever binnen de marges van het gemeenschapsrecht is gebleven. In zaak C-127/02, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Jur. 2004, p. I-7405 had de toetsing betrekking op het handelen van een bestuursorgaan.
24. ABRvS 27 maart 2002, AB 2002, 419 en ABRvS 24 juli 2002, LJN AE5779.

omgezet in nationaal recht.²⁵ Uit meer recente rechtspraak van het Hof blijkt echter dat met een tijdige en correcte omzetting een richtlijn niet 'in het niets oplost', maar dat de particulieren ook in een dergelijke situatie op de richtlijn rechtstreeks beroep kunnen doen indien het met de richtlijn beoogde resultaat niet daadwerkelijk wordt bereikt. Dus wanneer bijvoorbeeld het bestuur de op zich correcte implementatiewetgeving niet (goed) *toepast* of niet *handhaaft*, kunnen particulieren zich voor de rechter op de richtlijn beroepen.²⁶

Vragen naar de al dan niet rechtstreekse werking doen zich voornamelijk voor met betrekking tot richtlijnbevestigingen. Immers, verordeningen zijn 'rechtstreeks toepasselijk', waardoor ook rechtstreekse werking min of meer verondersteld wordt. Dat betekent evenwel niet dat alle bepalingen van iedere verordening altijd door iedere nationale rechter zonder meer toegepast kunnen worden. Ook verordeningen kunnen vage of voorwaardelijke bepalingen bevatten of (slot)bepalingen die zich in het geheel niet lenen om te worden toegepast door de nationale rechter.²⁷ De rechtstreekse werking van de bepalingen van het EG-Verdrag is in die zin niet langer problematisch dat inmiddels wel vaststaat *welke* bepalingen van het EG-Verdrag rechtstreekse werking hebben. Er kunnen zich echter wel problemen voordoen met betrekking tot de rechtstreekse werking van EG-verdragsbepalingen die na een *wijziging* in het EG-Verdrag zijn opgenomen, zoals het huidige artikel 18 EG (EU-burgerschap).²⁸

Naast verdragsbepalingen en bepalingen in richtlijnen en verordeningen kunnen ook beschikkingen rechtstreekse werking hebben, ondanks het feit dat een beschikking alleen verbindend is voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht. Deze adressaten kunnen zowel particulieren als lidstaten zijn. De rechtstreekse werking van beschikkingen is aanvaard in het Grad-arrest.²⁹ Voor het overige bestaat hierover zeer weinig rechtspraak.³⁰

Een aparte categorie 'EG-recht' dat rechtstreekse werking kan hebben is het internationale recht voor zover dat voor de EG bindend is, zoals een verdrag met een derde land of met een internationale organisatie waarbij de EG partij is. Daartoe behoren de – voor het vreemdelingenrecht belangrijke – *Associatieovereenkomsten*³¹ of *Europa Akkoorden*³² en voorts verdragen op het gebied van het milieurecht.³³ Volgens het Hof van Justitie vormen dergelijke verdragen een integraal onderdeel van het gemeenschapsrecht en kunnen zij als zodanig rechtstreeks

-
25. Vgl. ABRvS 26 oktober 1999, AB 2000/23 en ABRvS 22 augustus 2001, AB 2001, 310; ABRvS 26 januari 2005, BR 2005, 894 m.nt. Nijmeijer.
26. Zaak C-62/00, Marks & Spencer, Jur. 2002, p. I-6325 (ov. 27 en 28). Vgl. ook A-G Geelhoed in zaak C-60/05 WWF Italia e.a., 16 februari 2006.
27. Vgl. Zaak C-441/99, Gharehveran, Jur. 2001, p. I-7687.
28. Vgl. zaak C-378/97, Wijsenbeek, Jur. 1999, p. I-6207 en zaak C-413/99, Baumbast, Jur. 2002, p. I-7091.
29. Zaak 9/70, Grad, Jur. 1970, p. 825 (ov. 5-6).
30. Vgl. zaak C-156/91, Mundt, Jur. 1992 p. I-5567. Over werking van beschikkingen ten laste van een particulier, zie paragraaf 2.5.1.
31. EEG-Turkije, EEG-Marokko en daarbij behorende uitvoeringsbesluiten.
32. Zie bijvoorbeeld zaak 268/99, Jany, Jur. 2001, p. I-8615, zaak C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer, Jur. 2002, p. I-1049 en zaak C-438/00, Kolpak, Jur. 2003, p. I-4135.
33. Vgl. zaak C-213/03, Pêcheur de l'étang de Berre, Jur. 2004, p. I-7357.

werken.³⁴ Voor Nederland is deze categorie van rechtstreeks werkend EG-recht niet onbelangrijk, zoals uit de prejudiciële verwijzingspraktijk van Nederlandse rechters blijkt.

Bij *EG-rechtconforme uitleg* gaat het om de plicht om het nationale recht zoveel mogelijk te interpreteren in het licht van de bewoordingen en het doel van een bepaling van EG-recht. Het kan hier gaan om een uitleg in overeenstemming met het primaire EG-recht, dat wil zeggen het EG-verdrag, algemene rechtsbeginselen van het EG-recht, waaronder ook fundamentele rechten, en het internationaal recht.³⁵ In de praktijk heeft de plicht tot conforme uitleg vooral betrekking op (een bepaling van) een richtlijn.³⁶ Deze plicht speelt in de eerste plaats in het geval een richtlijn correct is omgezet, bijvoorbeeld om bepaalde uit de richtlijn overgenomen begrippen te interpreteren. In de tweede plaats wordt dit instrument gehanteerd om omzettingfouten te repareren: de omzettingfout wordt dan als het ware 'weg' geïnterpreteerd. Uiteraard geldt hetzelfde *mutatis mutandis* ook voor overig EG-recht en kan de conforme uitleg gebruikt worden om andere 'spanningen' tussen het nationale en het EG-recht weg te interpreteren.

Wat moet nu precies conform uitgelegd worden? Sinds het arrest *Marleasing*³⁷ is het duidelijk dat niet alleen de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen conform de richtlijn uitgelegd moeten worden. In tegendeel, het gehele nationale recht moet worden ingezet om een met de richtlijn conform resultaat te bereiken: elke bepaling van het nationale recht moet conform de richtlijn uitgelegd worden³⁸ *casu quo* ingezet worden³⁹ en dat ongeacht of de bepalingen van vroegere of latere datum dan de richtlijn zijn;⁴⁰ ook nationale rechtspraak moet richtlijnconform uitgelegd en toegepast worden.⁴¹ Volgens het arrest *Pfeiffer* moet de nationale rechter bij de conforme uitleg 'het gehele nationale recht in beschouwing [...] nemen'.⁴² De toepassing van het instrument van de EG-rechtconforme uitleg is aan zekere grenzen gebonden. Deze vloeien vooral

-
34. Inzake de *WTO*-akkoorden is het Hof aanmerkelijk terughoudender. Een zekere doorwerking wordt hier gewaarborgd door middel van *WTO*-conforme uitleg.
35. Vgl. zaak C-165/91, *Munster*, Jur. 1994, p. I-4661 (uitleg conform bepalingen van het EG-verdrag), gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 and C-139/01, *Rechnungshof*, Jur. 2003, p. I-4989 en C-105/03, *Pupino*, Jur. 2005, p. I-5285 (art. 8 *EVRM*, respectievelijk art. 6 *EVRM* conforme uitleg), gevoegde zaken C-300/98 en C-302/98, *Dior*, Jur. 2000, p. I-11307 (*Trips*-overeenkomst conforme uitleg).
36. Vergelijk gevoegde zaken C-397/01 t/m 403/01, *Pfeiffer*, Jur. 2004, p. I-8835, AB 2005/16, m.nt. RW en SEW 2005, p. 95-99, m.nt. SP, over de (verstrekkende) reikwijdte van verplichting tot conforme uitleg: alle interpretatiemethoden die het nationale recht kent om conflicten tussen bepalingen van nationale recht te vermijden, *moeten* worden toegepast om conflicten tussen nationaal en EG-recht te vermijden. Voor aanbevelingconforme uitleg zie zaak C-322/88 *Grimaldi*, Jur. 1989, p. I-4407.
37. Zaak C-106/89, *Marleasing*, Jur. 1990, p. I-4135.
38. Gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01, *Rechnungshof*, Jur. 2003, p. I-4989.
39. Zaak C-131/97, *Carbonari*, Jur. 1999, p. I-1103.
40. C-106/89, *Marleasing*, Jur. 1990, p. I-4135 en zaak C-371/02, *Björnekulla*, Jur. 2004, p. I-05791. Deze zaak is tevens interessant omdat het arrest expliciet aangeeft dat richtlijnconforme uitleg voorrang heeft op een uitleg die zou voortvloeien uit de *travaux préparatoires* van de nationale wetgeving.
41. Zaak C-456/98, *Centrosteel*, Jur. 2000, p. I-6007.
42. R.o. 119.

voort uit de algemene rechtsbeginselen, waaronder met name het beginsel van rechtszekerheid en het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Voorts kan het instrument niet dwingen tot een *contra legem* conforme uitleg.⁴³ Dit betekent overigens niet per se dat *contra legem* uitleg, indien het naar nationaal recht mogelijk is, ook verboden zou zijn.⁴⁴ Een andere complicerende én begrenzende factor, namelijk het verbod van horizontale casu quo omgekeerd verticale werking komt hieronder afzonderlijk aan de orde.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet in geval van een conflict tussen het nationale en het EG-recht de *voorrang* van het gemeenschapsrecht worden gewaarborgd. Deze voorrang kan in de eerste plaats bewerkstelligd worden door middel van conforme uitleg. In combinatie met rechtstreekse werking brengt het voorrangsbeginsel met zich mee dat de strijdige, nationale regels buiten toepassing moeten worden gelaten (of niet aan justitiabelen kunnen worden tegengeworpen, zoals het soms geformuleerd wordt). Welke gevolgen aan dit 'buiten toepassing laten' in de nationale rechtsorde moeten worden verbonden, hangt doorgaans af van het individuele geval en is niet altijd even duidelijk.⁴⁵ Voor wat de rechter betreft, heeft het Hof slechts aangegeven dat de nationale rechter de litigieuze regel buiten toepassing moet laten en hij of zij voorts, wanneer het nationale recht verschillende mogelijkheden openlaat, die weg moet kiezen welke geschikt is om de door het gemeenschapsrecht verleende rechten te waarborgen.⁴⁶ Het is dus de nationale rechtsorde die bepaalt welke consequenties – in termen van vernietiging, van rechtswege nietig zijn, ongeldigheid, toekenning van schadevergoeding, bevel tot terugbetaling van de onverschuldigd betaalde bedragen et cetera. – aan het met het gemeenschapsrecht strijdige nationale recht worden verbonden.⁴⁷ Voorts staat buiten kijf dat de betrokken lidstaat de litigieuze regels moet aanpassen of afschaffen.

Afhankelijk van het concrete geval zal soms een dergelijk 'buiten toepassing laten' voldoende zijn om het geschil op te lossen. In navolging van de Franse doctrine kan men hier spreken over 'uitsluitende werking' (*invocabilité d'exclusion*): de strijdige bepaling wordt buiten toepassing gelaten en het geschil wordt opgelost door middel van het nationale recht dat 'overgebleven' is. In andere gevallen zal een dergelijk 'buiten toepassing laten' echter nog geen uitkomst kunnen bie-

-
43. Zaak C-105/03, Pupino, Jur. 2005, p. I-5285, r.o. 24. Vergelijk ook ABRvS 29 mei 2001, RAwb 2001, 98.
44. In het nationale bestuursrecht of civiele recht kan een *contra legem* uitleg c.q. toepassing onder bepaalde voorwaarden toegestaan zijn. Nu, volgens de zaak Pfeiffer, de nationale rechter naar alle mogelijke constructies in het nationale recht moet zoeken om strijdigheid op te heffen, zou een *contra legem* uitleg, voor zover van toepassing in het nationale recht, uitkomst kunnen bieden.
45. Voor de moeilijkheden die kunnen ontstaan over de betekenis en de reikwijdte van het 'buiten toepassing laten' van nationale bepalingen die met het gemeenschapsrecht in strijd zijn, zie Jans e.a. 2002, p. 118-126.
46. Gevoegde zaken C-10/97 t/m C-22/97, IN.CO.GE.'90 Srl e.a., Jur. 1998, p. I-6307. Zie ook zaak C-159/00, Sapod, Jur. 2002, p. I-5031.
47. Uit zaak C-201/02, Wells, Jur. 2004, p. I-723 zou men tevens kunnen afleiden dat in sommige situaties, waarin bijvoorbeeld opschorting of intrekking van een vergunning niet mogelijk is, volstaan kan worden met schadevergoeding. Uiteraard zijn dit vaak niet alleen keuzes voor de rechter. Een en ander hangt immers ook af van de ingestelde vordering.

den, in het bijzonder daar niet waar er, als gevolg van een 'uitsluiting' een rechtsvacuüm ontstaat. In zo'n geval zal doorgaans de bepaling van het gemeenschapsrecht zelf toegepast moeten worden, in plaats van de strijdige nationale regels. Dit wordt wel eens geduid met de term 'vervangende werking' (*invocabilité de substitution*). Een ander alternatief kan onder bepaalde omstandigheden zijn dat het 'overgebleven nationaal recht' alsnog zo wordt geïnterpreteerd dat de lacune opgevuld wordt.

2.3 VERPLICHTINGEN VOOR RECHTER EN BESTUUR

De beide hiervoor genoemde doorwerkingsinstrumenten, in combinatie met het beginsel van voorrang, worden doorgaans geformuleerd vanuit het perspectief van de rechter. Niettemin moeten zij binnen zekere grenzen ook worden toegepast door het (decentrale) bestuur of andere met overheidsgezag beklede instanties.

Afgezien van situaties waarin het gemeenschapsrecht zelf aangeeft welke organen de richtlijn, verordening et cetera. moeten toepassen,⁴⁸ moet men voor de vraag wie het gemeenschapsrecht rechtstreeks moet toepassen of eventueel conform moet interpreteren in het overgrote deel van de gevallen op de rechtspraak van het Hof terugvallen. Het Hof heeft in zijn rechtspraak duidelijk gemaakt dat ook andere overheidsorganen dan rechters aan de uit de twee instrumenten voortvloeiende verplichtingen gebonden zijn.⁴⁹ Hierbij doet zich een aantal problemen voor.

Daartoe behoort, in de eerste plaats, de vraag of het gemeenschapsrecht bepaalde organen/rechtspersonen wel tot de 'overheid' rekent, die op grond van het nationale recht niet als bestuursorgaan kunnen worden beschouwd.⁵⁰ Voorts blijkt uit deze rechtspraak dat bestuursorganen een *zelfstandige* verantwoordelijkheid hebben ter verzekering van het nakomen van EG-rechtelijke verplichtingen. Zij mogen niet, voor wat hun eigen handelen of nalaten betreft, het gemeenschapsrecht schenden, ook wanneer het nationale recht niet met het gemeenschapsrecht strookt. Dit brengt met zich mee dat een bestuursorgaan ook moet nagaan of de nationale regelgeving wel met het gemeenschapsrecht in overeenstemming is. Het gevolg hiervan is tweërlei: ten eerste, wanneer allerlei bestuursorganen zelfstandig moeten gaan uitmaken of nationale regelgeving toegepast moet worden of niet, komt dit zeker niet ten goede aan de rechtszekerheid en de eenheid van rechtstoepassing; ten tweede ontstaat hierdoor een zekere mate van zelfstandigheid en onafhankelijkheid ten opzichte van de wetgever. Het orgaan kan blijkbaar zelfs verplicht worden tot een *contra legem* optreden. In constitutionele ter-

48. Zoals 'aanbestedende diensten' in de aanbestedingsrichtlijnen.

49. Vgl. zaak 14/83, Von Colson, Jur. 1984, p. 1891 en zaak C-218/01, Henkel, Jur. 2004, p. I-1725 (conforme uitleg), zaak 103/88, Costanzo, Jur. 1989, p. 1839 (rechtstreekse toepassing richtlijn), zaak C-198/01 CIF, Jur. 2003, p. I-8055 (rechtstreekse toepassing art. 81 EG-verdrag) en zaak C-224/97 Ciola, Jur. 1999, p. I-2517 (rechtstreekse toepassing art. 49 EG-verdrag).

50. Voor de door het Hof aangelegde criteria zie bijvoorbeeld zaak C-188/89, Foster, Jur. 1990, p. I-3313 en zaak C-157/02, Rieser, Jur. 2004, p. I-1477. Voor een bespreking van de begrippen lidstaat, 'met overheidsgezag beklede instanties' etc. zie par. 4.2.

men komt dit neer op een niet onaanzienlijke verschuiving in de verhoudingen tussen de wetgever en het bestuur.

Ten slotte, de vraag of de rechtstreekse toepassing van het gemeenschapsrecht casu quo de conforme uitleg door bestuursorganen mogelijk zijn wordt mede bepaald door een andere vraag, namelijk of er naar nationaal recht een bevoegdheid bestaat (legaliteit). Wij komen hierop nog terug in paragraaf 2.6.

2.4 VERPLICHTINGEN VOOR DE WETGEVER

Voor de wetgever brengt het beginsel van voorrang met zich dat bepalingen van nationaal recht die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht (en door de rechter in een concreet geval buiten toepassing moeten worden gelaten) door de wetgever moeten worden aangepast of afgeschaft.⁵¹ Voorts blokkeert het gemeenschapsrecht de totstandkoming van nieuwe nationale wetgeving die met dat recht strijdt.⁵²

Dit brengt met zich mee dat bij uitvaardiging van nieuwe wetgeving⁵³ een analyse van (potentiële) strijdigheden nodig is. Daar waar deze vastgesteld zijn, dienen er ter wille van de rechtszekerheid en duidelijkheid expliciet voorzieningen getroffen te worden. Zoals uit de praktijk blijkt, kan het beginsel van voorrang ook voor de Awb in deze context gevolgen hebben, omdat de Awb vaak bij de operationalisering van het gemeenschapsrecht wordt ingezet.

Een recent voorbeeld hiervan biedt het wetsvoorstel tot Algehele herziening van de douanewetgeving (Algemene Douanewet).⁵⁴ Zoals in paragraaf 1.4 aangegeven wordt het douanerecht Europees gereguleerd door het Communautaire Douanewetboek (CDW), een verordening, en de Toepassingsverordening CDW. Deze bevatten zeer uitgebreide en ook uitputtende regels over onder meer het nemen van beschikkingen, douanetoezicht en -controle en de rechtsbescherming. Voor zover het CDW uitputtende en afwijkende bepalingen bevat – zo worden bijvoorbeeld ook mondelinge beschikkingen als beschikking aangemerkt – moeten deze worden toegepast in plaats van de regels van de Awb.⁵⁵ De Awb kan wel aanvullend werken.

In het bovengenoemde wetsvoorstel anticipeert de wetgever op deze spanningen door, uitgaande van de regels van het CDW, vrij precies te bepalen in hoeverre de Awb al dan niet van toepassing blijft. Hoe dit precies is gebeurd wordt in dit rapport besproken bij de desbetreffende onderwerpen in paragraaf 4.3.2 (mondelinge beschikking), paragraaf 5.6 (bepalingen omtrent de besluitvorming) en paragraaf 6.3.4 (toezicht). In algemene zin kan worden vastgesteld dat de Awb alleen expliciet buiten toepassing is verklaard als het CDW een uitputtende én afwijkende regeling bevat. Aanvullende Awb-verplichtingen waarvoor het CDW

51. Vgl. zaak C-197/96, Commissie v. Frankrijk, Jur. 1997, p. I-1489.

52. Zaak 106/77 Simmenthal Jur. 1978, p. 629. Nationale bepalingen die niet met het gemeenschapsrecht conflicteren mogen wel worden vastgesteld. Zie zaak C-143/91, Van der Tas, Jur. 1992, p. I-5045.

53. Waartoe ook behoort operationaliseringswetgeving bij verordeningen.

54. Kamerstukken II 2005-2006, 30 580, nr. 1-4.

55. Vergelijk CBB 19 oktober 2005, JB 2006, 24.

ruimte laat, zijn in stand gelaten voor zover zij de toepassing van het CDW niet belemmeren. Bij sommige onderwerpen – zoals de verplichting om rechtsmiddelen te vermelden, vergelijk artikel 244 CDW en artikel 6:16 Awb – bevat het CDW een uitputtende regeling, die niet afwijkt van de Awb. In dat geval heeft het wetsvoorstel ervoor gekozen de Awb-bepaling niet expliciet uit te sluiten. Dit lijkt ons aanvaardbaar. In dat geval doet zich immers in het slechtste geval een latent conflict voor, namelijk indien de uitlegging en toepassing van die bepalingen in de toekomst uiteen gaat lopen. Naar onze mening noopt dit als zodanig niet tot specifieke wettelijke voorzieningen maar verdient een dergelijk punt wel aandacht in de Memorie van Toelichting. Mocht de uitlegging van deze bepalingen inderdaad uiteen gaan lopen, dan gaat de uitlegging die het Hof aan het CDW geeft uiteraard voor. In de regel zal een dergelijk conflict kunnen worden opgelost door conforme uitleg.

Over de in het wetsvoorstel gemaakte keuze om, uitgaande van het CDW, precies te bepalen in hoeverre de Awb in het douanerecht van toepassing blijft, heeft discussie plaatsgevonden tussen de Raad van State en de Staatssecretaris van Financiën.⁵⁶ De Raad van State acht de inpassing ‘van het Awb-stelsel binnen de reikwijdte van het CDW’ nogal geforceerd en vindt dat dit leidt tot een weinig ‘transparant bestuursrechtelijk stelsel’.

Naar onze mening is de keuze in het wetsvoorstel wel de juiste, omdat hierdoor de nadelen van de andere opties die bestaan om conflicten tussen de CDW en de Awb te verhelen, worden voorkomen.

- De eerste optie is dat de Awb geheel buiten toepassing wordt verklaard en eventueel noodzakelijke aanvullende procedurele bepalingen in de Algemene Douanewet zelf worden opgenomen. Deze optie heeft, zoals de staatssecretaris terecht aangeeft, het bezwaar dat ‘het principe van de Awb als algemene wet wordt ontkracht’. In Nederland is ter uitvoering van artikel 107, tweede lid, van de Grondwet principieel ervoor gekozen om de algemene regels van bestuursrecht op te nemen in de Awb. Deze keuze heeft belangrijke voordelen op het punt van rechtseenheid binnen en de toegankelijkheid van het bestuursrecht. Bij deze keuze van de wetgever past het dat de Awb niet meer dan noodzakelijk buiten toepassing wordt gelaten.
- In de tweede optie blijft de Awb in beginsel van toepassing, maar worden de Awb-bepalingen in de toepassingspraktijk buiten toepassing gelaten voor zover zij in strijd komen met de rechtstreeks werkende bepalingen van het CDW. De staatssecretaris wijst deze optie – waarvan de Raad van State voorstander lijkt⁵⁷ – van de hand ‘in verband met het ontbreken van voldoende transparantie’. Ook dit zijn we met hem eens. In deze optie kan bij de burger immers ten onrechte de indruk ontstaan dat bepaalde gunstige Awb-regels van toepassing zijn, terwijl deze moeten wijken voor het CDW. Vanuit de optiek van rechtszekerheid is dat ongewenst.

56. Kamerstukken II 2005-2006, 30 580, nr. 4, p. 5-7.

57. De Raad vraagt althans deze optie te vergelijken met de keuze die in het wetsvoorstel is gemaakt (p. 6).

Het voorgaande betekent niet dat aan de gemaakte keuze geen nadelen zitten. Met name is de tekst van sommige bepalingen moeilijk te begrijpen als men niet de bepalingen van de CDW kent waarop deze aansluit. Dit probleem wordt in de Memorie van Toelichting en een bijlage bij het wetsvoorstel echter grotendeels ondervangen.

2.5 BEPERKINGEN

De doorwerkingsinstrumenten rechtstreekse werking en (richtlijn)conforme uitleg kennen een aantal beperkingen, die in het kader van dit rapport niet allemaal aan orde kunnen komen. Wij spitsen de bespreking toe op twee van deze beperkingen die met name voor het bestuursrecht van belang zijn, namelijk het zogenoemde verbod van omgekeerde verticale werking van, vooral, richtlijnen en op de vraag van de bevoegdheidsgrondslag. Wel moet er hier op gewezen worden dat de effecten van de doorwerkingsinstrumenten mede worden bepaald – en dus beperkt – door het beginsel van procedurele autonomie dat in hoofdstuk 3 aan de orde komt.

2.5.1 *Geen verplichtingen voor particulieren*

Het instrument van rechtstreekse werking kent vooral ten aanzien van richtlijnen als voornaamste beperking dat de richtlijn niet ten nadele van een particulier mag worden toegepast (het verbod van omgekeerde verticale werking). Dit verbod is gebaseerd op de gedachte dat richtlijnen volgens artikel 249 EG slechts voor de lidstaten (overheid) verbindend zijn. Deze beperking speelt bij verdragsbepalingen en verordeningen in beginsel niet. Verdragsbepalingen kunnen, voor zover zij zich ervoor lenen, wel ten laste van een individu worden toegepast.⁵⁸ Ook verordeningen kunnen naar hun aard rechtsreeks verplichtingen voor particulieren scheppen. Uit de rechtspraak blijkt echter wel dat ook in het geval van belastende bepalingen uit een verordening het rechtszekerheidsbeginsel met zich meebrengt dat een verordening zelf duidelijk moet omschrijven wat precies de verplichtingen zijn. Zo niet, dan kan de bepaling van de verordening toch niet ten laste van een particulier worden ingeroepen.⁵⁹

Zoals hierboven al opgemerkt is, bestaat er over beschikkingen weinig rechtspraak. Een beschikking is verbindend in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht. Dit zijn in beginsel hetzij particulieren hetzij lidstaten. De tot een particulier gerichte beschikking kan hem of haar uiteraard verplichtingen opleggen die derden kunnen inroepen. Voor het onderwerp van deze

58. Denk bijvoorbeeld aan de artt. 81 en 82 EG (mededinging), de blokkeringsregel van art. 88, lid 3, EG (over staatssteun) en discriminatieverboden uit het EG-verdrag. Art. 28 EG daarentegen, met het verbod van het opwerpen van belemmeringen voor het EG-interne *goederenverkeer*, heeft hoogstwaarschijnlijk, naar zijn aard, geen rechtstreekse werking die aan particulieren kan worden tegengeworpen. De bepaling ziet namelijk enkel op belemmerende maatregelen die uitgaan van de lidstaten. Vgl. zaak C-159/00, Sapod, Jur. 2002, p. I-5031 (ov. 74).

59. Zie zaak C-108/01, Parmaham, Jur. 2003, p. 5121. Zie ook zaak C-60/02, Rolex, Jur. 2004, p. I-651.

paragraaf zijn met name beschikkingen gericht aan lidstaten van belang. Deze hebben vaak normatieve werking en kunnen onder omstandigheden verplichtingen voor particulieren inhouden. De vraag is of de hieronder uiteengezette beperkingen van rechtstreekse werking van richtlijnen eveneens opgaan voor tot lidstaten gerichte beschikkingen. Een identieke behandeling van richtlijnen en tot lidstaten gerichte beschikkingen dringt zich op, in het bijzonder omdat 'de aan particulieren gegeven mogelijkheid zich tegenover de lid-staten op een tot hen gerichte beschikking te beroepen, immers berust op de omstandigheid dat de beschikking voor haar adressaten bindend is'.⁶⁰

Anderzijds zijn er wel elementen in de rechtspraak die erop zouden kunnen duiden dat een beschikking ook ten laste van particulieren kan worden toegepast, waaronder de zaak Masterfoods (de nationale rechter mag geen beslissingen nemen die tegen een beschikking van de Commissie zouden indruisen) en de al wat oudere zaak Albako (nationale rechter moet ingevolge het beginsel van voorrang alle nationale bepalingen waarvan de toepassing de uitvoering van een communautaire beschikking zou kunnen belemmeren buiten toepassing laten).⁶¹ Ons inziens moet aan dergelijke overwegingen niet te zwaar getild worden, in het bijzonder niet omdat het concrete probleem – kan een tot een lidstaat gerichte beschikking ten laste van een particulier werken? – niet als zodanig in deze (en andere) zaken aan het Hof is voorgelegd. Pas zeer recentelijk is expliciet een prejudiciële vraag over dit vraagstuk aan het Hof van Justitie gesteld.⁶²

2.5.2 *Driehoeken en louter negatieve gevolgen*

Ten aanzien van richtlijnen is het vaste rechtspraak dat een richtlijn uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en, derhalve, een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen.⁶³ Voor het bestuursrecht betekent dit, kort gezegd, dat de burger zich wel ten laste van het bestuursorgaan casu quo overheid op richtlijnen kan beroepen, maar dat het bestuursorgaan de richtlijn niet ten nadele van de burger kan invoeren. Dit neemt echter niet weg dat richtlijnen wel bepaalde effecten ten nadele van particulieren kunnen sorteren.⁶⁴ In de eerste plaats gebeurt dit in zogenoemde 'driehoeksverhoudingen', bijvoorbeeld wanneer een derde-belanghebbende in het omgevingsrecht een beroep doet op een richtlijn tegenover de vergunningverlenende overheid. Indien dit beroep gehonoreerd wordt, pakt dit ongunstig uit voor de direct belanghebbende, bijvoorbeeld het milieuvervuilende bedrijf. Het honoreren van een dergelijk beroep van een derde-belanghebbende levert een spanning op tussen de plicht tot het toepassen van rechtstreeks werkende richtlijnbeperkingen en het verbod van omgekeerd verticale werking casu quo horizontale

60. Zie zaak C-156/91, Mundt, Jur. 1992, p. I-5567. Ook in andere opzichten behandelen het Hof en A-G Jacobs in deze zaak de beschikking op dezelfde wijze als een richtlijn.

61. Zaak C-344/98, Masterfoods, Jur. 2000 p. I-11369 en zaak 249/85, Albako, Jur. 1987, p. 2289.

62. Vgl. de prejudiciële verwijzing in CBB 16 maart 2006, LJN: AV7337.

63. Recentelijk bevestigd in bijv. gevoegde zaken C-397/01 t/m 403/01, Pfeiffer, Jur. 2004, p. I-8835, AB 2005, 16, m.nt. RW en SEW 2005, p. 95-99, m.nt. SP.

64. Soms horizontale effecten genoemd.

werking van richtlijnen. Het Hof van Justitie heeft deze spanning tot op zekere hoogte 'opgelost' in de zaak Wells.⁶⁵ Het maakte een onderscheid tussen twee soorten richtlijnbevestigingen. Enerzijds zijn er bevestigingen die verplichtingen voor particulieren inhouden die door de lidstaat door middel van omzetting moeten worden gerealiseerd. Anderzijds zijn er bevestigingen die andere verplichtingen dan die tot omzetting behelzen welke primair op de lidstaat rusten (bijvoorbeeld het doen uitvoeren van een milieueffectrapportage). Het afdwingen van deze laatste soort wordt geacht 'louter negatieve gevolgen voor de rechten van derden' te hebben en dat levert geen verboden omgekeerde verticale casu quo horizontale werking op. Het onderscheid is zeker niet glashelder en ook de strekking van wat 'louter negatieve gevolgen' zijn roept de nodige vragen op. Het arrest betekent echter wel een voor het omgevingsrecht aanzienlijke relativering van het verbod van omgekeerde verticale werking.⁶⁶

Tot zover een beroep op een richtlijn in een 'driehoeksverhouding' voor de rechter. Problematischer wordt het een en ander wanneer een bestuursorgaan ambtshalve een vergunningaanvraag aan een richtlijnbevestiging gaat toetsen en eventueel de vergunning moet weigeren. Naar aangenomen wordt, is een bestuursorgaan op grond van de Costanzo-rechtspraak verplicht het rechtstreeks werkende gemeenschapsrecht toe te passen, ook zonder dat er een derde ten tonele verschijnt en de richtlijn inroept.⁶⁷ De rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is in deze niet bepaald consequent. Terwijl de Afdeling aanvankelijk meende dat een bestuursorgaan alleen een rechtstreeks werkende bevestiging van een richtlijn ten nadele van een particulier mag toepassen indien door een ander daarop beroep is gedaan,⁶⁸ gaat zij in 2002 in die zin om dat, volgens haar, een (decentraal) bestuursorgaan gehouden is een richtlijnbevestiging toe te passen, ook al heeft het louter negatieve gevolgen voor de vergunningaanvrager, indien een particulier die bevestiging 'voor een nationale rechter kan inroepen'. Dat een dergelijk beroep door een derde ook daadwerkelijk is gedaan, lijkt in deze uitspraak geen voorwaarde voor de bestuurlijke plicht om de richtlijnbevestiging toe te passen.⁶⁹ In een meer recente uitspraak stelt de Afdeling zich weer op het standpunt dat het bestuursorgaan, een college van b en w, niet ambtshalve bij de verlening van de vergunning (en voordat een derde überhaupt de kans heeft gehad om tegen de vergunningverlening in beroep te gaan) aan de Habitatrichtlijn kan toetsen omdat dit neerkomt op omgekeerde verticale werking.⁷⁰

Het door de Afdeling ingenomen standpunt dat de ambtshalve bestuurlijke toepassing van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen niet is toegestaan, ook

65. Zaak C-201/02, Wells, Jur. 2004, p. I-723.

66. Vgl. o.a. Widdershoven en Van Rijswijk 2004. Zie ook zaak C-127/02, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Jur. 2004, p. I-7405; beroep op art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn door twee milieugroepen is mogelijk ook al resulteert dit in negatieve gevolgen voor de kokkelvissers.

67. Vgl. par. 2.3 en zaak C-431/92, Grosskrotzenburg, Jur. 1995, p. I-2189.

68. ABRvS 29 mei 2001, JB 2001, 179, en in ABRvS 23 oktober 2002 (lozing zwarte-lijststoffen), M en R 2003/1, nr. 5, m.nt. Van Rijswijk en Widdershoven, AB 2002, 417, m.nt. ChB.

69. ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 28, m.nt. Jongma; M en R 2003/4, nr. 29, m.nt. Jans.

70. ABRvS 7 december 2005, AB 2006, 67 m.nt. RW.

indien dit slechts negatieve gevolgen heeft voor een particulier, heeft bizarre gevolgen die ook vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht twijfelachtig zijn. Immers, het bestuur wordt gedwongen om met een richtlijn strijdige besluiten te nemen, die – indien ze worden aangevochten – uiteindelijk vernietigd zullen worden. Het stellen van prejudiciële vragen had in deze zaak voor de hand gelegen, met name over de reikwijdte van de ‘Wells-rechtspraak’.

2.5.3 ‘Uitsluitende werking’

Hierboven is al kort aangegeven dat het beginsel van voorrang, doorgaans in combinatie met rechtstreekse werking, met zich meebrengt dat de strijdige, nationale regels buiten toepassing moeten worden gelaten. Het geschil kan dan in sommige gevallen opgelost worden door middel van het nationale recht dat ‘overgebleven’ is. De vraag rijst hoe zich een dergelijke ‘uitsluitende werking’ verhoudt tot het verbod van omgekeerd verticale casu quo horizontale werking van richtlijnen. De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft, tot nu toe, alleen betrekking gehad op civiele en strafrechtelijke geschillen. Dat een dergelijke ‘uitsluitende werking’ zich ook kan voordoen in het bestuursrecht moet echter niet worden uitgesloten.⁷¹

In een aantal civiele geschillen werd een dergelijk effect aanvankelijk geaccepteerd.⁷² Uit meer recente rechtspraak zou echter afgeleid kunnen worden dat een dergelijk beroep waarmee beoogd wordt het strijdige nationale recht buiten toepassing te stellen van de baan is.⁷³ Ook in de strafrechtelijke sfeer geldt, in beginsel, dat het verbod van omgekeerde verticale werking niet kan worden omzeild door middel van het buiten toepassing laten van het strijdige nationale recht, althans niet voor zover het zou leiden tot de toepassing van een ouder en strenger nationaal strafregime.⁷⁴ Deze begrenzing vloeit voort uit het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.

Ons inziens zou het een en ander in het bestuursrecht anders kunnen uitpakken. Een situatie kan zich immers voordoen waarin een bepaling van nationaal recht buiten toepassing gelaten moet worden wegens strijd met een richtlijn bepaling en het geschil kan worden opgelost met behulp van het ‘overgebleven’ nationaal recht. Voor zover de hieruit voortvloeiende nadelen voor de particulier tot de categorie ‘louter negatief’ behoren, is dit vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht aanvaardbaar. Men kan zelfs een stap verder gaan en betogen dat voor zover deze nadelen voortvloeien uit het nationale recht, het verbod van omgekeerde verticale werking niet opgaat. Wel kunnen algemene rechtsbeginselen en fundamentele rechten zich tegen een dergelijke buitentoepassinglating verzetten.

71. Vgl. noot Jans bij ABRvS 7 december 2005, M & R 2006/2, nr. 19.

72. Voor een meer gedetailleerde bespreking hiervan zie Prinssen 2004 (in het bijzonder par. 6.11). Vgl. ook noot Prechal bij gevoegde zaken C-397/01 t/m 403/01, Pfeiffer, Jur. 2004, p. I-8835, SEW 2005, p. 95-99.

73. Gevoegde zaken C-397/01 t/m 403/01, Pfeiffer, Jur. 2004, p. I-8835.

74. Gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 and C-403/02 Berlusconi, Jur. 2005, p. I-3565, SEW 2005, p. 443-447, m.nt. SP en RhvO.

2.5.4 *Verplichtingen en conforme uitleg*

Ook richtlijnconforme uitleg kan *de facto* met zich meebrengen dat particulieren met nadelige gevolgen worden geconfronteerd. Deze gevolgen vloeien formeel voort uit het nationale recht. Voor de nationale rechter kan dit soms betekenen dat hij of zij de strekking van een nationale bepaling moet beperken door haar slechts toe te passen voor zover zij met de richtlijnbeperkingen in kwestie verenigbaar is.⁷⁵ In wezen vraagt het Hof aan de nationale rechter om een beperkende uitleg van het nationale recht, die er onder omstandigheden op neerkomt dat een bepaling buiten toepassing wordt gelaten.⁷⁶

De vraag rijst in dit verband of er in wezen geen sprake is van het omzeilen van het verbod van omgekeerde verticale casu quo horizontale werking. Het Hof heeft zich voor een dergelijk argument ongevoelig getoond. In de literatuur werd wel eens uit de strafzaak Arcaro⁷⁷ afgeleid dat de grens van de verplichting tot richtlijnconforme uitleg zou liggen in het al dan niet opleggen van verplichtingen aan particulieren als resultaat van die interpretatie.

De zaak Pfeiffer maakt echter duidelijk dat Arcaro strikt geïnterpreteerd moet worden en dat de daarin geformuleerde grens in ieder geval niet opgaat voor het civiele recht⁷⁸ en hoogstwaarschijnlijk ook niet in het bestuursrecht. Dit neemt echter niet weg dat de grenzen wel liggen in de algemene rechtsbeginselen, met name rechtszekerheid, en fundamentele rechten. Op deze wijze kan een te ver gaande 'benadeling' van een justitiabele worden opgevangen.

2.6 HET LEGALITEITSBEGINSEL

Het hanteren van de rechtstreekse werking en – in mindere mate – ook conforme uitleg als doorwerkingsinstrumenten vindt zijn begrenzing in het legaliteitsbeginsel. Er kunnen zich situaties voordoen waarin de nationale rechter alsook bestuursorganen nationale wetgeving die niet in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht zelfstandig terzijde stellen en, zo nodig, de communautaire norm rechtstreeks toepassen.⁷⁹ Het bestuursorgaan moet dan besluiten nemen die rechtstreeks op het gemeenschapsrecht gebaseerd zijn zonder echter daartoe per definitie volgens het nationale recht bevoegd te zijn. Men denke hierbij met name aan een situatie waarin een verordening of een niet (juist) omgezette richtlijn tengevolge van de rechtspraak toegepast moet worden terwijl het bestuursorgaan, dat tot een dergelijke toepassing zou moeten overgaan, naar nationaal recht niet over de daartoe benodigde bevoegdheden beschikt.

75. Zie R.o. 113 e.v. in de zaak Pfeiffer.

76. Behalve Pfeiffer, zie ook bijvoorbeeld zaak 14/83, Von Colson, Jur. 1984, p. 1891, zaak 222/84, Johnston, Jur. 1986, p. 1651, zaak C-106/89, Marleasing, Jur. 1990, p. I-4135, gevoegde zaken C-240/98 tot en met C-244/98, Océano, Jur. 2000, p. I-4941, zaak C-386/00, Axa Royal Belge, Jur. 2002, p. I-2209 en zaak C-456/98, Centrosteeel, Jur. 2000, p. I-6007.

77. Zaak C-168/95, Arcaro, Jur. 1996, p. I-4705.

78. Vgl. hierover bijvoorbeeld Prinssen 2004, in het bijzonder par. 6.13.2.

79. Vgl. voor bestuursorganen zaken 103/88, Costanzo, Jur. 1989, p. 1839, zaak C-198/01 CIF, Jur. 2003, p. I-8055, C-224/97 Ciola, Jur. 1999, p. I-2517 en zaak C-118/00, Gervais Larsy, Jur. 2001, p. I-5063.

In dergelijke gevallen rijst de vraag of nationale bestuursorganen (en soms ook rechterlijke colleges – zoals onder meer blijkt uit de hierna kort aangestipte zaak Dorsch) rechtstreeks bevoegdheden kunnen ontlenen aan het Europese recht. Het antwoord op die vraag is niet eenduidig. Bezien vanuit de optiek van de Awb is voor de beantwoording bepalend of Europese regelingen kunnen worden aangemerkt als ‘wettelijk voorschrift’. Dit begrip wordt in de Awb zelf niet nader omschreven. Volgens de toelichting op de eerste tranche Awb omvat het zowel ‘formele wetten’ als ‘regels gesteld door organen die aan de Grondwet of wet regelgevende bevoegdheid kunnen ontlenen’ (materiële wetgeving).⁸⁰ In de toelichting op het – in de derde tranche Awb toegevoegde – artikel 4:23 Awb, waarin is bepaald dat subsidies slechts mogen worden verstrekt ‘op grond van een wettelijk voorschrift’, voegt de regering hieraan toe dat aan deze eis ook is voldaan als de grondslag is opgenomen in een Europese verordening.⁸¹ Bezien vanuit het EG-recht is deze gelijkstelling logisch.⁸² Om voor deze opvatting ook nationaalrechtelijk een basis te bieden zou men kunnen stellen dat de regelgevingsbevoegdheid van de EG-instellingen binnen Nederland is gebaseerd op artikel 92 e.v. Grondwet.⁸³ EG-verordeningen zijn immers ‘besluiten van een volkenrechtelijke organisatie’.

Met de vaststelling dat verordeningen ‘wettelijke voorschriften’ als bedoeld in de Awb kunnen zijn, waaraan nationale bestuursorganen in beginsel bevoegdheden kunnen ontlenen,⁸⁴ is de hiervoor opgeworpen vraag echter niet volledig beantwoord. Het probleem is namelijk dat verordeningen meestal niet bepalen *welk* orgaan binnen de nationale rechtsorde de verordening moet uitvoeren. Doorgaans is de adressaat van een verordening de lidstaat of de bevoegde autoriteiten van een lidstaat. Alsdan is toch een nationale wettelijke bepaling noodzakelijk, waarin een concreet bestuursorgaan wordt aangewezen, casu quo bevoegd wordt verklaard om de verordening uit te voeren. Is dat niet gebeurd, dan kan de verordening niet rechtmatig worden toegepast.⁸⁵ Daaraan kan worden toegevoegd dat voor de onderhavige kwestie ook de inhoud van de verordening van belang is. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van Verordening 650/1999, die regels bevat in verband met ongeoorloofde steun.⁸⁶ Blijkens deze verordening dient de terugvordering van deze steun en de rentevordering plaats te vinden met behulp van het nationale recht. Daarom was de ABRvS in een uitspraak van 11 januari 2006 van mening dat de – naar Nederlands recht niet bestaande bevoegdheid om rente te vorderen – niet kon worden gebaseerd op deze verordening (en trouwens

80. PG Awb I, p. 64. Zie ook hierna par. 6.3.4.2.

81. Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 41.

82. In die zin ook Steyger 1996, p. 23.

83. Analoog aan de opvatting van Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 245, die onder het begrip ‘dwingende wetbepaling’ als bedoeld in art. 3:40 lid 2 BW, behalve de formele wet, ook door de Staten-Generaal goedgekeurde verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties in de zin van art. 92 Grondwet verstaan.

84. Zie ook W. Voermans, Toedeling van bevoegdheid, oratie UL 2003.

85. Vergelijk voor dit probleem, ABRvS 19 april 2006, nr. 200409993/1.

86. Verordening ter vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 88 EG (Procedureverordening), PbEG 1999, L 183.

ook niet op artikel 87 EG of de terugvorderingsbeschikking van de Commissie). Op deze problematiek wordt in paragraaf 6.2 nader ingegaan. Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat nationale bestuursorganen op zichzelf bevoegdheden kunnen ontleen aan een verordening, maar dat dit zich feitelijk weinig voordoet omdat verordeningen in de regel geen concrete organen aanwijzen. Voor richtlijnen geldt dat zij vrijwel nooit concrete organen aanwijzen. Bovendien kan in algemene zin worden betwijfeld of richtlijnen bevoegdheidsscheppend kunnen zijn. Het is immers de bedoeling dat zij worden omgezet in nationale regels van dwingende recht. In elk geval staat vast dat richtlijnen zonder omzetting en dus wettelijke basis geen verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen (zie paragraaf 2.5).

De rechtspraak van het Hof van Justitie ten aanzien van de hiervoor besproken problematiek is schaars en eveneens niet eenduidig. Als voorbeeld kan genoemd worden de Italiaanse zaak CIF.⁸⁷ Daarin was sprake van een situatie waarin van het betrokken bestuursorgaan – de nationale mededingingsautoriteit – verlangd werd om wetgeving buiten toepassing te laten, omdat de laatste in strijd is met het gemeenschapsrecht, terwijl het orgaan daartoe krachtens het nationale constitutionele recht geen bevoegdheid had. Volgens het arrest van het Hof vereist de voorrang van het gemeenschapsrecht dat nationale wettelijke bepalingen die in strijd zijn met een gemeenschapsregel, buiten toepassing worden gelaten. De verplichting om zo'n nationale wet buiten toepassing te laten geldt niet alleen voor de rechter, maar voor alle overheidsorganen, met inbegrip van bestuursorganen. In casu ging het om de verplichting van de Italiaanse mededingingsautoriteit om nationale wettelijke bepalingen aan 'de nieuwe norm' te toetsen. Met de 'nieuwe norm' duidt men aan een koppeling van artikel 3, onder g, artikel 10 en de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag, hetgeen met zich meebrengt 'dat de Lid-Staten geen maatregelen, zelfs 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 Het arrest maakt duidelijk wat de effecten van de voorrangregels kunnen zijn voor nationale bestuursorganen: deze zijn verplicht nationale wettelijke maatregelen te toetsen aan het Europese mededingingsrecht en bij strijdigheid deze buiten toepassing te laten. En dat ook wanneer zij daartoe geen bevoegdheid hebben.⁸⁹

Er zijn echter ook arresten waarin voor een andere benadering wordt gekozen, zoals de zaak Dorsch.⁹⁰ Artikel 41 van Richtlijn 92/50 (coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening)⁹¹ bepaalt dat tegen besluiten van aanbestedende diensten inzake gunningen voor dienstverlening, doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep moet kunnen worden ingesteld. De betreffende richtlijn is in Duitsland niet tijdig omgezet in nationaal recht. De vraag rees of dit artikel met zich meebrengt dat nationale beroepsin-

87. Zaak 198/01, CIF, Jur. 2003, p. I-8055.

88. Zaak C-245/91, Ohra, Jur. 1993, p. I-5851.

89. Vgl. ook C-118/00, Gervais Larsy, Jur. 2001, p. I-5063.

90. Zaak C-54/96, Dorsch, Jur. 1997, p. I-4961.

91. Pb. 1992, L 209/1.

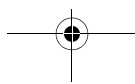
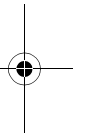
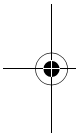
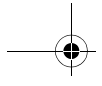
stanties, die op grond van eerdere richtlijnen bevoegd zijn kennis te nemen van beroepen in procedures inzake overheidsopdrachten voor werken en leveringen, ook procedures voor het plaatsen van opdrachten voor dienstverlening kunnen toetsen. Het Hof herinnerde aan het beginsel van institutionele autonomie en meende dat een dergelijke conclusie niet als zodanig uit artikel 41 kon worden getrokken. Deze uitspraak lijkt erop te duiden dat, ook al heeft men te maken met een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging, daarmee nog niet is gezegd dat de betrokken nationale instantie aan de richtlijn de bevoegdheid zou kunnen ontleenen om, zonder een grondslag in het nationale recht, de richtlijn als zodanig toe te passen.

Ook andere zaken lijkt het Hof in beginsel vooralsnog aan te knopen bij een bestaande bevoegdheid in het nationale recht. Uit de zaak Kühne & Heitz blijkt dat een bestuursorgaan, op grond van artikel 10 EG, onder bepaalde omstandigheden verplicht is een definitief geworden besluit opnieuw te onderzoeken, ten einde rekening te houden met de uitleg die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van gemeenschapsrecht heeft gegeven. Een van die omstandigheden is dat het bestuursorgaan, naar nationaal recht, bevoegd is om op het besluit terug te komen.⁹² Eveneens in Wells wordt de bevoegdheid naar nationaal recht centraal gesteld bij de vraag wat er moet gebeuren als geconstateerd wordt dat ten onrechte geen milieueffectbeoordeling heeft plaatsgevonden. De nationale rechter moet nagaan 'of het naar nationaal recht mogelijk is een reeds verleende vergunning in te trekken of op te schorten'. Het gemeenschapsrecht schept dus blijkbaar niet uit zichzelf de bevoegdheid tot intrekking of opschorting en het verplicht er dus alleen toe indien de rechter daartoe op grond van het nationale recht de bevoegdheid heeft gekregen.⁹³

De uiteindelijke remedie voor deze bevoegdheids- en legaliteitsproblemen moet gezocht worden in een aanpassing door de wetgever. Het is de taak van de wetgever om de noodzakelijke bevoegdheidsgrondslagen te creëren. Volgens het Europeesrechtelijke beginsel van institutionele autonomie zijn de lidstaten vrij om bij de vervulling van hun communautaire verplichtingen rekening te houden met de bestaande bevoegdheden van hun bestuursorganen. Waar nodig moeten nieuwe bevoegdheden aan deze bestuursorganen worden toegekend opdat deze de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen kunnen realiseren. Dit punt komt nader aan de orde in hoofdstuk 6 inzake subsidiëring.

92. Zaak C-453/00, Kühne & Heitz, Jur. 2004, p. I-837, AB 2004/58. Zie ook, in de context van conforme uitleg, de gevoegde zaken C-397/01 t/m 403/01, Pfeiffer, Jur. 2004, p. I-8835, waarin het Hof uitdrukkelijk aansluiting zoekt bij in het nationale recht bestaande technieken om strijd tussen verschillende nationale regels uit de wereld te helpen.

93. Vgl. ook zaak C-234/04, Kapferer, arrest van 16 maart 2006, n.n.g., AB 2006/191. Zie voorts ook de noot van Jans onder ABRvS 7 december 2005, M & R 2006/2, nr. 19.



3 Algemene Europese eisen

3.1 INLEIDING

In veel gevallen vindt toepassing en handhaving van Europese regelgeving plaats in de nationale rechtsorde. Het gemeenschapsrecht wordt toegepast en gehandhaafd door de nationale bestuursorganen en speelt vaak een rol in procedures voor de nationale rechter. Op sommige gebieden bevat het gemeenschapsrecht zelf bepalingen over handhaving en rechtsbescherming,⁹⁴ maar in het algemeen is hierop nationaal procesrecht van toepassing. De lidstaten hebben in beginsel zelf de bevoegdheid (en verantwoordelijkheid) om de toepasselijke procedures en de inrichting daarvan te bepalen. Deze bevoegdheid van de lidstaten, die voortvloeit uit het systeem van het verdrag en wordt bevestigd door vaste jurisprudentie⁹⁵ van het Hof van Justitie van de EG, wordt in de literatuur aangeduid met de term nationale procedurele autonomie.

Om te waarborgen dat er een minimumniveau van rechtsbescherming bestaat in de verschillende lidstaten, heeft het Hof van Justitie het beginsel van nationale procedurele autonomie begrensd. Deze begrenzing, die het Hof heeft gebaseerd op artikel 10 EG-verdrag, betekent in de praktijk dat het nationale procesrecht en de toepassing daarvan aan een drietal beginselen moeten voldoen.

De eerste eis is het gelijkwaardigheidsbeginsel, inhoudende dat regels van nationaal procesrecht voor vorderingen waarbij Europees recht wordt ingeroepen, niet ongunstiger mogen zijn dan voor vorderingen die enkel gebaseerd zijn op nationaal recht. Ten tweede moet worden voldaan aan het effectiviteitsbeginsel: de regels van nationaal procesrecht mogen de uitoefening van rechten die gebaseerd zijn op Europees recht, niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk maken. Tenslotte heeft het Hof in zijn jurisprudentie het beginsel van effectieve rechtsbescherming geïntroduceerd, dat kort samengevat kan worden als de eis dat een particulier binnen de nationale rechtsorde de rechten die hij ontleent aan EG-recht, daadwerkelijk moet kunnen afdwingen.

Deze beginselen zijn in de rechtspraak van het Hof steeds verder uitgewerkt, waarbij onder meer is gebleken dat zij niet alleen een rol spelen bij rechtsbescherming, maar ook bij de toepassing en handhaving van EG-recht. In dit hoofdstuk zal kort worden besproken welke eisen precies uit de jurisprudentie over elk van de beginselen voortvloeien. Deze eisen worden overigens ook in toenemende

94. Zie hoofdstuk 6 en 7.

95. Zie onder meer zaak 33/76, Rewe, Jur. 1976, p. 1989.

mate – zij het niet altijd even systematisch – gecodificeerd in Europese regelgeving.⁹⁶

3.2 HET GELIJKWAARDIGHEIDSBEGINSEL

Voor een toetsing van het nationale procesrecht aan het gelijkwaardigheidsbeginsel dient in de eerste plaats vastgesteld te worden waarmee de EG-rechtelijke vordering vergeleken moet worden. In de praktijk is het lang niet altijd even duidelijk welke nationaalrechtelijke vordering als vergelijkbaar met de betreffende Europeesrechtelijke vordering moet worden beschouwd. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de zaak Palmisani,⁹⁷ waarbij de Italiaanse wetgever de termijn voor een vordering tot schadevergoeding wegens niet-tijdige implementatie van een richtlijn had beperkt tot één jaar. De Italiaanse rechter stond vervolgens voor de vraag of deze regel voor vorderingen vergeleken moest worden met de algemene regeling inzake schadevergoeding (waarbij in het Italiaanse BW een termijn van vijf jaar was gesteld) of met de regels betreffende de aanvraag van een uitkering, waarvoor de termijn van één jaar gold. Uit het antwoord van het Hof in deze zaak is vooral van belang dat de nationale rechter bij de vergelijking moet letten op doel, voorwerp en de voornaamste kenmerken van de te vergelijken regelingen. Het Hof laat de lidstaten door deze ruime formulering een brede marge om te bepalen wat als een gelijkwaardige vordering beschouwd moet worden.⁹⁸

Het beginsel van gelijkwaardigheid vereist niet dat altijd per definitie de meest gunstige regel van nationaal procesrecht moet worden toegepast bij zaken waarin EG-recht een rol speelt. Dit ziet men bijvoorbeeld in de zaak Edis,⁹⁹ waarbij het ging om de terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht betaalde heffingen. Door een wijziging van de nationale jurisprudentie was op deze terugvorderingsactie niet langer het gewone regime van onverschuldigde betaling van toepassing en daardoor veranderde de verjaringstermijn van tien in drie jaar. Het Hof van Justitie is niet van oordeel dat dit per definitie in strijd is met het gelijkwaardigheidsbeginsel: wanneer er voor bezwaar en beroep tegen een aantal nationaalrechtelijke heffingen en belastingen bijzondere, minder gunstige regels bestaan dan de verjaringstermijn van het gemene recht, blijft de lidstaat binnen de grenzen van het gelijkwaardigheidsbeginsel als hij voor een Europeesrechtelijke vordering niet de meest gunstige verjaringstermijn kiest.

Nationale bevoegdheid is communautaire verplichting

Een belangrijke regel die in de rechtspraak van het Hof wordt gehanteerd is de regel 'nationale bevoegdheid is communautaire verplichting'. Dit betekent dat een verplichting om een regel van nationaal procesrecht ten gunste van de doorwerking van het EG-recht toe te passen, niet alleen bestaat indien een vergelijkbare verplichting geldt ten aanzien van louter nationaal recht, maar ook als het natio-

96. Zie hierover Jans & de Jong 1999.

97. Zaak C-261/95, Palmisani, Jur. 1997, p. I-4025.

98. Jans e.a. 2002, p. 79.

99. Zaak C-231/96, Edis, Jur. 1998, p. I-4954I.

nale recht slechts een bevoegdheid biedt. De eerste zaak waar deze regel duidelijk bleek, was de zaak Van Schijndel.¹⁰⁰ Hierin bepaalde het Hof dat de nationale rechter niet alleen verplicht is Europees recht ambtshalve toe te passen wanneer dit volgens het nationale procesrecht een plicht is, maar ook in gevallen waarin het nationale procesrecht enkel de mogelijkheid hiertoe verschaft. Met andere woorden, het maakt niet uit of de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing in het nationale procesrecht is geformuleerd als een mogelijkheid of een verplichting; in beide gevallen is ambtshalve toepassing van het Europese recht verplicht.¹⁰¹

Uit de zaak Kühne & Heitz¹⁰² blijkt dat de regel ‘nationale bevoegdheid is communautaire plicht’ op een breder terrein dan de ambtshalve toepassing van belang is en een voorkeursbehandeling voor EG-rechtelijke aanspraken oplevert.¹⁰³ In deze zaak oordeelde het Hof dat de mogelijkheid die het bestuursorgaan op grond van artikel 4:6 Awb heeft om terug te komen op een definitief geworden besluit, onder omstandigheden in zaken met een Europeesrechtelijke context een verplichting oplevert om een definitief geworden besluit opnieuw te onderzoeken; vergelijk later paragraaf 9.3.

Problematisch bij de regel ‘nationale bevoegdheid is communautaire plicht’ is de vraag wat precies als de te vergelijken bevoegdheid beschouwd moet worden. Wanneer men bijvoorbeeld naar de wettekst van artikel 8:69 Awb kijkt, blijkt daaruit niet dat de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing door de rechter beperkt is tot bepalingen van openbare orde. Moet men daarbij uitgaan van de letterlijke wettekst of gaat het veel meer om de manier waarop de wettekst door rechters in jurisprudentie is geïnterpreteerd en in de praktijk wordt toegepast? Ons inziens kan niet worden volstaan met de letterlijke wettekst, maar speelt ook de jurisprudentie een – vaak doorslaggevende – rol. Daarbij is van belang dat de nationale rechter die een prejudiciële vraag stelt, volgens de ‘Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechter’, verplicht is om het Hof informatie te verschaffen omtrent de ‘inhoud van de nationale bepalingen die van toepassing kunnen zijn en van de relevante nationale rechtspraak’.¹⁰⁴ Het Hof is kennelijk niet alleen geïnteresseerd in wetteksten, maar ook in de wijze waarop deze in de nationale rechtspraak worden uitgelegd. In de regel zal het Hof bij zijn beslissing uitgaan van het nationale recht (regelgeving en jurisprudentie), zoals dat door de verwijzende rechter is omschreven. Dit past bij het beginsel van loyale samenwerking van artikel 10 EG, dat juist in de relatie tussen het Hof en de nationale rechter een prominente rol speelt. Bovendien is de nationale rechter voor het Hof de meest betrouwbare bron voor de inhoud van het nationale recht. Dit ligt in uitzonderingsgevallen mogelijk anders, indien de lidstaat of de burgerpartij weet hard te maken dat de nationale rechter het nationale recht incorrect

100. Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen, Jur. 1995, p. I-4705.

101. Zie uitgebreider Widdershoven & Ortlep 2004 en Mortelmans e.a. 2004, p. 38-43.

102. Zaak C-453/00, Kühne & Heitz, Jur. 2004, p. 837; AB 2004, 58, m.nt. RW.

103. Mortelmans e.a. 2004, p. 38-43; zie ook Jans & de Graaf 2004.

104. Vergelijk Wenk 22 van de Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechter, PbEU 2005, C-143/I. De wenken zijn afkomstig van het Hof.

heeft weergegeven. Erg snel zal het Hof zo'n geval niet aannemen, omdat het zich niet pleegt te mengen in nationaalrechtelijke disputen.

3.3 HET EFFECTIVITEITSBEGINSEL

Het effectiviteitsbeginsel eist dat het nationale procesrecht de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken. Dit betekent overigens niet dat er geen enkele belemmering mag zijn in de mogelijkheden om een EG-rechtelijke vordering uit te oefenen. Zo volgt bijvoorbeeld uit de zaak Rewe¹⁰⁵ dat het handhaven van redelijke beroepstermijnen in het nationaal procesrecht niet strijdig is met het effectiviteitsbeginsel, aangezien hierdoor de uitoefening van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten niet (nagenoeg) onmogelijk wordt gemaakt.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt duidelijk dat het effectiviteitsbeginsel als een bodemvereiste wordt gezien: in sommige gevallen is een gelijkwaardige behandeling van vorderingen die gebaseerd zijn op EG-recht, niet voldoende. Het kan dan ook zo zijn dat het effectiviteitsbeginsel hogere eisen stelt aan de toepassing van het nationale recht op EG-rechtelijke vorderingen dan het gelijkwaardigheidsbeginsel. Een goed voorbeeld hiervan is te vinden in de zaak San Giorgio,¹⁰⁶ waar het Hof van Justitie concludeerde dat regels van bewijsrecht die het praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken om terugbetaling van in strijd met het EG-recht toegepaste heffingen te verkrijgen, strijdig waren met het EG-recht. Het feit dat deze regels van bewijsrecht ook van toepassing waren op puur nationaalrechtelijke geschillen en dat een schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel niet had plaatsgevonden, deed hieraan niets af. Het gevolg van de toetsing aan het effectiviteitsbeginsel was dat de bepalingen van nationaal procesrecht die de toets niet konden doorstaan, buiten toepassing moesten worden gelaten.

In de praktijk is het niet altijd gemakkelijk te voorspellen of de nationale regelgeving volgens het Hof zal voldoen aan de eisen die het beginsel van effectiviteit stelt. In een tweetal arresten, Van Schijndel¹⁰⁷ en Peterbroeck¹⁰⁸, heeft het Hof van Justitie geprobeerd duidelijkheid te scheppen wat betreft de afweging die gemaakt moet worden tussen procedurele autonomie aan de ene kant en het beginsel van effectiviteit aan de andere kant. In deze arresten overwoog het Hof van Justitie dat als de conclusie is dat een nationale regel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, een onderzoek moet plaatsvinden waarbij rekening wordt gehouden met een aantal factoren. Hiertoe behoren de plaats van de betreffende bepaling in de gehele procedure, het verloop en de bijzondere kenmerken ervan en de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen. Voorbeelden van dergelijke beginselen zijn

105. Zaak 33/75, Rewe, Jur. 1976, p. 1989.

106. Zaak 199/82, San Giorgio, Jur. 1983, p. 3595.

107. Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen, Jur. 1995, p. I-4705.

108. Zaak C-312/93, Peterbroeck, Jur. 1995, p. I-4599.

de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure. Deze beginselen vormen eerder een rechtvaardiging naarmate zij in meer lidstaten erkend en toegepast worden.

Afhankelijk van de uitkomst van het onderzoek van de rechter is de toepassing van de betreffende bepaling van nationaal recht al dan niet gerechtvaardigd. Op deze manier vindt er dus een afweging plaats in het licht van de genoemde beginselen tussen het belang van de nationale bepaling enerzijds en de effectieve doorwerking van het EG-recht anderzijds. In de literatuur is dit afwegingsmechanisme de procedurele *'rule of reason'* genoemd, naar de bekende *rule of reason* die het Hof in het kader van het vrij verkeer van goederen heeft geformuleerd.¹⁰⁹

Met de introductie van deze procedurele *rule of reason* lijkt een nieuwe fase te zijn ingegaan, waarbij de manier waarop het Hof van Justitie het nationale procesrecht toetst enigszins terughoudender lijkt te zijn geworden. Er lijkt een balans te zijn ontstaan: het beginsel van effectiviteit vereist dat de rechtsbescherming van particulieren en de volle toepassing van het gemeenschapsrecht zoveel mogelijk wordt gewaarborgd, maar tegelijkertijd is de *rule of reason* een garantie tegen te grote inbreuken op de nationale procedurele autonomie. Deze balans is natuurlijk relatief, zodat onzekerheid blijft bestaan over de vraag hoe het Hof van Justitie de gemaakte afweging in een bepaalde situatie zal beoordelen.¹¹⁰

Tot op heden zijn de bekendste voorbeelden van toepassing van de procedurele *rule of reason* te vinden op het gebied van de ambtshalve toepassing van Europees recht door de nationale rechter en in de jurisprudentie van het Hof over termijnen. Uit deze laatste jurisprudentie blijkt – kort en goed – dat hoewel beroepstermijnen ertoe leiden dat een burger zijn EG-rechtelijke vordering bij termijnoverschrijding niet voor een rechter kan brengen, redelijke termijnen volgens het Hof toch toegepast mogen worden, omdat zij worden gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid.¹¹¹

De zaak Peterbroeck heeft – kort samengevat – betrekking op een bepaling uit het Belgische procesrecht, die de rechter verbiedt om beroepsgronden die niet in de bezwaarfase of binnen een termijn van 60 dagen na de beslissing op het bezwaarschrift zijn meegedeeld, te beoordelen. Het Hof van Justitie kwam na de afwegingstoets van de procedurele *rule of reason* tot de conclusie dat dit verbod niet voldeed aan de communautaire eisen, vanwege een viertal problemen. In de eerste plaats was het Hof van Beroep de eerste en enige feitelijke instantie die prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kan stellen. Ten tweede was de termijn voor Peterbroeck om in de zaak voor het Hof van Beroep nog nieuwe bezwaren op te werpen relatief kort. In de derde plaats kon geen andere nationale rechter tijdens een verdere procedure ambtshalve de verenigbaarheid van het

109. Jans e.a., 2002, p. 87.

110. Craig & De Burca 2003, p. 252.

111. Zaak 33/76, Rewe, Jur. 1976, p. 1989; zaak 45/76, Comet, Jur. 1976, p. 2043.

Belgische recht met het gemeenschapsrecht beoordelen, en ten slotte konden nationale rechters in België niet ambtshalve middelen die ontleend zijn aan het EG-recht, opwerpen zonder dat voor deze beperking een goede rechtvaardiging te vinden is.¹¹² Het Hof van Justitie oordeelde dat onder deze omstandigheden het Hof van Beroep in staat moest zijn om ambtshalve de verenigbaarheid van een nationale bepaling met het gemeenschapsrecht te beoordelen. Hoewel de beperkingen los van elkaar wellicht te rechtvaardigen waren, was de combinatie hiervan aldus in strijd met het gemeenschapsrecht.

De zaak Van Schijndel ging om de vraag of de nationale civiele rechter verplicht was ambtshalve het Europese recht toe te passen in geschillen die bij hem aanhangig zijn, wanneer partijen hierop geen beroep doen. In deze zaak ging het onder meer om de artikelen 81 en 82 EG. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag voor de onderhavige casus ontkennend, waarbij de motivering vooral gevonden werd in het feit dat de civiele rechter een lijdelijke positie heeft en door ambtshalve toepassing van artikel 81 en 82 EG-verdrag buiten de rechtsstrijd van partijen zou treden en zijn lijdelijkheid zou moeten verzaken. Volgens het Hof werd het beginsel van lijdelijkheid in voldoende mate gerechtvaardigd door de rechten van verdediging en het beginsel van een goed verloop van procedure.

Het Hof van Justitie past aldus in beide arresten de procedurele *rule of reason* toe en maakt een afweging tussen het belang van ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht en de redenen waarom dit naar nationaal procesrecht niet toegestaan is.

Met de introductie van de procedure *rule of reason*-toets beschikt het Hof sinds 1995 over een op zichzelf redelijk heldere maatstaf om te bepalen of een onderdeel van nationaal procesrecht dat de doorwerking van het EG-recht beperkt, toch mag worden toegepast in een EG-rechtelijke casus. Als het procesrecht wordt gerechtvaardigd door beginselen als rechtszekerheid, de rechten van verdediging en het goed verloop van procedure, is dat in de regel het geval. Niettemin is de rechtspraak van het Hof over het effectiviteitsbeginsel nogal casuïstisch en daardoor onvoorspelbaar. Dit komt omdat het Hof niet altijd volstaat met een toetsing van een procesrechtelijke regeling in abstracto, maar vaak ook nog de toepassing ervan in het concrete geval in zijn beoordeling betreft. Hij combineert als het ware de rol van cassatierechter met die van eerstelijnsrechter ('Einzelfallgerechtigheit'). Iets dergelijks ziet men bijvoorbeeld in de zaak Santex,¹¹³ waarin het Hof eerst bepaalt dat de toepassing van een bepaalde redelijke beroepstermijn in zijn algemeenheid door de beugel kan, omdat deze wordt gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid. Toch is de toepassing van de termijn 'in de context van de omstandigheden van het geval' in strijd met effectiviteitsbeginsel, omdat het bestuursorgaan onduidelijkheid had laten bestaan over de precieze inhoud van het bestreden besluit.

112. Zaak C-312/93, Peterbroeck, Jur. 1995, p. I-4599, r.o. 17-20.

113. Zaak C-127/00, Santex, Jur. 2003, p. I-1877.

Hoewel deze aanpak niet onbegrijpelijk is, heeft zij als nadeel dat de toepassing van het effectiviteitsbeginsel door het Hof nogal onvoorspelbaar is. Wanneer wij in dit rapport stellen dat een bepaald onderdeel van het procesrecht van de Awb de procedurele *rule of reason*-toets waarschijnlijk zal doorstaan, past daarbij daarom als algemene *disclaimer* dat de conclusie nog niet betekent dat het Hof elke toepassing van dat onderdeel in concreto zal sauveren.¹¹⁴

3.4 HET BEGINSEL VAN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

De nationale procedurele autonomie wordt niet alleen begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit, maar ook door een derde vereiste. Dit is – zoals gezegd – het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat kort kan worden samengevat als de eis dat een particulier binnen de nationale rechtsorde de rechten die hij ontleent aan EG-recht, daadwerkelijk moet kunnen afdwingen. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, maar het speelt in het bijzonder een grote rol bij de begrenzing van het beginsel van nationale procedurele autonomie. In het algemeen kan het beginsel van effectieve rechtsbescherming worden beschouwd als een uitwerking van het effectiviteitsvereiste. Daarbij moet worden opgemerkt dat toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming in de praktijk meer indringend is dan een toetsing aan het gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginsel. De jurisprudentie van het Hof inzake het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft daarmee een grotere bres geslagen in de nationale procedurele autonomie van de lidstaten.¹¹⁵

In de zaak Johnston¹¹⁶ heeft het Hof van Justitie dit beginsel voor het eerst geformuleerd. In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming was terug te vinden in artikel 6 van Richtlijn 79/207 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Op grond van deze bepaling zijn de lidstaten verplicht om ervoor te zorgen dat eenieder die meent te zijn benadeeld, zijn rechten voor een gerecht kan doen gelden. In deze verplichting om een mogelijkheid van rechterlijke controle te bieden, komt naar het oordeel van het Hof het beginsel van effectieve rechtsbescherming tot uiting. In de zaak Heylens¹¹⁷ heeft het Hof van Justitie vervolgens bepaald dat dit beginsel van algemene aard is en ook geldt indien een dergelijke bepaling als aanknopingspunt niet voorhanden is.¹¹⁸ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt door het Hof van Justitie als een fundamenteel beginsel aangemerkt.¹¹⁹

114. Vergelijk Widdershoven 2006, p. 68, waarin deze gedachte nader wordt uitgewerkt voor de prejudiciële vraag van het CBB 17 mei 2005, AB 2005, 282, m.nt. JHvV: JB 2005, 241, m.nt. LJMT, inzake de ambtshalve toepassing van EG-recht. Deze vraag zal waarschijnlijk (helaas) niet worden beantwoord, omdat het Hof inmiddels in zaak C-28/05, Dokter e.a., n.n.g. heeft vastgesteld dat het nationale recht in kwestie niet in strijd is met het eventueel ambtshalve toe te passen EG-recht.

115. Jans e.a. 2002, p. 82 e.v.

116. Zaak 222/84, Johnston, Jur. 1986, p. 1651.

117. Zaak 222/86, Heylens, Jur. 1987, p. 1651.

118. Zie ook zaak C-97/91 Borelli, Jur. 1992, p. I-6313.

119. Zie bijvoorbeeld zaak C-185/97, Coote, Jur. 1998, p. I-5199.

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt wel opgedeeld in twee aspecten, te weten de formele eis dat er effectief toegang moet bestaan tot de rechter, hetgeen dus betekent dat er een rechtsgang moet zijn, en de materiële eis dat de rechtsgang inhoudelijk zo moet zijn ingericht dat de aan het EG-recht ontleende rechten daadwerkelijk geëffectueerd kunnen worden.¹²⁰ Wat betreft het formele aspect geldt dat wanneer een burger een aanspraak kan ontlenen aan het Europese recht, hij ook toegang tot een rechter dient te hebben. Zo oordeelde het Hof dat nationale beroepstermijnen in bijzondere gevallen op grond van het gemeenschapsrecht doorbroken moeten worden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een termijnoverschrijding is te wijten aan 'misleitend gedrag' van de bevoegde autoriteiten of als zij onduidelijkheid hebben laten bestaan over de precieze inhoud van het omstreden besluit.¹²¹ Dit geeft een goed voorbeeld van de implicaties die kunnen voortvloeien uit de eis dat ook effectief toegang moet bestaan tot de rechter.

In het Nederlandse bestuursrecht speelt het belanghebbendebegrip een grote rol bij de vraag of toegang tot de rechter openstaat of niet. Op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming moeten particulieren toegang hebben tot de nationale rechter, indien het EG-recht hen rechten toekent. Hoe dit beginsel zich precies verhoudt tot het Nederlandse belanghebbendebegrip komt in paragraaf 4.4 aan de orde.

De jurisprudentie wat betreft het materiële aspect van het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft als voornaamste onderwerp de effectiviteit van rechtsmiddelen die de burger ter beschikking staan om aan het EG-recht ontleende rechten te handhaven of in rechte te beschermen.¹²² Hierbij kan worden gedacht aan regels op het gebied van aansprakelijkheid, het buiten toepassing laten of vernietigen van besluiten en het treffen van voorlopige voorzieningen. Voor dit laatste onderwerp is de zaak *Factortame*¹²³ van groot belang; hierin bepaalde het Hof dat wanneer enkel een regel van nationaal procesrecht een rechter belet om voorlopige maatregelen te gelasten in een zaak met een communautaire dimensie, deze regel buiten toepassing moet worden gelaten. In de zaak *Zuckerfabrik*¹²⁴ bepaalde het Hof dat de nationale kortgedingrechter bevoegd is om onder bepaalde voorwaarden in geldigheidskwesties de toepassing van een gemeenschapshandeling tijdelijk op te schorten. Ook dit is een duidelijk voorbeeld van de materiële consequenties van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

De interpretatie van het beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt door het Hof van Justitie steeds vaker afgestemd op de rechtspraak van het Europese

120. Widdershoven 1996, p. 113.

121. Vergelijk zaak C-208/90, Emmott, Jur. 1991, p. I-4269, zoals genuanceerd in onder meer zaak C-231/96, Edis, Jur. 1998, p. I-4951, alsmede zaak C-327/00, Santex, Jur. 2003, p. I-1877.

122. Widdershoven 1996, p. 115.

123. Zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433.

124. Gevoegde zaken 143/88 en C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Soest*, Jur. 1991, p. I-534.

Hof voor de Rechten van de Mens.¹²⁵ Het EVRM heeft een bijzondere positie binnen de EU, omdat in artikel 6 lid 2 van het EU-verdrag met zoveel woorden is bepaald dat de Unie de grondrechten van het EVRM als algemene beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigt. In zijn jurisprudentie heeft het Hof benadrukt dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming ook is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het EVRM,¹²⁶ en in toenemende mate verwijst het Hof in het kader van een toetsing aan het beginsel impliciet of expliciet naar Straatsburgse jurisprudentie over diverse bepalingen van het EVRM. Een voorbeeld van expliciete afstemming ziet men in de zaak Steffensen,¹²⁷ waar het Hof de nationale rechter opdraagt te onderzoeken of een bewijsmiddel moet worden uitgesloten in verband met de eerbiediging van artikel 6 lid 1 EVRM.

3.5 RECHTSBEGINSELEN

Behalve door de hierboven beschreven beginselen van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming, wordt het nationale bestuurs(proces)recht ook beïnvloed door de jurisprudentie van het Hof inzake de algemene Europese rechtsbeginselen en grondrechten. Rechtsbeginselen spelen in het gemeenschapsrecht een relatief belangrijke rol, hoewel meer voor het Hof van Justitie dan voor de nationale rechter.¹²⁸ De communautaire rechtsorde is een 'jonge' rechtsorde, met onvermijdelijke lacunes en tegenstrijdigheden. De rechtsbeginselen moeten dan ook geregeld uitkomst bieden bij de oplossing van een concreet probleem.

Tot de (vaak ongeschreven) algemene rechtsbeginselen die het Hof hanteert, behoren, onder meer, het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het verdedigingsbeginsel, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, het beginsel van ongerechtvaardigde verrijking, het beginsel van behoorlijk bestuur (in de regel in enkelvoud!) en beginselen zoals *ne bis in idem* en *nulla poena sine lege*.

Bij de vormgeving van deze beginselen laat het Hof zich primair inspireren door de bestaande nationale rechtsbeginselen. Op basis van deze beginselen distilleert het Hof als het ware de inhoud en de reikwijdte van het desbetreffende beginsel zoals dat in de communautaire context zal gelden. Dit betekent, enerzijds, dat de communautaire rechtsbeginselen vaak nauw aansluiten bij de rechtsbeginselen die in principe ook in het recht van de lidstaten bekend zijn. Aan de andere kant hebben deze rechtsbeginselen echter niet per se dezelfde inhoud en draagwijdte als hun nationale equivalenten. De werking van het communautaire vertrouwensbeginsel, bijvoorbeeld, is beperkter dan die van zijn equivalent in het Nederlandse recht.¹²⁹ Bij deze ontwikkeling van de communautaire rechtsbeginselen is

125. Zie bijvoorbeeld zaak C-94/00, Roquette Frères, Jur. 2002, p. I-9011 (art. 8 EVRM en huiszoeking), zaak C-60/00, Carpenter Jur. 2002 p. I-6279 (art. 8 EVRM) en zaak C-112/00, Schmidberger, Jur. 2003, p. I-5659 AB 2003, 377 m.nt. AdMvV (art. 10 en 11 EVRM versus handhaving van het vrij verkeer van goederen).

126. Zaak 222/84, Johnston, Jur. 1986, p. 1651.

127. Zaak 276/01, Steffensen, Jur. 2003, p. I-3735, AB 2003, 310, m.nt. AdMvV.

128. Uitgebreid: Jans/De Lange/Prechal/Widdershoven, *a.w.*, hoofdstuk 5.

129. Vgl. hierna par. 6.2.

wel sprake van voortdurende evolutie en wisselwerking tussen de Europese en de nationale rechtsordes. Een sprekend voorbeeld is in dit verband het *'legal privilege'*.¹³⁰ Dit beginsel is anno 1982 door het Hof geformuleerd op basis van de beginselen die de lidstaten toen gemeen hadden. Meer recentelijk heeft de president van het Gerecht van Eerste Aanleg in een kort geding echter overwogen dat dit beginsel in het licht van de ontwikkelingen in de lidstaten wellicht 'geactualiseerd' moet worden.¹³¹

Een bijzondere categorie van algemene rechtsbeginselen bestaat uit de grondrechten. Bij gebrek aan een communautaire grondrechtencatalogus, althans een juridisch bindende,¹³² worden in de EU de grondrechten beschermd onder de noemer van 'algemene rechtsbeginselen'. Het Hof laat zich in dit verband leiden door de constitutionele tradities van de lidstaten en de internationale mensenrechtenverdragen, in het bijzonder het EVRM.¹³³ Het Hof van Justitie heeft inmiddels een hele reeks grondrechten als communautaire grondrechten in zijn rechtspraak erkend. Wat het EVRM betreft komen een aantal rechten met een zekere regelmaat in de rechtspraak terug. Daartoe behoren in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting,¹³⁴ bescherming van het eigendom,¹³⁵ het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces¹³⁶ en het recht op onschendbaarheid van de woning en het privé- casu quo gezinsleven.¹³⁷ In de grondrechtenrechtspraak is ook een toenemende wisselwerking tussen de Straatsburgse en Luxemburgse rechtspraak zichtbaar.

Een belangrijke functie van de rechtsbeginselen – de grondrechten inbegrepen – is die van toetsingsgrond voor communautaire wetgeving en bestuur. Daarnaast krijgen de communautaire rechtsbeginselen en grondrechten in toenemende mate de functie van toetsingsmaatstaf voor het optreden van de lidstaten. Nationaal bestuursoptreden én wetgeving worden (mede) aan de communautaire rechtsbeginselen getoetst.

De communautaire rechtsbeginselen gelden voor de lidstaten alleen wanneer zij handelen binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht.¹³⁸ Het kan dan gaan om toepassing van verdragsartikelen of verordeningen, maar ook bijvoorbeeld om toepassing van het nationale recht dat is aangenomen ter uitvoering van

130. Zie hierna par. 5.4.2.

131. Beschikking in gevoegde zaken T-125/03R en T-253/03R, Akzo e.a., n.n.g. Zie hierover ook par. 5.4.

132. Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is in feite een juridisch niet-afdwingbare verklaring. Wel wordt het Handvest door zowel de advocaten-generaal bij het Hof van Justitie als het Gerecht van Eerste Aanleg expliciet als een inspiratiebron gehanteerd.

133. Vgl. ook art. 6 van het EU-verdrag.

134. Zaak C-260/89, ERT, Jur. 1991, p. I-2925, zaak C-159/90, Grogan, Jur. 1991 p. 4685, zaak C-368/95, Familiapress Jur. 1997, p. 3689; zaak C-274/99P, Connolly, Jur. 2001, p. I-1611.

135. Gevoegde zaken C-20/00 en 64/00, Booker Aquaculture, arrest van 7 oktober 2003, en zaak C-347/03 ERSA, arrest van 12 mei 2005.

136. Bijvoorbeeld zaak C-276/01, Steffensen, Jur. 2003, p. I-3735, AB 2003, 310, m.nt. AdMvV, en zaak C-185/95P, Baustahlgewebe, Jur. 1998, p. 8417.

137. Vgl. bijvoorbeeld zaak C-94/00, Roquette frères, Jur. 2002, p. I-9011, zaak C-60/00, Carpenter, Jur. 2002 p. I-6279 en zaak C-109/01, Akrich, Jur. 2003, p. I-9607. Zie verder ook par. 6.3.3.

138. Jans e.a. 2002, p. 159.

een richtlijn of bij de omzetting van de richtlijn als zodanig.¹³⁹ In ‘puur nationale’ gevallen is toepassing van de communautaire beginselen niet verplicht. Rechters kunnen zich ook dan echter laten inspireren door de ‘communautaire interpretatie’ van een beginsel.

Hoewel er weinig twijfel over bestaat dat deze beginselen rechtstreekse werking hebben,¹⁴⁰ is de kwestie in hoeverre zij als een zelfstandige rechtsgrondslag voor een vordering in een nationaal geding zouden kunnen dienen, nog verre van uitgekristalliseerd. Aan de beginselen kan vooralsnog alleen getoetst worden in het kader van een toetsing aan een andere (geschreven) communautaire bepaling.¹⁴¹ Een belangrijk instrument voor de doorwerking van de communautaire beginselen is de ‘beginselenconforme uitleg’. Deze uitleg geldt in de eerste plaats voor het Hof zelf: het secundaire gemeenschapsrecht moet zoveel mogelijk uitgelegd worden conform het EG-Verdrag én de communautaire rechtsbeginselen.¹⁴² Daarnaast is ook de nationale rechter gehouden het Europese én het nationale recht conform de communautaire beginselen te interpreteren.¹⁴³

Bestaat er nog ruimte voor de toepassing van nationale rechtsbeginselen, al dan niet naast een beroep op de communautaire beginselen? Uit de jurisprudentie van het Hof kan afgeleid worden dat er geen bezwaar bestaat tegen de toepassing van een equivalent nationaal rechtsbeginsel, zolang het gemeenschapsrecht – bijvoorbeeld een verordening – er ruimte voor laat en de invulling van het nationale beginsel niet strijdig is met het communautaire recht. Vanwege de voorrang van het gemeenschapsrecht kunnen nationale beginselen als zodanig het gemeenschapsrecht niet opzij zetten. Het nationale beginsel zal dan moeten wijken. Een goed voorbeeld hiervan is de zaak Alcan,¹⁴⁴ waarbij het Hof de Duitse rechter niet toestond bij de toepassing van het vertrouwensbeginsel in een terugvorderingszaak extra elementen in aanmerking te nemen die naar Europees recht niet relevant zijn.

De redenering van het Hof is dat ómdat de algemene rechtsbeginselen een deel uitmaken van de communautaire rechtsorde, deze rechtsorde zich er niet tegen kan verzetten indien ook het nationale recht een dergelijk beginsel in aanmerking neemt bij de toepassing van het gemeenschapsrecht.¹⁴⁵ Voor zover de nationale en communautaire beginselen min of meer met elkaar overeenkomen, zal het niet veel uitmaken of de rechter het Nederlandse of het communautaire beginsel toepast en zullen er ook geen grote problemen ontstaan. De toepassing van de nationale rechtsbeginselen wordt echter wel door het gemeenschapsrecht ingekaderd: het Hof bepaalt de grenzen, ook de inhoudelijke, van hun toepas-

139. Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Berlusconi, Jur. 2005, p. I-03565.

140. In ieder geval in de zin dat zij als toetsingsmaatstaf ingeroepen kunnen worden.

141. Ook al gaat het Hof soms vrij ver. Vgl. recentelijk zaak C-144/04, Mangold, Jur. 2005, p. 9981.

142. Vgl. zaak C-98/91, Herbrink, Jur. 1994, p. I-223 en zaak C-90/90, Neu, Jur. 1991, p. I-3617.

143. Vgl. zaak C-105/03, Pupino, Jur. 2005, p. I-5285.

144. Zaak C-24/95, Alcan, Jur. 1997, p. I-1591.

145. Vgl. onder andere zaak C-5/89, BUG-Alutechniek, Jur. 1990, p. I-3437 en gevoegde zaken C-80/99 en C-82/99, Flemmer, Jur. 2001, p. 7211.

sing. Dit kan met zich meebrengen dat een nationaal rechtsbeginsel alsnog strenger wordt toegepast of ingevuld dan naar nationaal recht gebruikelijk is.

Ten slotte nog een algemene opmerking. De Europese rechtspraak over rechtsbeginselen is in het algemeen nogal dynamisch. Het betekent, onder meer, dat indien een beginsel op een bepaald deelgebied – bijvoorbeeld landbouw, mededingingsrecht – wordt ontwikkeld, dit geenszins betekent dat het ook tot dit deelgebied van het gemeenschapsrecht beperkt blijft. Het Hof past, wanneer dat zo uitkomt, met groot gemak dergelijke beginselen toe over de hele breedte van het Europese recht. Dit heeft ook gevolgen voor het nationale recht, zoals hierna in paragraaf 5.4 en 5.5 nog zal blijken.

In dit onderzoek wordt ten aanzien van de diverse beginselen bepaald in hoeverre er verschil in inhoud is tussen de nationaalrechtelijke en de EG-rechtelijke equivalenten. Daarbij zijn een drietal beginselen van bijzonder belang: de beginselen van evenredigheid en zorgvuldigheid en de ongeschreven beginselen van verdediging en transparantie, die (vooralsnog) geen equivalent in de Awb kennen. In hoofdstuk 5 zal de inhoud van de communautaire beginselen worden besproken.

4 Kernbegrippen van de Awb

4.1 INLEIDING

In het systeem van de Awb spelen drie kernbegrippen een centrale rol, te weten: bestuursorgaan (art. 1:1 Awb), belanghebbende (art. 1:2 Awb) en besluit (art. 1:3 Awb). Een belangrijke vraag is in hoeverre deze begrippen afwijken van vergelijkbare concepten in het EG-recht.

Wat betreft het bestuursorgaan is vooral het Europese mededingingsrecht in ruime zin (inclusief steunverlening en aanbesteding),¹⁴⁶ alsmede de rechtspraak van het Hof inzake de bestuurlijke verplichting om richtlijnen toe te passen van belang.¹⁴⁷

Het besluitbegrip van de Awb wijkt soms af van specifieke EG-regelgeving: zo gaat het Communautaire Douanewetboek ervan uit dat beschikkingen ook mondeling kunnen worden genomen. Daarnaast is van belang dat op grond van het EG-recht soms beroep moet openstaan op een rechter tegen handelingen die (wellicht) geen besluit in de zin van de Awb zijn.¹⁴⁸

Voor het belanghebbendebegrip zijn vooral van belang de regeringsplannen om in het bestuursrecht een relativiteits- of Schutznormvereiste in te voeren.¹⁴⁹ In hoeverre is dit EG-rechtelijk toelaatbaar?¹⁵⁰ In dit verband wordt ook enige aandacht aan het Verdrag van Aarhus besteed.

4.2 HET BESTUURSORGAAN

4.2.1 Inleiding

In het Europese recht wordt met verschillende begrippen gewerkt die betrekking hebben op (taken van) de overheid. Gewezen moet allereerst worden op het begrip lidstaat. Het beginsel van gemeenschapstrouw van artikel 10 EG richt zich bijvoorbeeld tot organen van de lidstaten. Deze instanties zijn gehouden de communautaire verplichtingen uit te voeren. Belangrijke ontwikkelingen op het terrein van de definitie van het 'overheidsbegrip' hebben zich tevens voorgedaan in het mededingingsrecht. Een entiteit die taken uitvoert die typisch tot het terrein

146. Vergelijk Steyger 2005, p. 221-230; Jans e.a. 2002, p. 103-108.

147. Onder meer: zaak C-188/89, Foster, Jur. 1990, p. I-3313.

148. Vergelijk bijvoorbeeld zaak C-97/91, Borelli, Jur. 1992, p. I-6313, en zaak C-26/03, Stadt Halle, Jur. 2005, p. I-1.

149. Vergelijk het daartoe strekkende verzoek van de Minister van BZK en Justitie aan de Commissie Scheltema, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 200 VII, nr. 176.

150. Volgens Jans 2005a, p. 5-8, is de invoering van een dergelijk vereiste strijdig met het EG-recht, volgens De Poorter e.a. 2004, alsmede Widdershoven 2004 is dat niet zonder meer het geval.

van de overheid behoren, valt om deze reden niet onder het mededingingsrecht. In de Awb speelt het begrip bestuursorgaan een belangrijke rol: deze term is (naast een aantal andere begrippen) bepalend voor de toepasselijkheid van de Awb. Organen die op grond van deze term tot de overheid behoren, moeten zich houden aan de bepalingen van de Awb.

De vraag die naar aanleiding hiervan rijst en die in de doctrine is besproken,¹⁵¹ is of er wrijving ontstaat tussen het Nederlandse bestuursrecht en het Europese recht met betrekking tot begrippen die verband houden met het domein van de overheid. Dreigt de toepassing van het begrip bestuursorgaan aanleiding te geven tot strijd met het Europese recht?

Hieronder wordt nagegaan of het begrip bestuursorgaan van de Awb aangepast moet worden aan de begrippen die in het Europese recht en met name in het communautaire mededingingsrecht met betrekking tot overheidshandelen worden gehanteerd. Eerst wordt kort stilgestaan bij het begrip bestuursorgaan uit de Awb. Daarna wordt ingegaan op het begrip lidstaat in het Europese recht. Vervolgens wordt dieper ingegaan op het begrip onderneming uit het mededingingsrecht, daar overheid en onderneming termen zijn die elkaar uitsluiten in het mededingingsrecht. Vervolgens wordt ingegaan op de rol van de overheid in het mededingingsrecht. Ten slotte wordt de vraag of het begrip bestuursorgaan moet worden aangepast aan het mededingingsrecht beantwoord.

4.2.2 *Bestuursorgaan in de zin van de Awb*

Krachtens artikel 1:1 lid 1 Awb wordt onder bestuursorgaan verstaan:

- a een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of
- b een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed.

Rechtspersonen krachtens publiekrecht ingesteld

Organen van rechtspersonen die krachtens het publiekrecht zijn ingesteld, worden beschouwd als 'a-organen' en zijn bestuursorganen op grond van artikel 1:1 lid 1 onder a Awb.

Het gaat hier in de eerste plaats om openbare lichamen die op grond van artikel 2:1 lid 1 BW rechtspersoonlijkheid bezitten: de Staat, de provincies, gemeenten, waterschappen en andere openbare lichamen, waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend.

In de tweede plaats betreft het hier rechtspersonen waarvan de rechtspersoonlijkheid uit een bijzondere wet voortvloeit, zo blijkt uit artikel 2:1 lid 2 BW. In dit verband kan gewezen worden op artikel 2 lid 2 van de Wet OPTA die aan de OPTA rechtspersoonlijkheid verleent.

Een orgaan van een rechtspersoon die niet krachtens publiekrecht is ingesteld, is niet een 'a-orgaan'. Desalniettemin kan een dergelijk orgaan wel onder de Awb vallen.

151. Zie Steyger 2005.

Ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed

Indien een orgaan met enig openbaar gezag is bekleed, kan het een b-orgaan zijn en daarmee als bestuursorgaan worden beschouwd op grond van artikel 1:1 lid 1 onder b Awb. Organen van privaatrechtelijke rechtspersonen (bijvoorbeeld privaatrechtelijke rechtspersonen die tot de overheid behoren) kunnen dus bestuursorganen zijn, mits zij met enig openbaar gezag bekleed zijn. Het 'openbaar gezag' kan twee verschijningsvormen hebben.¹⁵² In de eerste plaats kan het gezag jegens 'burgers' betreffen (bijvoorbeeld verlening van een vergunning). In de tweede plaats wordt een privaatrechtelijk rechtspersoon, op wie de overheid overwegende invloed heeft, geacht te beschikken over 'openbaar gezag' indien hij besluiten of andere handelingen verricht jegens de bij hem in dienst zijnde ambtenaren.

B-organen kunnen incidentele bestuursbevoegdheid hebben. Het gaat hier om organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die niet tot de overheid gerekend worden (ontbreken van overwegende overheidsinvloed op het beheer van deze rechtspersonen), maar die wel met openbaar gezag zijn bekleed. Aan hen zijn een of meer overheidstaken opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden toegekend. Deze organen vallen deels (wat dit openbare gezag betreft) onder de Awb. Een voorbeeld hiervan is de Stichting inschrijving eigen vervoer.

Illustratief voor de problematiek van de 'b-organen' is de uitspraak van de ABRvS in de zaak Stichting Silicose.¹⁵³ Deze stichting was een orgaan met openbaar gezag belast nu de stichting op basis van een reglement voor rekening van het rijk uitkeringen verstrekt: de uitvoering van het reglement komt neer op uitoefening van een overheidstaak.

Een belangrijke doelstelling van de Awb is om rechtsbescherming te bieden aan de burger via de bestuursrechter. Deze rechtsbescherming staat alleen open ingeval het besluit waartegen een burger wil opkomen, genomen is door een bestuursorgaan. In het bestuursrecht speelt dus het begrip bestuursorgaan een essentiële rol.

4.2.3 Het begrip lidstaat in het Europese recht

Het EG-recht richt zich in beginsel hetzij tot de lidstaten, hetzij tot ondernemingen en particulieren. Zoals al hierboven in paragraaf 2.3 en 4.2.1 werd aangegeven, schuilt achter het begrip lidstaat, naast de wetgever en de rechter, een hele reeks overheidsinstanties. Daartoe behoren bestuursorganen naar nationaal recht, maar ook andere 'met overheidsgezag beklede instanties' die op grond van het nationale recht niet noodzakelijkerwijs als een bestuursorgaan of een deel van de overheid worden beschouwd, maar die desalniettemin gebonden zijn door de op de lidstaat rustende Europeesrechtelijke verplichtingen.

Dit laatste blijkt in het bijzonder uit de rechtspraak over de vraag in hoeverre bepaalde entiteiten verplicht zijn om richtlijnen toe te passen, die immers de lidstaten als adressaten hebben. Uit de arresten in de zaak Foster en Kampelmann

152. Van Wijk e.a. 2005, p. 65.

153. ABRvS 30 november 1995, Stichting Silicose, AB 1996, 136.

kan worden afgeleid dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting ook rust op ‘... organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat stonden of die over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikten dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden’, ‘zoals territoriale overheden of organisaties die, ongeacht hun rechtsvorm, krachtens een overheidsmaatregel zijn belast met de uitvoering, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang’.¹⁵⁴ Het begrip lidstaat wordt aldus in deze context ruim geïnterpreteerd. Men kan voorts aannemen dat het hier om een begrip gaat dat niet enkel beperkt is tot het gevolg geven aan richtlijnen, maar eveneens van toepassing is in andere situaties waarin EG-rechtelijke verplichtingen moeten worden nageleefd.

Een ander cruciaal gegeven is dat het onderscheid tussen overheid enerzijds en onderneming anderzijds in het Europese recht eveneens langs andere scheidslijnen kan lopen dan in het nationale recht. In dit verband is het Europese mededingingsrecht van belang. Het Europese mededingingsrecht bestaat hoofdzakelijk uit regels gericht aan ondernemingen (artt. 81 en 82 EG en de regels inzake concentratiecontrole). Daarnaast zijn er bijzondere mededingingsbepalingen gericht aan de lidstaten, zoals artikel 86 EG. Van belang voor de overheid is voorts het staatssteunregime, dat is vastgelegd in de artikelen 87 en 88 EG. De Nederlandse Mededingingswet is gericht aan ondernemingen en is vooral geënt op de artikelen 81 en 82 EG en het Europese concentratietoezicht.

De Europese regels inzake mededinging en staatssteun staan in een ruime context: de doelstelling van deze regels is niet alleen het bevorderen van de werkzame mededinging,¹⁵⁵ maar ook de realisering van de interne markt.¹⁵⁶ De vrijverkeerbepalingen die primair de lidstaten als normadressaat hebben, hebben dezelfde doelstelling.

Er lijkt een basisonderscheid te bestaan tussen regels die gericht zijn aan ondernemingen (mededingingsrecht) en regels die als normadressaat de lidstaten hebben (bijvoorbeeld staatssteun en het vrije verkeer). In de rechtspraak van het Hof wordt echter geen strikt onderscheid gehanteerd tussen het begrip lidstaat enerzijds en onderneming (of andere private entiteiten) anderzijds. Een aantal bepalingen van het vrije verkeer (bijv. die inzake werknemers en diensten) heeft horizontale werking en is derhalve mede gericht aan particulieren.¹⁵⁷ Daarnaast heeft het Hof in zijn rechtspraak een speciaal mededingingsrechtregime voor overheden ontwikkeld, dat bekend staat als de nuttigeffectnorm of nieuwe norm.¹⁵⁸

Hierboven is al kort uiteengezet dat het begrip lidstaat, voor zover het gaat om de entiteit die EG-rechtelijke verplichtingen moet uitvoeren, ruim moet worden uitgelegd. Hieronder wordt aangegeven dat de term onderneming eveneens ruim

154. Zaak C-188/89, Foster, Jur. 1990, p. I-3313 en gevoegde zaken C-253/96 t/m C-258/96, Kampelmann, Jur. 1997, p. I-6907.

155. Zie bijv. zaak 26/76, Metro I, Jur. 1977, p. 1875.

156. Zie bijv. Jones & Sufrin 2004, p. 36.

157. Zie zaak 36/74 Walrave en Koch, Jur. 1974, p. 1405; zaak 43/75 Defrenne v SABENA, Jur. 1976 p. 455; zaak C-415/93 Bosman, Jur. 1995, p. I-4921; gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97, Deliège Jur. 2000, p. I-2549 en zaak C-176/96 Lehtonen, Jur. 2000, p. I-2681.

wordt uitgelegd. Onvermijdelijk is dat in de rechtspraak van het Hof enige overlap bestaat tussen het concept lidstaat en het concept onderneming.

4.2.4 Onderneming in het mededingingsrecht

Het EG-Verdrag spreekt in de mededingingsregels voor ondernemingen; de artikelen 81, 82 en 86 lid 2 wel van ondernemingen, maar bevat geen definitie voor deze entiteiten.

Voor het begrip onderneming moeten we te rade gaan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie. Die werkt ook door in de Mededingingswet, want deze wet verwijst voor de invulling van het begrip naar het EG-verdrag (zie art. 1 Mw).

Definitie van het begrip onderneming

In het Höfner-arrest heeft het Hof het begrip onderneming functioneel omschreven als 'iedere eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.'

Bij een economische activiteit moeten we vervolgens denken aan het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Het mededingingsrecht kent daarmee een functioneel ondernemingsbegrip in die zin dat de activiteiten van een eenheid bepalend zijn en niet de rechtsvorm.¹⁵⁹ Zo zijn publieke omroepen en woningbouwverenigingen, ook al zijn zij belast met een dienst van algemeen economisch belang, ondernemingen. Verder spreekt het voor zich dat overheidsondernemingen als gemeentelijke havenbedrijven en nutsbedrijven ondernemingen zijn.

Als we naar de overheid kijken, mag het ook duidelijk zijn dat het functionele ondernemingsbegrip tot gevolg heeft dat het niet uitmaakt of een eenheid die goederen of diensten aanbiedt onderdeel is van de overheid of is geprivatiseerd. Het functionele ondernemingsbegrip heeft evenwel verdergaande consequenties.

Een bestuursorgaan kan onderneming zijn

Uit het genoemde Höfner-arrest blijkt dat een overheidsinstantie die wij in Nederland een bestuursorgaan zouden noemen, een onderneming kan zijn als zij goederen of diensten aanbiedt. In deze zaak ging het om arbeidsbemiddeling door een publiekrechtelijk orgaan in Duitsland: het Bundesanstalt für Arbeit. Na de

158. Op grond van art. 81 juncto art. 10 EG-Verdrag is het aan lidstaten verboden het effect aan de mededingingsregels te ontnemen door met mededingingsrecht strijdige afspraken op te leggen, dergelijke afspraken te begunstigen, deze afspraken te versterken dan wel aan hun eigen regeling het overheidskarakter te ontnemen door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particulieren over te dragen. Zie bijvoorbeeld r.o. 16 van zaak 267/86, Van Eycke, Jur. 1988, p. 4769, en r.o. 10 van zaak C-245/91, Ohra, Jur. 1993, p. I-5851. Het nuttig effect van art. 82 EG-verdrag inzake het verbod van misbruik van economische machtspositie wordt ontnomen, indien een lidstaat aan een onderneming een economische machtspositie verleent die haar in staat stelt de instandhouding van de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen door het haar mogelijk te maken, zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen. Zie bijvoorbeeld r.o. 38 van zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jur. 1979, p. 461 en r.o. 27 van zaak C-38/97, Librandi, Jur. 1998, p. I-5955.

159. Zie bijv. Gerbrandy & Hessel 2004, p. 35.

definitie van het begrip onderneming gegeven te hebben, besliste het Hof dat arbeidsbemiddeling een economische activiteit is en daarmee was het Bundesanstalt een onderneming, wier gedrag aan de Europese mededingingsregels getoetst kan worden, met name aan de regels voor diensten van algemeen economisch belang.

Omdat door de juridische vorm van al of geen bestuursorgaan heen gekeken wordt, kunnen ook bijvoorbeeld onderdelen van departementen, provincieorganen en gemeentefdelingen als onderneming worden aangemerkt, afhankelijk van de activiteiten die worden uitgeoefend.

Een wetgevend orgaan kan ondernemingsvereniging zijn

Uit de zaak Wouters¹⁶⁰ blijkt dat andere openbare lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend, ook ondernemingsvereniging kunnen zijn in de zin van het mededingingsrecht.¹⁶¹ In deze zaak gaf het Hof antwoord op de vraag of de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA) een ondernemersvereniging is, en of de door de NOVA, op grond van de haar toekomende regelgevende bevoegdheid, vastgestelde Samenwerkingsverordening 1993 dan een besluit van een ondernemersvereniging is dat kan worden getoetst aan artikel 81 EG.

Dat advocatenkantoren ook ondernemingen zijn, staat buiten discussie. Aansluitend komt het Hof tot zijn oordeel dat de NOVA een ondernemingsvereniging is omdat: (1) de bestuursorganen van de NOVA, volgens de Advocatenwet, uitsluitend zijn samengesteld uit advocaten; (2) de NOVA bij de vaststelling van handelingen als de Samenwerkingsverordening niet een aantal criteria van algemeen belang in acht behoeft te nemen en omdat (3) de Samenwerkingsverordening niet buiten de sfeer van het economisch verkeer valt. Gegeven de functionele benadering doet het er daarbij weinig toe dat de NOVA een publiekrechtelijke instelling is.

Het arrest geeft meer duidelijkheid over de vraag waar volgens het Hof bij regelgevende organen de scheiding ligt tussen het optreden als onderneming en het optreden als overheid.

Aansluitend stelt het Hof dat er twee soorten situaties moeten worden onderscheiden:

‘Een lidstaat kan, wanneer hij regelgevende bevoegdheden aan een beroepsorganisatie verleent, zelf de criteria van algemeen belang vastleggen en de essentiële beginselen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen, alsook de bevoegdheid aan zich houden om zelf in laatste instantie te beslissen. In dat geval behouden de door de beroepsorganisatie uitgevaardigde regels een overheidskarakter en ontsnappen zij aan de voor ondernemingen geldende verdragsregels.

In het andere geval komen de door de beroepsorganisatie vastgestelde regels enkel voor rekening van de organisatie zelf.’

160. Zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577.

161. Zie Gerbrandy & Hessel 2004, p. 62-64.

Waar het blijkbaar op aankomt, is dat nagegaan moet worden bij wie uiteindelijk de verantwoordelijkheid voor de totstandkoming van een bepaalde regeling ligt. Is dat een beroepsgroep, dan zijn de mededingingsregels van toepassing, terwijl dit niet het geval is indien de overheid het laatste woord heeft.¹⁶²

4.2.5 De overheid in het mededingingsrecht

Terwijl het voor de toepassing van het Europese en Nederlandse mededingingsrecht op overheden van groot belang is te weten wat een economische activiteit is, is het voor die rechtsgebieden uiteraard evenzeer essentieel om duidelijkheid te hebben wanneer de overheid geen economische activiteit verricht en dus geen onderneming is. Voor het Europese mededingingsrecht betekent dat overigens niet dat de overheid daarvan verlost is – er zijn ook Europese mededingingsregels voor de overheid als overheid. Als de overheid niet de rol van onderneming vervult, is zij echter wel bevrijd van de werking van de Mededingingswet zolang deze nog geen regels voor markt en overheid bevat.

Er is veel jurisprudentie van het Hof over de vraag wanneer overheden (en niet-overheden) niet handelen als onderneming en ook hier werkt deze rechtspraak door naar de Nederlandse Mededingingswet.

Het Hof onderscheidt twee belangrijke uitzonderingen.¹⁶³ De mededingingsregels voor ondernemingen zijn niet van toepassing op:

- 1 activiteiten die neerkomen op het uitoefenen van overheidsgezag of een overheidsprerogatief;
- 2 activiteiten die van zuiver sociale aard zijn.

Het Hof heeft beide uitzonderingen gebaseerd op ‘de aard en het doel van de activiteit en de regels waarin het orgaan is onderworpen’.¹⁶⁴ Welk aspect van de activiteiten nu precies als het onderscheidend criterium gebruikt kan worden tussen wat wel en wat niet economisch is, is niet geheel duidelijk. Verschillende accenten kunnen worden gelegd.¹⁶⁵ Verder heeft het Hof beslist dat collectieve arbeidsovereenkomsten niet onder het mededingingsrecht vallen, voor zover deze betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden en het resultaat zijn van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners.¹⁶⁶

Voor dit onderzoek is de uitzondering voor CAO’s en de bijzondere positie voor activiteiten van zuiver sociale aard niet relevant. Het is vooral van belang te bezien wanneer het Hof – en in het verlengde daarvan de NMa – tot het oordeel komt dat de overheid overheidsgezag of overheidsprerogatieven uitoefent.

162. Zie de annotatie van Van de Gronden en Mortelmans bij het arrest Wouters in AAe 2002, p. 545.

163. Zie Gerbrandy & Hessel 2004, p. 57.

164. Zie zaak C-364/92, Eurocontrol, Jur. 1994, p. 43 ; zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577.

165. Zie o.a. Slot 1995; Van den Gronden 2001; Nijhoff 2000; Loozen 1999.

166. Zaak C-67/96, Albany, Jur. 1999, p. I-5751; gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 and C-117/97, Brentjens, Jur. 1999, p. I-6025 en zaak C-219/97, Drijvende bokken, Jur. 1999, p. I-6121.

Overheidsprerogatieven

De begrippen overheidsgezag, openbaar gezag en overheidsprerogatief worden door het Hof min of meer als synoniem gebruikt. Het gaat hierbij om publieke taken. Dit begrip wordt door het Hof ingevuld, niet door de nationale overheden zelf. Het gaat om taken die voortkomen uit de aard van de soevereiniteit van de staat:

‘Het openbaar gezag is het gezag dat zijn bron vindt in de soevereiniteit, het imperium van de staat; voor degene die het uitoefent, impliceert het gebruik van bijzondere bevoegdheden van publiekrechtelijke aard, van overheidsprivileges, van zeggenschap over burgers. Het mede uitoefenen van dat gezag kan dus slechts uitgaan van de staat zelf, hetzij rechtstreeks, hetzij door delegatie aan zekere personen, welke niet per se in overheidsdienst hoeven te staan.’¹⁶⁷

De volgende – soms overlappende – aspecten kunnen een rol spelen bij het oordeel van het Hof of er sprake is van de uitoefening van een overheidsprerogatief:¹⁶⁸

- de aard van de activiteiten;
- het doel van de activiteiten en de regels waaraan de activiteiten zijn onderworpen;
- is er sprake van zorg voor collectieve goederen, zoals de verdediging van het landsbelang, dijkbewaking en openbareorde- en toezichtactiviteiten, dan zal er sprake zijn van overheidsprerogatieven;
- als er geen vraag zou zijn naar de goederen of diensten wanneer deze commercieel zouden worden aangeboden (er is sprake van marktfaalen), dan is er waarschijnlijk geen sprake van economische activiteiten;
- is er daadwerkelijk geen sprake van particulier initiatief (dus geen sprake van concurrentie), of is dat feitelijk onmogelijk, dan duidt dat op niet-economische activiteiten;
- het exclusief aanbieden van diensten is niet voldoende voor het aannemen van een overheidsprerogatief, anders zouden monopolisten geen ondernemingen kunnen zijn.

De verhouding tussen bestuursorgaan en overheidsprerogatief

Zoals gebleken kan een bestuursorgaan optreden als onderneming als er sprake is van de uitoefening van commerciële activiteiten op de markt. Optreden echter ‘als bestuursorgaan’, in de zin dat er sprake is van uitoefening van ‘openbaar gezag’, bestaande in ‘het uitoefenen van de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten door het opleggen van verplichtingen, het verstrekken van financiële tegemoetkomingen, het nemen van andere bindende besluiten of het stellen van regels’,¹⁶⁹ zal in het algemeen betekenen dat sprake is van uitoefening van een overheidsprerogatief. Zo werd het verle-

¹⁶⁷. Conclusie van AG Mayras bij zaak 2/74, Reyners.

¹⁶⁸. Zie Gerbrandy & Hessel 2004. Vergelijk ook Slot 1995, Van de Gronden 2001, Nijhoff 2000 en Loozen 1999.

¹⁶⁹. Scheltema & Scheltema 2003, p. 61.

nen van een subsidie door de Mondriaanstichting door de ABRvS aangemerkt als een activiteit ‘als bestuursorgaan’ en daarmee een overheidsprerogatief¹⁷⁰ en oefenen de Verzekeringskamer en het CBR overheidsprerogatieven uit.¹⁷¹ De conclusie dat ‘handelen als bestuursorgaan’ ook betekent dat er sprake is van een overheidsprerogatief valt echter niet voor alle gevallen te trekken. Er zijn immers ook – in ieder geval – bestuursorganen die belast zijn met een publieke taak, maar niet met openbaar gezag zijn bekleed en ook in mededingingsrechtelijke zin niet belast zijn met overheidsprerogatieven. Een voorbeeld is het KNMI, waarvan de activiteiten waarschijnlijk als economisch moeten worden aangemerkt.

In dit verband moet worden opgemerkt dat het concept ‘overheidsprerogatieven’ niet gelijkgeschakeld kan worden aan het begrip lidstaat. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van overheidsprerogatieven gaat het Hof na of, gezien de doelstellingen van het mededingingsrecht, een bepaalde entiteit onder de werkingssfeer van dit recht gebracht moet worden. Het gaat hier om de vraag naar de grenzen van het mededingingsrecht: de kerntaken van de overheid worden niet geacht onder dit recht te vallen, daar zij niet op de markt worden uitgevoerd. Dit begrip vervult hiermee een andere functie dan het begrip ‘lidstaat’. Indien het Hof onderzoekt of een bepaalde entiteit een orgaan van een lidstaat is, wordt onderzocht op welke rechtssubjecten de verplichting rust om EG-rechtelijke verplichtingen na te komen. Bij dit onderzoek is de vraag naar de kerntaken van de overheid irrelevant. Het Hof gaat na op welke rechtssubjecten verplichtingen als die van gemeenschapstrouw (art. 10 EG) rusten en die redelijkerwijs als verschijningsvormen van de overheid kunnen worden beschouwd, ongeacht of zij nu wel of geen kerntaken van de overheid uitvoeren. In het (reeds aangehaalde) Foster werd het mogelijk geacht dat de British Gas Corporation, die als taak had om te zorgen voor de gasvoorziening in Groot-Brittannië, een onderdeel van de lidstaat Verenigd Koninkrijk was. Deze entiteit moet echter ook aangemerkt worden als een onderneming, daar het verzorgen van de gasvoorziening een economische activiteit is. Onder bepaalde omstandigheden kan dus een onderdeel van een lidstaat ook gekwalificeerd worden als onderneming in de zin van het mededingingsrecht.

Een privaatrechtelijke rechtspersoon kan overheidsprerogatieven uitoefenen

Uit het feit dat het Hof in het mededingingsrecht functioneel te werk gaat, vloeit niet alleen voort dat een bestuursorgaan de rol van onderneming kan vervullen, maar ook dat een privaatrechtelijke rechtspersoon overheidsprerogatieven kan uitoefenen. Dat blijkt uit de zaak Diego Cali.¹⁷²

De Servizi ecologici Porto di Genova (SEPG) moet op basis van een exclusieve concessie milieu-inspectiediensten verrichten. In een geschil met Cali over de in rekening gebrachte vergoeding moet het Hof zich buigen over de vraag of SEPG

170. ABRvS 22 mei 2002, Galerie A – Mondriaan Stichting; JB 2002, 203.

171. Zie het Besluit van de NMa van 15 juni 2001, zaak 2295, Pensioenfonds NIGOCO – Verzekeringskamer; het Besluit van de d-g NMa van 21 januari 1999 in zaak 119, Loke e.a. vs. CBR; CBB 3 juli 2002, AWB 00/429, A te C-Nma (CBR) en Rb. Den Haag 15 april 2003, KG 2002, 1577.

172. Zaak C-343/95, Diego Cali, Jur. 1997, p. I-1547.

optreedt als onderneming, zodat haar gedrag kan worden getoetst op het verbod van misbruik van economische machtspositie (art. 82 EG). Het Hof overweegt in dit verband het volgende:

‘Deze werkzaamheden worden verricht op basis van een exclusieve concessie die SEPG door een publiekrechtelijk lichaam is verleend. Voor de eventuele toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag dient onderscheid gemaakt te worden tussen het geval waarin de staat handelt in de uitoefening van overheidsgezag, en dat waarin hij economische activiteiten van industriële of commerciële aard verricht, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op de markt (...). Daarbij is het niet van belang, of de staat rechtstreeks via een tot het openbaar bestuur behorend orgaan handelt dan wel via een lichaam waaraan hij bijzondere of exclusieve rechten heeft verleend (...). Om de twee (...) genoemde gevallen te kunnen onderscheiden, dient de aard van de activiteiten van het openbaar bedrijf of het lichaam waaraan de staat bijzondere of exclusieve rechten heeft verleend, te worden onderzocht (...).’

Het Hof stelt vervolgens vast dat de vergoeding waar het in het hoofdgeding om gaat, betrekking heeft op door SEPG verrichte milieu-inspectiewerkzaamheden ter voorkoming van verontreiniging en niet ter bestrijding van verontreiniging. Dit laatste zou een ondernemingsactiviteit zijn. Milieu-inspectie is echter een taak van algemeen belang en de heffing maakt, aldus het Hof, een integrerend deel uit van de toezichtstaak van SEPG. Omdat SEPG hier niet als onderneming optreedt maar als overheid, behoeven de vragen over machtspositie en misbruik niet meer beantwoord te worden.

4.2.6 *Spanningen*

Onderlinge vergelijking

Indien het begrip bestuursorgaan wordt vergeleken met het concept van de overheidsprerogatieven, vallen enige punten van overeenstemming op. Bij beide begrippen zijn de volgende vragen van belang: is de entiteit in kwestie met enig openbaar gezag bekleed of is aan hem één of meer overheidstaken opgedragen. Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op de (reeds aangehaalde) uitspraak in de zaak Stichting Silicose over het begrip bestuursorgaan. Deze stichting was een private rechtspersoon, maar werd toch ook beschouwd als bestuursorgaan bij het verstrekken van uitkeringen. De gerede kans bestaat dat deze stichting ook geacht zou worden een overheidsprerogatief uit te oefenen, omdat haar taak nauw verweven is met het publieke belang en de kerntaken van de overheid. De stichting zou dan geen onderneming in de zin van het mededingingsrecht zijn.

Zijn er wel verschillen?

Het is van groot belang om er in dit verband op te wijzen dat in ieder geval de doelstellingen van de Awb en het mededingingsrecht verschillend zijn: de Awb en het begrip bestuursorgaan heeft, naast het opleggen van verplichtingen aan het openbaar bestuur en het formuleren van een aantal algemene beginselen van algemeen bestuur, tot doel belanghebbenden rechtsbescherming te bieden via de bestuursrechter en die rechtsbescherming ook af te bakenen ten opzichte van de

civiele rechter. Het gaat hier om een algemene kaderwet die in beginsel van toepassing is in het gehele bestuursrecht.

Bij het mededingingsrecht heeft het ondernemingsbegrip tot doel die eenheden te selecteren die goederen of diensten aanbieden op de markt waardoor hun gedrag voor de mededinging relevant is. Dat die activiteiten door een overheidsorgaan of bestuursorgaan worden verricht, is niet van belang. Waar het om gaat bij de beantwoording van de vraag naar het begrip onderneming, is of er sprake is van activiteiten die kunnen leiden tot ‘...gedragingen die de mededingingsregels beogen te voorkomen.’¹⁷³ De gedragingen die thuishoren op de markt, moeten worden gescheiden van gedragingen waarbij dat niet het geval is, omdat zij bijvoorbeeld behoren tot de kerntaken van de overheid (overheidsprerogatieven).

Moet aanpassing plaatsvinden?

Gezien het verschil in doelstellingen tussen de begrippen bestuursorgaan en overheidsprerogatieven is het naar onze mening niet wenselijk om het eerstgenoemde begrip aan te passen aan het laatstgenoemde begrip. Een aanpassing in de zin dat er alleen sprake is van een bestuursorgaan indien de overheidsinstantie in kwestie belast is met overheidsprerogatieven, zou impliceren dat indien een bepaalde entiteit geen kerntaken van de overheid uitvoert, er geen sprake meer is van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Een besluit van de NOVA zou dan bijvoorbeeld niet meer onder de Awb vallen, ondanks de publiekrechtelijke inbedding van deze organisatie. De toevallige reden hiervan is alleen dat de NOVA naar de maatstaven van de rechtspraak van het Hof activiteiten verricht die relevant zijn voor de markt. De besluiten van de NOVA zouden dan gaan behoren tot het domein van het privaatrecht. De spiegelbeeldige situatie is dat een erfpachtovereenkomst, waarmee de gemeente doelstellingen van ruimtelijke ordening nastreeft, onder de Awb en niet meer onder het BW valt, omdat hier sprake is van een overheidsprerogatief. Een aanpassing van het begrip bestuursorgaan aan het concept overheidsprerogatief leidt niet alleen tot nodeloze complicaties in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, maar heeft ook ingrijpende gevolgen voor de verhouding tussen het bestuursrecht en het privaatrecht.

In dit verband willen wij er tevens op wijzen dat bij de toepassing van het communautaire staatssteunregime en de mededingingsregels in Nederland de Awb het kader voor de rechtsbescherming biedt. Bij het staatssteunregime is het begrip bestuursorgaan relevant voor de onderneming die steun krijgt en deze later eventueel moet terugbetalen, en voor de onderneming of particulier die op wil komen tegen onrechtmatig uitgekeerde staatssteun. De Awb regelt immers, voor zover de steun met behulp van een besluit wordt verstrekt, de rechtsgang die zij moeten volgen. In dit verband wijzen wij erop dat er wel een EG-rechtelijk knelpunt kan bestaan met de terugvordering van in strijd met het staatssteunregime uitgekeerde gelden. Dit knelpunt vindt echter niet zijn oorsprong in het concept overheidsprerogatief, maar in de *standstill*-bepaling van artikel 88 lid 3 EG. Hierop wordt ingegaan in paragraaf 6.2. Een complicatie die wel met de definities van begrippen samenhangt, is dat, indien een overheidsinstantie zelf als

¹⁷³. Zie r.o. 21 van zaak C-244/94, FFSA, Jur. 1995, p. I-4013.

onderneming optreedt, er sprake kan zijn van staatssteun, ingeval deze instantie bepaalde financiële voordelen (van overheidswege) ontvangt. Deze instantie kan dan gevorderd worden om deze voordelen terug te betalen. De omstandigheid dat de onderneming tevens bestuursorgaan in de zin van de Awb is, staat echter niet in de weg aan de verplichting tot terugbetaling. Deze complicatie is dan ook, naar onze mening, geen reden om het begrip bestuursorgaan aan te passen.

Bij het mededingingsrecht biedt de Awb ook een rechtsgang tegen besluiten die de NMa genomen heeft. De NMa is bestuursorgaan en dat wordt niet beïnvloed door ontwikkelingen met betrekking tot het begrip onderneming en het concept overheidsprerogatief in mededingingsrecht. De NMa kan ook optreden tegen bestuursorganen indien zij van mening is dat deze de mededingingsregels hebben overtreden. Zo heeft de NMa een rapport opgemaakt tegen de NOVA, omdat naar haar oordeel het door de NOVA geformuleerde verbod op *no cure no pay*¹⁷⁴ in strijd met het kartelverbod is. Vooralsnog lijkt het erop dat er in de rechtspraak geen grote problemen ontstaan doordat vanwege de verschillende inhoud van de begrippen bestuursorgaan en overheidsprerogatief het ene bestuursorgaan (de NMa) aan het andere een sanctie op kan leggen. Tevens moet hierbij niet uit het oog worden verloren dat, indien de nationale wetgever het opleggen van een dergelijke sanctie zou verbieden, een dergelijk verbod geen afbreuk kan doen aan de bevoegdheid van de Commissie om op te treden tegen 'bestuursorgaanondernemingen' op grond van het Europese mededingingsrecht (mits er sprake is van een effect op de tussenstaatse handel).

Daarnaast bleek uit het in paragraaf 4.2.3 aangehaalde arrest British Gas dat een onderneming die krachtens overheidsmaatregelen belast is met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid staat, en over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt, als onderdeel van een lidstaat moet worden beschouwd. Het gevolg hiervan is dat voor hen verplichtingen gelden die niet gelden voor private actoren (zoals de plicht om rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen na te leven of om de verplichtingen die voortvloeien uit het beginsel van gemeenschapstrouw van artikel 10 EG na te komen). Hiervoor is het niet noodzakelijk dat deze entiteiten ook als bestuursorgaan moeten worden beschouwd. De kwalificatie bestuursorgaan doet niets af of toe aan de communautaire verplichtingen die rusten op 'emanaties van een lidstaat'. Ons inziens komen de Nederlandse wetgever en rechter niet in conflict met het gemeenschapsrecht indien zij voor de invulling van het begrip bestuursorgaan een koers varen die niet gelijk is aan de rechtspraak van het Hof over het begrip lidstaat. Waar het op aankomt, is dat de onderdelen van de lidstaten niet weerhouden worden hun uit het communautaire recht voortvloeiende verplichtingen na te komen.

4.2.7 Conclusie

In het EG-recht wordt bij de invulling van kernbegrippen als onderneming een functionele benadering gehanteerd. Dit geldt, zo bleek hierboven, niet alleen bij

174. Zie het persbericht van de NMa van 4 maart 2005: NMa maakt rapport op over verbod 'no cure no pay'.

de omschrijving van de termen onderneming en overheidsprerogatieven, maar ook bij de beantwoording van de vraag wat een lidstaat (op wie de verplichting rust EG-rechtelijke verplichtingen uit te voeren in de nationale rechtsorde) is. De definitie van dergelijke EG-rechtelijke begrippen is sterk gekoppeld aan doelstellingen die in een bepaald rechtsgebied waarin deze begrippen van toepassing zijn, centraal staan. In het licht hiervan is het onwenselijk om deze begrippen over te nemen in een algemene wet als de Awb, die van toepassing is op allerlei bestuurswetten met allerlei verschillende doelstellingen.

4.3 HET BESLUIT

4.3.1 Nationaal recht

In het Nederlandse bestuursrecht is de kwalificatie van een beslissing als besluit om twee redenen van belang, namelijk voor de toepasselijkheid van de materiële en procedurele waarborgen van hoofdstuk 3 en 4 en voor de toegang tot de rechter (art. 8:1 Awb). Op grond van artikel 1:3 lid 1 Awb wordt onder besluit verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Als een besluit niet van algemene strekking is, wordt ingevolge artikel 1:3 lid 2 Awb gesproken van 'beschikking'. Tegen een besluit staat doorgaans bezwaar en beroep open, tenzij het betreft 'een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel' (art. 8:2 Awb).

Voor de rechtsbescherming tegen besluiten is verder artikel 6:3 Awb van belang.¹⁷⁵ Op grond van deze bepaling is een 'beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft'. Volgens vaste rechtspraak van de bestuursrechters beoogt deze bepaling niet een verruiming van de mogelijkheden van bezwaar en beroep, maar een beperking. De term 'beslissing' in artikel 6:3 Awb moet daarom worden begrepen als 'besluit'. Gelet hierop betekent het artikel dat *besluiten* inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit (hierna: voorbereidingsbesluiten) alleen vatbaar zijn voor bezwaar en beroep indien zij een zodanig zelfstandige betekenis hebben dat zij de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treffen.

4.3.2 Europees recht

Het Europese recht bemoeit zich niet in algemene zin met de vraag of een bepaalde handeling al dan niet als besluit in de zin van de Awb kan worden gekwalificeerd. Indirect kan het communautaire recht echter wel invloed hebben op de uitleg van het begrip, omdat het naar nationaal recht bepalend is voor de toegang tot de rechter en het EG-recht op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming wel eisen stelt aan die toegang. Ter illustratie kan worden gewezen op de zaak Borelli.¹⁷⁶ In deze zaak had de Commissie een aanvraag voor

¹⁷⁵. Alsook art. 6:2 Awb. Dit wordt behandeld in hoofdstuk 7.

¹⁷⁶. Zaak C-97/91, Borelli, Jur. 1992, p. I-6313. Zie ook Vermeulen 2001, p. 219.

een bijdrage uit een structuurfonds geweigerd conform het negatieve advies van de Italiaanse overheid. Volgens communautaire regelgeving was dit advies, dat naar Italiaans recht een niet-appellabele voorbereidingshandeling was, de facto doorslaggevend; alleen bij positieve advisering kwamen projecten voor een bijdrage in aanmerking. Borelli stelde tegen de afwijzende Commissie-beschikking beroep in bij het Hof van Justitie. Dit beroep werd afgewezen, nu de rechtsbescherming tegen het betreffende advies niet op communautair maar op nationaal niveau geregeld moest zijn.¹⁷⁷

‘Gelijk immers het Hof heeft overwogen in, onder meer, zijn arresten van 15 mei 1986 (zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651, r.o. 18) en 15 oktober 1987 (zaak 222/86, Heylens, Jurispr. 1987, blz. 4097, r.o. 14), vormt het vereiste van rechterlijke controle van elk besluit van een nationale autoriteit een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat voortvloeit uit de constitutionele traditie die alle Lid-Staten gemeen hebben, en dat eveneens is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.

Nu het advies van de Lid-Staat op het grondgebied waarvan het project moet worden uitgevoerd, is ingebed in een procedure die tot vaststelling van een communautair besluit leidt, dient deze Lid-Staat genoemd vereiste van rechterlijke controle in acht te nemen’.

Hoe het onderhavige advies naar uitsluitend Awb-recht moet worden aangemerkt, kan in het midden worden gelaten. Het staat wel vast dat het met het oog op het Europese beginsel van effectieve rechtsbescherming had *moeten* worden aangemerkt als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb en wel als een besluit dat in termen van artikel 6:3 Awb ‘de belanghebbende los van het voor te bereiden (Europese) besluit rechtstreeks in zijn belang treft’.

Specifieke EG-rechtelijke eisen, die van belang kunnen zijn voor het besluitbegrip, ziet men in het douanerecht. Volgens artikel 4, onder 5, CDW, is een ‘beschikking’ in de zin van het CDW: ‘elke administratieve beslissing verband houdend met de douanewetgeving die door een douaneautoriteit over een bepaald geval wordt genomen en die voor een of meer personen wier identiteit bekend is of kan worden vastgesteld, rechtsgevolgen heeft.’ Deze omschrijving is ruimer dan het beschikkingsbegrip van de Awb, omdat ook mondelinge beschikkingen en handelingen van de inspecteur als CDW-beschikking kunnen worden aangemerkt. Deze verruiming heeft vooral gevolgen voor de rechtsbescherming, omdat op grond van titel VIII van het CDW bezwaar en beroep mogelijk moet zijn tegen CDW-beschikkingen.

Ook uit de Kaderrichtlijn Telecommunicatie vloeien specifieke eisen voort, die betekenis kunnen hebben voor het besluitbegrip van de Awb. Dit ziet men in de eerste plaats bij het Europese begrip ‘aanwijzing’ en wel met name bij het aanwijzingsbesluit aanmerkelijke marktmacht. Dit besluit is opgebouwd uit diverse

¹⁷⁷. Zaak C-97/91, Borelli, Jur. 1992, p. I-6313.

beslismomenten, namelijk de bepaling van de relevante markt, het onderzoek van de vastgestelde markten, de vaststelling aanmerkelijke marktmacht en het opleggen van specifieke verplichtingen.¹⁷⁸ Tegen het besluit moet op grond van het EG-recht rechtsbescherming openstaan. In het verleden is er discussie geweest over de vraag of dit naar nationaal recht wel het geval was, omdat de aanwijzing wellicht zou moeten worden opgevat als – niet appellabel – algemeen verbindend voorschrift.¹⁷⁹ Bovendien is het niet uitgesloten dat sommige beslismomenten wellicht als zelfstandig appellabel besluit zouden kunnen worden aangemerkt, hetgeen voor een effectieve toepassing van de Kaderrichtlijn ook onwenselijk zou zijn. Om op deze punten helderheid te scheppen, bepaalt artikel 6b.6 Telecommunicatiewet dat, voor de mogelijkheid van beroep ingevolge hoofdstuk 8 Awb, als één besluit worden aangemerkt de aanwijzing, inclusief de hieraan ten grondslag liggende beslismomenten.

Ook artikel 4 van de Kaderrichtlijn is mogelijk van betekenis voor het besluitbegrip. Ingevolge deze bepaling moet de lidstaat ervoor zorgen dat ‘doeltreffende regelingen voorhanden zijn krachtens welke iedere gebruiker of onderneming (...) die door een *beslissing* (cursivering auteurs) van een nationale regelgevende instantie is getroffen, het recht heeft om tegen die beslissing beroep in te stellen (...)’. Welke beslissingen precies worden bedoeld is niet duidelijk, maar het is in elk geval niet vanzelfsprekend dat dit begrip dezelfde inhoud heeft als het besluitbegrip van de Awb. Uit de praktijk blijkt dat veel beslismomenten van de OPTA niet uitmonden in een dergelijk besluit, maar in een beslissing om niet in te grijpen, in een (voorlopig) rechtsoordeel, in een voorlopig besluit of in een richtsnoer.¹⁸⁰ Tegen deze beslissingen staat naar nationaal recht geen beroep open. Het is de vraag of dit altijd in overeenstemming is met artikel 4 Kaderrichtlijn en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in algemene zin. Het is in dit verband niet zonder belang dat Advocaat-Generaal Geelhoed in zijn conclusie onder de zaak Connect Austria Gesellschaft van mening is dat een beperking van het beroepsrecht tot bepaalde besluiten ontoelaatbaar kan zijn.¹⁸¹ Hij bepleit daarom een ruime rechtsbescherming tegen beslissingen van nationale toezichthouders op de telecommunicatiemarkt.

4.3.3 Spanningen

In het voorgaande is vastgesteld dat het EG-recht en meer het bijzonder het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals dat is toegepast in de zaak Borelli, met zich kan brengen dat tegen een bepaalde handeling beroep moet openstaan op de nationale rechter, ook al zou er naar uitsluitend Nederlands recht wellicht niet sprake zijn van een (appellabel) besluit. In het algemeen lijkt het Awb-besluit en de daarin gehanteerde terminologie voldoende flexibel om deze mogelijkheid te bieden.

178. Vergelijk art. 6a1 lid 1 Telecommunicatiewet. Zie Ottow 2006, p. 124-126.

179. Ottow 2006, p. 135.

180. Zie voor jurisprudentieverwijzingen, Ottow 2006, p. 337 e.v.

181. Conclusie A-G Geelhoed 13 december 2001, zaak C-462/99, Connect Austria Gesellschaft, Jur. 2002, p. I-5197.

Ter illustratie kan worden gewezen op rechtspraak van het CBB op het terrein van het aanbestedingsrecht, met name een uitspraak van het College van 27 augustus 2003.¹⁸² In deze zaak hadden verweerders het bezwaar tegen hun beslissing om de offerte van appellante buiten beschouwing te laten, niet-ontvankelijk verklaard omdat er sprake zou zijn van een niet appellabele beslissing in de zin van artikel 6:3 Awb (ter voorbereiding van de uiteindelijke concessieverlening). Het CBB stelde eerst vast dat er sprake was van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, omdat het buiten behandeling laten van de offerte van appellante als rechtsgevolg heeft dat de concessie niet meer rechtsgeldig aan haar kan worden verleend. Vervolgens bepaalt het College dat, indien dit besluit al valt te beschouwen als een beslissing terzake van de voorbereiding van het concessiebesluit, dit besluit 'appellante los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in haar belang treft'. Het bezwaar tegen de beslissing had derhalve ontvankelijk moeten worden verklaard.¹⁸³

Op sommige terreinen doen zich mogelijk wel spanningen voor tussen specifieke EG-rechtelijke eisen en de Awb. Een potentiële spanning is aan de orde in verband met artikel 4 Kaderrichtlijn Telecommunicatie, omdat niet vaststaat of alle 'beslissingen' waartegen op grond van deze bepaling beroep moet openstaan, besluiten zijn in de zin van de Awb. Deze spanning noopt overigens niet tot wijziging van artikel 1:3 Awb, aangezien het om beperkt rechtsgebied gaat. Wel zou de rechter in telecommunicatiezaken het begrip besluit, voor wat betreft de rechtsbescherming, conform het Europese begrip 'beslissing' moeten interpreteren, waarbij de bedoeling van de Kaderrichtlijn om een ruime rechtsbescherming te garanderen richtinggevend moet zijn. Ook is het denkbaar dat de bijzondere wetgever, zoals hij ook heeft gedaan bij het aanwijzingsbesluit aanmerkelijke marktmacht (zie par. 4.3.2), bij wet bepaalt welke beslissingen, voor de mogelijkheid van beroep ingevolge hoofdstuk 8 Awb, moeten worden aangemerkt als besluit.

Reële spanningen tussen het EG-recht en de Awb doen zich voor het terrein van het douanerecht, omdat het CDW een ruimer beschikkingsbegrip hanteert dan de Awb, met name omdat onder het CDW-begrip ook mondelinge beschikkingen en handelingen van de inspecteur vallen. Om deze spanning op te lossen bepaalt artikel 1:18 lid 1 van het wetsvoorstel Algehele herziening van de douanewetgeving dat een beschikking als bedoeld in het CDW wordt gelijkgesteld met een beschikking als bedoeld in artikel 1:3 lid 2 Awb. Aldus worden specifieke spanningen op dit terrein voorkomen.

4.3.4 Conclusie

Hoewel het EG-recht zich in algemene zin niet bemoeit met de vraag of een bepaalde handeling een besluit in de zin van de Awb is, kan het indirect toch invloed hebben op de uitleg van dit begrip. Het besluitbegrip is naar nationaal recht immers bepalend voor de toegang tot de rechter en aan die toegang stelt het EG-

182. CBB 27 oktober 2003, LJN AL 1184.

183. Zie voor vergelijkbare oordelen, Pres. CBB 1 oktober 2003, LJN AM 1475; Pres. CBB 17 oktober 2005, AB 2006, 46, m.nt. JHvdV.

recht op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming wel eisen. In het algemeen lijkt het besluitbegrip van artikel 1:3 Awb voldoende flexibel om hierin te voorzien. Wijzigingen van deze bepaling worden dan ook niet voorgesteld.

Op specifieke terreinen – in elk geval in het douanerecht en wellicht ook in het telecommunicatierecht – kunnen wel spanningen bestaan. Deze moeten echter worden opgelost in de bijzondere wetgeving.

4.4 DE BELANGHEBBENDE

4.4.1 *Nationaal recht*

Om toegang te hebben tot de nationale bestuursrechter moet een particulier als beroepsgerechtigde erkend zijn. In de Awb is dit beroepsrecht in artikel 8:1 Awb toegekend aan de belanghebbende. In artikel 1:2 eerste lid Awb wordt dit begrip nader omschreven: het gaat om 'degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken'. In de leden 2 en 3 wordt hieraan toegevoegd dat onder een belang ook wordt verstaan de aan bestuursorganen toevertrouwde belangen en de algemene en collectieve belangen die rechtspersonen krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

Een feitelijk belang is voldoende. Een Schutznorm- of relativiteitseis wordt in Nederland vooralsnog niet gesteld, hoewel daartoe wel plannen bestaan.

Op die plannen, en de toelaatbaarheid ervan in EG-rechtelijk perspectief, wordt in paragraaf 4.4.3 ingegaan. Eerst worden echter in paragraaf 4.4.2 de algemene EG-rechtelijke eisen die van belang zijn voor het belanghebbendebegrip van de Awb in kaart gebracht en wordt bepaald in hoeverre dit begrip EG-rechtelijk in algemene zin voldoet. In paragraaf 4.4.4 wordt kort aandacht besteed aan het Verdrag van Aarhus.

4.4.2 *Algemene Europese eisen*

Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat 'de regeling van procesbelang en procesbevoegdheid' in beginsel weliswaar een aangelegenheid van nationaal recht is, maar dat deze regeling in zaken waarin aan het EG-recht ontleende rechten in het geding zijn, 'niet mag afdoen aan de doeltreffende rechterlijke bescherming van de door de communautaire rechtsorde toegekende rechten'.¹⁸⁴ Dit vloeit voort uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming: particulieren moeten toegang hebben tot de nationale rechter indien het EG-recht hen rechten toekent. Uiteraard moet men zich bij deze rechter ook kunnen beroepen op deze rechten.

Voor de toegang tot de Nederlandse bestuursrechter geldt in beginsel het nationale belanghebbendebegrip uit de Awb. Meestal levert toepassing hiervan in zaken waaraan een Europeesrechtelijke aanspraak ten grondslag ligt, geen problemen op. Belangrijk is echter wel dat het Hof in de zaak Verholen¹⁸⁵ heeft

184. Vergelijk gevoegde zaken C-87/90 t/m 89/90, Verholen e.a., Jur. 1991, p. I-3757; zaak C-13/01, Safalero, Jur. 2003, p. I-8679, AB 2004, 18, m.nt. AdMvV en de Poorter; zaak C-174/02, Streekge-west Westelijk Noord-Brabant, AB 2005, 118, m.nt. AdMvV.

185. Gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, Verholen e.a., Jur. 1991, p. I-3757.

bepaald dat het communautaire effectiviteitsbeginsel, zo nodig, tot oprekking van het belanghebbendebegrip kan leiden. In casu ging het over de vraag of een justitiabele voor de nationale rechter een beroep kan doen op de bepalingen van Richtlijn 79/7 inzake gelijke behandeling, indien hij de gevolgen ondervindt van een discriminerende nationale bepaling die betrekking heeft op zijn echtgenote, die geen procespartij is. Het Hof constateert dat het recht om een beroep te doen op de bepalingen van Richtlijn 79/7, niet uitsluitend toekomt aan justitiabelen die onder de personele werkingssfeer van de richtlijn vallen, omdat ook andere personen er rechtstreeks belang bij kunnen hebben dat het non-discriminatiebeginsel jegens de beschermde personen in acht wordt genomen. Het Hof overweegt:

‘De vaststelling van de procesbevoegdheid en het procesbelang van een justitiabele is weliswaar in beginsel een kwestie van nationaal recht, maar ingevolge het gemeenschapsrecht moet de nationale wettelijke regeling een doeltreffende rechtsbescherming waarborgen en mag de toepassing ervan niet tot gevolg hebben, dat de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten praktisch onmogelijk wordt gemaakt.

Met betrekking tot de onderhavige situatie moet evenwel worden opgemerkt, dat de justitiabele die de gevolgen van een discriminerende nationale bepaling ondervindt, zich slechts op richtlijn 79/7 kan beroepen indien zijn echtgenote, het slachtoffer van de discriminatie, zelf onder de werkingssfeer van de richtlijn valt.’

Dit betekent dat particulieren of rechtspersonen die conform de nationaalrechtelijke uitleg van artikel 1:2 Awb mogelijk geen belanghebbende zijn, toch als zodanig moeten worden beschouwd wanneer zij op grond van het communautaire recht toegang tot de rechter behoren te hebben maar niet vallen onder het nationale belanghebbendebegrip. Een EG-rechtconforme uitleg van het nationale begrip is een geschikte manier om de benodigde verruiming te bereiken.¹⁸⁶ Een goed voorbeeld hiervan is te vinden in het telecommunicatierecht, waar de vraag of concurrenten belanghebbenden zijn in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb aanvankelijk negatief werd beantwoord.¹⁸⁷ Aangezien deze situatie strijd opleverde met het recht van beroep van artikel 4 van de Kaderrichtlijn telecommunicatie,¹⁸⁸ is de Rechtbank Rotterdam overstag gegaan en heeft zij het belanghebbendebegrip conform de richtlijn uitgelegd.¹⁸⁹

Een ander terrein waarin een ruime interpretatie van het belanghebbendebegrip EG-rechtelijk kan zijn aangewezen is het milieurecht. In diverse arresten heeft het Hof bepaald dat sommige richtlijnen, met name richtlijnen inzake milieukwaliteitseisen, aan een heel ruime categorie personen rechten toekennen, en dat die rechten door hen voor de rechter moeten kunnen worden afgedwongen. In de

186. Zie bijvoorbeeld: Vz CBB 4 januari 1991, AB 1991, 185.

187. Ottow 2006 p. 342; zie ook Vz. Rb. Rotterdam 23 december 1999, Libertel/OPTA, Mediaforum 2000/2, Jur. nr. 13, m.nt. E. Loozen & K. Mortelmans.

188. Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) Pb 2002, L 108/33.

189. Rb Rotterdam 7 januari 2002, Versatel/OPTA, Mediaforum 2002/3, Jur. nr. 9, m.nt. M.J. Geus.

zaak TA Luft ging het bijvoorbeeld om een richtlijn inzake emissiegrenswaarden die, blijkens de considerans bij de richtlijn, mede was ingevoerd ter bescherming van de gezondheid van de mens. Volgens het Hof betekende dit dat 'betrokkenen zich in alle gevallen waarin de overschrijding van de grenswaarden de gezondheid van de mens kan bedreigen, op dwingende bepalingen moeten kunnen beroepen om hun rechten te kunnen doen gelden'.¹⁹⁰ In deze gevallen zal derhalve een ruime toegang tot de rechter moeten worden gegarandeerd en moet het belanghebbendebegrip conform deze eis worden geïnterpreteerd.¹⁹¹

4.4.3 De Europese toelaatbaarheid van een relativiteitseis

Ten slotte is het nog van belang aandacht te besteden aan de eventuele introductie van een relativiteitsvereiste in het bestuursprocesrecht, waarover al enige tijd een discussie wordt gevoerd.¹⁹² Deze discussie heeft een impuls gekregen door het rapport van de Commissie evaluatie Awb II (Commissie Boukema), waarbij de evaluatiecommissie constateerde dat belanghebbenden zich soms voor de rechter beroepen op voorschriften die in het geheel niet strekken tot bescherming van hun belangen, waarbij men zich af kan vragen of aldus niet oneigenlijk gebruik van de beroepsprocedure wordt gemaakt.¹⁹³ Het kabinet heeft de commissie-Scheltema om advies gevraagd over de vraag of tot introductie van een relativiteitseis moet worden overgegaan,¹⁹⁴ en in de Tweede Kamer is zelfs voor de afschaffing van het beroepsrecht voor belangenorganisaties van artikel 1:2 lid 3 Awb gepleit.¹⁹⁵ Los van de vraag of de introductie van een relativiteitsvereiste wenselijk is ter vergroting van het doelmatig gebruik van procedures, is het van belang te bezien of de invoering daarvan door de communautaire beugel zou kunnen.

De uitspraak van het Hof in de zaak Streekgewest Westelijk Noord-Brabant heeft over de Europeesrechtelijke toelaatbaarheid van een Schutznorm in het bestuursprocesrecht veel discussie uitgelokt. In deze rechtszaak stelde het Streekgewest beroep in tegen de afwijzing van de Staatssecretaris van Financiën om een bepaalde heffing terug te betalen. De heffing was betaald op grond van de Wet belastingen op milieugrondslag, waarin enkele maatregelen zijn opgenomen die het karakter van staatssteun ex artikel 87 EG hebben. Op grond van artikel 88 lid 3 EG mogen dergelijke steunmaatregelen niet worden uitgevoerd als ze niet door de Commissie zijn goedgekeurd. Dit geldt ook voor de heffingen die worden gebruikt om de maatregelen te financieren. Omdat de betreffende wet nog niet door de Commissie was goedgekeurd, beroept het Streekgewest zich op artikel 88 lid 3 EG. De Hoge Raad legt vervolgens via de prejudiciële procedure de vraag aan het Hof voor of het Streekgewest wel een beroep kan doen op deze bepaling, aan-

190. Zaak C-361/88, TA Luft, Jur. 1991, p. I-2567. Zie voor vergelijkbare overwegingen zaak C-131/88, Jur. 1991, p. I-825, en zaak C-58/89, Jur. 1991, p. I-4983.

191. Zo ook: Jans e.a. 2002, p. 342; De Poorter e.a. 2004, p. 91-93.

192. Zie hierover ook b.v. Dingemans & Widdershoven 2005; De Poorter e.a. 2004; Verheij 2006.

193. Commissie Evaluatie Awb II 2001, p. 22.

194. Kamerstukken II 2003/04, 29 200 VI, nr. 176, p. 2.

195. Kamerstukken II 2002/03, 28 600 XI, nr. 60.

gezien de regels omtrent staatssteun strekken ter bestrijding van de (grensoverschrijdende) concurrentievervalsing, en het Streekgewest geen negatieve gevolgen op dit terrein had ondervonden door de Wet belastingen op milieugrondslag. Het Hof is echter van mening dat dit aan het beroepsrecht van het Streekgewest niet afdoet:

‘Een justitiabele kan er belang bij hebben zich voor de nationale rechter te beroepen op de rechtstreekse werking van het uitvoeringsverbod van art. 88 lid 3 laatste volzin van het Verdrag, niet alleen om de negatieve gevolgen ongedaan te laten maken van de door de onrechtmatige steunverlening teweeggebrachte concurrentievervalsing, maar ook om terugbetaling te verkrijgen van een heffing die in strijd met die bepaling was geïnd. In dit laatste geval doet de vraag of de justitiabele wordt geraakt door de concurrentievervalsing die het gevolg is van de steunmaatregel, niet ter zake voor de beoordeling van zijn procesbelang. Er dient enkel rekening te worden gehouden met het feit dat de justitiabele aan een heffing is onderworpen die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel die in strijd met het in deze bepaling neergelegde verbod tot uitvoering is gebracht.’

Wat moet nu uit deze uitspraak worden afgeleid? De auteurs van ‘Herijking van het belanghebbendebegrip’ alsmede Widdershoven, Meijer en De Moor-van Vugt leiden geen definitief communautair verbod op de introductie van een Schutznorm af uit dit arrest.¹⁹⁶ Jans¹⁹⁷ stelt daarentegen dat uit dit arrest blijkt dat de invoering van een relativiteitseis niet door de communautaire beugel kan, hetgeen ook (weliswaar iets minder stellig) wordt geconcludeerd in het rapport “Europeanisation’ of the Law: consequences for the Dutch Judiciary”.¹⁹⁸

Ons inziens biedt de formulering van het Hof in dit arrest geen basis voor een communautair verbod op invoering van een relativiteitsvereiste, nu het Hof in de hierboven geciteerde overweging bepaalt dat het Streekgewest procesbelang heeft en toegang tot de rechter dient te hebben voor zover de betreffende heffing integrerend deel uitmaakt van de niet gemelde steunmaatregel.¹⁹⁹ Wanneer dit het geval is, verduidelijkt het Hof in rechtsoverweging 26:

‘Om een heffing of een gedeelte van een heffing als een integrerend onderdeel van een steunmaatregel te kunnen aanmerken, moet er krachtens de relevante nationale regeling noodzakelijkerwijs een dwingend bestemmingsverband bestaan tussen de heffing en de steun, in die zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd. Indien een dergelijk verband bestaat heeft de opbrengst van de heffing rechtstreekse invloed op de omvang van de steun en bijgevolg op de beoordeling van de verenigbaarheid van deze steun met de gemeenschappelijke markt.’

196. De Poorter e.a. 2004; Widdershoven 2004, p. 536; Meijer 2005; annotatie De Moor-van Vugt bij zaak C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant, AB 2005, 118.

197. Jans 2005a, p. 6.

198. Prechal e.a. 2005, p. 19.

199. Hiermee wordt aansluiting gezocht bij de noot van De Moor-van Vugt onder dit arrest in AB 2005, 118.

Deze uitleg van het Hof impliceert dat alleen de betalers van de belasting waarmee de steun rechtstreeks wordt gefinancierd, een beroep kunnen doen op de *standstill*-bepaling. Hieruit blijkt ons inziens dat niet kan worden gezegd dat dit arrest impliceert dat eenieder een beroep kan doen op artikel 88 lid 3 EG, maar dat het Hof daarentegen de kring van belanghebbenden beperkt. De Moor-van Vugt stelt in haar noot terecht dat deze beperking in verband gebracht kan worden met de *Schutznorm*, nu de betalers bescherming vragen tegen een maatregel die Europeesrechtelijk (nog) als onrechtmatig moet worden beschouwd: 'de *standstill*-bepaling *sec* dient ertoe om bescherming te bieden tegen deze onrechtmatigheid. Dit verdraagt zich goed met de redenering van het Hof dat de justitiabele die bescherming zoekt niet geraakt hoeft te zijn door concurrentievervalsing. De bepaling van het derde lid beschermt immers niet (alleen) tegen concurrentievervalsing, maar ook tegen het uitvoeren van niet goedgekeurde steunmaatregelen. Dat blijkt ook uit rechtsoverweging 17, waar het Hof stelt dat wanneer een nationale rechter vaststelt dat er een miskenning is van de *standstill*-bepaling en deze wordt aangevoerd door diegenen die zich daarop kunnen beroepen, hij alle consequenties moet trekken. Zo bezien sluit de uitspraak van het Hof de *Schutznorm* niet uit.' Daarbij is ons inziens wel van belang hoe streng een *Schutznorm* wordt toegepast; hoe strikter een relativiteitsbeginsel wordt vormgegeven, des te sneller er sprake is van strijdigheid met het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

Österreichische Zuchtverband für Ponys is een andere zaak die van belang is voor de vraag of een *Schutznorm* Europeesrechtelijk aanvaardbaar is.²⁰⁰ In deze zaak draaide het om een Commissiebeschikking inzake de erkenning van verenigingen die stamboeken van paardachtigen bijhouden.²⁰¹ Een aanvraag tot erkenning van een vereniging kon bijvoorbeeld worden geweigerd indien deze erkenning de goede werking of het selectie- of veredelingsprogramma van een bestaande vereniging zou kunnen verstoren. Het Zuchtverband für Ponys is zo'n bestaande vereniging en zij verzette zich tegen de erkenning van een nieuwe vereniging. Zij kon naar Oostenrijks recht het besluit tot erkenning echter niet gerechtelijk aanvechten. De eerste (rechts)vraag was of de bestaande vereniging er recht op heeft dat de bevoegde autoriteit de erkenning van een nieuwe vereniging weigert indien een van de weigeringsgronden zich voordoet. Het Hof beantwoordde deze vraag negatief: aanvaarding van een recht op weigering van de erkenning zou neerkomen op afschaffing van de beleidsvrijheid die de Commissiebeschikking aan de lidstaten heeft willen voorbehouden. De tweede vraag was of de bestaande vereniging een besluit tot erkenning gerechtelijk moet kunnen aanvechten. Het Hof vond van niet: nu de bestaande vereniging geen recht op weigering van een erkenningsaanvraag heeft, verzet het gemeenschapsrecht er zich niet tegen dat de bestaande vereniging tegen een verleende erkenning geen beroep in rechte kan instellen.

200. Zaak C-216/02, Österreichischer Zuchtverband für Ponys, Jur. 2004, p. I-10683, AB 2005/384 m.nt. AdMvV.

201. Het onderstaande is een bewerking van Dingemans & Widdershoven 2005.

Bekijken we Österreichische Zuchtverband für Ponys vanuit het perspectief van de Schutznorm, dan kan worden vastgesteld dat de Commissiebeschikking beoogt mede het belang van het Zuchtverband te beschermen. De erkenning kan immers geweigerd worden indien die erkenning de goede werking of het selectie- of veredelingsprogramma van een bestaande vereniging, zoals het Zuchtverband, zou kunnen verstoren. Toch kan het Zuchtverband naar Oostenrijks recht een besluit tot erkenning niet aanvechten bij een (bestuurs)rechter en laat het Hof deze Oostenrijkse regeling in stand. De redenering van het Hof hierbij is dat als een particulier, vanwege de beleidsvrijheid van de bevoegde autoriteit van de lidstaat, geen recht heeft op een besluit met een bepaalde inhoud (in casu een weigering), hij ook geen rechtsbescherming behoeft. Maar dit betekent tegelijk dat deze particulier geen afdwingbaar recht op een volledig rechtmatige uitoefening van de discretionaire bevoegdheid heeft.

Ten slotte past nog een opmerking over de aan het slot van paragraaf 4.2.3 vermelde rechtspraak van het Hof in onder meer de zaak TA Luft, waaruit een ruime toegang tot de rechter voortvloeit. Op zichzelf staat deze rechtspraak niet in de weg aan de invoering van een Schutznorm, omdat het recht op toegang tot de rechter door het Hof wordt toegekend aan hen die *rechten* kunnen ontleen aan milieukwaliteitsrichtlijnen. Daarbij past echter wel de opmerking dat het Hof uit deze richtlijnen 'rechten voor particulieren' afleidt, die zij in de traditionele (Duitse) Schutznormleer niet zouden hebben.²⁰² Naar Duits recht kennen wettelijke normen die de bescherming van de menselijke gezondheid tot doel hebben namelijk geen subjectieve rechten toe omdat zij bij uitstek het algemeen belang dienen en niet tevens het individuele belang. In EG-rechtelijke zaken kan ook in Nederland op dit punt niet een strikte (Duitse) Schutznormbenadering worden toegepast, maar zal de nationale rechter het begrip 'rechten' conform de ruime bedoelingen van het Hof moeten uitleggen.

4.4.4 *Het Verdrag van Aarhus en het ontwerp voor een Aarhus-richtlijn*

Verder is voor de uitleg van het belanghebbendebegrip op het terrein van het milieurecht het Verdrag van Aarhus²⁰³ van belang, waarin naast de toegang tot milieu-informatie en inspraak bij besluitvorming ook eisen worden gesteld aan de toegang tot de rechter in milieuaangelegenheden.²⁰⁴ Ter uitvoering van dit verdrag op het niveau van de lidstaten heeft de Commissie een voorstel voor een richtlijn opgesteld, waarvan overigens onduidelijk is of en wanneer deze richtlijn ingevoerd zal worden.²⁰⁵ Voor wat betreft de rechtsbescherming op Europees niveau zal het verdrag worden uitgevoerd middels de Aarhusverordening,²⁰⁶ die

202. Dingemans & Widdershoven 2005, p. 333-334; Widdershoven 2006, p. 62-64.

203. Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, 25 juni 1998. Trb. 2001, nr. 273. Zie hierover b.v. uitgebreid Mesters & Oldenziel 2003, p. 221, en Mesters 2005.

204. Zie over het belanghebbendebegrip op het gebied van het milieurecht ook Jans 2003.

205. Voorstel voor een richtlijn betreffende toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, COM (2003) 624 def.

inmiddels door het Europees Parlement in tweede lezing geamendeerd is goedgekeurd en bij de Raad ligt.

Uit het Verdrag van Aarhus vloeien op het terrein van het milieurecht diverse eisen aan de toegang tot de rechter voort. Zo vereist artikel 9 lid 1 van het verdrag dat *een ieder* die om milieu-informatie verzoekt, het besluit op dat verzoek moet kunnen voorleggen aan een onafhankelijke instantie. Belangrijker is echter artikel 9 lid 2 van het verdrag dat het recht op toegang tot de rechter regelt voor milieu-besluiten voor specifieke activiteiten. Deze bepaling schrijft voor de 'leden van het betrokken publiek', die ofwel voldoende belang hebben (a), ofwel – als het nationale recht dit als voorwaarde stelt – stellen dat inbreuk is gemaakt op een recht (b), tegen deze besluiten toegang hebben tot de rechter. Wat een voldoende belang en inbreuk op een recht is, wordt vastgesteld in overeenstemming met de eisen van het nationale recht en strokend met het doel van het verdrag om aan het 'betrokken publiek' binnen het toepassingsgebied van het verdrag 'ruim toegang tot de rechter te verschaffen'. Voor niet-gouvernementele organisaties die voldoen aan artikel 2 lid 5 (zij moeten zich inzetten voor milieubescherming en voldoen aan de eisen van nationaal recht) bepaalt artikel 9 lid 2 dat zij voldoende belang hebben in de zin van onderdeel (a). Tevens worden zij geacht rechten te hebben waarop inbreuk kan worden gemaakt in de zin van onderdeel (b).

In het ontwerp van de Aarhus-richtlijn, waarmee de Commissie beoogt het Aarhus-verdrag voor wat betreft de rechtsbescherming bij de nationale rechter te implementeren, wordt in de artikelen 4 en 5 aansluiting gezocht bij artikel 9 lid 2 van het verdrag. Artikel 4 lid 1 ontwerp-richtlijn kent de toegang tot de rechter tegen milieubesluiten toe aan 'de leden van het publiek' voor zover zij een voldoende belang hebben (a), of – als het nationale recht deze voorwaarde stelt – zich beroepen op de schending van een recht (b). Artikel 5 van de ontwerp-richtlijn regelt vervolgens het beroepsrecht van non-gouvernementele milieuorganisaties, die op grond van het verdrag worden geacht belanghebbende te zijn. Dit gebeurt in de ontwerp-richtlijn middels een systeem van 'erkende bevoegde entiteiten' die ook toegang tot de rechter hebben zonder voldoende belang of zich op een schending te beroepen, mits het voorwerp van beroep 'specifiek verband houdt met de statutaire activiteiten van de bevoegde entiteit en het beroep binnen het specifieke geografische werkterrein van die entiteit valt.'

'Erkende bevoegde entiteiten' hebben op grond van de richtlijn dus een aanmerkelijk ruimer beroepsrecht dan natuurlijke personen of niet-erkende rechtspersonen. Om als bevoegde entiteit erkend te worden moet aan een aantal voorwaarden, genoemd in artikel 8 van de ontwerp-richtlijn, worden voldaan. Het moet gaan om een internationale, nationale, regionale of lokale vereniging, organisatie of groep, die als onafhankelijke en non-profitrechtspersoon het doel heeft het milieu te beschermen. Daarbij moet een organisatorische structuur aanwezig

206. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de bepalingen van het Verdrag van Aarhus betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden op EG instellingen en organisaties, COM (2003) 622 def.

zijn waardoor het nastreven van de statutaire doelen mogelijk is, moet de entiteit wettelijk zijn opgericht en gedurende een door de lidstaat te bepalen periode van maximaal drie jaar actief zijn geweest op het gebied van milieubescherming, en moet de jaarrekening gedurende een bepaalde periode door een accountant zijn gecertificeerd. De lidstaten stellen op grond van artikel 9 van de ontwerp-richtlijn een procedure vast om de snelle erkenning van bevoegde entiteiten te verzekeren, wanneer zij voldoen aan de bovengenoemde criteria.

Wij sluiten ons aan bij de opvatting van Mesters en Oldenziel,²⁰⁷ die uit de combinatie van bepalingen in het verdrag afleiden dat de kring van beroepsgerechtigden die op grond van het verdrag vereist is bij rechtsbescherming tegen specifieke milieubesluiten, in sterke mate overeenkomt met kring van personen die vallen onder het begrip belanghebbende van artikel 1:2 Awb. Dat geldt ook voor de regeling zoals die is opgenomen in de ontwerp-richtlijn. Voor milieuorganisaties moet daarbij wel het volgende worden opgemerkt. Op het eerste gezicht lijkt het beroepsrecht van milieuorganisaties op grond van de richtlijn ruimer dan het nationale belanghebbendebegrip, omdat de richtlijn de eis van voldoende belang verbiedt terwijl artikel 1:2 lid 3 Awb dit als voorwaarde stelt. In de praktijk wordt het vereiste belang naar nationaal recht echter juist afgeleid uit de statutaire doelstelling en feitelijke werkzaamheden van de rechtspersoon. Daardoor komt het nationale recht in hoge mate overeen met het door de ontwerp-richtlijn geëiste beroepsrecht, dat ook uitsluitend wordt gegarandeerd met betrekking tot handelingen die een specifiek verband houden met de statutaire activiteiten van een miliegroep (en diens geografische werkterrein). In elk geval biedt artikel 1:2 lid 3 Awb voldoende ruimte voor Aarhus-richtlijnconforme uitlegging.²⁰⁸

Belangrijk is verder nog wel dat de richtlijn het mogelijk maakt om aan de erkenning van 'bevoegde entiteiten' strikte voorwaarden te stellen, terwijl in de nationale jurisprudentie ook informele en minder georganiseerde en geïnstitutionaliseerde groepen zoals buurtcomité's als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. In dat opzicht kan de toegang tot de rechter op grond van de richtlijn beperkter zijn dan op grond van de Awb.

Over de mogelijke invoering van een relativiteits- of Schutznormvereiste kan worden opgemerkt dat deze voor 'leden van het (betrokken) publiek' niet problematisch is. Volgens zowel het Aarhus-verdrag als de ontwerp-richtlijn mag het nationale recht aan hen deze eis immers stellen. Voor 'erkende bevoegde entiteiten' (miliegroepen) bestaat er wel een spanning tussen het stellen van dit vereiste en de ontwerp-richtlijn. Volgens de ontwerp-richtlijn moeten deze organisaties, als het voorwerp van beroep specifiek verband houdt met hun statutaire activiteiten, immers ook toegang hebben tot de rechter als zij zich *niet* op de schending van

207. Zie Mesters & Oldenziel 2003.

208. Wel mag de jurisprudentie inzake art. 1:2, derde lid, Awb, niet zodanig strikt worden toegepast dat milieuorganisaties op grote schaal de toegang tot de rechter wordt geweigerd. Vergelijk de 'Findings and recommendations' van de Compliance Committee Aarhus van 14 juni 2006, ACCC/C/2005/11, waarin deze de rechtspraak van de Belgische Raad van State inzake de toegang tot de rechter voor miliegroepen te strikt en daarom in strijd met het Aarhus-verdrag acht.

een recht kunnen beroepen.²⁰⁹ Overigens lijkt het wel mogelijk om deze spanning op te lossen door het Schutznormvereiste zodanig 'weg' te interpreteren dat hieraan wordt voldaan als het voorwerp van beroep verband houdt met statutaire activiteiten van de milieugroep. Daarbij komt dat, zoals aan het slot van paragraaf 4.4.3 aangegeven, het begrip 'rechten' in communautaire context toch al ruim moet worden uitgelegd.

Ten slotte behoeft het geen nadere toelichting dat de gedachte die in de Tweede Kamer bestaat om het beroepsrecht voor belangenorganisaties ex artikel 1:2 lid 3 Awb geheel te schrappen,²¹⁰ zonder meer in strijd is met het Aarhus-verdrag en de voorgestelde Aarhus-richtlijn.

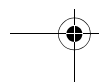
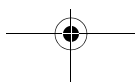
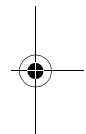
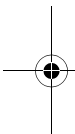
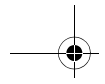
4.4.5 Conclusie

In algemene zin levert het belanghebbendebegrip van artikel 1:2 Awb thans geen spanningen met het Europese recht op, mits het begrip met name op een terrein als het milieurecht ruim wordt geïnterpreteerd. Dit geldt ook voor het Aarhus-verdrag en het voorstel voor een Aarhus-richtlijn.

Een eventueel in te voeren Schutznormvereiste is EG-rechtelijk op zich toelaatbaar. Hierbij geldt echter het voorbehoud dat dit vereiste niet te strikt mag worden toegepast, omdat het Hof op sommige terreinen al snel aanneemt dat het EG-recht (subjectieve) rechten toekent die voor de rechter moeten kunnen worden afgedwongen. Voor (erkende) milieugroepen bestaan op zich wel spanningen tussen het Schutznormvereiste en het voorstel voor een Aarhus-richtlijn. Deze kunnen waarschijnlijk wel worden opgelost door het 'weg'interpreteren van de Schutznorm in het geval van een beroep van een (erkende) milieugroep. Eventuele gedachten om het beroepsrecht voor belangenorganisaties geheel te schrappen, zijn zonder meer in strijd met het Aarhus-verdrag en het voorstel voor een Aarhus-richtlijn.

209. Het Aarhus-verdrag is op dit punt minder problematisch, omdat daarin wordt bepaald dat niet-gouvernementele organisaties 'geacht worden' rechten te hebben waarop een inbreuk kan worden gemaakt.

210. Kamerstukken II 2002/2993, 28 600 XI, nr. 60.



5 Bestuurlijke besluitvorming

5.1 INLEIDING

De regels voor bestuurlijke besluitvorming zijn in de Awb verspreid over de hoofdstukken 2, 3 en 4. Hoofdstuk 2 bevat diverse bepalingen over het verkeer tussen burgers en bestuursorganen, onder meer inzake bijstand en vertegenwoordiging (art. 2:1 en 2:2 Awb), de eis van niet-vooringenomenheid (art. 2:4 Awb), de geheimhoudingsplicht (art. 2:5 Awb) en het gebruik van de taal in het bestuurlijk verkeer (afdeling 2.2 Awb). Hoofdstuk 3 bevat algemene bepalingen over besluiten, waarbij onder meer diverse beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), het beginsel van evenredige belangenafweging (art. 3:4 Awb) en het beginsel van een kenbare en deugdelijke motivering (afdeling 3.7 Awb), worden gecodificeerd. In titel 4.1 van hoofdstuk 4 zijn bijzondere bepalingen voor de beschikking opgenomen, die onder meer betrekking hebben op de aanvraag, de voorbereiding (de hoorplicht) en de beslistermijn.

In dit hoofdstuk wordt bekeken in hoeverre er spanningen (kunnen) bestaan tussen deze nationale regels en beginselen voor bestuurlijke besluitvorming en het EG-recht. Deze exercitie wordt in de eerste plaats verricht met betrekking tot twee beginselen van behoorlijk bestuur die in de Awb zijn gecodificeerd, het formele zorgvuldigheidsbeginsel (par. 5.2) en het beginsel van evenredige belangenafweging (par. 5.3). Vervolgens wordt de aandacht gericht op twee rechtsbeginselen die EG-rechtelijk zijn erkend, maar niet als zodanig voorkomen in de Awb, te weten het verdedigingsbeginsel (par. 5.4) en het transparantiebeginsel (par. 5.5). Ten slotte wordt ingegaan op de mogelijke spanningen van de Awb met specifieke secundaire EG-regelgeving (par. 5.6). Daarbij wordt gekeken naar het communautaire douanerecht, de Europese regels betreffende landbouwsubsidies en de Dienstenrichtlijn.

5.2 HET BEGINSSEL VAN FORMELE ZORGVULDIGHEID

5.2.1 Nationaal recht

Ingevolge artikel 3:2 Awb vergaart het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Deze verplichting geldt zowel voor besluiten op aanvraag als voor ambts-halve te nemen besluiten. In dit wetsartikel worden de formele aspecten van het zorgvuldigheidsbeginsel gecodificeerd. Het is een algemene bepaling die betrekking heeft op alle gebreken in de voorbereidingsprocedure van besluiten. In de daarop volgende afdelingen van hoofdstuk 3 en in hoofdstuk 4 van de Awb worden specifieke regels daaromtrent gegeven.

Artikel 3:2 Awb is ook een essentiële bepaling van het bestuursrechtelijk bewijsrecht, in die zin zijn dat dit artikel (mede)bepalend is voor de bewijslast die op het bestuur rust voor het nemen van besluiten.²¹¹ Hoever deze last precies gaat is eerst en vooral afhankelijk van de vraag of het besluit op aanvraag of een ambtshalve te nemen besluit betreft. Bij besluiten op aanvraag wordt de bewijslast van het bestuur in belangrijke mate gemitigeerd door de plicht van de aanvrager om de gegevens en bescheiden te verstrekken die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen (art. 4:2 Awb). Bij ambtshalve te nemen besluiten ligt de bewijslast in hoge mate bij het bestuur. Mede vanwege deze rol van artikel 3:2 Awb in het bewijsrecht is er ook een relatie tussen deze bepaling en de praktijk van de Nederlandse bestuursrechter, in het bijzonder de ABRvS, om besluiten vooral formeel te toetsen aan dit beginsel (al dan niet in samenhang met art. 3:46 of art. 7:12 Awb), alsmede met de bewijsfuik. Beide relaties worden hierna kort uitgewerkt.

Zoals bekend hebben de bestuursrechters – en vooral de ABRvS – voor wat betreft de keuze van vernietigingsgronden een duidelijke voorkeur voor artikel 3:2 Awb. In legio uitspraken kan men lezen dat verweerder onvoldoende zorgvuldig onderzoek heeft gedaan naar bepaalde feiten die relevant zijn voor de besluitvorming en dat het bestreden besluit daarom in zoverre in strijd is met artikel 3:2 Awb. Mede daarom is het besluit in de regel ook niet deugdelijk gemotiveerd en dus in strijd met artikel 3:46 of 7:12 Awb. Deze voorkeur voor formele beginselen van behoorlijk bestuur heeft althans volgens de literatuur te maken met de wijze waarop de ABRvS aankijkt tegen de rechterlijke verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de feiten.²¹² Kort en goed komt deze opvatting erop neer dat de rechter in een bestuursrechtelijk geschil niet de taak heeft om de feiten vast te stellen alsof er geen bestuurlijke feitenvaststelling heeft plaatsgevonden, maar zich dient te beperken tot de toetsing van de feitenvergaring door het bestuur op zorgvuldigheid en volledigheid. Hij toetst de bestuurlijke feitenvaststelling met andere woorden op ‘houdbaarheid in rechte’. Deze formele toetsing is in de regel overigens vrij indringend. De opvatting over de beperkte rol van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling heeft diverse redenen, onder meer het gebrek aan deskundigheid en capaciteit bij de rechter om de feitenvaststelling op grote schaal over te doen, alsmede de beslissingsvrijheid die het bestuur ook na vernietiging veelal heeft.

De ‘bewijsfuik’ staat in nauwe relatie met het voorgaande, zij het dat daarbij ook de verantwoordelijkheid van de burger voor de feitenvaststelling wordt betrokken. De wederzijdse verantwoordelijkheden van bestuur en burger voor het inbrengen van de relevante feiten wordt niet alleen bepaald door artikel 3:2 Awb, maar ook door artikel 4:2 en volgende Awb, dat bij besluiten op aanvraag aan de burger een informatieplicht oplegt voor gegevens die tot diens bewijsdomein behoren. Wan-

211. Hierover uitvoerig Schuurmans 2005.

212. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000; Schreuder-Vlasblom 2006, p. 171-182; Schuurmans 2004 alsmede Schuurmans 2005;Widdershoven 2005.

neer de burger uiterlijk in de fase van bezwaar niet aan deze informatieplicht heeft voldaan, terwijl het bestuur hem tijdig en genoegzaam daarover heeft geïnformeerd,²¹³ kan het bestuur in beginsel niet worden verweten dat het onzorgvuldig heeft beslist. Het gevolg hiervan is dat de burger deze informatie niet meer kan inbrengen bij de rechter. De rechter toetst immers – zoals aangegeven – niet de materiële juistheid maar de zorgvuldigheid van de feitenvergaring door het bestuur. Daarvoor is deze nieuwe informatie irrelevant.

Het is geen nieuws dat de bewijsfuik niet onomstreden is. Zij wordt uitsluitend toegepast door de ABRvS en dan nog tamelijk sporadisch. Het is zelfs niet zeker of de fuik überhaupt nog zal worden toegepast onder het regiem van het herziene artikel 6:13 Awb. In de toelichting op deze bepaling heeft de regering immers duidelijk aangegeven dat – binnen de in bezwaar of in de zienswijzen aangevochten onderdelen van een besluit – het aanvoeren van nieuw bewijs bij de rechter in beginsel wel toelaatbaar moet zijn.²¹⁴ Van de andere kant heeft deze toelichting betrekking op artikel 6:13 Awb en zou men kunnen stellen dat zij de bewijsfuik, die gebaseerd is op artikel 3:2 in relatie tot artikel 4:2 Awb niet raakt. Of de fuik overeind blijft zal de toekomst leren.

5.2.2 *Spanningen met het Europese recht*

Voorop kan worden gesteld dat de bestuurlijke basisverplichting van artikel 3:2 Awb om bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren, natuurlijk niet in strijd is met het EG-recht. Een vergelijkbare eis wordt op Europees niveau ook gesteld aan de besluitvorming door de Europese instellingen. Bovendien kan erop worden gewezen dat artikel 3:2 Awb door zijn open formulering ruimte biedt om ook (grensoverschrijdende) Europese aspecten die van belang zijn voor een zorgvuldige feitenvergaring mee te nemen. In de rechtspraak van Nederlandse bestuursrechters ziet men dat in twee situaties²¹⁵:

- a Nationale besluiten gebaseerd op feitenonderzoek door de Commissie: in zijn rechtspraak heeft het CBB uitgemaakt dat het feit dat een nationaal besluit gebaseerd is op onderzoek van de Commissie niet afdoet aan de onderzoeksplicht die een nationaal bestuursorgaan op grond van artikel 3:2 Awb heeft. In een uitspraak van 20 september 1989²¹⁶ oordeelde het College dat een Commissie-onderzoek op zichzelf wel aan een nationaal terugvorderingsbesluit ten grondslag kan worden gelegd, maar dat het nationale orgaan ook zelf de toereikendheid van de aan het besluit ten grondslag gelegde Commissie-gegevens moet nagaan en deze, zo nodig, moet aanvullen. Bovendien moet de betrokkene in de gelegenheid worden gesteld zich tegen deze gegevens te verweren. Nu dit allebei in casu niet was gebeurd, was het besluit in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. In een uitspraak van 24 juni 1998

213. Zie voor deze eis, ABRvS 19 augustus 1999, AB 1999, 403, m.nt. MSV.

214. Kamerstukken II 2004/05, 29 241, nr. II.

215. Zie Widdershoven 2003 voor een aantal toepassingen van art. 3:2 Awb in grensoverschrijdende situaties op het terrein van de CRvB, i.h.b. p. 202-205.

216. CBB 20 september 1989, AB 1990, 400.

werd een op een Commissie-rapport gebaseerd nationaal besluit door het College vernietigd, omdat het nationale bestuursorgaan zich niet ervan had vergewist of het Commissie-onderzoek op zorgvuldige wijze had plaatsgevonden.²¹⁷ Opmerkelijk in deze uitspraak is, dat het College de Commissie aanmerkt als een adviseur in de zin van artikel 3:5 Awb. De vernietigingsgrond was daarom artikel 3:9 Awb.

- b) Nationale besluiten die in strijd zijn met een Europese overlegverplichting: dit ziet men bijvoorbeeld in de RTL₄/RTL₅-uitspraken van de ABRvS.²¹⁸ In deze uitspraken oordeelde de Afdeling dat het besluit van het Commissariaat voor de Media om genoemde omroepen aan te merken als Nederlandse omroeporganisaties in strijd was met artikel 3:2 Awb, omdat dit besluit in strijd met de relevante richtlijn tot dubbel toezicht op beide omroepen zou leiden, aangezien zij reeds onder toezicht stonden van de Luxemburgse toezichthouder, en het Commissariaat deze kwestie niet (met succes) aan de orde had gesteld in een Europees contactcomité. In een uitspraak van 17 december 1993,²¹⁹ waarin de Afdeling het beleid van de Minister van V&W inzake de parallelimport van auto's afkeurde, ziet men iets vergelijkbaars in een overweging ten overvloede waarin de ABRvS de minister in overweging geeft om voor de nieuwe besluitvorming eerst overleg te voeren met de andere lidstaten en nader onderzoek te doen naar de registratiesystemen voor auto's in die andere lidstaten.

Het voorgaande maakt duidelijk dat artikel 3:2 Awb een bepaling is die mogelijke 'spanningen' tussen de Awb en het EG-recht juist kan overbruggen. In zoverre zijn er geen problemen. Dit kan wellicht anders liggen met de twee andere onderwerpen die in de vorige paragraaf in verband zijn gebracht met artikel 3:2 Awb: de neiging tot formele toetsing door de bestuursrechter (en de daaraan ten grondslag liggende opvatting over rechterlijke taak bij de beoordeling van feiten) en de bewijsfuik.

De vraag of de formele rechterlijke toetsing aan artikel 3:2 Awb, zoals die vooral door de ABRvS wordt verricht, in strijd kan komen met het EG-recht is het laatste jaar vaker opgeworpen.²²⁰ Hoewel enige terughoudendheid op zijn plaats is nu het Hof zich nog niet over deze kwestie heeft uitgesproken, zouden wij het standpunt willen innemen dat deze formele toetsing in zijn algemeenheid niet in strijd met het EG-recht hoeft te zijn, maar dat dit op bijzondere terreinen anders kan liggen. Ter onderbouwing het volgende.

De vraag naar de wijze van rechterlijke toetsing in EG-rechtelijke zaken moet worden beantwoord aan de hand van beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.²²¹ Van strijd met het beginsel van gelijkwaardigheid is geen sprake nu de ABRvS de formele toetsing aan artikel 3:2 Awb zowel toepast in EG-rechtelijke zaken als in louter nationale zaken.²²² Deze vorm van toetsing hoeft evenmin in

217. CBB 24 juni 1998, JB 1998, 213.

218. ABRvS 10 april 2001, RAwb 2001, 96, en ABRvS 8 augustus 2003, JB 2003, 263.

219. ABRvS 17 december 1993, tB/S 1993, 110.

220. Jacobs & Den Ouden 2005; Jans 2005a, p. 17-22; Widdershoven 2005.

221. Zaak C-120/97, Upjohn, Jur. 1999, p. I-6927.

222. Zie voor uitspraken die deze stellingen bevestigen Jans 2005b; Widdershoven 2005, p. 45-47.

strijd te zijn met het beginsel van effectiviteit, mits de zorgvuldigheidstoetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling voldoende serieus gebeurt. Vanuit de optiek van het effectiviteitsbeginsel is het van belang dat de rechterlijke toetsing zodanig is, dat (uiteindelijk) een EG-rechtconform resultaat wordt bereikt. Of dat resultaat wordt bereikt na een formele of materiële toetsing maakt daarbij in beginsel weinig uit. Naar onze indruk is de door de bestuursrechters verrichte toetsing van het EG-recht via het zorgvuldigheidstoetsing doorgaans tamelijk streng. Beziet men bijvoorbeeld de omgevingsrechtelijke rechtspraak van de ABRvS, dan worden besluiten reeds bij twijfel of bepaalde (EG-rechtelijke) aspecten in voldoende mate in de besluitvorming zijn betrokken, vernietigd wegens strijd met artikel 3:2 Awb (al dan niet in combinatie met artikel 3:46 Awb). Bij de nieuwe besluitvorming zal het bestuur met inachtneming van de uitspraak een EG-rechtconform besluit moeten nemen. Aldus kan men niet zeggen dat de formele toetsing van het EG-recht via het zorgvuldigheidsbeginsel op zich 'de uitoefening van de door het EG-recht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt'. Of een dergelijke formele, maar indringende toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel op alle EG-rechtelijke terreinen door de bestuursrechters wordt verricht, staat overigens niet vast. Wel kan worden vastgesteld dat artikel 3:2 Awb aan een strenge toetsing van de bestuurlijke feitenvergaring niet in de weg staat. Mochten bestuursrechters in andere EG-rechtelijke zaken te terughoudend toetsen op zorgvuldigheid, dan is dat derhalve niet zozeer een probleem van de Awb, maar van de toepassing ervan.

Voor de stelling dat formele toetsing via artikel 3:2 Awb in zijn algemeenheid niet in strijd met het EG-recht hoeft te zijn, kunnen nog twee ondersteunende argumenten worden genoemd. In de eerste plaats ziet men de 'formele' aanpak van de Afdeling soms ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Een voorbeeld biedt een uitspraak van 15 november 2005 in de zaak Commissie/Oostenrijk.²²³ In deze verdragsschendingszaak werden de verkeersbeperkende maatregelen voor vrachtauto's die Oostenrijk had getroffen op de Inntalautobahn door het Hof in strijd geacht met artikel 28 en 29 EG, omdat Oostenrijk geen grondig onderzoek had gedaan naar de vraag of de beoogde vermindering van de emissies van verontreinigde stoffen had kunnen worden bereikt met maatregelen die het vrije verkeer minder zouden beperken. Zoals Jans in zijn noot onder de uitspraak opmerkt, lijkt het erop dat het Hof de '3:2-benadering' van de ABRvS toepast. Een tweede ondersteunend argument voor in-beginsel-toelaatbaarheid van de formele toetsing aan het EG-recht biedt de uitspraak van het Hof in de zaak Upjohn.²²⁴ In deze zaak acht het Hof het toelaatbaar dat, als het bestuur bij het nemen van besluiten ingewikkelde feitelijke beoordelingen moet verrichten en beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid, de rechter zijn beoordeling van de feiten niet in de plaats van de bestuurlijke beoordeling stelt. Hij kan zich beperken tot een toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling op kennelijke dwaling, misbruik van bevoegdheden en klaarblijkelijke overschrijding van de grenzen van de bestuurlijke beoordelingsvrijheid. Deze materiële maar marginale toetsing van de feiten

223. Zaak C-320/03, Commissie tegen Oostenrijk, M en R 2006/2, nr. 14, m.nt. JJ.

224. Zaak C-120/97, Upjohn, Jur. 1999, p. I-6927.

gaat nog minder ver dan de formele, maar redelijk kritische zorgvuldigheidstoetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling die de Nederlandse bestuursrechters doorgaans verrichten.

Dat de rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling via artikel 3:2 Awb in de regel EG-rechtelijk in het algemeen toelaatbaar is, wil niet zeggen dat deze toetsing in bijzondere gevallen altijd toelaatbaar is. Het EG-recht in kwestie kan immers extra eisen aan de rechterlijke beoordeling stellen. Een voorbeeld biedt het terrein van de steunverlening.²²⁵ Blijkens de rechtspraak van het Hof dient de nationale rechter in een zaak waarin een concurrent opkomt tegen een besluit waarin in strijd met het EG-recht staatssteun zou zijn verleend, niet alleen te beoordelen of de aanmeldingsplicht van artikel 88, derde lid, EG en de daaruit voortvloeiende *standstill*-verplichting in acht is genomen. Bovendien moet hij als zulks het geval is waarborgen dat de ongeldigheid van het besluit wordt vastgesteld én de ten onrechte verleende steun wordt teruggevorderd. Herstel van de situatie van vóór de betaling van de onrechtmatige steun vormt aldus een noodzakelijk vereiste, waarbij het Hof voorts heeft bepaald dat het niet naleven van de aanmeldings- en *standstill*-verplichting niet wordt gedekt door de Commissiebeschikking waarbij de steunmaatregel achteraf wordt goedgekeurd. Gelet op deze eisen zal de bestuursrechter in de regel niet kunnen volstaan met een formele vernietiging van een steunverleningsbesluit vanwege het feit dat het bestuur zich onvoldoende heeft vergewist van de eventuele toepasselijkheid van de aanmeldingsplicht.²²⁶ In het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming leidt dit doorgaans namelijk alleen tot vernietiging van het besluit op bezwaar en levert zij, omdat het primaire besluit overeind blijft, geen basis op voor de noodzakelijke terugvordering. Wil men deze basis wel creëren, dan moet ook het primaire besluit worden herroepen en zelf in de zaak worden voorzien. Dit vergt een materiële toetsing van het steunverleningsbesluit, waarbij een oordeel zal moeten worden gegeven of er sprake is van staatssteun.

Extra eisen aan de rechterlijke beoordeling van de feiten worden soms ook gesteld in de secundaire EG-regelgeving. Een voorbeeld biedt artikel 4 van de Kaderrichtlijn Telecommunicatie.²²⁷ Volgens deze bepaling moet de lidstaat ervoor zorgdragen dat de rechterlijke instantie waarbij beroep kan worden ingesteld tegen beslissingen van de nationale toezichthouder 'de nodige deskundigheid' bezit om zijn taken te kunnen uitoefenen en dat deze 'de feiten van de zaak op afdoende wijze in aanmerking' neemt. Deze bepaling is een reactie op de zeer marginale feitenoetsing die de rechters in diverse lidstaten – met name in het Verenigd Koninkrijk aan de maatstaf van *unreasonableness* – verrichtten. Deze bepaling staat in elk geval in de weg aan een marginale materiële en terughoudende formele rechterlijke

225. Vergelijk Jacobs & Den Ouden 2005, p. 1-18 (waarin ook de hierna genoemde rechtspraak van het Hof wordt vermeld), alsmede Widdershoven 2005.

226. Zoals de ABRvS doet in haar uitspraak van 17 december 2003, Martiniplaza, AB 2004, 262, m.nt. Jacobs en Den Ouden.

227. Richtlijn 2002/21/EG, inzake een gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten, Pb EG 2002, L108/33. Vergelijk over deze bepaling Ottow 2006, p. 349-356.

toetsing van de feiten. Een indringende formele toetsing via artikel 3:2 Awb lijkt nog wel toegestaan omdat de feiten van de zaak dan op zich 'op afdoende wijze in aanmerking' worden genomen, maar zal mede omdat van de rechter ook de nodige materiedeskundigheid op het telecomterrein wordt verwacht, een materiële toetsing van de feiten tenminste moeten benaderen.²²⁸

Voor de EG-rechtelijke aanvaardbaarheid van de bewijsfuik moet eerst worden vastgesteld dat een dergelijke fuik soms door het (nationale of) EG-recht wordt voorgeschreven. Zoals zal blijken in paragraaf 5.6 gelden bijvoorbeeld bij Europese landbouwsubsidies strikte termijnen waarbinnen een volledige aanvraag moet worden ingediend. Worden bepaalde gegevens of bescheiden niet bij de aanvraag gevoegd en/of pas na afloop van de aanvraagtermijn, dan heeft dat forse negatieve consequenties voor de toekenning. Maakt de betrokkene tegen het toekenningsbesluit bezwaar, dan heeft dat bezwaar uitsluitend betrekking op de vraag of de volledige aanvraag inderdaad niet tijdig was ingediend. Het alsnog aanvullen van de aanvraag in bezwaar is niet mogelijk. Aldus schrijft het EG-recht zelf na de primaire besluitvorming een 'bewijsfuik' voor. Bij diverse nationale subsidies, zoals tendersubsidies, is dat overigens niet anders.

De vraag naar de EG-rechtelijke aanvaardbaarheid van de bewijsfuik concentreert zich daarmee op besluiten waarbij het EG-recht een dergelijke fuik niet voorschrijft. Op basis van de rechtspraak van het Hof is een stellig antwoord op deze vraag niet te geven om de simpele reden dat het Hof met deze kwestie nog nooit is geconfronteerd. Het meest in de buurt komt de al eerder genoemde Upjohn-zaak, waarin het Hof een zeer marginale rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling toestaat in het geval de rechter moet oordelen over besluiten die een ingewikkelde feitelijke beoordeling vergen en waarbij het bestuur beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid. De bewijsfuik gaat echter een stapje verder, omdat niet in de bezwarenprocedure ingebrachte feiten in het geheel niet (zelfs niet marginaal) door de rechter worden getoetst. Ook de nationale stelsels waaraan het Hof inspiratie zou kunnen ontleenen voor een standpunt bieden geen eenduidig beeld. Terwijl in Duitsland de bewijsfuik niet geldt (tenzij voorgeschreven in de bijzondere wet), wordt zij in het Franse *recours pour excès de pouvoir* wel toegepast.²²⁹

Hoewel enige voorzichtigheid derhalve op zijn plaats is, denken wij dat het Hof niet heel positief zal staan tegenover de bewijsfuik. Een eerste reden is de nadruk die het Hof in zijn rechtspraak legt op de essentiële rol van de rechter bij de handhaving van het EG-recht in de lidstaten. Deze nadruk heeft veel te maken met het gegeven dat alleen de rechter (en niet het bestuur) prejudiciële vragen over de uitlegging en geldigheid van het EG-recht naar het Hof kan verwijzen. Gelet op deze nadruk vermoeden wij dat het Hof problemen zal hebben met een bewijsfuik als die tot gevolg heeft dat een bepaalde EG-rechtelijke kwestie niet meer door de nationale rechter kan worden beoordeeld – en zo nodig prejudicieel kan worden

228. Een zelfde ontwikkeling naar een meer strikte rechterlijke toetsing ziet men bij toetsing van besluiten van andere toezichthouders. Vergelijk Lavrijsen & De Visser 2006.

229. Vergelijk Willemsen 2005, p. 124-125 (Duitsland), p. 144-146 (Frankrijk).

verwezen – vanwege het uitsluitende feit dat bepaalde gegevens niet reeds in de bestuurlijke fase door een belanghebbende zijn aangevoerd. Een tweede reden voor ons standpunt is gelegen in de – door het Hof in zijn rechtspraak geformuleerde – regel ‘nationale bevoegdheid is communautaire plicht’ (zie par. 3.2). Zoals in paragraaf 5.2.1 aangegeven, wordt de bewijsfuik in Nederland alleen toegepast door de ABRvS en dan nog sporadisch. In milieuzaken hanteert de ABRvS bijvoorbeeld geen fuik. Andere bestuursrechters zoals de CRvB passen de fuik evenmin toe en ‘straffen’ het pas bij de rechter inbrengen van bewijs of gegevens op andere wijzen af, bijvoorbeeld door het achterwege laten van de proceskostenveroordeling en schadevergoeding. Met het oog hierop is de nationale rechter naar nationale recht kennelijk *bevoegd* om pas bij de rechter ingebrachte gegevens wel mee te nemen en is de toepassing van de bewijsfuik geen verplichting. Gelet op de hiervoor genoemde regel is de nationale rechter dan *verplicht* om in EG-zaken pas bij de rechter ingebrachte gegevens mee te nemen.

5.2.3 Conclusie

Op zichzelf doen zich tussen het formele zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en het EG-recht geen spanningen voor. Door zijn open formulering biedt het artikel juist ruimte om rekening te houden met niet-nationale aspecten van de zorgvuldige feitenvergaring, als zulks EG-rechtelijk aangewezen is. Artikel 3:2 Awb staat in nauwe relatie met de praktijk van de bestuursrechter om ook in EG-rechtelijke zaken besluiten veelal formeel te toetsen. Deze praktijk is in zijn algemeenheid niet in strijd met het EG-recht; op bijzondere terreinen kan dit echter anders liggen. Artikel 3:2 Awb ligt (tezamen met 4:2 Awb) voorts aan de basis van de zogenoemde ‘bewijsfuik’. Hoewel een slag om de arm wordt gehouden, verwachten wij dat het Hof niet positief zal staan tegen over deze fuik.

5.3 EVENREDIGHEIDSBEGINSEL

5.3.1 Nationaal recht

Het evenredigheidsbeginsel is in de Awb te vinden in artikel 3:4 lid 2 Awb, dat bepaalt:

‘De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen’.

Dit artikellid heeft blijkens de toelichting van de regering een meerledige strekking en omvat derhalve niet alleen het evenredigheidsbeginsel. Zo omvat het ten eerste de regel die in onder meer het oude artikel 8 lid 1 Wet Arob was te vinden en die veelal wordt samengevat als de kennelijke onredelijkheidsnorm of het verbod van willekeur. Ten tweede omvat het het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, ook wel genoemd het beginsel van de minste pijn. Dit houdt in dat de in acht te nemen zorgvuldigheid bij het nemen van besluiten meebrengt dat wanneer een doelstelling evenzeer kan worden bereikt met minder ingrijpende eisen, het

bestuur moet beslissen op een voor betrokkene zo weinig mogelijk bezwarende wijze. Ten derde omvat artikel 3:4 lid 2 het evenredigheidsbeginsel zoals dat in de rechtspraak van de ambtenarenrechter was ontwikkeld bij de toetsing van sancties. Dit kwam er met name op neer dat een relatie werd gelegd tussen een gepleegde overtreding en de daarvoor opgelegde straf. De regering merkte in dit verband evenwel op dat zij het mogelijk en zinvol achtte in de Awb een evenredigheidsnorm op te nemen met een ruimer toepassingsbereik dan louter disciplinaire strafoplegging.²³⁰

Bij de opname van artikel 3:4 lid 2 in de Awb is door de regering uitdrukkelijk verwezen naar het communautaire evenredigheidsbeginsel.²³¹ De communautaire variant van het evenredigheidsbeginsel wordt nader besproken in paragraaf 5.3.2.

Dit alles maakt dat het 'nieuwe' evenredigheidsbeginsel kan worden gekenschetst als een beginsel van behoorlijke belangenafweging, dat bestuursorganen verplicht om na te gaan of een besluit geen gevolgen heeft die voor betrokkenen onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.²³²

Ook op andere plaatsen komt men in de Awb een verwijzing naar het evenredigheidsbeginsel tegen. Zo geeft artikel 4:84 Awb aan dat een bestuursorgaan overeenkomstig een beleidsregel handelt, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Waar het betreft de uitoefening van toezichtsbevoegdheden door toezichthouders in de zin van artikel 5:11 Awb, is aan artikel 3:4 lid 2 een specifieke invulling gegeven door artikel 5:13 Awb. Dit artikel bepaalt dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruikmaakt voor zover dat redelijkerwijs voor de invulling van zijn taak nodig is (zie par. 6.3.2). Verder kan worden gewezen op artikel 5:32 lid 4 Awb, waarin onder meer is bepaald dat het bij oplegging van een last onder dwangsom vastgestelde bedrag in redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging. Ten slotte komt men in het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb bij de regeling van de bestuurlijke boete het evenredigheidsbeginsel tegen. In het bijzonder kan worden gewezen op artikel 5.4.1.7, dat bepaalt dat het boeteopleggend bestuursorgaan de hoogte van de boete dient af te stemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten.

Hoe is de rechtspraak in Nederland vervolgens met het in artikel 3:4 lid 2 opgenomen evenredigheidsbeginsel omgegaan?

In algemene zin kan de toepassing die de verschillende nationale bestuursrechters aan artikel 3:4 lid 2 Awb hebben gegeven als terughoudend worden aangemerkt. Uit de standaarduitspraak Maxis-Praxis van 9 mei 1996²³³ blijkt dat de ABRvS van mening is dat het opnemen van het evenredigheidsbeginsel in de

230. Zie Kamerstukken II, 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 71.

231. Zie PG Awb I, p. 211.

232. Vgl. Jans e.a 2002., p. 199.

233. ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93.

Awb niet de bedoeling heeft gehad het rechterlijk toezicht op het overheidsoptreden te intensiveren. De ABRvS maakt duidelijk dat de rechter zich bij beoordeling van artikel 3:4 lid 2 Awb dient te beperken tot een willekeurtoetsing: is er sprake van een zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen? De CRvB heeft zich in de Malus III-uitspraak van 28 mei 1998²³⁴ bij deze benadering aangesloten.

Met name het CBB kiest in diverse uitspraken een minder terughoudende benadering en verricht – in lijn met het communautaire evenredigheidsbeginsel – een doel-middeltoetsing waarbij wordt getoetst aan het noodzakelijkheidsvereiste.²³⁵ Het CBB geeft daarbij soms ook expliciet aan dat het toetst aan artikel 3:4 lid 2 Awb ‘en het daarmee corresponderende communautaire evenredigheidsbeginsel’.²³⁶ Hierbij zij wel opgemerkt dat het hier zaken betreft waarin de uitvoering van gemeenschapsrecht aan de orde is.

Een uitzondering op de terughoudende toetsing à la Maxis-Praxis kan bij alle bestuursrechters worden gevonden bij de toetsing van punitieve sancties aan artikel 3:4 lid 2 Awb. Hier toetst de rechter of er evenredigheid bestaat tussen de ernst van de verweten overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie. Deze benadering, die zou kunnen worden aangemerkt als een positieve evenredigheidstoetsing, hangt grotendeels samen met het feit dat het opleggen van een punitieve bestuurssanctie moet worden aangemerkt als het vaststellen van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.

5.3.2 Europees recht

Het Hof van Justitie merkt op grond van vaste rechtspraak het evenredigheidsbeginsel reeds geruime tijd aan als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Het evenredigheidsbeginsel heeft daarnaast in het gemeenschapsrecht een verdragsrechtelijke status: artikel 5, derde volzin, EG bepaalt dat ‘het optreden van de Gemeenschap niet verder [gaat] dan nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken’. Het zegt derhalve iets over de mate van intensiteit van communautaire bemoeienis: waar mogelijk behoort het nationale rechtssysteem te worden gerespecteerd. Verder is het evenredigheidsbeginsel terug te vinden in het Handvest van de Grondrechten, in het bijzonder in artikel 49 lid 3 voor wat betreft de zwaarte van straffen en artikel 52 voor wat betreft de beperking van andere grondrechten in het Handvest.

Bij de toepassing van het evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht door het Hof van Justitie moet worden onderscheiden tussen drie toepassingsgebieden: 1. toetsing van communautaire secundaire wetgeving, 2. de beoordeling van het handelen van lidstaten in relatie tot de vrijverkeersbepalingen in het EG-Verdrag en 3. de toetsing van sancties.

234. CRvB 28 mei 1998, JB 1998, 150.

235. Zie CBB 31 januari 1996, RAwb 1996, 63, CBB 24 juli 1996, AB 1996, 396 en CBB 18 juli 2000, AB 2000, 451.

236. Zie eerdergenoemde CBB 31 januari 1996, RAwb 1996, 63 en CBB 24 juli 1996, AB 1996, 396.

In het algemeen kan worden vastgesteld dat het Hof bij de toetsing aan het communautaire evenredigheidsbeginsel veelal een driestappenplan volgt: 1. de maatregel moet geschikt zijn om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen, 2. de maatregel dient onmisbaar en derhalve noodzakelijk te zijn voor het bereiken van het ermee beoogde doel en 3. de maatregel dient in evenredige verhouding tot het te dienen doel te staan, gezien de aard van de betrokken belangen en de mate waarin die belangen als gevolg van de maatregel worden geschaad. Dit laatste element – evenredigheid in enge zin – wordt ook wel aangeduid als dat de maatregel evenwichtig dient te zijn.

De intensiteit van de toetsing die het Hof verricht om te beoordelen of een maatregel geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is, is verschillend in de drie genoemde toepassingsgebieden. Voor wetgevende maatregelen van de gemeenschap hanteert het Hof de zogenoemde Fedesa-doctrine.²³⁷ Deze impliceert een terughoudende toetsing. Wetgeving wordt pas nietig verklaard indien zij 'klaarblijkelijk' onevenredig is. Achtergrond daarvoor vormt de beleidsvrijheid voor en de politieke verantwoordelijkheid van de communautaire wetgever voor het vaststellen van dergelijke maatregelen. De intensiteit van de beoordeling van de evenredigheid van nationale maatregelen in het licht van de vrijverkeersbepalingen van het Verdrag is indringend voor zover het gaat om de vaststelling van de geschiktheid van de nationale maatregelen. Als het gaat om de beoordeling van de noodzakelijkheid ervan neemt het Hof meer terughoudendheid in acht. Het Hof volstaat veelal met het geven van enkele algemene grenzen en laat het aan de nationale rechter over om de noodzakelijkheid van de maatregel en de mogelijke aanwezige minder belemmerend alternatief te beoordelen. Toetsing aan de evenredigheid in enge zin vindt niet vaak plaats en als deze plaatsvindt, geschiedt deze terughoudend ('kennelijk onevenredig'). In de Nederlandse rechtspraak zijn diverse voorbeelden te vinden van een toetsing van beperkingen van het vrij verkeer aan het communautaire evenredigheidsbeginsel. In het algemeen vindt de toetsing door de Nederlandse rechter plaats in lijn met die van het Hof van Justitie, maar een zekere grilligheid kan (ook) de nationale rechtspraak niet worden ontzegd.²³⁸ Toetsing van sancties door het Hof vindt met name plaats aan de criteria noodzakelijkheid en evenwichtigheid (evenredig gelet op de ernst van de overtreding).

5.3.3 Spanningen

Tussen de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel door het Hof van Justitie en de nationale rechters bestaat in zoverre een verschil dat de laatsten lang niet altijd de doel-middeltoetsing van het Hof (expliciet) toepassen. Alleen het CBB gaat hiertoe soms over. Dit verschil wordt overigens niet veroorzaakt door de Awb, maar heeft te maken met de toepassing ervan in de rechtspraak. Op zichzelf laat artikel 3:4 lid 2 Awb de Nederlandse rechter alle ruimte om wel te kiezen voor de

237. Vergelijk zaak 331/88, Fedesa, Jur. 1990, p. I-4023.

238. Zie bijv. HR 15 december 1998, NJ 1999, 553, waarin opvallend genoeg de HR uitdrukkelijk ook inging op de evenredigheid in enge zin van de maatregel in kwestie en ABRvS 8 februari 2001, M&R 2001/7-8, nr. 73, waarin de noodzakelijkheid en de evenredigheid van de maatregel afzonderlijk werden gezien.

door het Hof toegepaste doel-middeltoetsing. Zoals in 5.3.1 aangegeven, heeft de wetgever hierop zelfs uitdrukkelijk gewezen. Overeenstemming tussen het Hof en de nationale rechters is er wel bij de mate van indringendheid van de evenredigheidstoets: zowel bij het Hof als in de nationale rechtspraak is deze afhankelijk van de aard van het besluit en de mate van bestuurlijke beleidsvrijheid. Zo is de terughoudende toetsing aan het beginsel die de ABRvS toepast in *Maxis/Praxis* heel vergelijkbaar met de wijze waarop Hof op grond van de Fedesa-dctrine beleidsvrijheden toetst.

5.3.4 Conclusie

Tussen het nationale evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb en zijn Europese equivalent doen zich geen wezenlijke spanningen voor. Weliswaar is er een zeker verschil in de toepassingspraktijk, dit heeft echter niet te maken met de wijze waarop het beginsel in Awb is geformuleerd.

5.4 VERDEDIGINGSBEGINSEL

5.4.1 Inleiding

Voor de oorsprong van het Europese verdedigingsbeginsel moet men terug naar 1974. Toen aanvaardde het Hof van Justitie in de zaak *Transocean Maritime Paint Association (TMP)* de algemene regel 'dat adressaten van overheidsbeslissingen, die aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen, in staat moeten worden gesteld hun standpunt genoegzaam kenbaar te maken'.²³⁹ Het in deze regel verwoorde beginsel van *fair hearing* is in daarop volgende rechtspraak verder uitgebouwd tot wat thans doorgaans wordt aangeduid als het verdedigingsbeginsel (*rights of defence*). Het beginsel heeft een fundamenteel karakter en vormt een Europees algemeen rechtsbeginsel, waarvan de eerbiediging moet worden gegarandeerd door het Hof.²⁴⁰ Vermeldenswaardig is dat de erkenning van het beginsel van *fair hearing* in 1974 in de TMP-zaak in belangrijke mate is ingegeven door een rechtsvergelijkend onderzoek naar het bestaan van het beginsel *audi alterem partem* in het bestuursrecht van de toenmalige lidstaten, dat in opdracht van Advocaat-Generaal Warner was verricht door de Documentatie- en Onderzoeksdienst van het Hof. Uit dit onderzoek bleek dat het beginsel alleen in het Italiaanse en Nederlandse bestuursrecht niet bestond.²⁴¹

Het Europese verdedigingsbeginsel geldt voor het proces bij de rechter, maar is daartoe niet beperkt. Reeds in de zaak *Hoffmann-La Roche* in 1979 bepaalde het Hof dat het beginsel moet worden gerespecteerd in iedere (administratieve) procedure die kan leiden tot het opleggen van een sanctie, met name geldboeten of dwangsommen.²⁴² Het mag immers niet zo zijn dat de rechten van verdediging

239. Zaak 17/74, *Transocean Maritime Paint Association*, Jur. 1974, p. 1-1063.

240. Zaak 49/88, *Al-Jubail*, Jur. 1991, p. 1-3187.

241. Vergelijk de Conclusie van Warner in zaak 17/74, *Transocean Maritime Paint Association*, Jur. 1974, p. 1088-1089. Zie Groussot 2006, p. 27.

242. Zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Jur. 1979, p. 461.

reeds in de bestuurlijke fase onherstelbare schade lijden, omdat deze fase beslissend kan zijn voor de totstandkoming van het bewijs van de gestelde onregelmatigheid. In latere rechtspraak heeft het Hof de reikwijdte van het beginsel verder uitgebreid, zodat het thans – ook bij gebreke van enig specifiek voorschrift – geldt ‘in iedere procedure die tot een bezwarende handeling kan leiden’.²⁴³ Voorbeelden van dergelijke procedures zijn de onderzoeksprocedure die vooraf gaat aan de vaststelling van een antidumpingverordening (Al Jubail) en de procedure tot uitsluiting van een visser uit een derde land om te vissen in de EG-viszones (Fiskano). Ook als een procedure niet leidt tot een (bezwarend) besluit, maar ‘slechts’ tot een bezarend ‘handelen’ kan het Europese verdedigingsbeginsel geschonden zijn. Dit komt met name voor in communautaire schadevergoedingsprocedures. Zo werd de Commissie in de zaak *New Europe Consulting (NEC)* door het Gerecht van Eerste Aanleg veroordeeld tot schadevergoeding, omdat zij in een fax aan de coördinatoren van het PHARE-programma in onder meer Polen en Tsjechië had verklaard dat NEC een onbetrouwbare partner was zonder dat NEC ‘in de gelegenheid was gesteld om eerst zijn standpunt ter zake van deze verklaring kenbaar te maken’.²⁴⁴ De fax, die formeel geen tegen NEC gerichte beschikking was, had tot gevolg dat het adviesbureau niet meer werd uitgekozen voor PHARE-projecten en was daarom ‘bezarend’.

De ontwikkeling van de deelaspecten van het Europese verdedigingsbeginsel door het Hof heeft vrijwel uitsluitend plaatsgevonden in zaken waarin het optreden van de Europese instellingen zelf ter beoordeling stond, meestal dat van de Commissie in Europese mededingingszaken. Het Europese beginsel geldt als algemeen communautair rechtsbeginsel echter ook voor nationale bestuursorganen wanneer zij handelen binnen de werkingssfeer van het EG-recht. Daarvan is sprake wanneer zij het EG-recht ten uitvoer leggen – bijvoorbeeld wanneer zij een verordening of richtlijn toepassen – maar bijvoorbeeld ook wanneer zij besluiten nemen waarbij de verdragsvrijheden worden beperkt.²⁴⁵ Aspecten van het beginsel zijn voorts opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Zo bevat artikel 41 lid 2 onder a van het Handvest onder meer het recht van eenieder te worden gehoord voordat tegen hem een nadelige individuele maatregel wordt genomen.

5.4.2 *Deelaspecten van het verdedigingsbeginsel*

In de rechtspraak van het Hof inzake het Europese verdedigingsbeginsel kunnen diverse deelaspecten worden onderscheiden. Deze zijn het meest precies uitgewerkt voor het communautaire mededingingsrecht. In hoeverre alle deelaspecten in volle omvang gelden voor alle bezwarende handelingen is niet zonder meer duidelijk. Zo is het recht om zichzelf niet te incrimineren tot nu toe alleen toege-

243. Zaak C-32/95 P, *Lisretal*, Jur. 1996, p. I-5373.

244. Zaak T-231/97, *NEC*, Jur. 1999, p. II-2403. Zie ook zaak C-315/99P, *Ismeri*, Jur. 2001, p. I-5281, waarin de Europese Rekenkamer in een aansprakelijkheidszaak het verdedigingsbeginsel had geschonden.

245. Zie voor de nationale plicht om bij de toepassing van richtlijnen het verdedigingsbeginsel toe te passen zaak C-28/05, *Dokter e.a.*, n.n.g.

past in het mededingingsrecht, waarin de Commissie de bevoegdheid heeft om punitieve bestuurlijke boetes op te leggen. De volgende deelaspecten kunnen worden onderscheiden:²⁴⁶

- a *Het recht om het eigen standpunt kenbaar te maken (fair hearing)*: dit recht vormt de kern van het verdedigingsbeginsel en moet – zoals hiervoor al is gebleken – worden gerespecteerd in iedere procedure die tot een bezwarende handeling kan leiden en wel voordat die handeling definitief wordt vastgesteld. Het kenbaar maken van het standpunt kan mondeling of schriftelijk gebeuren. Toegespitst op het communautaire mededingingsrecht betekent dit recht dat de betrokken onderneming zijn standpunt naar voren moet kunnen brengen over de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, over de stukken waarmee de Commissie de inbreuk heeft gestaafd en over de conclusies die de Commissie heeft getrokken uit de voorliggende stukken.
- b *Het recht op inzage in de stukken*: het recht zijn standpunt naar voren te brengen stelt weinig voor indien men geen toegang heeft tot de informatie waarover de andere partij beschikt. Inzage in het dossier is daarom een procedurele waarborg ter bescherming van het recht te worden gehoord. Het recht heeft in beginsel betrekking op alle belastende en ontlastende stukken, tenzij sprake is van een zakengeheim of een ander vertrouwelijk stuk (zie c). Daarnaast bestaat in beginsel het recht om ervan op de hoogte gesteld te worden dat een instelling bezig is met een voor betrokkene ‘bezwarend’ besluit.
- c *Het recht op geheimhouding van zakengeheimen en andere vertrouwelijke stukken*: dit recht heeft betrekking op zakengeheimen van andere ondernemingen en op de vertrouwelijkheid van interne documenten van de Commissie.
- d *Het recht op voldoende tijd ter voorbereiding van de verdediging*: om recht te doen aan het recht zijn standpunt kenbaar te maken, dient een betrokkene uiteraard voldoende tijd te hebben voor de voorbereiding van de verdediging. De termijn is daarbij gerelateerd aan de complexiteit van de zaak en de omvang van het dossier dat men in verband met de verdediging moet bestuderen.
- e *Recht op rechtsbijstand en legal privilege*: in elke procedure die kan leiden tot een bezwarende handeling moet de betrokkene van het begin af aan de mogelijkheid hebben ‘in alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is om onafhankelijk juridisch advies te geven aan een ieder die dat behoeft’.²⁴⁷ Voorts behoort tot het Europese verdedigingsbeginsel het *legal privilege*, het beginsel van de vertrouwelijkheid van de geschreven correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt.²⁴⁸ Dit beginsel is in die zin beperkt dat het moet gaan om correspondentie met een onafhankelijke advocaat (en niet met een advocaat in dienstbetrekking van de cliënt) en om correspondentie in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt. De vertrouwelijkheid geldt volgens het Gerecht van Eerste Aanleg in de Hilti-zaak ook voor de briefwisseling als deze zich bevindt bij de cliënt-onderneming en evenzeer voor

246. Zie voor meer uitvoerige opsommingen Lenaerts & Vanhamme 1997, p. 531-569, Gerrits-Janssens 1998 en Langbroek e.a. 2006 p. 24-48.

247. Zaak 155/79, AM&S, Jur. 1982, p. 1575.

248. Zie ook zaak 155/79, AM&S, Jur. 1982, p. 1575.

bedrijfsinterne documenten die een verslaglegging of een samenvatting van het advies van de advocaat bevatten.²⁴⁹

- f *Het recht om zichzelf niet te incrimineren*: volgens het Hof in de zaak Orkem brengt dit recht in mededingingszaken gedurende de gehele procedure met zich dat 'de Commissie een onderneming niet mag verplichten om antwoord te geven, waardoor deze het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels zou moeten erkennen, die de Commissie juist moet bewijzen'.²⁵⁰ Het recht geldt niet alleen voor mondelinge vorderingen om informatie, maar ook voor schriftelijke vorderingen.²⁵¹ Er is overigens geen bezwaar tegen het vragen van feitelijke gegevens of tegen verzoeken om bestaande documenten te overleggen. Vragen die een onderneming echter dwingen toe te geven dat zij de mededingingsregels heeft overtreden of beoogde te overtreden zijn niet toegestaan.

5.4.3 *Spanningen tussen het nationale en Europese recht*

De vraag of het Europese verdedigingsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht volledig wordt gerealiseerd is al vaker opgeworpen en is lastig te beantwoorden.²⁵² Hierna wordt eerst ingegaan op de kern van het verdedigingsbeginsel, het recht om een eigen standpunt kenbaar te maken en de daarmee in verband staande deelbeginselen b tot en met d. Vervolgens wordt apart aandacht besteed aan het recht op rechtsbijstand en het *legal privilege* en het recht om zichzelf niet te incrimineren.

Het recht om een eigen standpunt kenbaar te maken in geval van voorgenomen 'bezwaardend' handelen (*fair hearing*) is voor de primaire fase van de besluitvorming als zodanig niet in de Awb gecodificeerd. In zoverre is de situatie zoals die in 1974 werd aangetroffen in de rechtsvergelijkende studie van Advocaat-Generaal Warner ten behoeve van de zaak TMP niet veranderd. Weliswaar bevat afdeling 4.1.2 Awb een regeling voor het horen van belanghebbenden, waarbij voor 'bezwarende' besluiten met name artikel 4:8 Awb van belang is, dit 'horen' geschiedt echter niet (primair) met het oog op de rechten van verdediging van betrokkene, maar staat met name in dienst van een goede en zorgvuldige voorbereiding van het besluit door een zo adequaat mogelijke feitenverzameling. Verder geldt de hoorplicht alleen bij de voorbereiding van beschikkingen en niet voor ander 'bezwaardend' handelen. Dat niet de rechten van verdediging, maar een zorgvuldige bestuurlijke feitenvergaring voorop staat, heeft tot gevolg dat de Awb voor

249. Zaak T-30/89, Hilti, Jur. 1990, p. II-163. In zijn beschikking van 30 oktober 2003 in de gevoegde zaken T-125/03R en T-253/03R, AKZO, heeft de president van het Gerecht van Eerste Aanleg voortsnog niet uitgesloten dat het *legal privilege* ook uitgebreid zou moeten worden tot bepaalde categorieën juristen in een vaste dienstbetrekking bij een onderneming. Het arrest in de hoofdzaak is nog niet gewezen.

250. Zaak 374/87, Orkem, Jur. 1989, p. 3283.

251. Vergelijk zaak T-112/98, Mannesmannröhren-Werke, Jur. 2001, p. II-729.

252. De Moor-van Vugt & Vermeulen 1998, p. 77-78, alsmede De Moor-van Vugt 1993. Zie ook Jans e.a. 2002, p. 242-246.

het horen in de primaire fase nauwelijks procedurele waarborgen bevat, bijvoorbeeld omtrent het verstrekken van de nodige informatie door het bestuursorgaan of het verlenen van voldoende tijd voor de voorbereiding van de verdediging. Bovendien worden in de artikelen 4:11 en 4:12 Awb uitzonderingen op de hoorplicht gemaakt, waarbij vooral de generieke uitzondering van artikel 4:12 lid 1 Awb voor financiële beschikkingen op het eerste gezicht op gespannen voet kan staan met het Europese recht om een eigen standpunt kenbaar te maken alvorens een bezwarend besluit wordt genomen.

Hoewel van een spanning derhalve sprake lijkt, doen echte strijdigheden zich in de praktijk (vrijwel) nooit voor. Dit komt in de eerste plaats omdat diverse rechten van verdediging zelfs vóór de invoering van de Awb in de jurisprudentie van de bestuursrechter reeds werden erkend. Verwezen kan worden naar de dissertatie van De Waard uit 1987,²⁵³ waarin deze onder verwijzing naar jurisprudentie aan toont dat het verdedigingsbeginsel en diverse deelaspecten ervan – zoals het recht om eigen standpunt kenbaar te maken, het recht om informatie te ontvangen met betrekking tot de zaak en het recht op voldoende tijd ter voorbereiding van de verdediging – in de bestuurlijke fase worden toegepast. Thans vindt deze toetsing plaats onder de vlag van artikel 3:2 Awb. Voorts wordt de uitzondering op de hoorplicht voor financiële besluiten in artikel 4:12 lid 2 Awb weer ongedaan gemaakt voor ‘bezwarende’ besluiten in de sfeer van de subsidieverlening en -vaststelling, hetgeen niet onbelangrijk is voor mogelijke spanningen tussen de Awb en het EG-recht, aangezien veel besluiten ter uitvoering van het EG-recht betrekking hebben op subsidies. Ook in de – in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb – voorgestelde regeling van de bestuurlijke boete zijn althans bij zware boetes diverse verdedigingsrechten al in de bestuurlijke fase verankerd. Ten slotte is niet zonder belang dat in het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming tegen primaire besluiten in de regel bezwaar kan worden gemaakt.²⁵⁴ In de bezwarenprocedure zijn de diverse verdedigingsrechten, zoals het recht om te worden gehoord, de inzage in de op de zaak betrekking hebbende stukken en het recht op geheimhouding wel wettelijk gegarandeerd in de artikelen 7:2 en 7:4 Awb. Eventuele problemen in de primaire fase worden daardoor – naar wij aannemen – gecompenseerd.²⁵⁵

Het voorgaande neemt niet weg dat Nederland met de Awb-keuze om het horen in de primaire fase eerst en vooral in dienst te stellen van een zorgvuldige voorbereiding van de besluitvorming, uit de Europese pas loopt. Daardoor is men voor het waarborgen van specifieke rechten van verdediging afhankelijk van het jurisprudentierecht, hetgeen gegeven de ambitie van de Awb toch onbevredigend is. Bovendien leidt dit ertoe dat in een bijzondere wet als de Mededingingswet – die (ook) procedureel is afgestemd op de rechtspraak van het Hof inzake de rechten van verdediging – extra regels omtrent het horen in de primaire fase zijn opgenomen ten einde bij alle ‘bezwarende’ besluiten op grond van deze wet aan (de

253. De Waard 1987, p. 247 e.v.

254. De verplichte bezwarenprocedure geldt niet wanneer een besluit de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb heeft doorlopen. In deze procedure zijn de diverse verdedigingsrechten verwerkt.

255. De Moor-van Vugt 1993, p. 93.

deelaspecten van) het Europese verdedigingsbeginsel te voldoen.²⁵⁶ Ten slotte blijft in de Awb volledig buiten zicht dat het recht om zijn standpunt kenbaar te maken ook geldt bij 'bezwarende' besluiten en handelingen die geen beschikking zijn. Bezien vanuit de Europese optiek zou het daarom wenselijk zijn dat de hier bedoelde rechten van verdediging voor 'bezwarende' besluiten een plaats krijgen in de Awb. Bij de wijze waarop dit zou kunnen geschieden dient voorop te worden gesteld dat de situaties waarin belanghebbenden in de bestuurlijke fase thans moeten worden gehoord, op zich niet behoeven te worden uitgebreid.²⁵⁷ Omdat bij veel 'bezwarende' besluiten al een hoorplicht in de primaire fase bestaat en belanghebbenden in elk geval worden gehoord in de bezwaarschriftprocedure, is van een echte strijdigheid met de Europese rechten van verdediging immers geen sprake. Wat wel duidelijk moet worden gemaakt, is dat dit horen – of algemener: het recht om zijn standpunt kenbaar te maken – bij 'bezwarende' besluiten niet alleen plaatsvindt met het oog op een zorgvuldige feitenvergaring, maar ook ter effectuering van de rechten van verdediging.

Het heeft onze voorkeur als de kern van het verdedigingsbeginsel – het recht om reeds in de bestuurlijke fase zijn standpunt kenbaar te maken – voor 'bezwarende' besluiten een plaats zou krijgen in afdeling 3.2 Awb. Het gaat immers om een beginselrecht en bovendien kan het recht dan via de schakelbepaling artikel 3:1 lid 2 Awb op andere handelingen dan besluiten van toepassing worden verklaard. In de toelichting zou kunnen worden verduidelijkt dat bij beschikkingen dit recht kan worden geëffectueerd in de primaire fase (voor zover dat voortvloeit uit afdeling 4.1.2 Awb) of alleen in de bezwaarschriftprocedure. Bovendien kan daarin worden vermeld dat het kenbaar maken van zijn standpunt zowel schriftelijk als mondeling kan geschieden. De procedurele waarborgen voor het horen (deelaspecten b t/m d) zouden in afdeling 4.1.2 kunnen worden opgenomen.

Het – in het Europese verdedigingsbeginsel geïmpliceerde – recht op rechtsbijstand wordt in artikel 2:1 Awb voor al het verkeer tussen burger en bestuursorgaan gegarandeerd. Van het *legal privilege* ziet men in de Awb echter weinig. In feite gaat alleen artikel 5:20 lid 2 Awb over deze materie. In dat artikel wordt bepaald dat zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding (zoals advocaten) medewerking kunnen weigeren aan de uitoefening van de toezichtsbevoegdheid om zakelijke gegevens en bescheiden te vorderen (art. 5:17 Awb). In de Mededingingswet, die – als gezegd – procedureel is afgestemd op de rechtspraak van het Hof inzake de rechten van verdediging, heeft de wetgever in artikel 51 onder expliciete verwijzing naar de in paragraaf 5.4.2 genoemde zaak Hilti, bepaald dat artikel 5:17 Awb niet van toepassing is op geschriften met betrekking tot de toepassing van de mededingingsregels, gewisseld tussen een onderneming en een advocaat, die zich bij de onderneming bevinden, doch waarop indien zij zich zouden bevinden bij de advocaat, artikel 5:20 lid 2 Awb van toepassing zou zijn.²⁵⁸ In hun NJV-preadvis uit 2005 suggere-

256. Zie artt. 60, 66 en 78 Mw.

257. Bij massale besluiten lijkt het altijd horen ingeval het voorgenomen besluit 'bezarend' is, praktisch niet goed mogelijk.

ren Verheij en Verheij om een dergelijk bepaling ook op te nemen in andere markttoezichtswetten dan de Mededingingswet.²⁵⁹ Volgens ons is dit een goede suggestie, die alleen nog niet ver genoeg gaat. Aangezien het gaat om algemeen Europees verdedigingsrecht dat van toepassing is bij alle 'bezwarende' besluiten ter uitvoering van EG-recht, zou deze uitbreiding ons inziens gewoon in de Awb kunnen worden opgenomen. Daarbij kan wel worden opgemerkt dat deze uitbreiding niet een urgente kwestie betreft, aangezien zich in de bestuursrechtelijke handhavingspraktijk, voor zover ons bekend, nog nooit problemen met betrekking tot het *legal privilege* hebben voorgedaan.

De Orkem-uitspraak van het Hof over het recht zichzelf niet te incrimineren heeft in de Awb tot nog toe ook geen sporen achtergelaten. Het recht heeft inmiddels wel het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb bereikt, zij het alleen voor 'bestrafende sancties' en vooral onder invloed van het rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in met name de zaak Saunders.²⁶⁰ Meer in het bijzonder bepaalt artikel 5.0.11 van het wetsvoorstel dat degene die in de toezichtsfase wordt verhoord met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. Bezieet men deze bepaling in het licht van de Orkem-rechtspraak, dan lijkt ons de beperking tot bestraffende sancties niet problematisch. Tot nu toe geldt het EG-rechtelijke recht zichzelf niet te incrimineren ook alleen voor procedures waarin uiteindelijk een punitieve boete kan worden opgelegd, en heeft het Hof van Justitie dit recht nog nooit toegepast op andere 'bezwarende' handelingen. Wel is van belang dat het begrip 'verhoor' in artikel 5.0.11 ruim wordt opgevat, zodat daaronder ook een schriftelijke ondervraging valt. Ingevolge de rechtspraak van het Hof van Justitie geldt het recht zichzelf niet te incrimineren immers ook voor de schriftelijk vordering om informatie te verstrekken, voor zover daarbij althans de betrokkene wordt gedwongen toe te geven dat hij een overtreding heeft begaan. In de Nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat het begrip 'verhoor' op zich niets zegt over de vorm waarin het verhoor plaatsvindt en dat de tekst van artikel 5.0.11 'niet uitsluit dat een schriftelijke ondervraging onder omstandigheden als verhoor zou kunnen worden aangemerkt'.²⁶¹ Vanuit Europese optiek zou deze garantie wat minder omzichtig mogen worden geformuleerd.

5.4.4 Conclusie

Het verdedigingsbeginsel is in het Europese recht een centraal rechtsbeginsel dat allerlei eisen stelt aan (ook) de bestuurlijke fase waarin een 'bezwarende' handeling totstandkomt. In de Awb is het beginsel als zodanig niet gecodificeerd. Hoewel in de praktijk tot nu toe geen strijdigheden zijn gebleken, zou vanuit Euro-

258. Kamerstukken II, 24 707, nr. 3, p. 82-83. Afgewacht moet worden of het arrest in de zaken T-125/03 en T-253/03, AKZO e.a. – zie noot 248 – tot verdere aanpassingen zal nopen.

259. Verheij & Verheij 2005, p. 271.

260. EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (m.nt. Kn).

261. Kamerstukken II 2005-2006, 29 702, nr. 7.

pese optiek regulering van het beginsel in de Awb de voorkeur verdienen. De kern van het beginsel – het recht om zijn standpunt kenbaar te maken voordat het bestuur een bezwarende handeling ten opzichte van een burger verricht – zou in afdeling 3.2 Awb een plaats kunnen krijgen, waarbij het via artikel 3:1 Awb van overeenkomstige toepassing wordt op bezwarende handelingen die geen besluit zijn. De diverse procedurele waarborgen voor het horen zouden een plaats kunnen krijgen in afdeling 4.1.2. Verder is vastgesteld dat – zoals thans al is gebeurd in de Mededingingswet – de ‘Hilti’-uitbreiding van het *legal privilege* in de Awb zou kunnen worden opgenomen en dat het begrip ‘verhoor’ in artikel 5.0.11 wetsvoorstel Vierde tranche Awb ruim moet worden opgevat, zodat daaronder in EG-rechtelijke zaken ook de schriftelijke ondervraging valt.

5.5 TRANSPARANTIEBEGINSEL

5.5.1 *Transparantie en transparantiebeginsel*

‘Transparantie’ is een toverwoord dat sinds enkele tientallen jaren zowel in de nationale als de Europese context regelmatig opduikt. Het is een vage verzamelterm die naar inhoud nogal verschilt, afhankelijk van het terrein waarop de term gehanteerd wordt. In Nederland is het thema transparantie onder andere een rol gaan spelen in het debat over de ministeriële verantwoordelijkheid voor toezichthouders en (andere) zelfstandige bestuursorganen. Op Europees niveau heeft transparantie vooral betrekking op de relatie van de burger en de EU-instellingen en correspondeert in grote lijnen met de Nederlandse notie van ‘openbaarheid van bestuur’. Zij omvat het streven naar grotere openbaarheid van de werkzaamheden van de Raad van Ministers en toegang tot EU-documenten. Sommigen scharen onder de notie van transparantie ook kwesties als de kwaliteit (en begrijpelijkheid) van EU-regelgeving²⁶² en zelfs participatie of inspraak van burgers. Voorts is transparantie een van de centrale noties bij de organisatie en financiering van diensten van algemeen (economisch) belang en bij steunverlening, waarbij het primair gaat om de controleerbaarheid van het beleid en de financiering, *last but not least* door de Europese Commissie.²⁶³

Ook in EG-regelgeving treft men transparantieverplichtingen aan die, vaak na implementatie, doorwerken in het nationale recht. Zo bestaan er specifieke transparantievereisten op het gebied van het (bijzonder) mededingingsrecht, zoals de artikelen 5 en 6 van Richtlijn 2002/21 (gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten) voor markttoezichthouders.²⁶⁴

262. In deze zin bijvoorbeeld ingeroepen in C-149/96, Portugal v. Raad, Jur. 1999, p. I-08395. Vanwege het aspect van kenbaarheid wordt transparantie ook in verband gebracht met het rechtszekerheidsbeginsel: de betrokkenen moeten in staat zijn exact de omvang van de op hen rustende verplichtingen te kennen. Vgl. zaak C-108/01, Parmaham, Jur. 2003, p. I-5121.

263. Vgl. bijvoorbeeld het Witboek over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374 def., par. 3.8, zaak C-280/00 Altmark Jur. 2003, p. I-7747 en Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (gewijzigd door Richtlijn 2000/52).

Naast de term transparantie wordt in toenemende mate ook het begrip transparantiebeginsel gehanteerd. Net zoals bij transparantie, kan ook met betrekking tot het transparantiebeginsel in de eerste plaats opgemerkt worden dat dit beginsel op verschillende manieren invulling kan krijgen, naar gelang de context waarin de term wordt gebruikt.²⁶⁵ Hoewel dus ook dit beginsel, in zijn algemeenheid, weinig omlijnd is, voltrekt zich in de Europese rechtspraak een interessante ontwikkeling: op een aantal deelreinen begint *het transparantiebeginsel een specifieke en welomlijnde vorm te krijgen*. Alles duidt erop dat *dít* transparantiebeginsel zich ontwikkelt tot een norm waaraan het handelen van overheidsorganen moet voldoen en waaraan het ook getoetst kan worden. Anders gezegd, het wordt een rechtsbeginsel.²⁶⁶ In het kader van dit rapport rijst in het bijzonder de vraag in hoeverre het transparantiebeginsel in het Awb geregeld zou moeten worden.

De ontwikkeling van het transparantiebeginsel, dat hier aan de orde is, verloopt langs een grillige lijn van (onzelfstandig) beginsel van het Europees aanbestedingsrecht tot een meer autonoom en algemeen rechtsbeginsel. Inmiddels is het beginsel in sommige EG-instrumenten (rudimentair) gecodificeerd en lijkt het door de nationale rechter 'geadopteerd'.

5.5.2 *Van algemeen beginsel van het aanbestedingsrecht tot algemeen rechtsbeginsel*

In het aanbestedingsrecht speelt, net zoals in het overige EG-recht, het gelijkheidsbeginsel een centrale rol. Het gaat hier met name om de gelijke behandeling van inschrijvers: deze moeten gelijke kansen hebben. Teneinde enerzijds dergelijke gelijke kansen daadwerkelijk te scheppen en anderzijds de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controleren, moet de gehele aanbestedingsprocedure – van aankondiging tot de gunning – 'doorzichtig' zijn,²⁶⁷ dat wil zeggen kenbaar, duidelijk en begrijpelijk. Op deze wijze werd aan het gelijkheidsbeginsel de eis van doorzichtigheid gekoppeld, die later soms het transparantiebeginsel wordt genoemd.²⁶⁸

264. Pb. 2002, L108/33. Het gaat hier met name om toegang tot informatie.

265. Lenaerts hanteert de term 'principle of transparency' in Lenaerts 2004 voor openbaarheid van bestuur en met name toegang tot documenten. Vgl. verder bijvoorbeeld Klijnstra 2000, p. 3-8.

266. Vgl. hierover Communier 2006.

267. Vgl. bijv. zaak C-331/04, ATI, Jur. 2005, p. 10109 of zaak C-448/01, Wienstrom, Jur. 2003, p. I-14527.

268. Op zich is het met elkaar in verband brengen van het gelijkheidsbeginsel en transparantie niets nieuws onder de zon. Vgl. zaak 109/88, Danfoss Jur. 1989, p. 3199 (met betrekking tot gelijke beloning van mannen en vrouwen).

Het beginsel werd, volgens de literatuur, door het Hof van Justitie voor het eerst geïdentificeerd in de Waalse bussen-zaak.²⁶⁹ In hoeverre er sprake is van een geheel zelfstandig beginsel is niet geheel duidelijk.²⁷⁰ In veel gevallen wordt transparantie in verband gebracht met het gelijkheidsbeginsel casu quo het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit²⁷¹ of met 'de fundamentele regels van het [EG] Verdrag in het algemeen', waartoe in het bijzonder ook het voormelde discriminatieverbod behoort.²⁷²

In sommige arresten wordt gesteld dat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie omvat.²⁷³ In het arrest in de zaak *Succhi di Frutta* heet het dat het beginsel van doorzichtigheid het 'corollarium' vormt van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers.²⁷⁴ In de zaak *Coname* leidt het niet betrachten van transparantie tot een schending van het discriminatieverbod.²⁷⁵ Uit deze rechtspraak blijkt dat er een zeer nauwe band tussen het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel bestaat. Tegelijkertijd lijkt het transparantiebeginsel ook zijn eigen, specifieke betekenis 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.²⁷⁶ De zelfstandigheid schuilt ook in het feit dat transparantie aan het gelijkheidsbeginsel vooraf gaat – zonder transparantie is de controle op de naleving van dit beginsel niet mogelijk. Voorts blijkt uit de zaak *Succhi di Frutta* dat het transparantiebeginsel ook 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.'²⁷⁷

Recentelijk is het transparantiebeginsel in een tweetal Europese richtlijnen gecodificeerd.

Artikel 2 (Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten) van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn²⁷⁸ bepaalt: 'Aanbestedende diensten behandelen onderne-

269. Zaak C-87/94, Commissie v. België, Jur. 1996, p. I-2043.

270. Zie Pijnacker Hordijk e.a. 2004. In de eerste druk (1996) werd gesteld dat het niet duidelijk is in hoeverre het om een zelfstandig beginsel gaat (p. 24). In de derde druk (2004), onder verwijzing naar dezelfde jurisprudentie, staat te lezen dat in Waalse bussen het transparantiebeginsel als een zelfstandig beginsel geponoerd wordt (p. 30). Herinterpretatie van hetzelfde arrest in het licht van voortschrijdend inzicht?

271. Zie bijv. de zaken C-275/98, *Unitron*, Jur. 1999, p. I-8291 en C-470/99, *Universale Bau*, Jur. 2002, p. I-11617 en C-448/01, *Wienstrom* Jur. 2003, p. I-14527.

272. Zaak C-324/98, *Telaustria*, Jur. 2000, p. I-10745.

273. Vgl. zaak C-19/00, *SIAC*, Jur. 2001 p. I-7725. Zie ook zaak C-410/04, *ANAV*, n.n.g. en zaak C-458/03 *Parking Brixen*, Jur. 2005, p. 8612.

274. Zaak C-496/99 P, *Succhi di frutta*, Jur. 2004, p. I-03801.

275. Zaak C-231/03, *Coname*, Jur. 2005, p. I-7287.

276. Vgl. in deze zin HR 4 nov. 2005, NJ 2006, 204 en de conclusie van A-G Timmerman.

277. Zaak C-496/99 P, *Succhi di frutta*, Jur. 2004, p. I-03801, r.o. III.

278. Richtlijn 2004/18 – coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Pb. 2004, L 134/114.

mers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.’

Artikel 10 (Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten) van de nieuwe Nutssectorenrichtlijn²⁷⁹ luidt: ‘Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op doorzichtige wijze.’

Hoewel het transparantiebeginsel, dat hier aan de orde is, binnen de kaders van het aanbestedingsrecht is ontwikkeld, is inmiddels zijn toepassing ruimer. Ook buiten de context van de Europese aanbestedingsrichtlijnen doet dit beginsel zich gelden.

In de eerste plaats gaat het beginsel ook op voor door de EU georganiseerde aanbestedingen. De bovengenoemde zaak *Succhi di Frutta* had betrekking op een aanbesteding door de Commissie in het kader van een interventieregeling in de landbouwsector.

In de tweede plaats was het transparantiebeginsel onverkort van toepassing in zaken die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vallen omdat zij betrekking hebben op *concessies* voor diensten.²⁸⁰ Met name uit de *Coname*-zaak blijkt dat het niet betrachten van transparantie resulteert in indirecte discriminatie op grond van nationaliteit zoals onder meer verboden in de artikelen 43 en 49 EG. Eveneens is in de rechtspraak uitgemaakt dat gunning van openbare dienstenconcessie zonder oproep tot mededinging onder meer in strijd kan zijn met het transparantiebeginsel en als zodanig een schending kan opleveren van artikel 86 lid 1 EG (openbare bedrijven en ondernemingen waaraan de lidstaten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen).²⁸¹ Daarnaast blijkt uit een arrest als *Müller-Fauré* dat, voor een succesvol beroep op een exceptie om het vrij verkeer van diensten (in casu medische diensten) te beperken met het oog op een dwingende vereiste van algemeen belang, het van belang geacht wordt dat de betrokken wetgeving berust op objectieve, niet-discriminerende en transparante criteria.²⁸²

Ten slotte heeft het transparantiebeginsel ook zijn entree gedaan in de Dienstenrichtlijn. Voor zover deze richtlijn zich inlaat met vergunningstelsels – bij voorbeeld omdat een vergunningstelsel gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang – moet het vergunningstelsel voldoen aan eisen van ‘transparantie’ en ‘toegankelijkheid’. Transparantie en onpartijdigheid zijn eveneens expliciet vermeld ingeval het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is en er een keuze gemaakt moet worden uit meer gegadigden.²⁸³ Als zodanig bouwt deze richtlijn voort op reeds bestaande en bekende transparantievereisten. Transparante, objectieve en non-discriminatoire selectiecriteria c.q. -procedures treft men bijvoorbeeld aan in artikel 7 van Richtlijn 2002/20 (machtiging voor elektro-

279. Richtlijn 2004/17 – coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, Pb. 2004, L 134/1.

280. Vgl. Zaak C-324/98, *Telaustria*, Jur. 2000, p. I-10745 en zaak C-231/03, *Coname*, Jur. 2005, p. I-7287.

281. C-410/04, *ANAV*, n.n.g. en C-458/03, *Parking Brixen*, Jur. 2005, p. I-8612.

282. Zie r.o. 107 van zaak C-385/99, *Müller-Fauré*, Jur. 2003, p. I-4509. Zie in dit verband ook r.o. 142 van zaak C-372/04, *Watts*, n.n.g.

nische communicatienetwerken en -diensten)²⁸⁴ of de artikelen 6 en 22 van Richtlijn 203/54 (gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit).²⁸⁵

Samenvattend kan naar onze mening op basis van dit korte overzicht gesteld worden dat het beginsel van transparantie zich ontwikkelt van een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht tot een algemeen rechtsbeginsel.

5.5.3 *Inhoud en reikwijdte*

Wat vereist het transparantiebeginsel? Voorop staat dat de betrokkenen duidelijk inzicht hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding als geheel plaats heeft.²⁸⁶ Dit brengt met zich mee dat eisen die in een bepaalde zaak bijvoorbeeld geformuleerd zijn over de gunningscriteria, in principe ook van toepassing zijn op de selectiecriteria et cetera. Het transparantiebeginsel heeft betrekking op een aantal te onderscheiden aspecten, die hieronder kort aan de orde komen.

In de eerste plaats op de bekendmaking. Selectie- en gunningscriteria moeten van tevoren aan de gegadigde bekendgemaakt worden.²⁸⁷ Het relatieve gewicht van de gunningscriteria bij de besluitvorming moet eveneens van tevoren bekend zijn.²⁸⁸ Voorts moet de inhoud van alle inschrijvingen gelijktijdig bekend gemaakt worden.²⁸⁹

Een nauw met bekendmaking samenhangende vraag is in hoeverre het transparantiebeginsel een zekere mate van openbaarheid impliceert. In de zaak *Telaustria* overwoog het Hof dat de verplichting tot transparantie inhoudt, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd.²⁹⁰ Uit de latere zaak *Coname* kan worden afgeleid dat het bij 'passende openbaarheid' gaat om toegang tot alle relevante informatie over een concessie vóór de toewijzing, zodat de betrokken onderneming eventueel haar belangstel-

283. Vgl. art. 10 (Vergunningsvoorwaarden):

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

Art. 12 (Selectie uit diverse gegadigden), lid 1 bepaalt:

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 procedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.

284. Pb. 2002, L 108/21.

285. Pb. 2003, L 176/37.

286. Vgl. ook gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04, *La Cascina*, n.n.g.: Materiële en formele voorwaarden inzake de deelneming aan een opdracht moeten te voren duidelijk zijn bepaald.

287. Zaak C-470/99, *Universale bau*, Jur. 2002, p. I-1617; zaak C-19/00, *SIAC*, Jur. 2001, p. I-7725.

288. Recentelijk in zaak C-331/04, *ATI* Jur. 2005, p. I-10109.

289. Zaak C-87/94, *Commissie v. België*, Jur. 1996, p. I-2043.

290. C.q. passende bekendmaking vgl. zaak C-470/99, *Universale bau*, Jur. 2002, p. I-1617.

ling voor de concessie had kunnen tonen.²⁹¹ In ANAV stelde het Hof wel dat het volstrekt ontbreken van een oproep tot mededinging bij de gunning van een openbare dienstenconcessie in beginsel niet in overeenstemming is met de vereisten van de artikelen 43 en 49 EG en de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie.²⁹²

Hoewel aldus op de overheid een positieve verplichting tot het bekendmaken rust, is niet in zijn algemeenheid te zeggen hoever de verplichting tot openbaarheid gaat. In de literatuur neemt men in ieder geval aan dat deze verplichting niet zover gaat dat voor alle opdrachten die niet door de aanbestedingsrichtlijnen worden gedekt, openbare oproepen zouden moeten worden gepubliceerd.²⁹³

In de tweede plaats stelt het beginsel eisen aan de formulering van de selectie- of gunningscriteria. Deze moeten zo geformuleerd zijn dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.²⁹⁴ Volgens het arrest *Succhi di Frutta* moeten '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 opletende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om met terdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn'.²⁹⁵

In de derde plaats moet de aanbestedende dienst ook consistentie betrachten. De betrokken criteria moeten gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze door haar worden uitgelegd en zij mogen niet worden gewijzigd.²⁹⁶

Zoals al hierboven gezegd is, ontwikkelt het transparatiebeginsel zich in de richting van een algemeen rechtsbeginsel, hetgeen onder meer betekent dat het ook daar van toepassing is, waarin het niet expliciet is geregeld.²⁹⁷ Dit betekent ook dat het beginsel mogelijk naar andere gebieden geëxtrapoleerd kan worden dan die van aanbestedingsrecht en het verlenen van dienstenconcessies. Waar de grenzen liggen is voornamelijk niet duidelijk. Het lijkt niet aannemelijk dat overal waar het gelijkheidsbeginsel in beeld komt alle uit het transparatiebeginsel voort-

291. Zaak C-231/03, *Coname*, Jur. 2005, p. I-7287.

292. Zaak C-410/04, *ANAV*, n.n.g., onder verwijzing naar een eerder arrest in zaak C-458/03 *Parking Brixen*, Jur. 2005, p. I-8612. Over de mogelijk verstreckende gevolgen van de laatstgenoemde zaak zie de noot van J.M.P. Janssen in *SEW* 2006, p. 171-174.

293. Vgl. *Pijnacker Hordijk* 2004 p. 102 onder meer onder verwijzing naar Interpretatieve mededeling van de Commissie inzake concessieovereenkomsten, PB 2000, C 101/2 paragraaf 3.1.3.

294. Zaak C-19/00, *SIAC* Jur. 2001 p. I-7725 en C-448/01, *Wienstrom* Jur. 2003, p. I-14527.

295. Zaak C-496/99 P, *Succhi di frutta*, Jur. 2004 p. I-03801, r.o. III. Vgl. ook Pres. CBB 17 oktober 2005, AB 2006, 46, m.nt. JHvdV.

296. Zaak C-19/00, *SIAC* Jur. 2001 p. I-7725 en C-448/01, *Wienstrom* Jur. 2003, p. I-14527.

297. Zie in dit verband bijv. ook de ontwikkeling van het beginsel van effectieve rechtsbescherming sinds het arrest *Johnston*.

vloeiende vereisten, zoals hierboven aangegeven, inclusief de positieve verplichtingen tot openbaarmaking, zouden moeten gelden. Daarbij ligt het voor de hand om van geval tot geval te bezien welke concrete uit het transparantiebeginsel voortvloeiende verplichtingen ook daadwerkelijk opgelegd worden.²⁹⁸

Wel kan met een grote mate van zekerheid gesteld worden dat, naast aanbestedingen, het transparantiebeginsel en de daaruit voortvloeiende vereisten, zoals hierboven uiteengezet, in ieder geval opgaan voor objectieve verdelingsmechanismen, waarbij aanvragen met elkaar worden vergeleken en enkel één of een beperkt aantal van die aanvragen gehonoreerd kan worden.²⁹⁹

5.5.4 *Het transparantiebeginsel en het Nederlands (bestuurs)recht*

Het transparantiebeginsel, zoals hierboven omschreven, heeft ook zijn intrede gedaan in het Nederlands recht. In de eerste plaats en om vrij evidente redenen in het aanbestedingsrecht, zowel in gevallen waarin de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing waren als in gevallen waarin vrijwillig voor aanbesteding gekozen werd.³⁰⁰ Ook het transparantiebeginsel met betrekking tot dienstenconcessies wordt in Nederland overeenkomstig het Europese recht toegepast.³⁰¹

Als zodanig wordt het transparantiebeginsel thans niet in de Awb gecodificeerd. Wel worden aspecten van het beginsel, zoals deze op Europees niveau gestalte hebben gekregen, – geheel of ten dele – bestreken door bestaande al dan niet in de Awb opgenomen 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.³⁰² Desalniettemin kan de vraag worden opgeworpen of het transparantiebeginsel op deze wijze voldoende is afgedekt.

In de eerste plaats zou ter wille van de duidelijkheid overwogen kunnen worden om het transparantiebeginsel als zodanig in de Awb te expliciteren, in plaats van het hanteren van bestaande beginselen als een vehikel voor transparantievereisten. Aldus wordt de samenhang tussen deze beginselen gearticuleerd.

In de tweede plaats lijkt het transparantiebeginsel ook verdergaande eisen te stellen dan die welke uit Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur of de Awb kunnen worden afgeleid.³⁰³ Zoals hiervoor aangegeven eist het beginsel dat selec-

298. Voor een waarschuwing tegen te ver gaande doortrekking zie ook Pijnacker Hordijk 2004, p. 100.

299. Zie hierover in het bijzonder Van Ommeren 2004. Uiteraard kunnen ook specifieke bepalingen van Europees recht transparantievereisten opleggen, buiten het kader van een verdelingsmechanisme om. Vgl. art. 10 Dienstenrichtlijn (zie par. 1.4).

300. Vgl. onder meer HR 4 november 2005, NJ 2006, 204, HR 4 april 2003 NJ 2004, 35 en Pres. CBB 17 oktober 2005, AB 2006, 46.

301. Voorzieningenrechter rb. Utrecht, 16 augustus 2005, Parkeer Management Nederland Holding bv/Gemeente Zeist, en Q park Exploitatie, 199214/KGZA 05-788 en 198424 KGZA 05-729, LJN: AU 1933, besproken in Van den Berge 2005.

302. Zie Van Ommeren 2004, p. 44-52.

tie- en toekenningscriteria – of in meer algemeen-bestuursrechtelijke termen: de gronden voor en de wijze waarop een vergunning zal worden verleend – van tevoren bekend worden gemaakt. Van deze criteria mag het bestuur om redenen van consistentie niet afwijken. De Awb kent geen algemene verplichting van bestuursorganen om bij het gebruik van hun bevoegdheden gehanteerde regels uitdrukkelijk vast te leggen en algemeen bekend te maken. Op grond van artikel 4:81 lid 1 Awb zijn bestuursorganen gerechtigd, maar niet verplicht om vaste gedragsregels over de toepassing van een bevoegdheid, in (algemeen bekend gemaakte) beleidsregels vast te leggen. Heeft het bestuur een gedragsregel in een beleidsregel vastgelegd, dan kan bovendien de in artikel 4:84 Awb voorziene algemene bestuurlijke bevoegdheid om van beleidsregels af te wijken op gespannen voet staan met het in het transparantiebeginsel geïmpliceerde consistentiebeginsel. Wil men titel 4.3 (beleidsregels) geschikt maken voor de doorwerking van het transparantiebeginsel, dan moet – in het geval het beginsel dit eist – een verplichting tot het opstellen van beleidsregels kunnen worden voorgeschreven. Bovendien zou in de toelichting op artikel 4:84 Awb moeten worden aangegeven dat voor afwijking van de hiervoor genoemde beleidsregels in beginsel geen plaats.

Het inbouwen van het transparantiebeginsel in de Awb lijkt op dit moment nog niet urgent. De positiefrechtelijke betekenis van het beginsel voor het bestuursrecht is immers nog beperkt, vooral omdat aanbesteding in Nederland meestal privaatrechtelijk is georganiseerd. Naar onze inschatting zal de relevantie van het beginsel in de nabije toekomst echter wel aanzienlijk toenemen. Zoals blijkt uit de oratie van Van Ommeren kiest de bijzondere wetgever bij de verdeling van zogenoemde ‘schaarse vergunningen’ – dat zijn vergunningen waarvoor meer aanvragers zijn dan vergunningen – voor andere verdelingsmechanismen dan het systeem van ‘*first come, first served*’, bijvoorbeeld voor de vergelijkende toets (*beauty contest*), de veiling of aanbesteding. Bij dergelijke systemen van verdeling is het transparantiebeginsel van groot belang. Het belang van het beginsel zal al op korte termijn verder toenemen in verband met de implementatie van de hiervoor genoemde Dienstenrichtlijn, die binnenkort door de EU zal worden vastgesteld. Alsdan zal het beginsel immers voor een mogelijk grote groep (schaarse en niet-schaarse) vergunningen dwingend worden voorgeschreven. Wil de Awb zijn ambitie als algemene wet blijven waarmaken, dan is het inbouwen van het transparantiebeginsel in de Awb wellicht urgenter dan het thans lijkt.

Overigens roept het voorgaande de vraag op of met het codificeren van het beginsel kan worden volstaan en of niet ook de aanvraagprocedures van de Awb in meer algemene zin nadere doordinking behoeven. In de huidige procedures staat voorop dat het bestuur binnen een bepaalde termijn moet beslissen over een individuele aanvraag om een vergunning. Daarbij wordt weinig rekening gehouden met het gegeven dat het bestuur bij steeds meer besluiten – vaak onder invloed van het EG-recht – op een of andere wijze een vergelijking moet maken tussen de diverse aanvragers. Van deze trend, die zou kunnen worden aangeduid

303. Zie Van Ommeren 2004, p. 49-52.

als de economisering van de vergunningverlening, ziet men in de Awb nog geen spoor. Op dit punt wordt in paragraaf 10.4 teruggekomen.

5.6 SPECIFIEKE EISEN AAN DE BESTUURLIJKE BESLUITVORMING IN SECUNDAIRE EG-REGELGEVING

5.6.1 Inleiding

Het is geen nieuws dat in de EG-regelgeving steeds vaker eisen worden gesteld aan de bestuurlijke besluitvorming in de lidstaten. Iets wat men daarbij steeds vaker ziet is dat nationale bestuursorganen ontwerp-besluiten moeten aanmelden bij de Commissie, die over het besluit een al dan niet bindend oordeel moet geven. Hangende de beoordeling door de Commissie geldt een zogenoemde *standstill*-verplichting. De bindende variant ziet men bij de – in hoofdstuk 6 te bespreken verstreking van mogelijke staatssteun in de zin van artikel 87 EG. In artikel 7 van de Kaderrichtlijn Telecommunicatie wordt met betrekking tot specifiek aangeduide ontwerp-maatregelen bepaald dat zij bij de Commissie moeten worden aangemeld. Bij de meeste van deze maatregelen heeft de Commissie het recht om opmerkingen te maken, waarmee de nationale autoriteiten rekening moeten houden. Bij sommige heeft de Commissie vetorecht.³⁰⁴ Zoals ook in hoofdstuk 6 wordt aangegeven, roepen dergelijke verplichtingen de vraag op of artikel 4:15 Awb niet zou moeten voorzien in de mogelijkheid van opschorting van de nationale beslistermijn in afwachting van de reactie van de Commissie.

Behalve deze aanmeldingsverplichting worden in de secundaire EG-regelgeving allerlei andere onderwerpen van de bestuurlijke besluitvorming op specifieke terreinen geregeld. Het is in het kader van dit onderzoek niet mogelijk om een overzicht van dergelijke bepalingen te geven. Wel zal hierna ten aanzien van drie specifieke terreinen – het communautaire douanerecht, de Europese landbouwsubsidies en de Dienstenrichtlijn – worden bekeken hoe diverse aspecten van bestuurlijk besluitvormingsrecht ongeveer geregeld zijn. Aldus wordt duidelijk dat deze regelingen nogal eens afwijken van die van de Awb, en voorts dat deze regelingen ook onderling afwijkend zijn.

5.6.2 Het communautaire douanerecht

Ter uitvoering van het CDW en de communautaire uitvoeringsregelgeving is medio 2006 een wetsvoorstel Algehele herziening van de douanewetgeving bij de Tweede Kamer ingediend.³⁰⁵ Uit het voorstel blijkt dat zich bij diverse onderwerpen die te maken hebben met de bestuurlijke besluitvorming spanningen voordoen tussen het communautaire douanerecht en de Awb. Ter illustratie kan op de volgende onderwerpen worden gewezen.³⁰⁶

304. Richtlijn 2002/21/EG, inzake een gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten, Pb EG 2002, L108/33. Zie Ottow 2006, p. 180-195.

305. Kamerstukken II 2005-2006, 30 580, nrs. 1-4.

- a Vertegenwoordiging: de artikelen 5 en 64 van de CDW bevatten regels met betrekking tot vertegenwoordiging in de primaire besluitvormingsfase, die deels afwijken van en deels overlappen met de regeling in de artikelen 2:1 en 2:2 Awb. In artikel 1:8 van het wetsvoorstel zijn deze artikelen voor de primaire fase daarom 'uitgeschakeld'. Voor de fase van bezwaar en beroep blijven zij wel gelden.
- b De te gebruiken taal: in de diverse artikelen van de TCDW worden de in douanerecht te gebruiken talen gelimiteerd tot de officiële talen van de Gemeenschap. Omdat Fries geen officiële EG-taal is, wordt in artikel 1:6 lid 1 van het wetsvoorstel afdeling 2.2 van de Awb buiten toepassing verklaard.
- c De aanvraag(procedure): omdat bijvoorbeeld de artikelen 6 en 881 CDW, alsmede diverse bijlagen regels bevatten over de aanvraag in douanezaken wordt artikel 4:2 Awb in artikel 1:18 lid 8 van het voorstel buiten toepassing verklaard. Bovendien wordt in artikel 1:19 lid 9 van het voorstel artikel 4:5 lid 1 Awb buiten toepassing verklaard bij verzoeken om bindende tariefinlichtingen, bindende oorspronginlichtingen, terugbetaling of kwijtscheldingen, omdat artikel 6 lid 4 en 881 lid 3 en 4 TCDW een eigen regeling bevatten, die in beperkte mate van de Awb afwijkt. Deze regeling komt erop neer dat de douaneautoriteiten in geval van een onvolledige aanvraag de aanvrager moeten verzoeken hen de ontbrekende gegevens te verstrekken. Zolang de autoriteiten niet over de benodigde gegevens beschikken, gaat de beslistermijn niet lopen en hoeft er geen besluit te worden genomen. Anders dan onder artikel 4:5 lid 1 Awb, wordt er geen aanvullingstermijn gegeven en leidt niet-aanvulling niet tot het buiten behandeling laten van de aanvraag.
- d Verlenging van de beslistermijn: omdat artikel 6 lid 2 CDW een eigen regeling bevat omtrent deze verlenging die iets afwijkt van de regeling in artikel 4:14 Awb, wordt artikel 4:14 Awb in artikel 1:18 lid 12 van het voorstel buiten toepassing verklaard.

Overigens gaat de buitentoepassingverklaring van de Awb in het wetsvoorstel niet verder dan noodzakelijk. Zo worden Awb-bepalingen niet uitgesloten wanneer zij vrijwel identiek zijn aan bepalingen van de CDW. Dit geldt bijvoorbeeld voor artikel 4:13 Awb (beslistermijn). Bovendien blijven aanvullende verplichtingen uit de Awb in stand als de CDW hiervoor ruimte laat en zij de toepassing van de CDW niet belemmeren. Zo geldt afdeling 4.1.2 (hoorplicht) voor de toepassing van de CDW-bevoegdheden tot intrekking of wijziging van douanebeschikkingen (artt. 8 en 9 CDW).

306. Daarnaast kent het voorstel diverse afwijkingen van de Awb, die te maken hebben met het feit dat het CDW ook niet-schriftelijke beschikkingen als beschikking aanmerkt (zie par. 4.2). Voor deze mondelinge beschikkingen geldt bijvoorbeeld een ander inwerkingtredings- en bekendmakingsregiem dan dat van van artt. 3:40 en 3:41 Awb en zijn de plicht om de rechtsmiddelen te vermelden (art. 3:45 Awb) en de hoorplicht (afd. 4.1.2 Awb) buiten toepassing verklaard. Zie art. 1:18 lid 4, 5, 6 en 11 van het voorstel.

5.6.3 Europese landbouwsubsidies

Als gevolg van de fundamentele herziening van het Gemeenschappelijke Landbouwbeleid (GLB) wordt sinds 2006 niet langer de productie van landbouwproducten gesubsidieerd, maar het inkomen van de landbouwers. Deze steun is afhankelijk van de steun die men voorheen gemiddeld in de referentiejaar 2000 tot en met 2002 ontving.³⁰⁷ Omdat alle aanvragen – in Nederland: 90.000 aanvragen – binnen een specifieke termijn moeten zijn beslist en aanvragen bovendien moeten worden gecontroleerd op subsidiabiliteit, schrijft de Europese regelgeving strikte termijnen en een strikte termijnbewaking voor. De aanvraagprocedure staat daardoor op gespannen voet met vooral artikel 4:5 Awb.

De Europese regels omtrent aanvragen zijn te vinden in Verordening (EG) nr. 796/2004,³⁰⁸ en schrijven kort en goed de volgende procedure voor. Aanvragen om steun moeten uiterlijk worden ingediend op een door de lidstaat vast te stellen datum die niet later is dan 15 mei (art. 12 lid 2). In Nederland kunnen in 2006 aanvragen van 1 april tot en met 15 mei worden ingediend.³⁰⁹ De aanvragen moet alle gegevens bevatten die nodig zijn om te bepalen of aanspraak op steun kan worden gemaakt (art. 12 lid 1); deze eis van volledigheid wordt in de daarop volgende bepalingen nader gespecificeerd. De artikelen 21 en 21bis van de verordening bevatten vervolgens een regeling voor de te late indiening, die erop neerkomt dat, behoudens overmacht en bijzondere omstandigheden, per dag dat de aanvraag te laat is ingediend een verlaging van 1 (art. 21) of 4% (art. 21bis) per werkdag wordt toegepast op de bedragen waarop de landbouwer recht zou hebben gehad als de (volledige) aanvraag tijdig was ingediend. Bij een overschrijding van de termijn van meer dan 25 werkdagen wordt de aanvraag afgewezen. In overweging 27 van de verordening wordt deze strikte regeling als volgt gemotiveerd.

‘Inachtneming van de termijnen voor de indiening van steunaanvragen (...) en de bewijsstukken, contracten of aangiften is absoluut noodzakelijk om de nationale overheidsdiensten in staat te stellen doeltreffende controles op de juistheid van de steunaanvragen te programmeren en vervolgens uit te voeren. (...) Bovendien moeten kortingen worden toegepast om de landbouwers ertoe aan te zetten de termijnen in acht te nemen.’

Deze regeling ‘spoort’ om diverse redenen niet met het systeem van de Awb. Volgens artikel 4:5 lid 1 Awb kan een ‘onvolledige’ aanvraag buiten behandeling worden gelaten, mits de aanvrager in de gelegenheid wordt gesteld de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. De Europese regelgeving kent alleen de volledige aanvraag en die kan tot en met 15 mei worden ingediend. Lukt dat niet, dan treedt het kortingsregiem van de artikelen 21 en 21bis in werking. Deze regelgeving sluit op zich niet uit dat aanvragen door de uitvoerende instantie op volledigheid worden gecontroleerd en dat landbouwers

307. Verordening (EG), nr. 1782/2003, van de Raad van 29 september 2003, PbEG 2003, L 270, uitgewerkt in Regeling GLB-inkomenssteun 2006, Stcrt. 2005, nr. 235.

308. PbEG 2004, L141, uitgewerkt in Regeling GLB-inkomenssteun 2006, Stcrt. 2005, nr. 235.

309. Vergelijk art. 55 van de Regeling Inkomenssteun GLB 2006.

in de gelegenheid worden gesteld een onvolledige aanvraag aan te vullen. Daarbij kan echter geen extra aanvullingstermijn worden verleend; op uiterlijk 15 mei moet de aanvraag binnen zijn. Controleert de uitvoerende instantie de volledigheid van aanvragen niet of ziet zij een onvolledigheid over het hoofd – gelet op de grote aantallen moet dat niet worden uitgesloten – dan zullen onvolledigheden pas blijken bij de latere besluitvorming. Omdat de aanvraag alsdan niet volledig is, zal dat leiden tot afwijzing. Artikel 4:5 Awb heeft dan geen betekenis.

Aan het voorgaande kan nog worden toegevoegd dat de aanvraag op 15 mei moet zijn *ontvangen* door de uitvoerende instantie. Anders dan in Nederland, waarin voor al dan niet tijdig indienen van aanvragen wordt uitgegaan van de verzendtheorie,³¹⁰ acht het Hof van Justitie een aanvraag om landbouwsubsidies pas tijdig ingediend als deze uiterlijk de laatste dag van de aanvraagperiode door de uitvoerende instantie is ontvangen.³¹¹ Deze opvatting heeft overigens alleen betekenis voor het indienen van aanvragen op het terrein van de landbouwsubsidies, omdat de Europese regelgeving op dit punt een uitputtende regeling bevat. Zij geldt bijvoorbeeld niet voor het maken van bezwaar of het instellen van beroep. Zolang een Europese regeling daaromtrent niets bepaalt, kan Nederland op grond van het beginsel van processuele autonomie ten aanzien hiervan de verzendtheorie van artikel 6:9 Awb toepassen.

Anders dan in het douanerecht, worden de afwijkingen van de Awb niet precies aangegeven in de nationale uitvoeringsregelgeving. Dat is ook niet goed mogelijk aangezien de nationale uitvoeringsregels zijn opgenomen in gedelegeerde regelingen die uiteindelijk zijn gebaseerd op de Landbouwwet. In zo'n gedelegeerde regeling kan niet worden afgeweken van bijvoorbeeld artikel 4:5 Awb. In de praktijk lossen de nationale uitvoerders de spanningen met de Awb op door de EG-regels rechtstreeks toe te passen en artikel 4:5 Awb buiten toepassing te laten.

5.6.4 Dienstenrichtlijn

Zoals in paragraaf 1.4 aangegeven, bevat de Dienstenrichtlijn diverse verplichtingen met betrekking tot vergunningstelsels 'betreffende de toegang tot of uitoefening van dienstactiviteiten'. Deze hebben deels betrekking op administratieve vereenvoudiging en beogen voor een ander deel te voorkomen dat door middel van deze stelsels de vrijheid van vestiging van dienstverleners nodeloos wordt beperkt. De richtlijn moet drie jaar na haar inwerkingtreding zijn omgezet. In paragraaf 5.5 zijn reeds verplichtingen uit de richtlijn, die samenhangen met het transparantiebeginsel, besproken. Op deze plaats worden drie andere bepalingen vermeld die voor vergunningprocedures van belang zijn en wordt voorts aangegeven hoe zij zich verhouden tot de Awb.³¹²

- a Eénloketten (art. 6): onder de wat wonderlijke benaming 'éénloketten' wordt in dit artikel bepaald dat alle procedures en formaliteiten die nodig zijn voor

310. Door analoge toepassing van artikel 6:9 Awb. Vergelijk CBB 4 mei 1999, AB 1999, 260, m.nt. JHvdV.

311. Zaak C-171/03, Toeters en Verberk, AB 2005, 66, m.nt. RW.

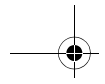
312. Daarnaast zijn er bepalingen die niet op gespannen voet lijken te staan met de Awb, zoals art. 10 lid 6 (motiveringsplicht, rechtsmiddelverwijzing) en art. 13 lid 6 (onvolledige aanvraag).

de toegang tot de dienstenactiviteit (onder meer verklaringen, kennisgevingen en vergunningaanvragen) en vergunningaanvragen die nodig zijn voor de uitoefening van een dienstenactiviteit kunnen worden afgewikkeld bij centrale contactpunten (éénloketten). De invoering hiervan doet overigens geen afbreuk aan de verdeling van de taken en bevoegdheden tussen de verschillende instanties binnen een nationaal systeem. Een dergelijk éénloketvoorziening is in de Awb thans niet geregeld, terwijl niet is uitgesloten dat ook in Nederland voor de toegang en uitoefening van dienstenactiviteiten vergunningen van diverse bestuursorganen nodig zijn. Wil Nederland aan deze verplichting voldoen, dan moet regeling van dit onderwerp in de Awb ten minste worden overwogen. Wellicht kan daarbij het voorontwerp Wet samenhangende besluiten als vertrekpunt dienen.

- b Elektronische procedures (art. 8): ingevolge deze bepaling moeten de lidstaten erop toezien dat alle procedures en formaliteiten in verband met de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit 'eenvoudig, op afstand en elektronisch bij het betrokken éénloket en de bevoegde instanties kunnen worden afgewikkeld'. Deze verplichting gaat beduidend verder dan artikel 2:15 lid 1 Awb, op grond waarvan elektronisch verkeer met een bestuursorgaan alleen mogelijk is 'voor zover het bestuursorgaan kenbaar heeft gemaakt dat deze weg is geopend'. Voor 'diensten' schiet deze bepaling derhalve te kort.
- c Beslistermijn (art. 13 lid 3): dit artikel bepaalt dat vergunningaanvragen zo snel mogelijk en in elk geval binnen een redelijke, vooraf bekendgemaakte termijn worden behandeld. De termijn gaat in op het tijdstip waarop alle documenten zijn ingediend. De beslistermijn kan, als dit gerechtvaardigd wordt door de complexiteit van de zaak, éénmaal voor een beperkte periode worden verlengd. Deze verlenging en de duur ervan moeten behoorlijk worden gemotiveerd en worden medegedeeld aan de aanvrager, voordat de eerste beslistermijn is verlopen. Zien wij het goed, dan wijkt deze bepaling – hoewel zij op onderdelen anders is geformuleerd – materieel niet erg veel af van de Awb-regeling van beslistermijnen in afdeling 4.1.3 Awb. Alleen de verlenging van de beslistermijn lijkt in de richtlijn wat strakker geregeld dan in artikel 4:14 lid 1, Awb, omdat zij onder de richtlijn gerechtvaardigd moet worden door de complexiteit van de zaak en bovendien behoorlijk moet worden gemotiveerd.

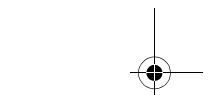
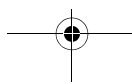
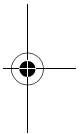
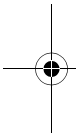
5.6.5 Conclusie

Europese regelingen bevatten steeds vaker bindende bepalingen omtrent de bestuurlijke besluitvorming. Deze wijken nogal eens af van de Awb. In het douanerecht gaat het om onderwerpen als de machtiging, de te gebruiken talen, de aanvraag(procedure) en de beslistermijn, bij de landbouwsubsidies met name om de aanvraagprocedure. Omdat deze afwijkingen op beide terreinen worden voorgeschreven in een verordening, blijft de Awb op deze punten buiten toepassing. In het douanerecht zijn in verband met de Awb specifieke voorzieningen opgenomen in het wetsvoorstel Algehele herziening douanewetgeving. Van de Awb afwijkende bindende voorschriften omtrent de bestuurlijke besluitvorming



ziet men ook in de Dienstenrichtlijn. Omzetting hiervan kan nopen tot aanpassing van de Awb. Op dit punt wordt in paragraaf 10.2.3 in meer algemene zin teruggekomen.

Wat daarnaast opvalt, is dat de Europese regelingen onderling nogal verschillend zijn. Kent bijvoorbeeld het Europese douanerecht en ook de Dienstenrichtlijn een regeling voor de aanvulling van aanvragen die nog in hoge mate lijkt op die van artikel 4:5 Awb, bij landbouwsubsidies geldt een veel striktere regeling die nauwelijks ruimte laat voor het aanvullen van aanvragen. Deze verschillen hebben uiteraard alles te maken met de behoeften van het specifieke terrein, maar maken duidelijk dat op Europees niveau geen uniforme concepten worden gehanteerd. In paragraaf 10.4 komen we op dit punt terug.



6 Subsidies en handhaving

6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden de spanningen onderzocht tussen het EG-recht en de Awb op twee bijzondere terreinen, namelijk die van de subsidies en de handhaving. Bij de subsidies ligt de nadruk op de verlening en intrekking/terugvordering van subsidies die ongeoorloofde staatssteun in de zin van artikel 87 EG kunnen zijn, maar wordt ook enige aandacht besteed aan de Europese subsidies. Onder handhaving wordt zowel ingegaan op het toezicht op de naleving, als op de bestuursrechtelijke sanctiëring.

6.2 SUBSIDIES

In dit onderdeel wordt gezien in hoeverre de bepalingen in de subsidietitel van de Awb voldoen aan de algemene en specifieke eisen die het EG-recht stelt. Een deel van dit onderwerp – onrechtmatige staatssteun en de terugvordering daarvan – is reeds voorwerp geweest van een eerdere studie die in opdracht van het WODC is verricht door de Universiteit van Tilburg.³¹³ Dit rapport zal als vertrekpunt worden gehanteerd bij de beschrijving van de spanningen tussen de Awb en het Europese recht waar het betreft de terugvordering van staatssteun in de vorm van subsidies die gelet op het EG-recht onrechtmatig is verstrekt.

6.2.1 Nationaal recht

Algemene regels omtrent subsidies zijn opgenomen in de subsidietitel van de Awb (titel 4.2), ingevoerd bij de derde tranche³¹⁴ en in werking getreden op 1 januari 1998. Deze bevat een zestigtal bepalingen die een wettelijk kader geven voor alle subsidies van het Rijk en decentrale overheden.

Als een subsidie in de zin van titel 4.2 wordt aangemerkt: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. In de subsidietitel staat centraal de eis dat een subsidie een wettelijke grondslag heeft (art. 4:23 Awb). De eis dat een nationaal wettelijk voorschrift de grondslag vormt voor verstrekking van een subsidie geldt evenwel onder meer niet indien de subsidie rechtstreeks op grond van een door de Raad van de EU, het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of de Commissie van de EG vastgesteld programma wordt verstrekt (art. 4:23 lid 3 onder b Awb). Met het begrip 'programma' wordt bedoeld op Europese regelingen die

³¹³. De Waard e.a. 2005.

³¹⁴. Stb. 1996, 333.

niet de vorm van een verordening hebben, zoals 'Mededelingen' en 'Richtsnieren' die door de Commissie worden gehanteerd bij de verstrekking van financiële middelen aan aanvragers.³¹⁵ Indien Europese subsidies worden verstrekt op grond van een verordening, kan de bevoegdheid voor Nederlandse bestuursorganen voortvloeien uit deze verordening, doch zal veelal naar Nederlands recht bij wettelijk voorschrift het tot subsidieverstrekking bevoegde bestuursorgaan moeten worden aangewezen.

Recentelijk is deze materie aan de orde geweest in ABRvS 19 april 2006, JB 2006/155. De Afdeling overwoog in deze uitspraak ten eerste dat, ongeacht de vraag of een bestuursorgaan op nationaal niveau een bevoegdheid rechtstreeks aan een Europese verordening kan ontleen, de subsidieverstrekking in casu een wettelijke grondslag ontbeerde, waar niet was voorzien in een nationale wettelijke regeling waarin de lidstaat had bepaald dat een bepaald bestuursorgaan – in casu provinciale staten van Flevoland dan wel het college – de bevoegdheid had uit de aan de Staat toegekende Europese gelden subsidies te verstrekken en onder welke voorwaarden dat diende te gebeuren. De uitzonderingsbepaling van artikel 4:23 lid 3 onder b Awb was hierop niet van toepassing, omdat de subsidie in het kader van in casu het EOGFL-O aan hen die de nationale projecten uitvoerden niet rechtstreeks op basis van een EU-subsidieprogramma werd verstrekt. Ten tweede overwoog de Afdeling ter zake van de subsidie die op grond van het LEADER II-programma was verstrekt, dat uit dat programma niet kon worden afgeleid welk nationaal bestuursorgaan bevoegd was deze subsidie te verstrekken. Waar de subsidie niet rechtstreeks op basis van het LEADER II-programma kon worden verleend, was daarvoor, ongeacht de vraag of een bestuursorgaan op nationaal niveau een bevoegdheid rechtstreeks aan een Europese verordening kon ontleen, een aanvullende wettelijke bevoegdheidsbepaling vereist.

In het systeem van de subsidietitel van de Awb worden verschillende fasen in het proces van subsidieverstrekking – van aanvraag tot betaling en zo nodig terugvordering – onderscheiden. De aanvraag tot subsidie wordt overigens niet in de subsidietitel geregeld. Hierop zijn in beginsel de algemene Awb-regels betreffende de aanvraag van toepassing (art. 4:1 Awb e.v.).

De eerste fase betreft de beschikking tot *subsidieverlening* (art. 4:29 Awb e.v.). Als gevolg hiervan ontstaat bij de adressaat een aanspraak op subsidiegelden. Artikel 4:35 Awb geeft aan in welke gevallen de subsidieverlening in ieder geval kan worden geweigerd. Aan de verleningsbeschikking kunnen voorwaarden (zie art. 4:33 Awb over de ontoelaatbare voorwaarden) en verplichtingen (art. 4:37 Awb inzake standaardverplichtingen, art. 4:38 inzake overige doelgebonden verplichtingen en artikel 4:39 Awb inzake niet-doelgebonden verplichtingen) worden verbonden.

Ten tweede is er de beschikking tot *subsidievaststelling* (art. 4:42). Hierbij wordt beoordeeld in hoeverre de activiteit is verricht en in hoeverre aan de subsidieverplichtingen is voldaan. Vervolgens wordt het subsidiebedrag definitief vastgesteld. Ingevolge artikel 4:46 geschiedt deze vaststelling in beginsel overeenkom-

315. Vgl. Van Angeren & Den Ouden 2005 p. 148.

stig de verleningsbeschikking, maar lid 2 geeft vier redenen op grond waarvan de subsidie lager kan worden vastgesteld. Zowel de verlenings- als de vaststellingsbeschikking kunnen worden gewijzigd of ingetrokken (art. 4:48 betreft de bevoegdheid tot intrekking of wijziging en de gronden waarop de intrekking of wijziging van de subsidieverlening ex tunc kan plaatsvinden, art. 4:49 regelt de intrekking of wijziging ex tunc van de subsidievaststelling en art. 4:50 betreft de intrekking of wijziging van de subsidieverlening ex nunc).

Ten derde is er het moment van *uitbetaling* van de subsidie, een rechtshandeling naar burgerlijk recht (art. 4:52 Awb). In dit verband is van belang dat veelal reeds direct na de subsidieverlening bij wijze van voorschot geld wordt betaald (art. 4:54 Awb), dat later na de subsidievaststelling moet worden verrekend en kan leiden tot *terugvordering* van onverschuldigde betalingen, met een verjaringstermijn van vijf jaar (art. 4:57 Awb). Terugvordering van reeds uitgekeerde gelden kan natuurlijk ook aan de orde zijn na intrekking of wijziging van een vaststellingsbeschikking. Artikel 4:57 Awb bevat overigens zelf niet de grondslag voor het nemen van een terugvorderingsbesluit. Overigens dient erop te worden gewezen dat artikel 4:57 Awb zelf niet de grondslag bevat voor het nemen van het besluit tot terugvordering. Het geeft slechts de begrenzing aan van de termijn waarbinnen kan worden teruggevorderd. Voor het nemen van een besluit tot terugvordering bestaat wel een algemene ongeschreven juridische grondslag. De ABRvS heeft in 1996 aanvaard dat het algemene rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd ook in het bestuursrecht geldt.³¹⁶ Blijkens enkele uitspraken van lagere bestuursrechters zien deze een grondslag voor terugvordering van als subsidie verstrekte ongeoorloofde staatssteun in het EG-recht, meer in het bijzonder in artikel 88 lid 2 EG juncto de negatieve beschikking van de Europese Commissie.³¹⁷

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat de Awb geen grondslag bevat voor de *vordering van rente* over de onverschuldigd betaalde subsidiebedragen. Ook het ongeschreven bestuursrecht bevat deze niet.³¹⁸ Naar het oordeel van de ABRvS kan deze grondslag ook niet worden gevonden in het EG-recht. In een tweetal uitspraken van 11 januari 2006³¹⁹ overweegt de ABRvS dat een dergelijke vordering een specifieke wettelijke grondslag vereist, welke niet kan worden gevonden in het communautaire recht, in het bijzonder niet in artikel 14 lid 2 van Verordening nr. 659/1999, in de terugvorderingsbeschikking van de Commissie en in artikel 87 lid 1 EG. De minister, die zich in het bijzonder had beroepen op eerstgenoemde bepaling, had derhalve ten onrechte gemeend een publiekrechtelijke bevoegdheid tot vordering van deze rente te hebben. Wel zou een dergelijke vordering – volgens de Afdeling – kunnen worden gebaseerd op het burgerlijke recht. Daartoe moet het overheidslichaam wel een aparte procedure bij de burger-

316. ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496.

317. Vgl. Rb. Zutphen, 20 mei 2003, LJN-nummer AF9788.

318. Vgl. ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123.

319. ABRvS 11 januari 2006, JB 2006, 54 en ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. W. den Ouden; Gst. 7254, 98, m.nt. R.J.M. van den Tweel.

lijke rechter voeren. Bovendien staat niet bij voorbaat vast dat de rentevordering in deze procedure zal worden gehonoreerd.³²⁰

Naast de algemene regeling van subsidies in de Awb kent het Nederlandse subsidierecht vele *bijzondere subsidieregelingen*. Deze regelen niet alleen de specifieke bevoegdheidsgrondslag tot subsidieverstreking, maar bevatten onder meer ook specifieke regels betreffende de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om voor subsidie in aanmerking te komen. Soms wijken zij op onderdelen af van de bovenbeschreven subsidieregels van de Awb. In dit onderzoek is vanwege het algemene karakter en de relevantie ervan in het bijzonder de Kaderwet LNV-subsidies betrokken.³²¹ Ten aanzien van de bevoegdheid van de Minister van LNV om subsidies te verstrekken bepaalt artikel 5 dat deze dient te zijn neergelegd in een AMvB of ministeriële regeling, tenzij het met name gaat om een subsidie als bedoeld in artikel 4:23 lid 3 Awb, een subsidie derhalve die rechtstreeks is gebaseerd op een Europees programma, zodat geen wettelijke grondslag nodig is (zie supra). De Kaderwet LNV-subsidies bevat verder enkele bepalingen waarin wordt afgeweken van de Awb, alsmede bepalingen die een aanvulling vormen van de Awb-subsidieregeling. In het bijzonder kan worden gewezen op artikel 6. Een aanvraag kan ingevolge lid 1 worden afgewezen en een beschikking, inhoudende de verstrekking van een subsidie op grond van de Kaderwet LNV-subsidies, kan worden ingetrokken of gewijzigd voor zover subsidieverstreking in strijd zou zijn met ingevolge een verdrag voor de staat geldende verplichtingen. Op grond van lid 2 kan bij de intrekking of wijziging worden bepaald dat over onverschuldigd betaalde subsidiebedragen een rentevergoeding verschuldigd is. Ingevolge lid 3 werkt de intrekking of wijziging terug tot en met het tijdstip waarop de subsidie is verstrekt, tenzij bij de intrekking of wijziging anders is bepaald. Op grond van lid 4 zijn de verjaringsbepalingen, artikel 4:49, lid 3 en artikel 4:57 van de Awb, niet van toepassing op de intrekking of wijziging, bedoeld in het eerste lid.

Bij een bespreking van het Nederlands subsidierecht mag ten slotte niet onvermeld blijven de kwestie in hoeverre bij intrekking of terugvordering van subsidie het vertrouwensbeginsel een rol speelt. Hier zij in ieder geval opgemerkt dat in gevallen waarin staatssteun niet bij de Commissie is aangemeld het EG-recht blijkens rechtspraak van het Hof van Justitie (zie nader par. 2) weinig of geen ruimte laat voor honorering van een beroep op het nationale vertrouwensbeginsel. Een uitzondering kan gelden in 'bijzondere omstandigheden'. Hiervan is blijkens recente rechtspraak van de ABRvS³²² niet snel sprake. Op de ruimte die het EG-recht laat voor toepassing van het vertrouwensbeginsel in gevallen van intrekking

320. Vergelijk Den Ouden in aantekening 8 van haar annotatie onder ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, die betwijfelt of art. 6:119 BW de door art. 14 lid 2 Procedureverordening vereiste rentevordering 'vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was' wel toestaat.

321. Wet van 17 december 1997, houdende regels inzake de verstrekking van subsidies door de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij.

322. M.n. ABRvS 11 januari 2006, JB 2006, 54 en ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. W. den Ouden; Gst. 7254, 98, m.nt. R.J.M. van den Tweel.

en terugvordering van Europese subsidies wordt verder ingegaan in paragraaf 6.2.2.

6.2.2 *Europees recht*

Waar het betreft subsidies is EG-rechtelijk beschouwd ten eerste van belang het regime inzake *verboden staatssteun* (art. 87 e.v. EG-Verdrag). In zover nationale subsidies moeten worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 87 EG³²³ dienen zij te worden verstrekt conform de eisen die dit regime stelt. In het bijzonder dient de steunverlening ter goedkeuring te worden aangemeld bij de Europese Commissie. Als uitgangspunt geldt in dit verband dat het begrip staatssteun in artikel 87 EG blijkt de rechtspraak van de Europese rechter ruim wordt opgevat, hoewel er een beperkt aantal uitzonderingen is. Een belangrijke uitzondering betreft subsidies betreffende diensten van algemeen economisch belang, indien althans aan de voorwaarden van het arrest *Altmark*³²⁴ is voldaan. Mocht blijken dat een verstrekte subsidie verboden staatssteun inhoudt en door Nederland op last van de Commissie moet worden teruggevorderd, dan moet worden vastgesteld dat het EG-recht niet voorziet in een (uitputtende) regeling voor de gevallen waarin en de omstandigheden waaronder een begunstigde ervan uit mag gaan dat verleende steun niet kan worden teruggevorderd. Deze terugvordering geschiedt door de lidstaat conform het beginsel van procedurele autonomie via het nationale recht, zij het dat dit wordt beperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Het laatste beginsel impliceert dat nationale regelingen of praktijken geen afbreuk mogen doen aan de volle werking van het gemeenschapsrecht, waardoor de terugvordering systematisch onmogelijk wordt gemaakt.

Ruimte voor het invoeren van het nationale vertrouwensbeginsel tegen nationale besluiten tot intrekking en terugvordering van staatssteun is er, als consequentie van de toepassing van het effectiviteitsbeginsel, in zeer beperkte mate. Blijkens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie³²⁵ kunnen ondernemingen in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de verleende steun hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van artikel 88 EG is toegekend. Een behoedzaam ondernemer zal normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd. Dit alles overigens behoudens door de nationale rechter vast te stellen bijzondere omstandigheden.³²⁶ Blijkens de twee eerdergenoemde uitspraken van de ABRvS van 11 januari 2006³²⁷, waarin de Afdeling toepassing geeft aan de uitspraak *Fleuren Compost*,³²⁸ is daarvan niet snel sprake. Het in casu door de minister mogelijk gewekte vertrouwen vormde, naar het oordeel van de Afdeling, voor de ontvangers van de steun geen belem-

323. Zie hierover De Waard e.a. 2005, p. 11 e.v., alsmede Van Angeren en Den Ouden 2005, p. 83 e.v.

324. Zaak C-280/00, *Altmark*, Jur. 2003, p. I-7747, AB 2003, 410, m.nt. AdMvV.

325. O.m. Zaak C-5/89, *BUG Alutechnik*, Jur. 1990, p. I-3453 en Zaak C-24/95, *Alcan*, Jur. 1997, p. I-1591.

326. Zie m.n. ook zaak T-109/01, *Fleuren Compost*, n.n.g., AB 2004, 411, m.nt. AdMvV.

327. ABRvS 11 januari 2006, JB 2006/54 en ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. W. den Ouden; Gst. 7254, 98, m.nt. R.J.M. van den Tweel.

328. Zaak T-109/01, *Fleuren Compost*, n.n.g., AB 2004, 411, m.nt. AdMvV.

mering om – zonodig rechtstreeks bij de Commissie – te informeren of de Commissie in de steunverlening was gekend, hetgeen zij hadden nagelaten. Een beroep op het vertrouwensbeginsel slaagde derhalve niet.

Ten tweede is relevant het EG-rechtelijke regiem voor de verlening van *EG-subsidies, met name op het terrein van landbouw*. Het regime met betrekking tot de aanvraag, verlening, toezicht op, intrekking en terugvordering van deze EG-subsidies is neergelegd in specifieke secundaire EG-regelgeving die dient te worden uitgevoerd in de lidstaten. Voor landbouwsubsidies gaat het sinds 2006 met name om Verordening 1782/2003, welke wordt geoperationaliseerd door Verordening 796/2004 (geïntegreerd beheers- en controlesysteem) en 795/2004 (uitvoering bedrijfstoelageregeling). Vooral artikel 73 van Verordening 796/2004 is van belang. Op grond van lid 1 betaalt, in geval van onverschuldigde betaling, de landbouwer het betrokken bedrag, verhoogd met de overeenkomstig lid 3 berekende rente, terug. De terugbetalingsverplichting geldt ingevolge lid 4 niet indien de betaling is verricht als gevolg van een fout van de bevoegde autoriteit of van een andere autoriteit en indien de fout redelijkerwijs niet door de landbouwer kon worden ontdekt. Als het echter gaat om de feitelijke elementen die relevant zijn voor de berekening van de betrokken betaling, geldt dit ingevolge de tweede alinea van lid 4 slechts indien het terugvorderingsbesluit niet binnen twaalf maanden na betaling is meegedeeld. Indien de fout derhalve wordt ontdekt in de eerste twaalf maanden, dient te worden teruggevorderd, ook als de fout niet kenbaar was. Ingevolge lid 5 geldt de terugbetalingsverplichting niet indien meer dan tien jaar is verstreken tussen de datum van betaling en de datum waarop de landbouwer er voor het eerst van in kennis is gesteld dat de betaling onverschuldigd was. Deze verjaringstermijn wordt ingevolge de tweede alinea verkort tot vier jaar indien de landbouwer te goeder trouw heeft gehandeld.

Ten derde is van belang de *ruimte die het EG-recht laat voor de toepassing van nationale rechtsbeginselen*, in het bijzonder het vertrouwensbeginsel, in het geval subsidie is verleend op grond van een Europese subsidieregeling als bovengenoemd en deze subsidie uiteindelijk blijkt te moeten worden teruggevorderd. Deze ruimte hangt mede af van de vraag of hier sprake is van directe of indirecte toepassing van het EG-recht in de lidstaat. Is sprake van directe toepassing – hetgeen betekent dat de bevoegdheden tot verlening van de subsidie en de intrekking en terugvordering volledig zijn gecommunautariseerd³²⁹ – dan is er in principe geen ruimte voor toepassing van het nationale (vertrouwens)beginsel, maar gelden de communautaire rechtsbeginselen. Recentelijk heeft het CBB duidelijk gemaakt 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. In CBB 17 mei 2006³³⁰ heeft het CBB aangegeven dat Verordening 2921/00 voorschriften bevat over de terugvordering van onverschuldigd betaalde steunbedragen. Deze voorschriften hielden niet meer in dan dat de lidstaten de ten onrechte

329. Zie nader Jans e.a. 2002, p. 222.

330. CBB 17 mei 2006, LJN AX 7770.

betaalde bedragen, vermeerderd met rente, dienden terug te vorderen. Tevens werd in de Verordening een regeling gegeven over de percentages van de betaalde bedragen die, behoudens overmacht, dan dienden te worden teruggevorderd. Nu de verordening een dergelijke, door het CBB als dwingendrechtelijk gekwalificeerde regeling inzake terugvordering bevatte, betekende dit naar het oordeel van het CBB dat geen ruimte meer aanwezig was voor toepassing van nationale rechtsbeginselen als het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel.

Ook de bovengenoemde regeling van artikel 73 van Verordening 796/2004, met name waar het betreft de verplichting tot terugvordering in het geval van niet-kenbare fouten gedurende de eerste twaalf maanden, beperkt de ruimte voor honorering van het vertrouwensbeginsel in sterke mate.

Voor zover de EG-regeling in het geheel geen bepaling inzake terugvordering bevat, is er nog wel ruimte voor toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel in gevallen waar het gaat om de nationale terugvordering van gelden die zijn verstrekt in strijd met een communautaire subsidieregeling.³³¹ Zo achtte het Hof het in de zaak Steff Houlberg niet in strijd met het vereiste van doeltreffendheid, wanneer de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel ertoe leidt dat ten onrechte uitbetaalde exportrestituties niet kunnen worden teruggevorderd, mits echter is voldaan aan drie voorwaarden: de goede trouw van de ontvanger is aangetoond, er is sprake van onzorgvuldig handelen (meer in het bijzonder gebrekkige controle) van de kant van de nationale autoriteiten en er is een aanzienlijke periode verstreken sedert de uitbetaling van de restituties.

6.2.3 *Spanningen*

Tussen het Nederlands subsidierecht, zoals dat is geregeld in titel 4.2 van de Awb en in bijzondere wettelijke regelingen zoals de Kaderwet LNV-subsidies, en het EG-recht inzake subsidies, in het bijzonder de regels met betrekking tot verboden staatssteun en regels zoals neergelegd in secundaire regelgeving, kan een aantal spanningen worden geconstateerd.

Ten eerste ontbreekt in het rijtje weigeringsgronden van artikel 4:35 Awb de grond dat een subsidie moet worden geweigerd als deze naar het oordeel van de Commissie moet worden aangemerkt als verboden staatssteun. Hoewel de gronden genoemd in artikel 4:35 Awb niet-limitatief zijn en dus kunnen worden aangevuld in bijzondere regelgeving – hetgeen ook in diverse Kaderwetten is geschied³³² – ligt een aanvulling van de Awb met een expliciete verplichte weigeringsgrond, waarin wordt bepaald dat aanvragen die hebben geleid tot het melden bij de Europese Commissie van het voornemen tot subsidieverstrekking (al dan niet in de vorm van een concept-beschikking) en die hebben geleid tot een negatieve beschikking moeten worden afgewezen, voor de hand. Hiermee wordt

331. Zie o.m. gevoegde zaken 205 t/m 215/82, Deutsche Milchkontor, Jur. 1983, p. 2633 en zaak C-366/95, Steff Houlberg, Jur. 1998, p. I-2661.

332. Vgl. art. 6 lid 1 Kaderwet LNV.

immers ook een regeling voorzien voor niet-wettelijke subsidies en subsidies verstrekt door lagere overheden.

Een tweede punt betreft de vraag in hoeverre de beslissing op een aanvraag voor subsidie kan worden opgeschort in afwachting van het oordeel van de Commissie over de vraag of al dan niet sprake is van verboden staatssteun. De Awb bevat in artikel 4:13 Awb een regeling inzake beslistermijnen, voor zover in bijzondere regelingen geen beslistermijn is opgenomen. Deze bedraagt acht weken, hetgeen in het licht van de goedkeuringsprocedure door de Commissie te kort is. In artikel 4:15 Awb moet daarom de mogelijkheid worden gecreëerd om de beslistermijn op te schorten totdat een oordeel van de Commissie is verkregen. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de, in het wetsvoorstel Beroep bij niet tijdig beslissen, voorgestelde wijziging van artikel 4:15 lid 3 Awb die het mogelijk maakt om de beslistermijn op te schorten indien noodzakelijke informatie uit het buitenland niet tijdig is verkregen.³³³

Ten derde kunnen spanningen bestaan in verband met de toepassing van artikel 4:46 Awb. Volgens deze bepaling wordt de subsidie in beginsel vastgesteld overeenkomstig de verleningsbeschikking. Lid 2 geeft vier redenen op grond waarvan de subsidie lager kan worden vastgesteld. Wanneer voor de vaststelling is gebleken dat de subsidie onrechtmatige staatssteun inhoudt, is het de vraag of een van deze gronden kan worden ingeroepen om de subsidie lager – op nul – vast te stellen. Het is met name de vierde grond die hiervoor in aanmerking zou kunnen komen: lager vaststellen kan ‘indien de subsidieverlening anderszins onjuist was en de subsidie-ontvanger dit wist of behoorde te weten’. In een aantal gevallen is het echter twijfelachtig of deze bepaling kan worden ingeroepen. Blijkens de toelichting van de wetgever ziet deze bepaling op ‘kennelijke fouten’. Het is twijfelachtig of daarvan bij onrechtmatige staatssteun altijd sprake is.³³⁴ Aan de andere kant is het zo dat de onder 2 besproken vaste rechtspraak van het Hof van de subsidieontvanger verwacht dat hij zich ervan vergewist of bij de verlening van de subsidie de procedure van artikel 88 EG is gevolgd. Blijkens de eerdergenoemde ABRvS-uitspraak van 11 januari 2006 dient deze verplichting strikt te worden nagevolgd. Dit impliceert derhalve dat kan worden gesteld dat de subsidieontvanger tot het moment van goedkeuring door de Commissie wist of behoorde te weten dat de subsidieverlening onjuist was. Om onduidelijkheden op dit punt te vermijden zou artikel 4:46 Awb kunnen worden aangevuld met een bepaling inhoudende dat een subsidie op nul moet worden vastgesteld wanneer uit een oordeel van de Europese Commissie of een rechter volgt dat de desbetreffende subsidie als onrechtmatige staatssteun moet worden gekwalificeerd.

Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt met betrekking tot artikel 4:48 Awb betreffende de intrekking of wijziging van de subsidieverlening – met name de in artikel 4:48 lid 1 sub d genoemde grond voor intrekking dat de subsidieverlening anderszins onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te

333. Kamerstukken I 2005-2006, 30 435, A.

334. Vgl. de eerder aangehaalde zaak T-109/01, Fleuren Compost, n.n.g., AB 2004, 411, m.nt. AdMvV.

weten – en artikel 4:49 lid 1 Awb betreffende de intrekking of wijziging van de vaststellingsbeschikking – met name de in artikel 4:49 lid 1 onder b Awb genoemde grond dat de subsidievestiging onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten.

Ten vierde kan worden gewezen op de in artikel 4:49 lid 3 en artikel 4:57 Awb voorziene verjaringstermijnen van vijf jaar voor respectievelijk de intrekking van het vaststellingsbesluit en de terugvorderingsbeslissing. Gelet op de communautaire bevoegdheid van de Commissie om binnen tien jaar een lidstaat te bevelen tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten over te gaan, gecombineerd met het beginsel van gemeenschaps-trouw (artikel 10 EG), de artikelen 87 en 88 EG, de Europese Procedureverordening en een hierop gebaseerde negatieve beschikking van de Commissie, dienen de in artikel 4:49 en 4:57 Awb genoemde termijnen buiten toepassing te worden gelaten indien en voor zover zij een terugvordering conform EG-recht onmogelijk zouden maken. Daarvan dient in deze bepalingen ons inziens expliciet melding te worden gemaakt.

Een soortgelijke spanning kan worden geconstateerd in relatie tot de verjaringstermijn van tien jaar in artikel 73 van Verordening 796/2004.

Ten vijfde bestaat een spanning waar het betreft de mogelijkheid om wettelijke rente te vorderen over de ten onrechte betaalde subsidie welke wordt teruggevorderd. Als gezegd bevat de Awb noch het ongeschreven bestuursrecht hiervoor een grondslag. Ook kan deze naar het oordeel van de ABRvS niet worden gevonden in het EG-recht. Een dergelijke vordering kan volgens de ABRvS wel worden gebaseerd op het civiele recht, maar dan moet over (alleen) de rente een aparte procedure bij de burgerlijke rechter worden gevoerd. Bovendien staat niet vast dat de rentevordering in deze procedure zal worden gehonoreerd. Wil men dit zekerstellen, dan dient voor deze vordering een publiekrechtelijke grondslag te worden gecreëerd. Opname in de Awb is aangewezen, omdat deze grondslag betrekking moet hebben op de terugvordering van alle subsidies die als ongeoorloofde staatssteun moeten worden aangemerkt, ook als het bijvoorbeeld subsidies van decentrale bestuursorganen betreft. Regelt men dit niet algemeen, dan is het gevaar aanwezig dat sommige decentrale overheden zichzelf deze bevoegdheid niet verlenen. Of de rentevorderingsbevoegdheid alleen betrekking moet hebben op EG-rechtelijke zaken of ook op nationale zaken, is een kwestie van nationale politieke opportuniteit. Op grond van het EG-recht is het niet noodzakelijk om deze bevoegdheid ook te creëren voor nationale zaken.

Ten slotte wijzen wij erop dat de regeling van het vertrouwensbeginsel in de subsidietitel van de Awb ook opzij kan worden gezet door een specifieke secundaire EG-regeling. Met name kan worden gewezen op artikel 73 Verordening 796/2003, dat terugvordering van landbouwsubsidies ook dwingend voorschrijft wanneer de subsidie ten onrechte is verstrekt als gevolg van een fout van het bestuursorgaan die voor de betrokkene niet kenbaar was, mits de fout wordt ontdekt binnen twaalf maanden na de betaling. In de Awb zou dit zichtbaar kunnen

worden gemaakt, bijvoorbeeld door in algemene zin te bepalen dat de intrekking van een verlenings- of vaststellingsbeschikking (en de terugvordering) ook mogelijk is, wanneer zulks door het EG-recht wordt gevorderd.

6.2.4 Conclusie

Tussen de subsidietitel van de Awb en het Europese recht doen zich diverse spanningen voor, die ten dele kunnen worden gekwalificeerd als echte strijdigheden. Deze hebben betrekking op de weigeringsgronden (art. 4:35 Awb), de (opschorting van de) beslistermijn (art. 4:15 Awb), de vaststelling van de subsidie (art. 4:46 Awb), de intrekking van verlenings- en vaststellingsbeschikkingen (artt. 4:48 en 4:49 Awb), de verjaringstermijnen (artt. 4:49 en 4:57 Awb) en (het ontbreken van) de publiekrechtelijke bevoegdheid voor rentevorderingen. De oplossing hiervan is voor een belangrijk deel urgent.

6.3 HANDHAVING

6.3.1 Inleiding

De handhaving van het recht valt uiteen in het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften en de sanctionering van geconstateerde overtredingen. Hierna wordt eerst in het kort de regeling van de handhaving van hoofdstuk 5 van de Awb uiteengezet (par. 6.3.2). Daarna worden in paragraaf 6.3.3 de algemene Europese eisen met betrekking tot de handhaving van het EG-recht in kaart gebracht, waarbij – vanwege de overzichtelijkheid – meteen wordt aangegeven of er ter zake van deze eisen spanningen met de Awb bestaan. In paragraaf 6.3.4 worden de specifieke eisen, die in secundaire Europese regelgeving aan de nationale handhaving worden gesteld, in kaart gebracht. Daarbij wordt aandacht besteed aan: het begrip ‘toezicht’ en de toezichtsbevoegdheden, transnationale aspecten van het toezicht; en de sanctionering. Per onderdeel worden ook hier de potentiële spanningen met de Awb direct aangegeven. In paragraaf 6.3.5 worden de belangrijkste conclusies samengevat.

6.3.2 Nationaal recht

Het *toezicht op de naleving* is geregeld in afdeling 5.2 van de Awb. In die afdeling wordt het begrip ‘toezicht’ niet nader gedefinieerd. Aanwijzing 132 van de Aanwijzingen voor de regelgeving omvat wel een omschrijving van toezicht, namelijk ‘de werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd’. De centrale figuur in het nalevingstoezicht van de Awb is de toezichthouder. Onder toezichthouder wordt verstaan een persoon, bij of krachtens een wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (art. 5:11 Awb). Op grond van de Awb heeft de toezichthouder diverse standaardbevoegdheden, namelijk:

- Het betreden van plaatsen (art. 5:15 Awb): de toezichthouder is bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uit-

zondering van een woning zonder toestemming van de bewoner (lid 1). Zo nodig verschaft hij zich toegang met behulp van de sterke arm (lid 2). Bovendien kan hij zich doen vergezellen door personen die daartoe door hem zijn aangewezen (lid 3). De bevoegdheid om plaatsen te betreden houdt uitdrukkelijk niet in het 'doorzoeken' van die plaatsen door het willekeurig openen van kasten, laden en andere bergplaatsen.³³⁵ De toezichthouder mag alleen 'zoekend rondkijken'.

- Het vorderen van inlichtingen (art. 5:16 Awb): de toezichthouder is bevoegd inlichtingen te vorderen.
- Het vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb): de toezichthouder is bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (lid 1). Hij mag van deze gegevens kopieën maken (lid 2). Voor dat doel mag hij ze voor korte tijd meenemen tegen een door hem afgegeven bewijs (lid 3).
- Het onderzoek van zaken (art. 5:18 Awb): de toezichthouder is bevoegd zaken te onderzoeken, aan opneming te onderwerpen en daarvan monsters te nemen (lid 1). Indien deze handelingen niet ter plaatse kunnen geschieden, mag hij de zaken voor dat doel voor korte tijd meenemen tegen een door hem afgegeven bewijs (lid 4).
- Onderzoek van vervoermiddelen (art. 5:19 Awb): de toezichthouder is bevoegd vervoermiddelen te onderzoeken met betrekking waartoe hij een toezichthoudende taak heeft.

In de bijzondere wetgeving kunnen aan een toezichthouder andere toezichtsbevoegdheden worden toegekend. Bij de uitoefening van de standaard- of andere bevoegdheden geldt dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen (medewerkingsplicht). Voor de uitoefening van toezichtsbevoegdheden geldt de evenredigheidsnorm van artikel 5:13 Awb: de toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Verder bepaalt artikel 5:12 Awb dat de toezichthouder bij de uitoefening van zijn taak een legitimatiebewijs bij zich moet dragen, dat hij desgevraagd aanstonds toont.

Behalve over het nalevingstoezicht bevat de Awb algemene regels over de bestuurlijke *sanctionering* van overtredingen. Thans worden alleen twee zogenoemde herstelsancties geregeld, namelijk de (last onder) bestuursdwang (afdeling 5.3 Awb) en de last onder dwangsom (afdeling 5.4 Awb). Als het wetsvoorstel Vierde tranche Awb wet wordt, zal ook een uniforme regeling van de bestuurlijke boete (een bestraffende sanctie) in de Awb worden opgenomen. De Awb is voor de sancties bestuursdwang en bestuurlijke boete niet bevoegdheidscheppend. De bevoegdheid om deze sancties toe te passen moet worden toegekend in de bijzondere wet. Bij de last onder dwangsom ligt dit in zoverre anders dat artikel 5:32 lid 1 Awb deze sanctiebevoegdheid toekent aan organen die bevoegd zijn om bestuursdwang toe te passen. Heeft een orgaan geen bestuursdwangbevoegd-

335. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 700, nr. 3, MvT, p. 143.

heid, maar is het gewenst dat deze een last onder dwangsom kan opleggen, dan moet (ook) de dwangsombevoegdheid door de bijzondere wet worden toegekend.

6.3.3 Algemene Europese eisen

Aan de handhaving van het EG-recht (toezicht en sanctionering) worden in de rechtspraak van het Hof van Justitie algemene eisen gesteld. Deze eisen betreffen de instrumentele kant van de handhaving, maar ook de behoorlijkheid ervan (waarborgen).³³⁶ Beide groepen van eisen zijn aanvullend ten opzichte van elkaar en worden verbonden door het Europese evenredigheidsbeginsel.

De *instrumentele eisen* zijn gebaseerd op artikel 10 EG. In vaste rechtspraak, die is ingezet met de zaak Griekse maïs,³³⁷ heeft het Hof bepaald dat de lidstaten op grond van dit artikel verplicht zijn om overtredingen van het EG-recht te handhaven op een wijze die voldoet aan de eisen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid (effectiviteit), afschrikwekkendheid en evenredigheid. Deze eisen gelden niet alleen bij de handhaving van secundair EG-recht, zoals richtlijnen en verordeningen (positieve integratie), maar ook bij handhaving van de verdragsvrijheden zoals het vrij verkeer van goederen (negatieve integratie).³³⁸ Voor de inhoud van deze eisen kan grotendeels worden verwezen naar hoofdstuk 3, waarin de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit zijn besproken, en naar paragraaf 5.3, waarin aandacht is besteed aan het evenredigheidsbeginsel. Kort en goed brengt het *gelijkwaardigheidsvereiste* met zich dat overtredingen van EG-recht onder gelijke materiële en formele voorwaarden moeten worden 'aangepakt' als even ernstige overtredingen van het nationale recht. Deze gelijke behandeling moet zowel worden gerealiseerd op het niveau van de wetgeving, als bij de feitelijke handhaving. De eis van *doeltreffendheid* brengt met zich dat de lidstaten tegen overtredingen van de EG-regels feitelijk zodanig moeten optreden dat een doeltreffende toepassing van deze regels wordt verzekerd. Bij eventuele strijd tussen het gelijkwaardigheidsvereiste en het vereiste van effectiviteit gaat het laatstgenoemde vereiste voor.³³⁹ Een lidstaat kan zich tegen een klacht dat het EG-recht gebrekkig wordt gehandhaafd derhalve niet verweren met de stelling dat vergelijkbaar nationaal recht evenmin doeltreffend wordt gehandhaafd. Op grond van de eis van *afschrikwekkendheid* moet het handhavend optreden een reële afschrikwekkende werking ten opzichte van potentiële overtreders hebben. Zoals we in paragraaf 6.3.4 zullen zien, bieden deze eisen voor de secundaire EG-regelgever een basis om ten aanzien van bepaalde overtredingen van EG-regelingen aan de lidstaten de inzet van bestraffende sancties voor te schrijven.

Behalve op het instrumentele vlak stelt het Hof ook eisen aan de *behoorlijkheid* van de handhaving van EG-recht. Meer specifiek dient de handhaving in overeenstemming te zijn met de algemene Europese rechtsbeginselen, waartoe ook de

336. Vergelijk Jans e.a. 2002, p. 266-282.

337. Zaak 68/88, Griekse maïs, Jur. 1989, p. 2965.

338. Zaak C-265/95, Spaanse aardbeien, Jur. 1998, p. I-963.

339. Zaak 199/82, San Giorgio, Jur. 1983, p. 3595. Zie par. 3.3.

grond- en mensenrechten van het EVRM worden gerekend, en met de fundamentele vrijheden van het Verdrag zoals het vrij verkeer van personen of diensten. In verband met het EVRM moet eerst en vooral de uitspraak van het Hof in de zaak Schmidberger worden genoemd.³⁴⁰ In deze zaak achtte het Hof een 24 uur durende blokkade van de Brennerpas door een aantal milieugroepen, die het vrij verkeer van goederen en diensten belemmerde, toelaatbaar omdat deze actie in voldoende mate werd gerechtvaardigd door de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) en vergadering (art. 11 EVRM). Interessant is verder de zaak Roquette Frères,³⁴¹ waarin het Hof bepaalde dat de bescherming van de woning waarvan in artikel 8 EVRM sprake is, zich onder omstandigheden ook kan uitstrekken tot bedrijfslokalen. De inmenging in dit recht moet daarom blijven binnen de grenzen van artikel 8 lid 2 EVRM. In deze zaak had dit, in de omstandigheden van het geval, tot gevolg dat het verificatieonderzoek van de nationale autoriteiten ter ondersteuning van een Europees mededingingsonderzoek alleen had mogen plaatsvinden met een voorafgaande rechterlijke machtiging. Voor een fundamentele verdragsvrijheid die grenzen stelt aan de handhaving, kan worden verwezen naar de zaak Calfa.³⁴² In deze zaak werd de imperatieve sanctie van uitzetting uit Griekenland voor het leven, in het geval van het bezit van verdovende middelen, voor EG-onderdanen in strijd met het vrij verkeer van personen geacht.

Spanningen met de Awb

Tussen de Awb en de algemene instrumentele Europese eisen bestaan geen spanningen. De bevoegdheden die afdeling 5.2 toekent aan toezichthouders zijn in het algemeen adequaat om een gelijkwaardig, effectief en afschrikwekkend nalevingstoezicht te garanderen. Voor zover specifieke Europese regelgeving op een bijzonder terrein bijzondere toezichtsbevoegdheden eist – hetgeen zoals in paragraaf 6.3.4 zal blijken bijvoorbeeld in het douanerecht het geval is – kunnen deze in de bijzondere wetgeving worden toegekend. De door het Hof gestelde eis dat de handhaving ook evenredig moet zijn, is voor het toezicht met zoveel woorden opgenomen in artikel 5:13 Awb. In paragraaf 6.3.2 is opgemerkt dat de Awb voor wat betreft de sanctionering in beginsel niet bevoegdheidscheppend is. Het voorzien in een gelijkwaardig, effectief en afschrikwekkend sanctiestelsel is dan ook eerst en vooral een taak van de bijzondere wetgever. Wel kunnen deze eisen een rol spelen bij de (*niet-*)toepassing van sancties, die in de Awb worden geregeld. Zo is bijvoorbeeld de bestuurlijke bevoegdheid om te gedogen bij een overtreding van EG-recht zo mogelijk nog beperkter dan bij overtredingen van nationaal recht.³⁴³

340. Zaak C-112/00. Schmidberger, Jur. 2003, p. I-5659.

341. Zaak C-94/00, Roquette Frères, Jur. 2002, p. I-9011. Deze uitspraak is in hoge mate geïnspireerd door de uitspraak van het EHRM in de zaak Colas Est, application no. 37971, AB 2002, 277, m.nt. OJ.

342. Zaak C-348/96, Calfa, Jur. 1999, p. I-11.

343. Jans e.a. 2002, p. 278-281; in die zin ook Ministerie van Justitie, Grenzen aan gedogen, Kamerstukken II, 25 085, nrs. 1-2.

Tussen de Awb en de meeste behoorlijkheidseisen die het Hof aan de handhaving van het EG-recht in de lidstaten stelt, bestaat evenmin spanning. Een zaak als Schmidberger betreft de toepassing van sanctioneringsbevoegdheden en niet de regulering hiervan in de Awb. De kwestie Calfa is eventueel een probleem voor de bijzondere wetgever, maar niet voor de Awb. Enige twijfel kan men wel hebben in verband met de zaak Roquette Frères of, meer precies, in verband met de zaak Colas Est van het EHRM waarop de zaak Roquette Frères is gebaseerd.³⁴⁴ In de zaak Colas Est heeft het EHRM bepaald dat artikel 8 EVRM onder omstandigheden ook van toepassing is op bedrijfsruimten en dat het voor beperking van dit recht onder 8, tweede lid, EVRM, noodzakelijk kan zijn dat het betreden van bedrijfsruimten door toezichthouders (zonder toestemming van het bedrijf) alleen wordt toegestaan met een voorafgaande machtiging door een rechter. De vraag kan worden opgeworpen of de aan toezichthouders toegekende bevoegdheid van artikel 5:15 Awb om alle plaatsen (behalve privéwoningen) zonder rechterlijke machtiging te kunnen betreden, hiermee in strijd is.³⁴⁵ Naar onze opvatting kan een dergelijke verregaande conclusie niet uit Colas Est worden getrokken.³⁴⁶ Daarvoor is het oordeel van het EHRM te veel toegespitst op de omstandigheden van het geval. Onze opvatting geldt wel onder de vooronderstelling dat de toepassing van de bevoegdheid van artikel 5:15 Awb door de rechter serieus wordt getoetst op evenredigheid. Artikel 5:13 Awb biedt daartoe de mogelijkheid. Bovendien is het essentieel dat deze bevoegdheid alleen wordt gebruikt voor het 'zoekend rondkijken' in bedrijfsruimten en niet voor het 'doorzoeken' ervan. Dit is overigens ook de bedoeling van de wetgever (zie par. 6.3.2).

6.3.4 Specifieke Europese eisen

6.3.4.1 Het begrip 'toezicht' en toezichtsbevoegdheden

In specifieke Europese regelingen komen veelvuldig bepalingen voor die raken aan het toezicht in de zin van de Awb. Dat Europa juist op dit terrein zo actief is, kan ten dele worden verklaard uit het feit dat de lidstaten zeker in het verleden aan de handhaving van het EG-recht geen hoge prioriteit toekenden. Daarnaast beoogt de EG met deze specifieke regels een min of meer gelijkwaardig toezicht op de naleving van het EG-recht in de lidstaten te bereiken. De begripsvorming omtrent toezicht in de specifieke Europese regelgeving is vanuit Nederlandse (Awb-)optiek nogal verwarrend. Dit komt vooral omdat het begrip 'toezicht' in Europese regelingen in de regel een veel ruimere betekenis heeft dan het 'nalevingstoezicht' van de Awb. Voor zover EG-regelingen wel iets bepalen over toezicht in de zin van de Awb, is de terminologie niet erg consistent en wijkt deze af van die van de Awb. Ter illustratie worden de regels die voor het toezicht relevant zijn op vijf terreinen weergegeven.

344. EHRM 16 april 2002, Colas Est, application no. 37971, AB 2002, 277, m.nt. OJ.

345. Genuanceerd in die richting Barkhuysen 2002.

346. Zo ook: Jansen in zijn noot onder Colas Est in AB 2002, 277; Blomberg 2004, p. 138-140; Verheij & Verheij 2005, p. 270-271.