

- *Het financiële toezicht*: het begrip ‘toezicht’ in de Europese richtlijnen met betrekking tot het financiële toezicht is veel ruimer dan het begrip ‘toezicht’ in de Awb.³⁴⁷ Het omvat zowel het prudentieel toezicht (toezicht dat is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector) als het gedragstoezicht (toezicht dat is gericht op ordelijk en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten).³⁴⁸ Tot deze ruime categorie ‘toezicht’ behoren bijvoorbeeld ook de vergunningverlening, het geven van een aanwijzing om een bepaalde gedragslijn te volgen, het beëindigen van met de richtlijnen strijdige activiteiten en het opleggen van sancties. Dit toezicht in ruime (Europese) zin wordt in het voorstel van Wet op het financieel toezicht opgedragen aan de bestuursorganen DNB (prudentieel toezicht) en AFM (gedragstoezicht). In het voorstel worden zij aangeduid als ‘toezichthouder’ (art. 1:1). Een buitenlandse instantie die is belast met het toezicht op financiële markten wordt aangeduid als ‘toezichthoudende instantie’. Omdat het begrip ‘toezichthouder’ in het wetsvoorstel wordt gebruikt voor de AFM en DNB, worden de toezichthouders in de zin van de Awb in het wetsvoorstel op een andere wijze aangeduid, namelijk als ‘de bij besluit van de toezichthouder (AFM of DNB) aangewezen personen’ (art. 1:56, lid 1). De diverse richtlijnen hanteren geen overkoepelende term voor het nalevingstoezicht als bedoeld in de Awb, maar schrijven specifiek voor waartoe de bevoegde autoriteiten door de lidstaten in dit verband in staat moeten worden gesteld. De daarbij gehanteerde terminologie is niet eenduidig. Zo bepaalt de ene richtlijn dat de lidstaat aan de ‘bevoegde autoriteiten de bevoegdheden en middelen moet verschaffen om grondige informatie te verkrijgen over de situatie en alle werkzaamheden van de onderneming, met name door het inwinnen van inlichtingen of het opvragen van documenten betreffende de activiteiten, en door het verrichten van controles ter plaatse’,³⁴⁹ terwijl een andere richtlijn met min of meer hetzelfde doel bepaalt dat de bevoegde autoriteiten ten minste het recht moeten hebben ‘om toegang te verkrijgen tot ieder document, in enigerlei vorm, en een afschrift hiervan te ontvangen; aanvullende inlichtingen te ontvangen van iedere persoon en zo nodig een persoon op te roepen om te ondervragen en om inlichtingen te verkrijgen; en inspecties ter plaatse te verrichten’.³⁵⁰ In weer andere richtlijnen worden afwijkende termen gehanteerd. In het voorstel van Wet op het financieel toezicht worden de nalevingstoezichtsbevoegdheden uitgeoefend door ‘de bij besluit van de toezichthouder aangewezen personen’. Artikel 1:57a van het voorstel kent de bevoegdheid om van een ieder inlichtingen te vorderen bovendien ook toe aan de ‘toezichthouder’ in de zin van het wetsvoorstel, de bestuursorganen AFM en DNB.

347. Vergelijk Van der Meulen 2003, p. 25-26.

348. Vergelijk art. 1:7 voorstel van Wet op het financieel toezicht.

349. Vergelijk art. 50 van Richtlijn 2004/39/EEG, betreffende markten voor financiële instrumenten, PbEG 2004, L 143; alsmede art. 13 lid 3 onder a, van Richtlijn 2002/83/EG, betreffende levensverzekering, PbEG 2002, L 345.

350. Art. 11 van de Derde richtlijn schadeverzekering 92/49/EEG, PbEG 1992, L 228.

- *Het douanerecht*: in artikel 4, onder 13 van het CDW wordt het ‘toezicht van de douaneautoriteiten’ omschreven als: de activiteiten die door deze autoriteiten worden ontplooid ten einde zorg te dragen voor de naleving van de douanewetgeving (...). Dit begrip is ruimer dan het Awb-begrip ‘toezicht’ omdat het ook algemene maatregelen betreft die in verband met de zorg voor de naleving worden verricht en bovendien ook betrekking heeft op het toezicht op de uitvoering, onder meer bij de verlening van vergunning voor het gebruik van bepaalde douaneregelingen.³⁵¹ In de Nederlandse context kan het – volgens de toelichting bij het wetsvoorstel Algehele herziening douanewetgeving – het beste worden vergeleken met het ruime begrip ‘handhaving’.

Voor het nalevingstoezicht in de zin van de Awb hanteert de CDW het begrip ‘controle’. Dit wordt in artikel 4, onder 14, CDW, omschreven als: ‘het verrichten van specifieke handelingen zoals verificatie van goederen, controle op de aanwezigheid en de echtheid van documenten, onderzoek van de boekhouding van ondernemingen en onderzoek van andere bescheiden, controle van vervoermiddelen, controle van bagage en andere goederen die personen bij zich dragen, en het verrichten van administratief onderzoek en andere soortgelijke handelingen, een en ander om te zorgen voor de naleving van de douanewetgeving (...)’. De bevoegdheden waarover de controleurs in dit verband moeten beschikken zijn omschreven in de CDW.

Om verwarring tussen het communautaire en nationale begrip ‘toezicht’ te voorkomen en omdat de controlebevoegdheden in CDW ten dele (veel) verdergaan en anders zijn gereguleerd dan de toezichtsbevoegdheden van de Awb, wordt in het wetsvoorstel Algehele herziening van de douanewetgeving, afdeling 5.2 van de Awb geheel buiten toepassing verklaard (art. 1:6, tweede lid). In plaats daarvan bevat paragraaf 1.2.4 van het wetsvoorstel, ter uitvoering en in aanvulling op het CDW, bepalingen inzake douanetoezicht en douanecontrole. Deze verlenen de inspecteur bijvoorbeeld de mogelijkheid om ambtenaren de bevoegdheid toe te kennen om een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner (art. 1:23, vierde lid), bevatten voor een persoon die goederen vervoert de verplichting om, op vordering van de inspecteur, terstond stil te staan (art. 1:24, derde lid) en verlenen de inspecteur de bevoegdheid om onder omstandigheden personen aan een lijfvisitatie te onderwerpen (art. 1:28).

- *Europese landbouwsubsidies*: in Verordening (EG), nr. 1782/2003 en Verordening (EG) nr. 794/2004, is een groot aantal bepalingen opgenomen met betrekking tot de naleving van de op dit terrein geldende Europese regels.³⁵² Het centrale begrip dat in dit verband wordt gehanteerd is het begrip ‘controle’. Daaronder vallen zowel administratieve controles als de controle ter plaatse (art. 23 lid 1). In de verordening worden ten aanzien van beide heel

351. Vergelijk de MvT bij het wetsvoorstel Algehele herziening van de douanewetgeving, Kamerstukken II, 2005-2006, 30 580, p. 21 (commentaar op art. 1:6, tweede lid), alsmede de bijlage bij paragraaf 1.2.4 van de MvT, p. 8-9.

352. Vergelijk Verordening (EG) Nr. 1782/2003, PbEG 2003, L 270, artt. 17 t/m 27, en Verordening (EG) nr. 796/2004, artt. 23 t/m 48.

specifieke eisen gesteld die bijvoorbeeld betrekking hebben op 'kruiscontroles', de controlepercentages voor controles ter plaatse, de selectie bij steekproefcontroles, het controleverslag, teledetectie et cetera. Controles moeten plaatsvinden bij de beoordeling van steunaanvragen – en hebben dan betrekking op de subsidiabiliteit van de aanvraag – maar ook na de verlening van een subsidie. In de Europese regelingen worden niet expliciet bevoegdheden voorgeschreven waarover de nationale controleurs moeten beschikken. Zij kunnen wel worden afgeleid uit de omschrijving van de controles die verricht moeten kunnen worden.

- *Communautair mededingingsrecht*: Verordening (EG), nr. 1/2003,³⁵³ betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van artikel 81 en 82 EG, kent onder de noemer 'onderzoeksbevoegdheden' diverse bevoegdheden toe aan de Commissie of de door haar gemachtigde functionarissen, meer specifiek met betrekking tot het vragen van inlichtingen, het opnemen van verklaringen en het verrichten van inspectie. Deze bevoegdheden komen hierna nog ter sprake in de subparagraaf over transnationaal toezicht. Op deze plaats is het interessant dat artikel 20 lid 5 en 6 van de verordening bepalen dat functionarissen van de nationale mededingingsautoriteit actief bijstand moeten verlenen aan een Europese inspectie, als de Commissie hierom verzoekt of een onderneming zich tegen de inspectie verzet. Deze functionarissen moeten te dien einde beschikken over de bevoegdheden van artikel 20 lid 2: het betreden van lokalen en terreinen; het controleren van boeken en andere bescheiden; het maken van afschriften en uittreksels; het verzegelen van lokalen en boeken of andere bescheiden; het verzoeken van vertegenwoordigers of personeelsleden van de onderneming om toelichting bij feiten en documenten. Speciale aandacht verdient verder de bevoegdheid die artikel 21 aan de Commissie toekent: volgens deze bepaling kan de Commissie ook de inspectie gelasten van woningen van directeuren, bestuurders en andere personeelsleden van een onderneming. Voor deze inspectie is een voorafgaande machtiging van een nationale rechterlijke instantie noodzakelijk (art. 21 lid 3). Ook aan deze inspectie moeten de nationale functionarissen de nodige bijstand verlenen.

In Nederland is Verordening 1/2003 uitgevoerd door een wijziging van hoofdstuk 10 van de Mededingingswet. Ingevolge artikel 89b Mw worden de toezichtsambtenaren van de NMa belast met het verlenen van bijstand aan de Commissie. Bovendien wordt in twee gevallen een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam, voorgeschreven, namelijk bij het verlenen van bijstand door de NMa-ambtenaren aan een Commissie-inspectie, 'voor zover de inspectie een doorzoeking omvat' (art. 89c Mw), en, bij het uitvoeren van een inspectie door de Commissie van woningen van directeuren et cetera (art. 89d Mw). Dit maakt duidelijk dat de inspecties van de Commissie, waaraan natio-

353. Verordening (EG) nr. 1/2003, betreffende de uitvoering van de artt. 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1/1.

nale ambtenaren bijstand moeten verlenen, in het communautaire mededingingsrecht verder kunnen gaan dan het 'zoekend rondkijken' waarvan artikel 5:15 Awb uitgaat.

- *Dienstenrichtlijn*:³⁵⁴ hoofdstuk V van de Dienstenrichtlijn bevat diverse voorschriften ten behoeve van een doeltreffende administratieve samenwerking tussen de lidstaten bij het 'toezicht' op de dienstverrichters en hun diensten. Daarbij wordt voor het geval een dienstverrichter zijn diensten in een andere lidstaat aanbiedt, casu quo zich (ook) tijdelijk naar een andere lidstaat begeeft, aangegeven welke lidstaat het toezicht moet uitoefenen. Doorgaans is dat de lidstaat van vestiging (artt. 33bis en 34), soms de lidstaat waar de dienst wordt verricht (art. 35). Het 'toezicht' in dit hoofdstuk is veel ruimer dan alleen nalevingstoezicht in de zin van de Awb. Blijkens overweging 66ter van de richtlijn worden daaronder verstaan activiteiten als 'monitoring en feitenonderzoek, probleemoplossing, handhaving, oplegging van sancties en follow-upactiviteiten'. Wat betreft het nalevingstoezicht kan uit de artikelen 33bis, 34 en 35 worden afgeleid dat dit in elk geval moet omvatten het verrichten van verificaties en controles. De richtlijn schrijft niet de toekenning van specifieke bevoegdheden voor.

Spanningen met de Awb

Uit het voorgaande kan in de eerste plaats worden geconcludeerd dat het begrip 'toezicht', voor zover dat in de specifieke Europese regelingen wordt gebruikt (douanerecht, financieel toezicht, Dienstenrichtlijn), een veel ruimere betekenis heeft dan het nalevingstoezicht van de Awb. Volgens de Nederlandse terminologie gaat het doorgaans om handhaving in ruime zin. Voor zover in Europese regelingen een overkoepelende term voor nalevingstoezicht wordt gehanteerd, is dat de term 'controle' (douanerecht, Europese landbouwsubsidies). De vraag is of dit verschillend gebruik van begrippen aanleiding zou moeten zijn voor wijziging van de Awb.

Bij de beantwoording van deze vraag kan voorop worden gesteld dat het verschillend gebruik in de praktijk tot nu toe niet tot 'ongelukken' heeft geleid. Van de andere kant kan het wel tot verwarring leiden. Zo bestaan als gevolg hiervan in de Nederlandse wetgeving inzake het financieel toezicht 'toezichthouders' die geen toezichthouder zijn in de zin van de Awb. Verder bestaat bijvoorbeeld het gevaar dat men zich bij de omzetting van de Dienstenrichtlijn onvoldoende realiseert dat het toezicht in deze richtlijn veel meer is dan nalevingstoezicht van de Awb. Vanuit Europese optiek zou het dan ook de voorkeur hebben om het woord toezicht in afdeling 5.2 Awb te vervangen door het meer Europese begrip 'controle'. Bijkomend nationaal voordeel is dat het woord 'toezicht' in de Awb dan nog maar op één plaats, namelijk in titel 10.2 (toezicht op bestuursorganen) wordt gebruikt. Wellicht ten overvloede zij wel opgemerkt dat een eventuele vervanging van het begrip 'toezicht' in 'controle' geen urgente kwestie betreft.

354. Vergelijk het Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn betreffende diensten op de interne markt, COM(2006) 160 definitief.

Voor zover de Europese regelgeving iets bepaalt over de bevoegdheden waarover de toezichthouders (in de zin van de Awb) moeten beschikken, lijken deze regels geen spanning op te leveren met de Awb. Weliswaar wordt in de Europese regelingen vaak een van de Awb afwijkende terminologie gehanteerd, de equivalente bevoegdheid van de Awb kan daarin in de regel worden herkend. Wel blijkt uit het voorgaande dat op sommige terreinen, namelijk in het douanerecht en bij de bijstandverlening aan de Commissie in het communautaire mededingingsrecht, de bevoegdheden van de nationale toezichthouder verder moeten gaan dan de standaardbevoegdheden van de Awb. Dit is echter geen reden om de Awb aan te passen, maar kan in de bijzondere wetgeving worden geregeld. Dit is op beide terreinen ook gebeurd.

6.3.4.2 *Transnationale aspecten van toezicht*

Omdat binnen de Europese rechtsruimte overtredingen van Europese regelgeving niet uitsluitend plaatsvinden binnen het territorium van één lidstaat, wordt in diverse regelingen aandacht besteed aan transnationale (grensoverschrijdende) aspecten van het toezicht. Het uitgangspunt van deze regelingen is de loyale samenwerking tussen (de toezichthouders van) de lidstaten en de Commissie en tussen (de toezichthouders van) de lidstaten onderling.³⁵⁵ In het Euro-jargon wordt de samenwerking van een lidstaat met de Commissie aangeduid als verticale samenwerking, die met andere lidstaten als horizontale samenwerking. De samenwerking betreft diverse aspecten, bijvoorbeeld ook de verticale en horizontale uitwisseling van gegevens doorgaans met behulp van geautomatiseerde informatiesystemen. Op deze uitwisseling wordt in paragraaf 10.3 in meer algemene zin ingegaan. Op deze plaats staan diverse transnationale aspecten van de daadwerkelijke toezichtsuitoefening centraal en wel: het onzelfstandig transnationaal toezicht; het zelfstandig transnationaal toezicht; het toezicht op de naleving van de wetgeving van een andere lidstaat. Daarbij wordt meteen aangegeven of bij deze onderwerpen spanning met de Awb bestaat.

a Onzelfstandig transnationaal toezicht

Hieronder wordt verstaan het verschijnsel dat bij de toezichtsuitoefening in een lidstaat, ambtenaren van de Commissie of een andere lidstaat aanwezig moeten kunnen zijn zonder dat zij zelfstandig toezichtsbevoegdheden mogen uitoefenen. Men ziet dit bijvoorbeeld in Verordening 515/97, betreffende de wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze lidstaten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van douane- en landbouwvoorschriften.³⁵⁶ Ingevolge deze verordening verrichten de autoriteiten van een lidstaat op verzoek van een andere lidstaat of de Commissie administratief onderzoek naar handelingen die in strijd (lijken te) zijn met de douane- en/of landbouwvoorschriften. Het onderzoek staat onder leiding van de

355. Vergelijk voor het verschijnsel transnationaal toezicht, Jans e.a. 2002, p. 284-290, alsmede Van der Meulen 2003, p. 117-121.

356. Verordening (EG), nr. 515/97, PbEG 1997, L 82/1. Zie voor vergelijkbare voorschriften Verordening (EG), nr. 2847/93, ter uitvoering van de controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid, PbEG 1993, L 261/1.

toezichthouders van de aangezochte staat, maar ambtenaren van de verzoekende staat of de Commissie kunnen hierbij aanwezig zijn. Deze buitenlandse en/of Europese ambtenaren mogen niet op eigen initiatief toezichtsbevoegdheden uitoefenen. Zij hebben wel, door tussenkomst van de toezichthouders van de aangezochte autoriteit, toegang tot dezelfde plaatsen en documenten als laatstgenoemde ambtenaren. Verder kunnen de autoriteiten overeenkomen dat de buitenlandse en Europese ambtenaren in de kantoren van de aangezochte autoriteit gegevens kunnen verzamelen en afschriften mogen maken van deze documenten.

Spanning met de Awb

Het voorgaande levert geen spanning op met de Awb. Aan de eis dat buitenlandse en Europese ambtenaren toegang moeten hebben tot dezelfde plaatsen als nationale toezichtsambtenaren wordt voldaan door artikel 5:15 lid 3 Awb. Dit lid bepaalt dat nationale toezichthouders zich kunnen doen vergezellen door een door hen 'aangewezen persoon'. Blijkens de toelichting op deze bepaling heeft de wetgever hierbij uitdrukkelijk het oog gehad op EU-ambtenaren.³⁵⁷ Omdat onder de ruime categorie 'aangewezen persoon' ook een buitenlandse toezichthouder kan vallen, kan ook deze in het 'voetspoor' van met de nationale toezichthouder 'elke plaats betreden'. De andere rechten die buitenlandse en Europese ambtenaren in het kader van onzelfstandig transnationaal toezicht moeten of kunnen hebben – toegang tot documenten en het recht om op het kantoor van de aangezochte autoriteit gegevens te verzamelen en afschriften te maken – leiden niet tot spanning met de Awb, omdat de Awb over deze rechten niets bepaalt. Daarbij is van belang dat bij onzelfstandig transnationaal onderzoek niet de eis wordt gesteld dat de buitenlandse of Europese ambtenaar documenten en gegevens zelf moet kunnen vorderen. Dit geschiedt door de nationale toezichthouder met behulp van de bevoegdheid van artikel 5:17 Awb.

b Zelfstandig transnationaal onderzoek

Sommige Europese regelingen bepalen dat het toezicht op de naleving ervan in een lidstaat op eigen verantwoordelijkheid (zelfstandig) moet kunnen worden uitgeoefend door ambtenaren van de Commissie of van een andere lidstaat. Men ziet dit op de volgende terreinen:

- *Communautair mededingingsrecht*: Verordening 1/2003³⁵⁸ kent in hoofdstuk 5 aan de Commissie of door haar gemachtigde functionarissen diverse onderzoeksbevoegdheden toe, namelijk het vragen van inlichtingen, het opnemen van verklaringen en het verrichten van inspecties (eventueel ook in woningen van de directeur van een onderneming). Met uitzondering van het vragen van inlichtingen vinden de uitoefening hiervan plaats in de lidstaten. Bij deze uitoefening treedt de Commissie (of zijn functionarissen) niet op als een soort 'bijwagen' van de nationale toezichtsautoriteiten, maar oefent zij zelfstandig door de verordening toegekende bevoegdheden uit. Wel moeten de functiona-

357. Kamerstukken II, 23 700, nr. 3, p. 144.

358. PbEG 2003, L 1/1.

rissen van de lidstaat de Commissie actief bijstand verlenen in het geval een onderneming zich tegen deze uitoefening verzet. In Nederland is dit geregeld in de Mededingingswet.

- *Financiële belangen van de EG*: Verordening 2185/96³⁵⁹ regelt de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de EG tegen fraudes en onregelmatigheden. Deze controles en verificaties vinden (uiteraard) plaats op het territorium van een lidstaat, maar worden voorbereid door en staan onder gezag en verantwoordelijkheid van de Commissie, casu quo de door haar gemachtigde controleurs (art. 6 lid 1). Opdat 'de Commissie deze controles en verificaties gemakkelijker kan uitvoeren, dienen' de marktdeelnemers die onderworpen zijn aan een controle op grond van artikel 5 'de toegang tot de lokalen, terreinen, vervoermiddelen en andere plaatsen voor professioneel gebruik toe te staan' (medewerkingsplicht). Ingevolge artikel 7 lid 1 hebben de Commissiecontroleurs 'onder dezelfde voorwaarden als de nationale administratieve controleurs en met inachtneming van de nationale wetgeving toegang tot alle gegevens en documenten betreffende de betrokken transacties die voor het goed verloop van de controle of verificatie ter plaatse noodzakelijk zijn'. Verder mogen zij 'dezelfde materiële controlemiddelen voor onderzoek bezigen als de nationale controleurs en met name de benodigde documenten kopiëren'. Wanneer een marktdeelnemer zich tegen een controle of verificatie verzet, moet de lidstaat in overeenstemming met het nationale recht de nodige bijstand verlenen. De verordening heeft – zoals in paragraaf 1.4 al opgemerkt – een ruime reikwijdte: zij heeft betrekking op onregelmatigheden bij de heffing van douanerechten en BTW en bij de verlening van Europese subsidies op het terrein van landbouw en de structuurfondsen. Zij wordt in Nederland niet in een specifieke wet uitgevoerd.
- *Financieel toezicht*: de richtlijnen op het terrein van het financiële toezicht gaan uit van het systeem van *homestate control*. Dit betekent dat de toezichthouder van de lidstaat waar het hoofdkantoor van een financiële instelling is gevestigd (het land van herkomst), in beginsel ook het toezicht uitoefent op de bijkantoren van die instelling in andere lidstaten (landen van ontvangst). In dat kader moeten zij zelfstandig toezichtsbevoegdheden kunnen uitoefenen in de bijkantoren in de andere lidstaten. Daartoe is in de diverse richtlijnen voorgeschreven dat de lidstaten van ontvangst in verband met het toezicht op bijkantoren bepalen dat 'de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst, na de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst daarvan vooraf in kennis te hebben gesteld, zelf (...) ter plaatse de gegevens kunnen verifiëren die voor het financieel toezicht noodzakelijk zijn'.³⁶⁰ In het voorstel van Wet op het financieel toezicht, wordt het toezicht door een toezichthouder uit een andere lidstaat in Nederland geregeld in artikel 1:37 lid 1. Daarin is bepaald dat indien een financiële instelling met een zetel in een andere lid-

359. PbEG 1995, L 312/1.

360. Vergelijk voor deze of heel vergelijkbare formuleringen, art. 43 lid 1, Richtlijn 2006/48/EG, betreffende de toegang tot en de uitoefening van kredietinstellingen (herschikking), PbEG 2006, L 171/1; art. 11 van de Derde richtlijn schadeverzekering 92/49/EEG, PbEG 1992, L 228/1.

staat een bijkantoor heeft in Nederland, 'de toezichthoudende instantie van die andere lidstaat, na de (Nederlandse) toezichthouder in kennis te hebben gesteld, bij het bijkantoor gegevens of inlichtingen kan verifiëren die nodig zijn voor de uitoefening van het toezicht (...)'. Ten behoeve van deze verificatie kent artikel 1:37 lid 4 de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen en de bevoegdheid om zakelijk gegevens en bescheiden te vorderen toe aan de Nederlandse toezichthouder. Aan de buitenlandse toezichthoudende instanties worden geen zelfstandige toezichtsbevoegdheden toegekend.

Spanning met de Awb

Bij het zelfstandig transnationaal onderzoek zijn spanningen met de Awb denkbaar. Dit is overigens niet het geval in het communautair mededingingsrecht. Op dat terrein ontlenen de Commissie en haar functionarissen hun onderzoeksbevoegdheden direct aan Verordening 1/2003. Het nationale recht en dus de Awb is daarvoor niet van belang.

Bij de 'financiële belangen van de EG' ligt de kwestie echter gecompliceerder. Verordening 2185/96 gaat er – evenals in communautair mededingingsrecht – van uit dat de Commissie zelf controles en verificaties ter plaatse uitvoert en deze onder verantwoordelijkheid en gezag van de Commissie-controleurs staan. De verplichting voor marktdeelnemers om toegang te verlenen tot lokalen, terreinen et cetera, wordt in artikel 5 opgelegd ten opzichte van de Commissie. Nationale toezichthouders hebben in de verordening een ondersteunende rol, met name voor het geval een marktdeelnemer zich tegen de controle of verificatie verzet. Gelet op de leidende rol die de Commissie-controleurs moeten hebben, dienen deze controleurs zelf over de bevoegdheid te beschikken om lokalen en plaatsen te betreden. Anders dan Verordening 1/2003 bij het communautaire mededingingsrecht, kent Verordening 2185/96 deze bevoegdheid echter niet toe aan de Commissie-controleurs. Wil het door de Verordening geëiste 'gezag en verantwoordelijkheid' van deze controleurs voor de controle worden waargemaakt, dan zou het nationale recht deze bevoegdheid moeten toekennen. In Awb-termen betekent dit dat deze controleurs moeten kunnen worden aangewezen als 'toezichthouder' in de zin van artikel 5:11 Awb. Alsdan beschikken zij immers over de bevoegdheid van artikel 5:15 Awb.

Bij het financieel toezicht is iets vergelijkbaar aan de hand. De diverse richtlijnen bepalen dat de toezichthouder van het land van herkomst (*homestate*) zelfstandig bij bijkantoren in de lidstaat van ontvangst 'ter plaatse de gegevens moet kunnen verifiëren die voor het financieel toezicht noodzakelijk zijn'. De toezichthouder van de lidstaat van ontvangst moet hiervan in kennis worden gesteld en kan worden ingeschakeld bij de verificatie. Dit neemt echter niet weg dat de toezichthouder van het land van herkomst deze bevoegdheid ook zelfstandig moet kunnen uitoefenen. Voor Nederland betekent dit dat de buitenlandse toezichthouder de bevoegdheden dient te hebben van artikelen 5:15 t/m 5:17 Awb. In Awb-termen zou hij daartoe moeten kunnen worden aangewezen als 'toezichthouder' in de zin van artikel 5:11 Awb. In het voorstel van Wet financieel toezicht gebeurt dit overigens niet.

Het voorgaande roept de vraag op of artikel 5:11 Awb niet zodanig moet worden gewijzigd dat op grond daarvan ook buitenlandse toezichthouders of Commissiecontroleurs als 'toezichthouder' in de zin van de Awb kunnen worden aangewezen, bijvoorbeeld door de Minister van Justitie. Bij zo'n aanwijzing moet dan tevens worden bepaald welke bevoegdheden van afdeling 5.2 deze toezichthouders binnen Nederland mogen uitoefenen. Voor de hiervoor genoemde terreinen vloeit de wenselijkheid van deze wettelijke voorziening voort uit het gegeven dat buitenlandse toezichthouders en Commissiecontroleurs in Nederland zelfstandig toezichtsbevoegdheden moeten kunnen uitoefenen. Opneming in de Awb ligt in de reden, omdat vooral het terrein van de 'financiële belangen van de EG' behoorlijk omvangrijk is en bijvoorbeeld ook betrekking kan hebben op onregelmatigheden bij het verstrekken van Europese subsidies. Een dergelijke voorziening gaat voor velen wellicht wat ver. Men moet zich echter realiseren dat het fenomeen dat niet-Nederlandse toezichthouders eigen toezichtsbevoegdheden uitoefenen in Nederland juridisch al realiteit is. Door een voorziening te treffen wordt deze realiteit ook in de Awb zichtbaar gemaakt. Daaraan kan wel worden toegevoegd dat de praktijk zich tot nu toe ook zonder een voorziening in de Awb weet te redden. Urgent is de gesuggereerde wettelijke voorziening dus niet.

c Toezicht op de naleving van het recht van een andere lidstaat

Het fenomeen dat toezichthouders van een bepaalde lidstaat toezicht moeten houden op de naleving van het recht van een andere lidstaat kan zich voordoen op grond van de Dienstenrichtlijn,³⁶¹ en wel bij het toezicht op dienstverleners die zich tijdelijk naar een andere lidstaat begeven. Ingevolge artikel 34 van de richtlijn is een lidstaat van vestiging in dat geval in de regel primair ervoor verantwoordelijk dat op de naleving van 'zijn eisen' toezicht wordt uitgeoefend (lid 1). Deze verantwoordelijkheid brengt echter niet met zich dat deze lidstaat daadwerkelijk verificaties en controles moet verrichten op het grondgebied van de lidstaat waar de dienst wordt verricht. Deze verificaties en controles – die derhalve betrekking hebben op de eisen van het land van vestiging – worden, op verzoek van de lidstaat van vestiging, 'verricht door de instanties van de lidstaat waar de dienstverrichter tijdelijk actief is' (lid 3). Deze bepaling heeft, in het geval een Poolse dienstverrichter zich tijdelijk naar Nederland begeeft, als gevolg dat een Nederlandse toezichthouder zijn toezichtsbevoegdheden moet toepassen ten behoeve van de naleving van door Polen gestelde eisen. Op grond van het toezicht ingevolge artikel 35, derde lid, van de richtlijn kan zich hetzelfde voordoen.

Spanningen met de Awb

Het voorgaande geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen. Ingevolge artikel 5:11 Awb zijn toezichthouders belast met het toezicht op de naleving van 'het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift'. Zoals in paragraaf 2.6 aangegeven vallen onder het begrip 'wettelijke voorschrift' in de zin van de Awb zowel 'formele wetten' als 'regels gesteld door organen die aan de Grondwet of wet

361. Vergelijk het Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn betreffende diensten op de interne markt, COM(2006) 160 definitief.

regelgevende bevoegdheid kunnen ontleneren' (materiële wetgeving). Op die plaats is ook vastgesteld dat een EG-verordening op zichzelf als een dergelijk voorschrift kan worden opgevat. Op de naleving van verordeningen kan derhalve ingevolge artikel 5:11 Awb toezicht worden gehouden zonder dat de in de verordening opgenomen normen in de nationale wetgeving nader zijn geoperationaliseerd. Voor richtlijnen ligt dat anders, omdat richtlijnen op grond van het EG-recht zonder omzetting in nationale wetgeving geen verplichtingen kunnen opleggen aan particulieren (zie par. 2.5). Omdat dit bij de toepassing van artikel 5:11 Awb wel het geval is, kunnen richtlijnen niet als 'wettelijk voorschrift' in de zin van artikel 5:11 Awb worden aangemerkt.

Hetzelfde geldt voor regelgeving van een andere lidstaat. Deze is immers niet afkomstig van een orgaan dat 'aan de Grondwet of wet regelgevende bevoegdheid' kan ontleneren. Dat de Dienstenrichtlijn voorschrijft dat toezicht moet kunnen worden uitgeoefend op het recht van een andere lidstaat, doet hieraan niet af, nu – zoals hiervoor aangegeven – richtlijnen evenmin als 'wettelijk voorschrift' in de zin van artikel 5:11 Awb kunnen worden aangemerkt.

Kort en goed, zonder een nadere wettelijke voorziening kunnen Nederlandse toezichthouders geen toezicht uitoefenen op buitenlandse wetgeving. Wil men dit wel mogelijk maken, dan moet dit expliciet in artikel 5:11 Awb worden bepaald. Dat het fenomeen 'toezicht op buitenlandse regelgeving', voor zover ons bekend, tot nu toe alleen voorkomt in de Dienstenrichtlijn, is geen reden om deze voorziening niet in de Awb op te nemen. Niet alleen is de potentiële reikwijdte van de Dienstenrichtlijn behoorlijk ruim. Bovendien valt bij voorbaat niet te bepalen welke eisen in de diverse lidstaten zoal worden gesteld en dus evenmin welke Nederlandse toezichthouder (op basis van welke wet) daarop toezicht moet houden. De voorziening kan daarom het beste in de Awb worden getroffen. Daartoe kan worden overgegaan bij de omzetting van de richtlijn.

6.3.4.3 Sanctionering

Omdat de lidstaten van het sanctioneren van overtredingen van het EG-recht in het verleden niet al te veel werk maakten, is de EG vanaf eind jaren tachtig overgegaan tot het voorschrijven van de nationale sanctionering van deze overtredingen in specifieke Europese regelingen.³⁶² Aanvankelijk werd daarbij vooral de inzet van herstelsancties, meer in het bijzonder de terugvordering van in strijd met het EG-recht uitgekeerde gelden, aan de lidstaten voorgeschreven. Vervolgens werden vanaf begin jaren negentig – eerst op het landbouwterrein en daarna op het terrein van de financiële belangen van de EG in ruime zin – ook verdergaande sancties, zoals de bestuurlijke boete, voorgeschreven. De nieuwste ontwikkeling is, dat de EG op diverse terreinen de handhaving met behulp van het strafrecht voorschrijft. Dat de EG hiertoe in de eerste (communautaire) pijler in beginsel bevoegd is, is door het Hof uitgemaakt in zijn arrest in de zaak *Commissie versus de Raad*,³⁶³ betreffende het kaderbesluit inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht. In die zaak wordt een link gelegd met de

362. Vergelijk Jans e.a. 2002, p. 295-298.

363. Zaak C-176/03, *Commissie/Raad*, Jur. 2005, p. I-7879; AB 2005, 435, m.nt. AdMvV.

algemene eisen die het Hof vanaf de zaak Griekse maïs aan de handhaving van het EG-recht door de lidstaten stelt, namelijk dat deze (en dus ook de sanctionering) doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moet zijn (zie par. 6.3.3). Onder omstandigheden is – volgens het Hof – de inzet van strafrechtelijke sancties onontbeerlijk om aan deze eisen te voldoen.

Beziet men de EG-regelgeving met betrekking tot de bestuurlijke sanctionering, dan valt in de eerste plaats op dat zij diverse sancties kent die in Nederland buiten het terrein van het EG-recht onbekend zijn. Een overzicht van de meeste bestuurlijke sancties die Europa voorschrijft, is te vinden in Verordening 2988/95, betreffende de bescherming van de financiële belangen van de EG.³⁶⁴ Deze verordening maakt onderscheid tussen maatregelen en ‘echte’ administratieve sancties. Bij het opleggen van een ‘maatregel’ wordt het wederrechtelijk verkregen voordeel ontnomen, door de verplichting om verschuldigde bedragen te betalen of de wederrechtelijk geïnde bedragen terug te betalen (art. 4). Volgens Nederlandse terminologie gaat het derhalve om de herstelsancties navordering en terugvordering. Onder ‘administratieve sancties’ vallen (art. 5): de betaling van een bestuurlijke boete; de betaling van een bedrag dat hoger is dan het wederrechtelijk ontvangen of ontdoken bedrag (toeslag); de gehele intrekking van een toegekend voordeel, ook al heeft de betrokkene dit voordeel ten dele wederrechtelijk genoten (korting); de uitsluiting van een voordeel voor een periode die volgt op die waarin de onregelmatigheid heeft plaatsgevonden, en het verlies van een borgsom die is gesteld ter waarborging van de naleving van voorwaarden. De toeslag, de korting, de uitsluiting en het verlies van een waarborgsom komt men in Nederland buiten het terrein van de EG niet tegen. Zij zijn uiteraard evenmin opgenomen in de Awb.

Een tweede opvallend punt in de Europese regelgeving met betrekking tot de bestuurlijke sanctionering is, dat de EG niet altijd genoeg neemt met het toepassen van een ‘herstelsanctie’ (terugvordering), maar daarbovenop onder omstandigheden het opleggen van verdergaande bestuurlijke sancties voorschrijft. Dit blijkt reeds uit de hiervoor genoemde Verordening 2988/95, die in artikel 4 bepaalt dat iedere onregelmatigheid in de regel leidt tot een maatregel waardoor het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt ontnomen. Is de onregelmatigheid ook nog opzettelijk of uit nalatigheid begaan, dan kan dat tot de hiervoor genoemde ‘echte’ administratieve sancties (boete, toeslag, uitsluiting et cetera) leiden (art. 5). In meer specifieke Europese regelgeving wordt deze combinatie vaak dwingend voorgeschreven. Dit ziet men voor de Europese landbouwsubsidies bijvoorbeeld in Verordening (EG) nr. 796/2004.³⁶⁵ Bovenop de verplichting tot terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen (art. 73), bevat deze verordening de verplichting om in het geval de landbouwer een onregelmatigheid door nalatigheid heeft begaan, een bepaalde korting toe te passen (art.

364. Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95, betreffende de bescherming van de financiële belangen van de EG, PbEG 2005, L 312.

365. PbEG 2004, L 141.

66). Is er sprake van opzet dan moet zowel een korting als een uitsluiting worden toegepast (art. 67).

In de derde plaats valt het op dat de in specifieke Europese regelgeving voorgeschreven sanctionering nogal eens is 'dichtgereguleerd'. De hiervoor genoemde Verordening (EG) nr. 796/2004, biedt ook op dit punt een goede illustratie. In deze verordening wordt voor elke denkbare onregelmatigheid het precieze kortingspercentage voorgeschreven, wordt exact aangegeven wanneer het nationale uitvoeringsorgaan moet overgaan tot uitsluiting en wordt bovendien precies bepaald onder welke omstandigheden een korting of uitsluiting niet van toepassing is. De afwegingsruimte voor het nationale bestuursorgaan bij het opleggen van de sanctie in het individuele geval is daardoor in hoge mate bepaald en beperkt. Dit is in de regel ook het geval als in een Europese regeling het opleggen van een bestuurlijke boete of van een korting of toeslag die uitwerkt als een boete, wordt voorgeschreven. Dat kortingen en toeslagen kunnen uitwerken als boete komt doordat de hoogte hiervan doorgaans wordt bepaald aan de hand van een percentage van hetgeen teveel is aangevraagd. Is het gehele bedrag teveel aangevraagd, dan moet de overtreder aan het bestuursorgaan een bedrag betalen, en is er, in elk geval *de facto*, sprake van een boete.³⁶⁶

De beperkte afwegingsruimte geldt ook voor de nationale rechter als hij een door het EG-recht 'dichtgereguleerde' sanctie moet beoordelen. Mocht hij van mening zijn dat een conform de EG-regeling opgelegde sanctie in een concreet geval onevenredig streng uitpakt, dan mag hij dat derhalve niet zelf vaststellen. Wel kan hij door middel van een prejudiciële verwijzing naar het Hof de geldigheid van de sanctieregeling ter discussie stellen.

Spanningen met de Awb

Dat specifieke EG-regelingen bij de overtreding ervan sancties voorschrijven die niet in de Awb zijn opgenomen, zoals kortingen, toeslagen en uitsluitingen, noopt niet tot aanvulling van de Awb. De toekenning van de bevoegdheid om deze sancties toe te passen behoort immers thuis in de bijzondere wetgeving. Hoogstens zou de Awb-wetgever inspiratie kunnen ontleenen aan het EG-recht als men tegen onregelmatigheden bij subsidiëring in algemene zin met andere sancties zou willen optreden dan de thans in de Awb geregelde intrekking (en terugvordering).

Dat de EG vaak voorschrijft dat tegen onregelmatigheden in subsidiesfeer niet alleen wordt opgetreden met behulp van herstelsancties, maar ook verdergaande bestuurlijke sancties moeten kunnen worden opgelegd, is voor de Awb evenmin relevant. Weliswaar regelt de Awb zelf in subsidietitel 4.2 alleen de herstelsanctie intrekking, zij staat er niet aan in de weg dat bij of krachtens de bijzondere wetgeving andere sancties kunnen worden opgelegd.

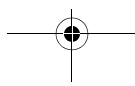
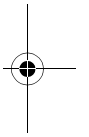
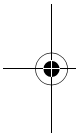
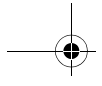
Dat veel Europese regelingen een nogal strenge en 'dichtgereguleerde' sanctionering voorschrijven, die het opleggende bestuursorgaan niet of nauwelijks enige

366. Zie bijvoorbeeld zaak C-210/00, KCH, Jur. 2002, p. I-6483, AB 2002, 392, m.nt. AdMvV, alsmede zaak C-274/04, AB 2006/204, m.nt. RW; JB 2006/135, m.nt. nv.

afwegingsruimte laat, kan onder omstandigheden – naar nationale maatstaven – op gespannen voet staan met de eis van een evenredige sanctionering van artikel 3:4 Awb en, bij bestuurlijke boetes, met de specifieke evenredigheidseis van het toekomstige artikel 5.1.4.7 Awb. Deze mogelijke spanning noopt echter niet tot wijziging van de Awb. Wel kan zij ertoe leiden dat de genoemde artikelen in EG-rechtelijke zaken buiten toepassing moeten blijven.

6.3.5 Conclusie

Het voorgaande levert voor de handhaving uiteindelijk op drie punten spanningen op tussen de Awb en het Europese recht. Het eerst punt betreft de begripsvorming. Vanuit Europese optiek verdient het aanbeveling om het begrip ‘toezicht’ in afdeling 5.2 Awb te vervangen door het meer Europese begrip ‘controle’. In de tweede plaats is voorgesteld om artikel 5:11 Awb zodanig aan te vullen, dat ook Commissie-ambtenaren en buitenlandse toezichthouders als ‘toezichthouder’ in de zin van de Awb kunnen worden aangewezen. Beide voorstellen zijn overigens niet urgent. In de derde plaats zou in artikel 5:11 Awb voor nationale toezichthouders de mogelijkheid kunnen worden gecreëerd om ook toezicht te houden op de naleving van buitenlandse regelgeving. Dit zou alvast kunnen geschieden bij de omzetting van de Dienstenrichtlijn.



7 De procedure bij de rechter

7.1 INLEIDING

In de procedure voor de rechter is de invloed van het Europese recht op steeds meer plaatsen merkbaar. Zo wordt in het voorontwerp voor het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht³⁶⁷ de invoering voorgesteld van de bevoegdheid voor de Commissie en de NMa om als *amicus curiae* op te treden. Deze uitwerking van artikel 15 van Verordening 1/2003 is thans terug te vinden in de Mededingingswet, maar wordt door het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht overgeheveld naar de Awb. Het is immers bepaald niet uitgesloten dat communautaire mededingingsaspecten voor andere administratieve rechters aan de orde komen dan bij de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, bijvoorbeeld wanneer een partij stelt dat een bestuursorgaan als onderneming optreedt. Het is van belang dat de Commissie beschikt over de mogelijkheid om in dergelijke zaken, zonder daarbij partij te zijn, schriftelijk of mondeling opmerkingen te maken. Nu deze *amicus curiae*-bevoegdheid in artikel 8:45 (lid 4,5,6) 8:45a en 8:60a Awb zal worden geïntroduceerd en een mogelijke spanning tussen Europees recht en de Awb wordt weggenomen, zal hierop in dit hoofdstuk niet nader worden ingegaan.

Ook op het gebied van bewijsrecht bestaat er een communautaire invloed door middel van de algemene eisen van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming en door de algemene rechtsbeginselen en EG-regelgeving. Vaak wordt hierbij ook aansluiting gezocht bij de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Een belangrijk arrest waaruit de Europese invloed op het bewijsrecht blijkt is de zaak Steffensen,³⁶⁸ waaruit in de context van een specifieke richtlijn een recht op contra-expertise kan worden afgeleid. Aangezien de Awb echter geen materiële regels van bewijsrecht bevat, zullen hierdoor niet snel spanningen ontstaan. De toepassing van een bewijsfuik kan vanuit Europese context wel problematisch zijn. Deze bewijsfuik komt echter niet in dit hoofdstuk aan bod, maar kwam reeds aan de orde bij de bespreking van het zorgvuldigheidsbeginsel in paragraaf 5.2.

In dit hoofdstuk komen diverse onderwerpen aan de orde waarbij de invloed van het communautaire recht voelbaar is. Dit geldt in de eerste plaats voor de toegang tot de bestuursrechter. Dit onderwerp kwam reeds ter sprake bij de betekenis van het EG-recht voor het Awb-kernbegrip 'besluit' (par. 4.3). In dit hoofdstuk kan daarom worden volstaan met de Europese invloed op de nationale rechtsmidde-

³⁶⁷. Voorontwerp wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht (www.minjus.nl).

³⁶⁸. Zaak 276/01, Steffensen, Jur. 2003, p. I-3735, AB 2003, 310, m.nt. AdMvV.

len tegen het niet tijdig beslissen. Vervolgens komt de omvang van geding aan de orde en wel met name de vraag in hoeverre de Nederlandse bestuursrechter verplicht is om het EG-recht ambtshalve te toetsen. Ook worden de Europeesrechtelijke toelaatbaarheid van artikel 6:13 Awb behandeld en de diverse fuiken die in de jurisprudentie van met name de ABRvS zijn ontwikkeld.

Verder komt in dit hoofdstuk de prejudiciële procedure aan de orde. Thans is deze niet geregeld in de Awb, en de vraag bestaat dan ook of het wenselijk is om bepalingen in de Awb op te nemen over de prejudiciële procedure. Ten slotte wordt de voorlopigevoorzieningenprocedure vanuit een communautaire invalshoek bekeken.

7.2 RECHTSMIDDELEN TEGEN HET NIET TIJDIG BESLISSEN

7.2.1 Nationaal recht

De nationale rechtsmiddelen tegen niet tijdig beslissen worden geregeld in artikel 6:2 onder b Awb. Ingevolge deze bepaling wordt voor de toepassing van de wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep, het niet tijdig nemen van een besluit met een appellabel besluit gelijkgesteld. Tegen niet tijdig beslissen in de primaire fase kan derhalve bezwaar worden gemaakt; tegen het niet tijdig beslissen in bezwaar kan beroep op de rechter worden ingesteld. In de standaarduitspraak De Gier-Haarlemmermeer heeft de ABRvS bepaald dat artikel 6:2, onder b, Awb uitsluitend een procedurele functie heeft.³⁶⁹ Het bezwaar of beroep is derhalve gericht tegen het niet tijdig beslissen zelf en betreft alleen de vraag of het bestuursorgaan inderdaad de voorgeschreven beslistermijn heeft overschreden. In beroep doen de rechtbanken deze zaken vereenvoudigd of versneld af.³⁷⁰ Stelt de rechtbank vast dat de beslistermijn is overschreden, dan wordt het beroep gegrond verklaard en wordt doorgaans aan het bestuur een termijn gesteld waarbinnen het alsnog een reëel besluit moet nemen. Om de naleving van deze opdracht af te dwingen, kan de rechter hieraan een dwangsom verbinden (art. 8:72 lid 7 Awb). Zoals aangegeven moet tegen het niet tijdig beslissen in primo bezwaar worden gemaakt en kan hiertegen geen beroep op de rechter worden ingesteld.

Uit het voorgaande blijkt dat het niet tijdig beslissen onder de Awb – anders dan voorheen onder de Wet Arob – niet wordt gelijkgesteld met een fictieve weigering. Op specifieke terreinen, bijvoorbeeld bij bouwvergunningen en monumentenvergunningen, komt men wel het systeem van de fictieve positieve beschikking tegen. Het niet tijdig beslissen leidt dan tot de verlening van een vergunning.

Bij de Eerste Kamer is het initiatiefwetsvoorstel ‘Dwangsom bij niet tijdig beslissen’ van de kamerleden Wolfsen en Luchtenveld aanhangig;³⁷¹ het regeringswets-

369. ABRvS 3 december 1998, JB 1999, 13, m.nt. FAMS; AB 1999, 107, m.nt. FM; RAwb 1999, 60, m.nt. RW.

370. Dit is voorgeschreven in art. 18 Procesregeling bestuursrecht.

371. Kamerstukken I 2005-2006, 29 934, A.

voorstel 'Beroep bij niet tijdig beslissen'³⁷² is hierin geïntegreerd. Op grond van het wetsvoorstel wordt, kort gezegd, het niet tijdig beslissen door het bestuur 'bestraft' met een dwangsom die kan oplopen tot € 1240. Bovendien wordt het huidige systeem van rechtsbescherming tegen het niet tijdig beslissen effectiever gemaakt, met name doordat tegen het niet tijdig beslissen in primo veelal wel direct beroep kan worden ingesteld bij de rechter. Overigens voorziet het wetsvoorstel niet in een fundamentele wijziging van het beroepsrecht ingevolge artikel 6:2, onder b, Awb. Het beroep ingevolge deze bepaling houdt derhalve uitsluitend een procedurele functie.

7.2.2 *Spanningen met het Europese recht*

Het Hof van Justitie is tot nu toe slechts een enkele keer met het vraagstuk van het niet tijdig beslissen door het bestuur geconfronteerd.³⁷³ Van een Europees leerstuk met betrekking tot dit onderwerp is dan ook nog geen sprake. Uit de beperkte jurisprudentie blijkt eerst en vooral dat het Hof deze kwestie plaatst in het kader van het beginsel van effectieve rechtsbescherming: tegen het niet tijdig beslissen moet een effectief beroep op de rechter openstaan. Verder blijkt uit deze rechtspraak het volgende:

- Tenzij een richtlijn of verordening dit uitdrukkelijk voorschrijft, volgt niet uit het EG-recht dat het niet tijdig beslissen tot een fictief positief besluit moet leiden. Dit blijkt uit het arrest Merck, Sharp & Dohme.
- Een nationale regeling volgens welke, met het oog op de verlening van effectieve rechtsbescherming, het niet tijdig beslissen wordt gelijkgesteld met een stilzwijgende afwijzing waartegen beroep kan worden ingesteld, is niet in strijd met het EG-recht. Wel moet deze stilzwijgende afwijzing als onwettig worden beschouwd als zij niet binnen de beslistermijn met redenen is omkleed. Omdat de stilzwijgende afwijzing nu juist ontstaat door het overschrijden van de beslistermijn (en derhalve per definitie niet is gemotiveerd), is zij altijd onwettig. Het voorgaande blijkt uit de arresten inzake Commissie/Frankrijk en Housieaux.

In de rechtspraak van het Hof is een uitsluitend procedurele voorziening zoals die van artikel 6:2, onder b, Awb, nog nooit aan de orde gekomen. Daarmee is niet gezegd dat deze voorziening in strijd is met het EG-recht. Bepalend voor de EG-rechtelijke toelaatbaarheid lijkt ons de vraag of het stelsel van de Awb effectieve rechterlijke rechtsbescherming biedt tegen het niet tijdig beslissen door het bestuur. Daarvan is ons inziens in elk geval sprake bij het niet tijdig beslissen in bezwaar. Daartegen kan immers ingevolge artikel 6:2, onder b, Awb, beroep op de rechter worden ingesteld. Over de primaire fase kan men op dit punt meer twijfel hebben, omdat tegen het niet tijdig beslissen in die fase geen beroep op de rechter kan worden ingesteld, maar bezwaar moet worden gemaakt bij het orgaan dat de beslistermijn in primo juist heeft overschreden. De wijziging die op dit

372. Wetsvoorstel Beroep tegen niet tijdig beslissen, Kamerstukken II, 2005-2006, 30 435, nr. 2.

373. Zaak C-233/00, Commissie/Frankrijk, Jur. 2003, p. I-6625; zaak C-186/04, Housieaux, n.n.g., AB 2005, 349; zaak C-245/03, Merck, Sharp & Dohme, n.n.g., AB 2005, 350, m.nt. RW.

punt is voorzien in het wetsvoorstel 'Dwangsom bij niet tijdig beslissen' – op grond waarvan tegen het niet tijdig beslissen in primo vaak wel direct beroep op de rechter kan worden ingesteld – kan dan ook vanuit EG-rechtelijke optiek worden toegejuicht.

In het voorgaande is melding gemaakt van de mogelijkheid dat een specifieke EG-regeling bepaalt dat het niet tijdig beslissen dient te leiden tot een fictief positief besluit. Thans komen dergelijke regelingen slechts incidenteel voor.³⁷⁴ De Dienstenrichtlijn brengt hierin verandering. In artikel 13 lid 4 van de richtlijn wordt namelijk bepaald dat vergunningen betreffende de toegang tot of de uitoefening van dienstactiviteiten 'worden geacht te zijn verleend' bij het uitblijven van een 'antwoord' op een aanvraag binnen de in artikel 13 lid 3 bedoelde beslistermijn (zie par. 5.6.4). De fictieve positieve beschikking is in de richtlijn derhalve de regel. Overigens staat de richtlijn het toe dat voor een aantal specifieke activiteiten een andere regeling wordt vastgesteld wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, 'including a legitimate interest of third parties'. Deze uitzondering zou – naar wij aannemen – bijvoorbeeld van toepassing kunnen zijn op milieuvergunningen voor de uitoefening van dienstactiviteiten. Alsdan kunnen de belangen van derden – en trouwens ook het belang van het EG-rechtelijke milieurecht zelf – zich immers verzetten tegen een systeem van een fictieve positieve beschikking.

Voor het overige dwingt de Dienstenrichtlijn Nederland ertoe om voor vergunningen betreffende de toegang tot of de uitoefening van dienstactiviteiten het stelsel van de fictieve positieve beschikking als regel in te voeren. Daarmee is niet gezegd dat dit stelsel in de Awb moet worden opgenomen. Artikel 6:2, onder b, Awb is immers op veel meer besluiten van toepassing dan uitsluitend 'dienstenvergunningen'. Of bij die andere besluiten behoefte bestaat aan een systeem van fictieve positieve beschikkingen bepaalt Nederland zelf. Wel zal de Dienstenrichtlijn zo moeten worden omgezet dat dit systeem voor 'dienstenvergunningen' wordt gegarandeerd. Op de vraag hoe daarbij te werk zou kunnen worden gegaan, wordt in paragraaf 10.2.3 ingegaan.

7.2.3 Conclusie

In het voorgaande is geconcludeerd dat de rechtsmiddelen tegen niet tijdig beslissen ingevolge artikel 6:2, onder b, Awb, zoals die binnenkort zullen worden aangevuld door het wetsvoorstel 'Dwangsom bij niet tijdig beslissen', in algemene zin de toets aan het EG-recht kunnen doorstaan. De genoemde rechtsmiddelen schieten wel te kort om te voldoen aan de Dienstenrichtlijn, aangezien daarin de fictieve positieve beschikking als regel is voorgeschreven in het geval van niet tijdig beslissen. In paragraaf 10.2 wordt ingegaan op de vraag hoe deze verplichting zou kunnen worden omgezet.

374. Zie voor een voorbeeld art. 2, punt 1, en art. 3, punt 1, derde alinea, Richtlijn 89/105/EG, PbEG 1989, L 40.

7.3 OMVANG VAN GEDING IN RUIME ZIN

7.3.1 *Nationaal recht*

Op grond van artikel 8:69 lid 1 Awb doet de bestuursrechter uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Volgens de rechtspraak vloeit uit deze bepaling voort dat de omvang van geding in belangrijke mate wordt beperkt door de beroepsgronden die de appellant aanvoert. Deze beroepsgronden³⁷⁵ hoeven niet meer te zijn dan feitelijke gronden, gericht tegen onderdelen van het besluit of de besluitvorming.³⁷⁶

Uit artikel 8:69 lid 1 Awb vloeit in beginsel dus voort dat wanneer het beroepschrift slechts tegen een bepaald onderdeel van het besluit is gericht, de rechter in beginsel zijn toetsing ook tot dit onderdeel en de daartegen aangevoerde feitelijke gronden moet beperken. Binnen deze grenzen moet hij wel overgaan tot aanvulling van de rechtsgronden ex artikel 8:69 lid 2 Awb. Soms gaat de taak van de bestuursrechter echter verder dan het geven van een oordeel over hetgeen door partijen is aangevoerd. In dergelijke gevallen gaat de bestuursrechter over tot ambtshalve toetsing, hetgeen betekent dat hij uit zichzelf specifieke rechtsregels toepast, de zogenoemde bepalingen van openbare orde.

Hiervoor zijn twee vormen van ambtshalve rechterlijk optreden onderscheiden, te weten ambtshalve aanvulling en ambtshalve toetsing. Het verschil tussen beide is dat ambtshalve aanvulling van rechtsgronden plaatsvindt binnen de omvang van het geding zoals dat door partijen is bepaald, terwijl ambtshalve toetsing aan bepalingen van openbare orde buiten de omvang van het geding geschiedt. Hieronder worden beide nader besproken.

Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden

Het tweede lid van artikel 8:69 Awb bepaalt dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult. Hierbij respecteert hij de grenzen van de omvang van het geding zoals bepaald door het eerste lid van dit artikel.³⁷⁷ Bij ambtshalve aanvulling 'vertaalt' de rechter feitelijke bezwaren in juridische termen. Een goed voorbeeld van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is te vinden in een uitspraak van de Afdeling van 10 februari 1997.³⁷⁸ In deze zaak was wel een beroep gedaan op het nationale gelijkheidsbeginsel uit artikel 1 Grondwet en de rechtbank vulde deze rechtsgrond aan met artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR, waarin het gelijkheidsbeginsel ook is verankerd. De Afdeling stelde dat de rechtbank hiermee binnen de omvang van het geding was gebleven.

375. Een term die wordt ontleend aan art. 6:5 lid 1 onder d Awb.

376. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 158.

377. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 159.

378. ABRvS 10 februari 1997, JB 1997, 85.

Een ander interessant voorbeeld van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is een uitspraak van 26 juli 2004,³⁷⁹ waarbij de Afdeling de verplichting tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden ruim opvat. In deze vreemdelingenzaak voerde een appellant voor de rechtbank aan

‘dat hij van Belgische nationaliteit is en woonachtig is in Lanaken, terwijl zijn partner, met wie hij langdurig een vaste relatie heeft, in Susteren woont, dat hij in loondienst was van een te Lanaken gevestigde onderneming die grotendeels in Nederland werkzaam is, en dat hij onlangs vervroegd is uitgetreden, maar voor die onderneming op afroepbasis beschikbaar blijft.’

Naar het oordeel van de Afdeling had de rechtbank deze motivering op grond van artikel 8:69 lid 2 Awb moeten opvatten als een beroep op artikel 17 en artikel 18 lid 1 van het EG-verdrag. Deze uitspraak is dus een duidelijk voorbeeld van een ruime opvatting van de plicht tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden van artikel 8:69 lid 2 Awb.

Ambtshalve toetsing

Buiten de omvang van het geding, zoals bepaald door artikel 8:69 lid 1 Awb, moet de rechter ambtshalve toetsen aan bepalingen van openbare orde.³⁸⁰

In de wetsgeschiedenis is niet ingegaan op de vraag welke bepalingen de rechter ambtshalve moet toetsen. Hoewel in de literatuur verschillende opvattingen bestaan over wat precies de definitie is van het openbareordebegrip,³⁸¹ is wel duidelijk dat het gaat om bepalingen die niet ter vrije beschikking van partijen staan. De toetsing buiten de omvang van het geding wordt daarbij gerechtvaardigd door de bijzondere betekenis van de betreffende normen. Zij behoren tot de kernelementen van de rechtsorde die de rechter los van wil en kennis van partijen behoort te bewaken.³⁸² Bepalingen van openbare orde vindt men vooral op het gebied van de bevoegdheid (van rechter en bestuursorgaan) en ontvankelijkheid van rechtsmiddelen. Ook bepaalde basisnormen inzake het proces bij de rechter, zoals de toepassing van artikel 8:69 Awb door de eerste rechter, zijn van openbare orde.³⁸³ Materiële bepalingen worden in de regel niet als zodanig aangemerkt.³⁸⁴

Het communautaire recht is voornamelijk materieel van aard.³⁸⁵ Gezien het beperkte openbareordebegrip dat het Nederlands bestuursprocesrecht kent, bestaat er dus op grond van nationaal recht geen bevoegdheid tot ambtshalve toetsing aan Europees recht. Een belangrijke uitspraak van de Afdeling van

379. ABRvS 26 juli 2004, JB 2004, 337.

380. Kamerstukken II 1992/93, 22 495, nr. 6, p. 54.

381. Zie voor een uitgebreider overzicht van opvattingen: Brugman 2005, p. 266.

382. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 168.

383. Zie uitgebreid: Schreuder-Vlasblom 2006, p. 169.

384. Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 294.

385. Een uitzondering is bijvoorbeeld CRvB 15 december 1999, Rawb 2000, 77, waarin een EG-rechtelijke bevoegdheidsvraag ambtshalve in de beoordeling wordt betrokken.

2 maart 2004 bevestigt dit.³⁸⁶ In deze zaak, een beroep tegen vreemdelingenbewaring, heeft de vreemdeling in beroep niet aangevoerd dat hij aan het gemeenschapsrecht een verblijfsrecht in Nederland ontleent. De Afdeling gaat niet over tot ambtshalve toetsing aan het toepasselijke materiële Europese recht (art. 18 lid 1 EG, de rechten van de EU-burger), omdat dit recht niet van openbare orde is, en overweegt:

‘Er is geen grond voor het oordeel dat de beperking van ambtshalve toetsing tot voorschriften van openbare orde, die zonder onderscheid naar zuiver nationale of (mede) gemeenschapsrechtelijke aard van het geding wordt toegepast, in strijd is met het gemeenschapsrecht, omdat die beperking de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.’

Deze uitspraak laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Ambtshalve toetsing aan rechtstreeks werkende bepalingen van EG-recht door de bestuursrechter is niet toegestaan, tenzij het gaat om voorschriften van openbare orde. Gezien het materiële karakter van het gemeenschapsrecht vallen gemeenschapsrechtelijke bepalingen maar zelden binnen het Nederlandse openbare-ordebegrip. In paragraaf 7.2.2 wordt ingegaan op de vraag of er zoiets bestaat als een Europees openbare-ordebegrip.

Wanneer we de uitspraak van de Afdeling van 26 juli 2004 over ambtshalve aanvulling van rechtsgronden met deze uitspraak van 2 maart 2004 vergelijken, is duidelijk dat de beide uitspraken vragen oproepen. Hoe exact moet een grond zijn geformuleerd om de ambtshalve aanvullingsplicht van de rechter te activeren? Hoe ruim moet een grond worden geïnterpreteerd? Zoals uit de uitspraak van 26 juli 2004 blijkt, kan de rechter door het ruim interpreteren van een grond soms een bepaling van EG-recht toch nog binnen het geding trekken. Daarbij geldt dat naarmate de gronden ruimer zijn geformuleerd, de plicht tot ambtshalve aanvulling ex artikel 8:69 lid 2 Awb ook ruimer is. De gronden moeten wel voldoende duidelijk en feitelijk zijn omschreven.³⁸⁷

De problematiek van de omvang van het geding wordt verder gecompliceerd door de diverse fuiken. Deze fuiken zijn in de jurisprudentie van de Afdeling ontwikkeld en worden sinds 1 juli 2005 deels gecodificeerd in artikel 6:13 Awb.

De onderdelenfuik en artikel 6:13 Awb

Op 1 juli 2005 is bij invoering van de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb), artikel 6:13 Awb gewijzigd. Deze bepaling luidt thans als volgt.

³⁸⁶. ABRvS 2 maart 2004, AB 2004, 152.

³⁸⁷. Noot TN onder ABRvS 1 oktober 2003, AB 2004, 50.

‘Geen beroep bij de administratieve rechter kan worden ingesteld door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen zienswijzen als bedoeld in artikel 3:15 naar voren heeft gebracht, geen bezwaar heeft gemaakt of geen administratief beroep heeft ingesteld.’

De wijziging van artikel 6:13 Awb is vooral interessant vanwege de bedoelingen van de wetgever, zoals die blijken uit een brief van de Minister van Justitie van 29 oktober 2004.³⁸⁸ Daarin valt te lezen dat deze bepaling voor het gehele bestuursprocesrecht een harde ‘onderdelenfui’ introduceert. Volgens deze fui kan een belanghebbende in beroep bij de bestuursrechter geen onderdelen van een besluit aanvechten die hij niet reeds in de bestuurlijke fase – in de gronden van bezwaar of in de zienswijzen die hij in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure heeft ingebracht – heeft bestreden, tenzij dit laatste hem redelijkerwijs niet kan worden verweten. Voor de andere fuien die het bestuursrecht kent, de grondenfui en de bewijsfui, beoogt de brief juist een versoepeling. De regering merkt namelijk op dat de belanghebbende ‘tegen onderdelen van een besluit die hij in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld (...) in de fase van beroep bij de rechter wel nieuwe beroepsgronden of nieuw bewijs kan aanvoeren’. Beide fuien kunnen daarom in beginsel alleen worden toegepast ‘voor zover de voor het eerst bij de rechter aangevoerde argumenten betrekking hebben op een onderdeel van een besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet aan de orde is gesteld’. Overigens heeft het wel de voorkeur van de regering dat ‘nieuwe argumenten en nieuw bewijs (...) voortbouwen op eerder in de bestuurlijke fase ingebrachte zienswijzen en bedenkingen’. Verder stelt zij dat de ‘aard van het besluit’ verschil kan maken bij de toepassing van een fui. Uit die aard kan, bijvoorbeeld bij subsidieregelingen met een subsidieplafond, voortvloeien dat na een bepaald tijdstip ingebrachte gegevens buiten beschouwing moeten blijven. Bovendien zal volgens de regering ‘in het algemeen bij tweepartijengeschillen minder reden zijn om het inbrengen van nieuwe gegevens te beperken dan bij driepartijengeschillen’.

Hoewel ‘onderdeel’ een centraal begrip is voor de toepassing van artikel 6:13 Awb, wordt het niet omschreven in de hiervoor genoemde brief van de Minister van Justitie en komt het evenmin voor in de Awb. Het begrip zal daarom in jurisprudentie nader moeten worden vormgegeven. In de literatuur wordt het begrip omschreven als een ‘bepaald (splitsbaar) rechtsgevolg of modaliteit van het totale rechtsgevolg van een besluit’.³⁸⁹ Van een apart onderdeel is niet sprake indien het onlosmakelijk samenhangt met een ander onderdeel van het besluit. Alsdan kunnen beide immers alleen in samenhang worden beoordeeld.

Uitgaande van deze omschrijving kunnen als apart onderdeel bijvoorbeeld worden onderscheiden: de intrekking van een subsidie en de terugvordering van de reeds uitgekeerde gelden; de hoogte van een uitkering en de ingangsdatum ervan. In het milieurecht ligt het in de rede dat de diverse milieucompartimenten

388. Kamerstukken II 2005-2006, 29 421, nr. 11. De hierna volgende citaten zijn uit deze brief.

389. Widdershoven e.a. 2002, p. 10.

die in een vergunning worden geregeld (bijvoorbeeld luchtvervuiling, geluid, stank, externe veiligheid) als aparte onderdelen worden aangemerkt.

Voor de mate waarin de onderdelenfuik de toegang tot de rechter zal beperken, is van belang of de bestuursrechters het begrip onderdeel ruim of eng zullen uitlegen. Vooralsnog kiest men doorgaans voor een tamelijk ruime uitleg. In een enkel geval ziet men echter een nogal enge benadering. Deze is bijvoorbeeld aan de orde in een uitspraak van de ABRvS van 24 november 2004.³⁹⁰ In deze zaak gaat het om een vergunning voor een standplaats waaraan een aantal voorwaarden zijn verbonden, onder meer dat de vergunninghouder zijn standplaats mag innemen op maandag tot en met vrijdag (voorwaarde drie) en dat de vergunninghouder uiterlijk vijftien minuten voor het tijdstip waarop de verkoopactiviteiten mogen beginnen op de standplaats aanwezig mag zijn en de standplaats uiterlijk vijftien minuten na afloop van de toegestane tijd dient te hebben ontruimd (voorwaarde vijf). Appellant richt zijn bezwaar op de verruiming van de dagen waarop hij zijn standplaats in mag nemen en brengt pas bij de rechtbank gronden tegen de toegestane tijd per dag naar voren. De Afdeling overweegt:

‘De op voorwaarde vijf betrekking hebbende beroepsgrond betreft een onderdeel van het besluit dat geheel los staat van de onderdelen waartegen het gemaakte bezwaar zich richtte. Nu dit bezwaar zich niet richtte tegen dit onderdeel van het besluit, stond dit bij de heroverweging op grondslag van het bezwaar niet ter beoordeling van het college. Appellant kon de aan de vergunning verbonden voorwaarde vijf om die reden niet alsnog in beroep aan de orde stellen. De rechtbank heeft deze beroepsgrond dan ook terecht niet gehonoreerd, zij het dat zij heeft miskend dat voor een inhoudelijke beoordeling van deze beroepsgrond geen plaats was. Hetgeen appellant in hoger beroep heeft betoogd, kan dan ook niet tot gegrondbevinding van het hoger beroep leiden.’

Of de bestuursrechters zullen kiezen voor een enge of ruime benadering zal in de toekomst blijken.

Men moet zich realiseren dat de onderdelenfuik wezenlijk verschilt van de grondenfuik. Deze hierna te bespreken fuik ziet op het moment in de procedure waarop een bepaalde grond aangevoerd wordt door de appellant, terwijl de onderdelenfuik te maken heeft met de begrenzing van het omvang van geding. Met andere woorden, als een appellant ervoor kiest zijn bezwaarschrift of zienswijzen tegen een milieuvergunning alleen te richten tegen het onderdeel betreffende de geluidshinder, belet de onderdelenfuik hem niet om later nadere gronden tegen dit onderdeel geluidshinder aan te voeren, maar zal het niet toegestaan zijn om alsnog het onderdeel betreffende bodemvervuiling aan te vechten. Op de vraag of dit in gevallen met een communautaire dimensie volgens de eisen van het Europese recht aanvaardbaar is, wordt hierna nader ingegaan.

390. ABRvS 24 november 2004, JB 2005, 36. Het betreft hier een toepassing van de onderdelenfuik voor de invoering van art. 6:13 Awb.

De gronden- en zienswijzenfuik

Voor de invoering van artikel 6:13 en de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb werd het aanvoeren van nieuwe gronden bij de rechter door de ABRvS op twee manieren beperkt. Werd het besluit voorafgegaan door een bezwarenprocedure, dan werd nu en dan een grondenfuik toegepast. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Afdeling van 25 januari 2001,³⁹¹ waarin zij bepaalde dat ‘in beroep aangevoerde gronden die niet hun grondslag vinden in de door de betrokken appellants tegen het primaire besluit ingebrachte bezwaren geen rol kunnen spelen bij de beoordeling van het beroep’. Bij besluiten die de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure van de oude afdeling 3.5 Awb hadden doorlopen, hanteerde de Afdeling een harde bedenkingenfuik. Volgens deze fuik – die ook wel de Medembliklijn wordt genoemd – konden in beroep bij de rechter alleen bezwaren worden aangevoerd die hun grondslag vinden in de door appellants tegen het ontwerp-besluit ingebrachte bedenkingen. Zoals blijkt uit de formulering impliceerde deze fuik een harde grondenfuik.

De grondenfuik tussen bezwaar en beroep in eerste aanleg is, voor zover wij weten, door de Afdeling nooit toegepast op EG-rechtelijke gronden. De bedenkingenfuik werd in het verleden wel toegepast op deze gronden. In haar uitspraak van 20 augustus 2003 ging de Afdeling echter om.³⁹² Zij overwoog:

‘De Afdeling constateert dat appellants de beroepsgronden inzake de toepasselijkheid van de IPPC-richtlijn niet in haar bedenkingen heeft aangevoerd. Zij is echter van oordeel dat dit niet in de weg staat aan beoordeling daarvan, nu het hier gaat om mogelijk rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht waarvan de handhaving door de nationale rechter moet worden verzekerd en de afwijzing van die beoordeling ertoe zou kunnen leiden dat het gemeenschapsrechtelijk effectiviteitsbeginsel wordt geschonden.’

In deze overweging – die sindsdien vele malen is herhaald³⁹³ – stelt de Afdeling zelf vast dat de bedenkingenfuik in EG-rechtelijke zaken in strijd is met het effectiviteitsbeginsel. Kennelijk acht zij deze fuik niet in voldoende mate gerechtvaardigd door de beginselen die aan ons procesrecht ten grondslag liggen.

Door de invoering van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb, is de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure van de oude afdeling 3.5 Awb vervallen en zijn ook de daarin voorziene bedenkingen verleden tijd. Afdeling 3.4 Awb spreekt thans van ‘zienswijzen’. Volgens het hiervoor besproken artikel 6:13 Awb is het de bedoeling van de wetgever dat de grondenfuik in beginsel niet meer wordt toegepast. Deze bedoeling geldt zowel voor besluiten die worden voorbereid met behulp van afdeling 3.4 – waartegen zienswijzen kunnen worden aangevoerd – als voor besluiten waartegen bezwaar moet worden gemaakt. Binnen de in de zienswijzen of de gronden van bezwaar bestre-

391. ABRvS 25 januari 2001, AB 2001, 171, m.nt. FM.

392. ABRvS 20 augustus 2003, AB 2003, 391, m.nt. RW.

393. Zie recent ABRvS 22 maart 2006, nr. 200505248/1.

den onderdelen, kunnen in beroep bij de rechter in beginsel nieuwe gronden worden aangevoerd. Een voorschot op deze wijziging nam de Afdeling al in een uitspraak van 8 september 2004, waarin zij overwoog:³⁹⁴

‘Het standpunt van verweerder dat het beroep niet-ontvankelijk is voor zover het de gronden betreft die niet reeds in bezwaar werd aangevoerd, vindt geen steun in het recht, in het bijzonder artikel 6:13 van de Algemene wet bestuursrecht. Ook overigens vloeit niet uit de wet of uit enig rechtsbeginsel voort dat gronden die niet expliciet in bezwaar zijn aangevoerd, vanwege die enkele omstandigheid buiten de inhoudelijke beoordeling van het beroep zouden moeten blijven. Nu in dit geval de betrokken beroepsgronden direct verband houden met hetgeen appellante in bezwaar heeft aangevoerd, is er geen reden waarom de Afdeling niet mede op grondslag van deze gronden uitspraak zou kunnen doen.’

Gelet op het voorgaande lijkt de grondenfuik ook voor nationale gronden verleden tijd. Daarbij maakt het niet uit of een besluit de zienswijzeprocedure van afdeling 3.4 Awb doorloopt of de bezwaarschriftprocedure. Voor EG-rechtelijke gronden is deze wijziging overigens niet heel relevant, omdat zelfs de harde bedenkingenfuik hierop al sinds 20 augustus 2003 niet werd toegepast.

7.3.2 Europees recht

Voor een goed begrip van het navolgende moet worden opgemerkt dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak inzake de omvang van geding geen onderscheid maakt tussen het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en het ambtshalve toetsen aan voorschriften. Dit is logisch aangezien een dergelijk onderscheid in veel lidstaten onbekend zal zijn. Hierna zal het begrip ‘ambtshalve toepassing’ als verzamelterm worden gebruikt. Daaronder vallen zowel de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden binnen de omvang van geding als de ambtshalve toetsing buiten de omvang van geding.

In de rechtspraak van het Hof wordt het vraagstuk van de ambtshalve toepassing van EG-recht op twee manieren benaderd. In de eerste benadering wordt uitgegaan van het nationale recht, dat vervolgens wordt getoetst aan de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. In de tweede benadering wordt de ambtshalve toepassing van EG-recht gebaseerd op een EG-rechtelijke bepaling of regeling. Hieronder worden beide lijnen in de jurisprudentie kort besproken, waarna gemotiveerd aangegeven wordt welke lijn in het bestuursrecht het meest van belang is.

Peterbroeck en Van Schijndel

De verplichting tot ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht wordt door het Hof in de eerste plaats gebaseerd op de nationaalrechtelijke bevoegdheid tot

394. ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 392, m.nt. AvdH; zie ook ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 75, m.nt. RW.

ambtshalve toepassing.³⁹⁵ In de arresten Peterbroeck³⁹⁶ en Van Schijndel³⁹⁷ heeft het Hof bepaald dat in beginsel de regels van nationaal procesrecht inzake ambtshalve toepassing mogen worden gehanteerd, voor zover wordt voldaan aan de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Daarbij wordt het gelijkwaardigheidsbeginsel aanzienlijk verruimd toegepast ter verwezenlijking van effectieve rechtsbescherming en de volle werking van het EG-recht, nu de nationale rechter niet alleen verplicht is gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen wanneer er voor gelijksoortige regels van nationaal recht een verplichting tot ambtshalve toepassing bestaat, maar ook wanneer er slechts sprake is van een bevoegdheid naar nationaal recht. Kort gezegd betekent een nationale bevoegdheid dus een communautaire plicht tot ambtshalve toepassing, zoals ook later in het arrest Kraaijeveld³⁹⁸ nogmaals is bevestigd door het Hof.

Wanneer het EG-recht niet ambtshalve toegepast kan worden omdat het nationale recht een beperkte bevoegdheid tot ambtshalve toepassing aan soortgelijke nationaalrechtelijke bepalingen biedt, dient nog een toetsing aan het beginsel van effectiviteit plaats te vinden. Hierbij speelt de procedurele *rule of reason*, die het Hof in de zaken Peterbroeck en Van Schijndel heeft ontwikkeld, een doorslaggevende rol. In de woorden van het Hof wordt deze *rule of reason* in de zaak Peterbroeck als volgt geformuleerd:

‘Voor de toepassing van die beginselen moet ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, worden onderzocht met in aanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.’

Afhankelijk van de uitkomst van deze afweging tussen het belang van effectieve doorwerking van het communautaire recht enerzijds en het onderliggende belang van de beperking van de bevoegdheid tot ambtshalve toepassing anderzijds is een beperking van de bevoegdheid tot ambtshalve toepassing al dan niet gerechtvaardigd. De uitkomst van de afweging in het kader van de procedurele *rule of reason* is niet in het algemeen te voorspellen.

Uit de zaak Van Schijndel blijkt dat het Hof de beperkingen van de omvang van de rechtsstrijd in de civiele rechtspraak respecteert vanwege de beginselen van lijdelijkheid en partijautonomie. Deze beginselen dienen het goede verloop van de

395. Wanneer het nationale recht geen enkele bevoegdheid tot ambtshalve toepassing biedt, zou een bevoegdheid door het Hof – analoog aan het arrest Factortame – gebaseerd kunnen worden op het beginsel van effectieve rechtsbescherming en de volle werking van het EG-recht.

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

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

398. Zaak C-72/95, Kraaijeveld, Jur. 1996, p. I-5403, r.o. 60.

procedure en de rechten van de verdediging. Het Hof accepteert dat hierdoor de mogelijkheden tot ambtshalve toepassing van het gemeenschapsrecht beperkt kunnen zijn.

Uit de zaak Peterbroeck kan – kort samengevat – worden opgemaakt dat een verbod van ambtshalve toetsing aan EG-recht in de belastingrechtspraak niet door de Europese beugel kan wanneer dit wordt gecombineerd met een beperkte mogelijkheid voor partijen om na de bezwarenprocedure nog nieuwe gronden in te brengen en het verbod onvoldoende wordt gerechtvaardigd door beginselen als de rechten van verdediging en het goede verloop van de procedure. De doorwerking van het EG-recht mag volgens het Hof niet op een dergelijke manier door te veel nationale procesrechtelijke beperkingen tegelijk worden belemmerd.

Hoewel de procedurele *rule of reason* (en de toepassing daarvan in Van Schijndel en Peterbroeck) leidt tot een genuanceerde belangenafweging om te bepalen of er een verplichting tot ambtshalve toetsing aan Europees recht bestaat, heeft het Hof in een aantal arresten voor een geheel andere benadering gekozen.

Ecoswiss

In de zaak Ecoswiss,³⁹⁹ waar arbiter noch partijen acht hadden geslagen op artikel 81 EG, deed Benetton alsnog een beroep op dit artikel voor de civiele rechter. De civiele rechter wierp vervolgens de prejudiciële vraag op of hij het arbitrale vonnis moest vernietigen vanwege strijd met artikel 81 EG, terwijl deze strijdigheid in de arbitrage niet ter sprake was gekomen. Hierbij moet opgemerkt worden dat ingevolge artikel 1065 Rv een arbitraal vonnis slechts vernietigd kan worden op een beperkt aantal gronden, waarvan openbare orde er een is. In zijn arrest beklemtoont het Hof het fundamentele belang van artikel 81 EG, dat mede blijkt uit het feit dat door dit artikel verboden overeenkomsten van rechtswege nietig zijn. De bepaling wordt daarom voor de onderhavige problematiek als van openbare orde aangemerkt. Nu naar nationaal recht (art. 1065 Rv.) strijd met de openbare orde reden is voor vernietiging van een arbitraal vonnis, moet zo'n vonnis daarom ook worden vernietigd wanneer het in strijd is met artikel 81 EG.

Hoewel Ecoswiss op zich niet ging over ambtshalve toepassing – Benetton beriep zich immers op artikel 81 EG – raakt het arrest wel hieraan aangezien bepalingen van openbare orde naar Nederlands bestuursrecht ambtshalve moeten worden toegepast. Uit dit arrest zou men dan ook kunnen afleiden dat artikel 81 EG als EG-rechtelijke bepaling van openbare orde door de bestuursrechter altijd ambtshalve moet worden toegepast.⁴⁰⁰

Naar onze opvatting gaat deze conclusie vooralsnog te ver. Het oordeel van het Hof lijkt namelijk contextgebonden en heeft alleen betrekking op 'openbare orde' als bedoeld in artikel 1065 Rv.⁴⁰¹ Daarbij is van belang dat – zoals het Hof ook expliciet overweegt – arbiters, anders dan nationale rechterlijke instanties, niet

399. Zaak C-126/97, Eco swiss, Jur. 1999, p. I-3055.

400. In die richting, Advocaat-Generaal Wattel in zijn Conclusie voor HR 30 september 2005, LJV AR7738, VN 2005, 47.23 m.nt. Red.

401. Jans e.a. 2002, p. 362-363.

bevoegd zijn om prejudiciële vragen aan het Hof te stellen.⁴⁰² Zou de nationale rechter het arbitraal vonnis niet op strijd met artikel 81 EG mogen onderzoeken, dan zou de betreffende zaak door geen enkele rechterlijke instantie naar het Hof kunnen worden verwezen. Dit is niet bevorderlijk voor de uniforme uitlegging van het EG-recht. Om deze situatie te vermijden is het Hof ‘gedwongen’ om artikel 81 EG als bepaling van openbare orde *in de zin van artikel 1065 Rv* aan te merken. Alleen dan kan de nationale rechter, die de tenuitvoerlegging van een vonnis controleert, zo nodig prejudicieel verwijzen. Een bijkomend argument voor deze beperkte uitlegging van Ecoswiss, is dat het Hof in de zaak Van Schijndel – zoals hiervoor is gebleken – geen ambtshalve toepassing van het EG-recht voorschreef, terwijl ook daarin beroep was gedaan op artikel 81 EG.

Onze conclusie is dat op grond van Ecoswiss niet kan worden gesteld dat artikel 81 EG, buiten de context van arbitrage, van openbare orde is. Deze bepaling hoeft dan ook niet door de bestuursrechter ambtshalve te worden toegepast. Wel maakt Ecoswiss duidelijk dat het Hof – al dan niet in een specifieke context – bepalingen van EG-recht als van EG-rechtelijke openbare orde kan aanmerken.

Océano en Cofidis

In de zaken *Océano Grupo Editorial* en *Cofidis* was het leerstuk van de ambtshalve toepassing wel het onderwerp, waarbij het Hof koos voor een benadering die afwijkt van de lijn van Van Schijndel en Peterbroeck.⁴⁰³ In deze zaken vond het Hof een grondslag voor ambtshalve toepassing van *communautaire* recht in richtlijn 93/13/00 inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

In de zaak *Océano* ging het om de vraag van een Spaanse rechter of hij een forumkeuzebeding ambtshalve aan de betreffende richtlijn (die in Spanje niet tijdig was geïmplementeerd) mocht toetsen. Het Hof van Justitie stelde dat de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing gevonden kan worden in het doel van de richtlijn, te weten de bescherming van de consument:

‘De doelstelling van artikel 6 van de richtlijn, volgens hetwelk de lidstaten moeten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, kan mogelijk niet worden bereikt, wanneer de consument het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen zelf aan de orde zou moeten stellen. In geschillen betreffende kleine geldvorderingen kunnen de advocatenhonoraria hoger zijn dan het gevorderde bedrag, hetgeen de consument ervan kan afhouden zich te verweren tegen de toepassing van een oneerlijk beding. Volgens de procesregels van tal van lidstaten mogen particulieren in dergelijke geschillen weliswaar zelf verweer voeren, doch bestaat er een niet te verwaarlozen gevaar, dat de consument met name uit onwetendheid geen beroep doet op het oneerlijke karakter van het beding dat hem wordt tegengeworpen. Bijgevolg kan een doeltreffende bescherming van consumenten enkel worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen.’

402. Zaak C-102/82, *Nordsee*, Jur. 1982, p. 1095.

403. Gevoegde zaken C-240 t/m 244/98, *Océano Grupo Editorial*, Jur. 2000, p. I-4941, respectievelijk zaak C-473/00, *Cofidis*, Jur. 2002, p. I-10875.

Océano kreeg een vervolg in het arrest Cofidis,⁴⁰⁴ waarbij de vraag was of Richtlijn 93/13/00 toestaat dat nationale regelgeving de nationale rechter belet om, na het verstrijken van een vervaltermijn, ambtshalve vast te stellen dat een in die overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is. Het Hof van Justitie antwoordde hierop dat een beperking in de tijd van de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing niet is toegestaan, omdat anders afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van de richtlijn. Bij een beperking in de tijd wordt de consument immers bescherming ontnomen als de verkoper de vastgestelde termijn laat verstrijken voordat de oneerlijke bedingen ten uitvoer worden gelegd.

Bovengenoemde uitspraken roepen de vraag op welke EG-regelingen op grond van deze overwegingen nog meer ambtshalve door de rechter moeten worden toegepast. Het belang van Océano en Cofidis voor het Nederlandse bestuursprocesrecht moet echter niet worden overschat. In deze zaken ging het immers om een richtlijn die uitdrukkelijk de bescherming van 'zwakkere' partijen (consumenten) beoogt. De voor het bestuursrecht relevante EG-regelingen kennen een dergelijke expliciete beschermingsdoelstelling in de regel niet.

Daarom lijkt het kader van de zaken Van Schijndel en Peterbroeck het uitgangspunt voor de vraag of EG-recht ambtshalve moet worden toegepast door de bestuursrechter, waarbij de aanpak in Océano en Cofidis een uitzondering vormt voor bijzondere gevallen. Er kan echter niet voorspeld worden of er meer communautaire bepalingen zijn waarvoor de verplichting tot ambtshalve toetsing uit het EG-recht zelf voortvloeit, en waarbij dit wellicht zelfs in het algemeen het geval is. De rechtspraak van het Hof zal daarvoor nauwlettend gevolgd moeten worden.

7.3.3 *Spanningen*

Uit de arresten Peterbroeck en Van Schijndel blijkt dat de bestuursrechter verplicht is om bepalingen van Europees recht ambtshalve toe te passen wanneer er naar nationaal recht een bevoegdheid bestaat tot ambtshalve toepassing van soortgelijke nationaalrechtelijke bepalingen. Hierbij maakt het Europese recht geen verschil tussen ambtshalve aanvulling en ambtshalve toetsing, zodat de Europese eisen in beide gevallen gelden.

Ambtshalve aanvulling

De Nederlandse bestuursrechter is op grond van artikel 8:69 tweede Awb verplicht om – binnen de omvang van het geding – ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Deze regel levert geen spanning op met het Europese recht, nu op geen enkele manier de doorwerking van het EG-recht en de effectieve rechtsbescherming belemmerd wordt. Bovendien kunnen ambtshalve gronden van nationaal en internationaal recht worden aangevuld, waarmee aan het beginsel van gelijkwaardigheid voldaan is.

404. Zaak 473/00, Cofidis Jur. 2002, p. I-10875.

Ambtshalve toetsing

In de beperkte Nederlandse bevoegdheid tot ambtshalve toetsing, waarbij alleen aan bepalingen van openbare orde ambtshalve worden getoetst, is het EG-recht niet *qualitate qua* van openbare orde naar nationaal recht.⁴⁰⁵ Dit betekent dat de nationale bestuursrechter op grond van het Nederlandse bestuursprocesrecht geen bevoegdheid heeft om aan rechtstreeks werkende materiële regels van Europees recht ambtshalve te toetsen.

Hoewel deze beperking op het punt van ambtshalve toetsing de uitoefening van de door het EG-recht toegekende rechten kan bemoeilijken, voldoet zij ons inziens aan de eisen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Wat betreft het eerste vereiste kan worden opgemerkt dat deze beperking door de nationale rechter ook wordt toegepast in louter nationale zaken. Het effectiviteitsbeginsel lijkt niet geschonden, omdat de beperking binnen de *rule of reason* kan worden gerechtvaardigd door het verdedigingsbeginsel en het beginsel van een goed verloop van procedure.⁴⁰⁶

Bij deze opvatting is niet zonder belang dat het procesrecht van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie, optredend als bestuursrechter ingevolge artikel 230 EG, de ambtshalve toetsingsbevoegdheid op vergelijkbare wijze beperkt als artikel 8:69 Awb in Nederland. Buiten de aangevoerde gronden beoordelen zij ambtshalve alleen bepalingen van openbare orde. Tot deze groep behoren min of meer dezelfde bepalingen als in Nederland en in beginsel niet het materiële EG-recht.⁴⁰⁷ Gelet hierop zou moeilijk verdedigbaar zijn als het Hof aan nationale rechters een verdergaande plicht tot ambtshalve toetsing zou voorschrijven dan waartoe zij zelf bevoegd is. De taak om zorg te dragen voor een effectieve doorwerking van het EG-recht ligt immers niet alleen bij de nationale rechter, maar ook – en zelfs bij uitstek – bij het Hof. Bovendien zou het voor de mate van ambtshalve toetsing waarop een burger ingevolge het EG-recht ‘recht’ heeft niet mogen uitmaken of dit jegens hem wordt toegepast door een EG-instelling of een nationaal bestuursorgaan.⁴⁰⁸

405. Zie ook ABRvS 2 maart 2004, AB 2004, 152, m.nt. BPV en RW.

406. In die zin ook (impliciet) ABRvS 2 maart 2004, AB 2004, 152, alsmede CBB 17 mei 2005, AB 2005, 282, m.nt. JHvdV, in zijn prejudiciële verwijzing over de vraag of de nationale bestuursrechter ambtshalve aan het EG-recht moet toetsen. Omdat inmiddels uit zaak C-28/05, Dokter e.a., n.n.g. duidelijk is dat het nationale recht niet in strijd is met de EG-regeling die ambtshalve getoetst had moeten worden, zal deze vraag waarschijnlijk niet worden beantwoord.

407. Als ambtshalve te onderzoeken bepalingen van openbare orde worden, behalve regels omtrent de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van rechtsmiddelen, door het Hof aangemerkt de nietigheidsgronden ‘onbevoegdheid van de instelling’ en ‘schending van wezenlijke vormvoorschriften’ (la légalité externe). Bepalingen die de inhoud van de bestreden handeling betreffen (la légalité interne) worden niet ambtshalve onderzocht. Vergelijk Barents 2005, p. 104, 141-142, 227 en 438; Lenaerts & Arts 2003, p. 232-233; Widdershoven 2006, p. 66-67.

408. Om dezelfde reden heeft het Hof de aansprakelijkheidsvoorwaarden voor schendingen van EG-recht door EG-instellingen en lidstaten geharmoniseerd. Vergelijk zaak C-352/98, Bergaderm, Jur. 2000, p. I-5291. Vgl. voor een dergelijke stellingname ook Prechal en Shelkopyas 2004.

Dat het niet ambtshalve toetsen aan het EG-recht in algemene zin waarschijnlijk niet in strijd is met het EG-recht, wil niet zeggen dat elke toepassing hiervan EG-rechtelijk toelaatbaar is. Eerst en vooral moet niet worden uitgesloten dat het Hof in de toekomst sommige fundamentele bepalingen van EG-recht in algemene zin toch als van EG-rechtelijke openbare orde aanmerkt.⁴⁰⁹ Alsdan dient het Nederlandse openbare-ordebegrip EG-rechtconform te worden uitgelegd. Verder zij eraan herinnerd dat het Hof in zijn rechtspraak inzake het effectiviteitsbeginsel niet altijd volstaat met een toetsing van een procesrechtelijke regeling in abstracto, maar soms ook de toepassing in het concrete geval in zijn beoordeling betreft (zie par. 3.3). Deze tweede toets kan ertoe leiden dat de toepassing van artikel 8:69 Awb in de concrete omstandigheden van het geval toch in strijd wordt geacht met het effectiviteitsbeginsel of het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als artikel 8:69 Awb erg strikt of om uitsluitend dogmatische redenen wordt toegepast.⁴¹⁰ In algemene zin kan het stelsel van deze bepaling volgens ons echter door de Europese beugel.

Onderdelenfuik

De onderdelenfuik kan de doorwerking van het EG-recht beperken als een burger in beroep bij de rechter EG-rechtelijke argumenten aanvoert die betrekking hebben op een onderdeel van een besluit dat in de bestuurlijke fase niet is bestreden. Bij een niet al te strikte toepassing menen wij dat deze fuik in beginsel geen Europeesrechtelijke problemen geeft. De onderdelenfuik wordt ook toegepast in louter nationale zaken, zodat het beginsel van gelijkwaardigheid niet wordt geschonden. De fuik hoeft evenmin in strijd te zijn met het effectiviteitsbeginsel, omdat zij kan worden gerechtvaardigd door het beginsel van een goed verloop van procedure en het rechtszekerheidsbeginsel. Het laatstgenoemde beginsel is immers gediend bij een duidelijke begrenzing van de omvang van geding.

In dit verband kan een parallel worden getrokken met de rechtspraak van het Hof inzake de toepassing van (redelijke) fatale bezwaren- of beroepstermijnen. Zoals in paragraaf 9.2 wordt aangegeven, is de toepassing van deze termijnen volgens het Hof EG-rechtelijk toelaatbaar, omdat redelijke beroepstermijnen kunnen worden gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel. De onderdelenfuik komt erop neer dat bepaalde onderdelen door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten, omdat daartegen in de bestuurlijke fase geen bezwaren (of zienswijzen) zijn aangevoerd. In zoverre gaat het in feite om de toepassing van de fatale bezwarentermijn. Nu deze toepassing EG-rechtelijk toelaatbaar is, geldt dat ook voor de toepassing van de onderdelenfuik.

Bij ons oordeel is overigens wel van belang op welke wijze de bestuursrechters het begrip 'onderdeel' zullen invullen. Doen zij dit tamelijk ruim, dan is er EG-rechtelijk geen probleem. Kiezen zij echter voor een heel enge invulling, dan kan de toepassing van de onderdelenfuik wel in de Europese gevarenzone komen.

409. In die richting Jans 2005a, p. 12, alsmede Advocaat-Generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak C-210/98, Salzgitter, Jur. 2000, p. I-5843.

410. Zie voor een nadere uitwerking van deze gedachte Widdershoven 2006, p. 68.

Iets dergelijks zou bijvoorbeeld aan de orde zijn als de rechter alle, soms enige honderden voorschriften in een milieuevergunning zou aanmerken als een apart onderdeel. Alsdan wordt de bescherming van de burger door de rechter potentieel zodanig beperkt dat de toepassing van de fuik in strijd kan komen met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Vooralsnog lijkt het er overigens niet op dat de bestuursrechter voor een dergelijke enge invulling van het begrip 'onderdeel' zal kiezen.

Grondenfuik

Van een cumulatie van beperkingen – zoals door het Hof verboden in de zaak Peterbroeck – is in de Nederlandse jurisprudentie geen sprake nu uit de rechtspraak van de Afdeling omtrent de oude bedenkingenfuik reeds bleek dat deze fuik niet werd toegepast op EG-rechtelijke gronden. Onder het nieuwe artikel 6:13 Awb is de grondenfuik ook voor nationale gronden waarschijnlijk verleden tijd. Appellanten kunnen daarom ook later in de procedure alsnog een beroep doen op een niet eerder aangevoerde rechtstreeks werkende bepaling van Europees recht. Mocht de Afdeling de grondenfuik overigens wel gaan toepassen in zaken met een communautaire dimensie, dan is dit – gegeven het feit dat zij niet ambtshalve toetst aan het EG-recht⁴¹¹ – EG-rechtelijk niet toelaatbaar. De combinatie van een verbod van ambtshalve toetsing aan EG-recht met een grondenfuik gaat immers verder dan de beperkingen in Peterbroeck en is daarom zonder meer in strijd met het effectiviteitsbeginsel.

7.3.4 Conclusie

De Nederlandse regels over de omvang van geding van artikel 8:69 Awb – en de daarin voorziene beperking van ambtshalve toetsing – kunnen in het algemeen ook worden toegepast in EG-rechtelijke zaken. Wel moet men rekening houden met de mogelijkheid dat het Hof bepaalde fundamentele bepalingen van EG-recht zou kunnen aanmerken als bepaling van EG-rechtelijke openbare orde. Alsdan moet het Nederlandse openbare-ordebegrip conform het EG-recht worden toegepast.

De onderdelenfuik van artikel 6:13 Awb kan, mits het begrip 'onderdeel' niet te eng wordt uitgelegd, eveneens worden toegepast in EG-rechtelijke zaken.

7.4 DE PREJUDICIËLE PROCEDURE

7.4.1 Nationaal recht

De grondslag van de prejudiciële procedure is uitsluitend gelegen in artikel 234 van het EG-verdrag. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof mag deze communautaire bevoegdheid van de nationale rechter ook niet nader door nationale

411. ABRvS 2 maart 2004, AB 2004, 152.

regelgeving worden beperkt.⁴¹² De vorm van de prejudiciële verwijzing kan daarentegen wel worden ingebed in het nationale procesrecht.

In Nederland is er tot op heden niet voor gekozen de procedurele kanten van de prejudiciële procedure te regelen in de Awb. Dat heeft tot gevolg dat de vorm en inhoud van de verwijzing door elke rechter zelf bepaald kan worden, binnen het algemene kader van de Awb.

Het stellen van een prejudiciële vraag heeft in de nationale jurisprudentie het karakter gekregen van een tussenuitspraak, hoewel de Awb deze vorm van uitspraak niet expliciet kent. De Afdeling vindt de rechtsbasis van deze tussenuitspraak dan ook niet in de Awb, maar in het Europese recht:⁴¹³

‘De Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) voorziet, afgezien van het bepaalde bij artikel 8:73, tweede lid, niet in de mogelijkheid van het doen van tussenuitspraken. Voor zover andere verbindende voorschriften daartoe niet nopen, zoals in geval van het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EG, bestaat die mogelijkheid dan ook niet.’

In de tussenuitspraak waarin de prejudiciële verwijzing is opgenomen, kan over een deel van het geding al uitspraak gedaan worden wanneer de motivering van de verwijzing bepaalde rechtsoordelen vergt. Voor zover de in de prejudiciële verwijzing gestelde vragen niet deze oordelen betreffen, komt men op deze rechtsoordelen in de einduitspraak in beginsel niet meer terug. Dergelijke rechtsoordelen die al in de prejudiciële verwijzing zijn vervat, zijn pas als deel van de einduitspraak beroepbaar.⁴¹⁴

Uit de jurisprudentie blijkt dat diverse rechters een prejudiciële verwijzing verschillend formuleren in het dictum van hun uitspraak. Ter illustratie volgen hieronder een aantal recente voorbeelden.

Het CBB heropent het onderzoek en houdt iedere verdere beslissing aan bij een prejudiciële verwijzing:⁴¹⁵

- ‘Het College van Beroep voor het bedrijfsleven:
- heropent het onderzoek;
 - verzoekt het Hof van Justitie van de EG bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen ten aanzien van de volgende vragen: [...];
 - houdt iedere verdere beslissing aan.’

412. Zaak 166/73, Rheinmühlen, Jur. 1974, p. 33.

413. ABRvS 7 december 1998, JB 1999, 14.

414. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 227.

415. CBB 17 mei 2005, AB 2005, 282; zie ook b.v. CBB 26 juni 2003, AB 2003, 397.

De Afdeling schorst de behandeling van de zaak en houdt iedere verdere beslissing aan:⁴¹⁶

‘De Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State;
recht doende:

- I. verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de hierboven vermelde vragen;
- II. schorst de behandeling van het hoger beroep van appellante tot het Hof uitspraak heeft gedaan;
- III. houdt iedere verdere beslissing aan.’

De Centrale Raad van Beroep kiest enkel voor het aanhouden van de behandeling van de zaak in de volgende formulering:⁴¹⁷

‘De Centrale Raad van Beroep,

- verzoekt het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen bij wijze van prejudiciële beslissing als bedoeld in art. 234 EG antwoord te geven op de volgende vragen:
[...]
- houdt in verband met de toepassing van art. 234 EG de verdere behandeling van het geding aan totdat het Hof van Justitie arrest zal hebben gewezen.

De rechtbank Amsterdam, ten slotte, zegt niets over heropening, schorsing of aanhouding in het dictum, maar formuleert enkel de prejudiciële vraag:⁴¹⁸

‘De Rb. te Amsterdam bepaalt dat aan het Hof van Justitie EG de volgende prejudiciële vraag wordt voorgelegd: [...]’

Uit bovenstaande voorbeelden blijkt dat er geen eenduidige praktijk bestaat om bij de prejudiciële verwijzing aan te geven dat de behandeling van de zaak wordt aangehouden tot er door het Hof van Justitie is beslist. In de uitspraken van verschillende bestuursrechtelijke colleges worden verschillende instrumenten gebruikt, zoals schorsing van de behandeling, heropening van het onderzoek en aanhouding van de beslissing in de betreffende zaak. Deze maatregelen zijn gebaseerd op artikel 8:64 en 8:68 Awb, waarbij het eerstgenoemde artikel een grondslag biedt voor het schorsen van het onderzoek ter zitting en artikel 8:68 Awb de rechter de mogelijkheid biedt na de zitting het onderzoek te heropenen, bijvoorbeeld wanneer het stellen van een prejudiciële vraag toch noodzakelijk blijkt.

Materieel zijn de gevolgen van de bovengenoemde tussenuitspraken overigens wel steeds hetzelfde: de behandeling van het geding wordt geschorst totdat het antwoord van het Hof ontvangen is.

416. ABRvS 4 februari 2003, AB 2003, 85.

417. CRvB 13 juli 2005, AB 2005, 347.

418. Rb Amsterdam 4 april 2005, AB 2005, 159.

7.4.2 Europees recht

De prejudiciële procedure is geregeld in artikel 234 EG-Verdrag. De nationale rechter kan op grond van dit artikel het Hof van Justitie in het kader van een nationale procedure vragen in een prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de (on)geldigheid van secundair EG-recht of communautaire bepalingen uit te leggen. Hij beslist hierbij zelf of een prejudiciële verwijzing noodzakelijk is: dit kan hij ambtshalve doen, waarbij het verzoek van partijen natuurlijk mee kan wegen maar niet doorslaggevend is. Op grond van artikel 68 EG-Verdrag bestaat er ook een prejudiciële procedure voor titel IV van het EG-Verdrag (visa, asiel en immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrij verkeer van personen), die in die zin beperkt is dat vragen alleen kunnen worden gesteld door rechters wier beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep.

De beantwoording van een prejudiciële vraag voor het Hof kan veel tijd in beslag nemen. Zeker bij vragen in het kader van vragen op het gebied van familierecht, immigratierecht of vrijheidsontneming kan lang wachten problematisch zijn; daarom is het belangrijk om op te merken dat artikel 104bis van het Reglement voor Procesvoering ruimte biedt voor een versnelde behandeling. De verwijzende nationale rechter kan om toepassing van dit artikel verzoeken, waarna het aan het Hof is om te bepalen of hiervan gebruik wordt gemaakt.⁴¹⁹ Dat het bestaan van dit artikel in de praktijk nog niet alle problemen wegneemt, blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak in een hoger beroep tegen vreemdelingenbewaring bij de Raad van State, waarin wordt overwogen:⁴²⁰

‘Het antwoord op deze [prejudiciële] vraag kan van belang zijn voor de thans voorliggende zaak. Dit kan er evenwel niet toe leiden dat de Afdeling zich in de gevallen, waarin de aan het Hof van Justitie voorgelegde vraagstelling van belang kan zijn, onthoudt van een oordeel over de rechtmatigheid van de inbewaringstelling tot de uitspraak van het Hof van Justitie daarover en dat zij daartoe in die gevallen de behandeling van de zaak aanhoudt, aangezien omtrent de rechtmatigheid van een vrijheidsontneming spoedig uitspraak moet worden gedaan.’

Wanneer het gaat om een uitlegkwestie zijn rechters wier beslissingen open staan voor hoger beroep op grond van artikel 234 EG-verdrag bevoegd, maar niet verplicht tot het stellen van prejudiciële vragen. Alleen de hoogste rechters (zoals de ABRvS, CRvB, CBB en HR) zijn op grond van artikel 234 EG-Verdrag verplicht om over de uitleg van communautaire bepalingen in geval van twijfel een prejudiciële vraag te stellen. Op grond van de Cilfit-doctrine⁴²¹ geldt deze verplichting in een tweetal gevallen niet. Dit is in de eerste plaats het geval bij een acte éclairé, waarvan sprake is wanneer het Hof de voorgelegde vraag reeds eerder in een gelijksoortig geval heeft beantwoord, of wanneer de vraag kan worden beant-

419. Het Hof lijkt bereid te zijn deze versnelde procedure in het bijzonder te gebruiken bij zaken waarbij belangen van kinderen een rol spelen en bij gevallen van vrijheidsontneming; zie Jacobs 2004.

420. ABRvS 7 juli 2004, nr. 200400394/1.

421. Zaak 283/81, Cilfit, Jur. 1982, p. 3415.

woord aan de hand van de vaste jurisprudentie van het Hof. Ten tweede is het stellen van een prejudiciële vraag niet verplicht bij een acte clair, waarbij de juiste toepassing van het communautaire recht zo duidelijk is dat over het antwoord op de vraag redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan.⁴²² Ten slotte geldt ook geen verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag wanneer het gaat om een voorlopigevoorzieningprocedure, en er nog de mogelijkheid bestaat tot het voeren van een reguliere bodemprocedure over dezelfde zaak. Overigens zijn kortgeding-rechters wel bevoegd om prejudiciële vragen te stellen.

Wat betreft geldigheidskwesties is de nationale rechter niet bevoegd om een communautaire regeling ongeldig te verklaren. Dit blijkt uit de zaak Foto-Frost.⁴²³ Ook recentelijk heeft het Hof nog bevestigd dat de Cilfit-doctrine niet opgaat voor geldigheidskwesties: daarin blijft het primaat in Luxemburg liggen, zelfs als de problematiek nagenoeg identiek is aan een eerder verwezen zaak.⁴²⁴ Overigens kan een nationale rechter wel een beroep op de ongeldigheid van het EG-recht afwijzen, zonder dat daarvoor een prejudiciële verwijzing vereist is.

Wat betreft vorm en inhoud van prejudiciële verwijzingen moet gewezen worden op de Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechter die in 2005 zijn aangepast en gepubliceerd.⁴²⁵ Deze wenken zijn door het Hof gepubliceerd als hulpmiddel voor de nationale rechter en dienen als leidraad bij het stellen van prejudiciële vragen.

In deze wenken worden de hierboven besproken regels over de bevoegdheid en verplichting van de nationale rechter om een prejudiciële vraag te stellen kort uiteengezet. Voorts wordt ingegaan op de vorm en inhoud van de prejudiciële verwijzing, die volgens het Hof in de regel niet meer dan tien pagina's hoeft te beslaan. De prejudiciële verwijzing is niet gebonden aan een bepaalde vorm, maar wel is vereist dat korte uiteenzetting over de casus en de toepasselijke (nationale en communautaire) regelgeving en jurisprudentie worden toegevoegd. Daarbij moet de rechter aangeven waarom hij twijfelt aan de uitleg of geldigheid van gemeenschapsbepalingen, en kan hij ten slotte ook een beknopte weergave van de argumenten van partijen en zijn eigen concept-antwoord op de prejudiciële vraag bijvoegen.⁴²⁶

Volgens punt 25 van de Wenken brengt het stellen van een prejudiciële vraag mee dat de nationale procedure wordt geschorst tot het Hof uitspraak heeft gedaan. De nationale rechter blijft echter wel bevoegd tot het nemen van voorlopige maatregelen.

422. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat niet te snel geoordeeld mag worden dat er sprake is van een acte clair.

423. Zaak 314/85, Foto-Frost, Jur. 1987, p. 4199.

424. Zaak C-461/03, Gaston Schul, AB 2006, 65, m.nt. M. Verhoeven.

425. Pb 2005, C 143/I.

426. Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechter in 2005, punt 20-24.

7.4.3 Spanningen

Het is niet toegestaan om de precieze voorwaarden waaronder de nationale rechter bevoegd of verplicht is een prejudiciële vraag te stellen, vast te leggen in de Awb. Deze verplichting vloeit direct voort uit art. 234 EG-Verdrag en de jurisprudentie van het Hof van Justitie.⁴²⁷

Het zou naar Europees recht wel mogelijk zijn om de procesrechtelijke kanten van de prejudiciële procedure in de Awb te regelen. In de literatuur is dit ook wel bepleit: het gaat dan vooral om het vastleggen van de vorm en inhoud van de prejudiciële verwijzing en de omschrijving van de prejudiciële verwijzing als tussenuitspraak.⁴²⁸ Daarbij zouden ook de plicht tot motivering en omschrijving van de relevante feiten en het toepasselijke recht in de prejudiciële verwijzing en de schorsing van het nationale geding voorgeschreven kunnen worden.⁴²⁹ Hierbij zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de Wenken die het Hof heeft opgesteld voor prejudiciële verwijzingen,⁴³⁰ waarin ook vermeld wordt welke achtergrondinformatie de verwijzingsbeschikking dient te bevatten.⁴³¹ Ook blijkt uit punt 25 van de Wenken dat de nationale procedure geschorst wordt bij een prejudiciële verwijzing.

Een voordeel van het vastleggen van vorm en inhoud van prejudiciële verwijzingen in de Awb is dat er meer eenduidigheid zal ontstaan in de tussenuitspraak dan thans (zoals hierboven beschreven) het geval is. Tijdens de in het onderzoek gehouden interviews bleken diverse respondenten voorstander van een wettelijke regeling, hoewel geen van hen deze kwestie urgent achtte.

Een andere spanning die zich in de praktijk zou kunnen voordoen, is dat bij het stellen van de prejudiciële vraag in een tussenuitspraak niet de mogelijkheid bestaat om over te gaan tot schorsing van een besluit, terwijl dit in bepaalde gevallen noodzakelijk kan zijn voor de volle werking van het gemeenschapsrecht.⁴³² Artikel 8:72 lid 5 Awb biedt aan de rechter in de hoofdzaak de mogelijkheid een voorlopige voorziening te treffen in de einduitspraak, maar omdat een prejudiciële verwijzing plaats vindt bij tussenuitspraak biedt ook deze bepaling geen uitkomst.

Wanneer schorsing als ordemaatregel noodzakelijk lijkt, zal hiertoe volgens de Awb door een van de partijen een apart verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening moeten worden ingediend. Dit betekent dat de rechter in de hoofd-

427. Zaak 166/73, Rheinmühlen, Jur. 1974, p. 33.

428. In het voorontwerp voor de Wet aanpassing bestuursprocesrecht wordt in afdeling 8.2.7 de tussenuitspraak opgenomen. Dit dient vooral voor de codificatie van de bestuurlijke lus, maar biedt wellicht in de toekomst ook mogelijkheden voor de tussenuitspraak in prejudiciële zaken.

429. Meij 2003, p. 28.

430. Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechter, Pb 2005, C 143/I.

431. Zie pt. 22 van de Wenken.

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

zaak niet zelfstandig over kan gaan tot het schorsen van het besluit indien hij dit noodzakelijk acht maar geen van beide partijen hierom verzoekt. Daarnaast zal de voorlopige voorziening in beginsel door een rechter moeten worden beoordeeld die geen deel neemt aan de hoofdzaak. Een bevoegdheid tot ambtshalve schorsing in de tussenuitspraak waarin de prejudiciële verwijzing plaatsvindt, zou deze omweg via de voorlopige voorziening voorkomen en de rechter in hoofdzaak een ruimere bevoegdheid geven, die ook de volle werking van het communautaire recht garandeert.

7.4.4 Conclusie

In de Awb zou een aantal aspecten van de prejudiciële procedure (de prejudiciële verwijzing als tussenuitspraak, motivering) kunnen worden geregeld. Daarbij zou kunnen worden bepaald dat het rechterlijke college dat een zaak prejudicieel verwijst, bevoegd is om hangende de vraag een voorlopige voorziening te treffen.

7.5 DE VOORLOPIGE VOORZIENING

7.5.1 Nationaal recht

Het instellen van bezwaar of beroep heeft in beginsel geen schorsende werking.⁴³³ Wanneer het toch wenselijk is dat de rechtsgevolgen van het bestreden besluit worden opgeschort tot er over het bezwaar of beroep is beslist, kan door de voorzieningenrechter (op verzoek) een voorlopige voorziening getroffen worden.⁴³⁴ De rechter in de bodemzaak is op geen enkele manier gebonden aan de uitspraak die de voorzieningenrechter heeft gedaan op het verzoek om een voorlopige voorziening.

De voorlopige voorziening is geregeld in art. 8:81 eerste lid Awb:

‘Indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, kan de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.’

Uit deze bepaling, die ook geldt bij beroep in enige aanleg bij ABRvS, CBB en CRvB⁴³⁵ en in hoger beroep bij voornoemde rechterlijke colleges en de belastingkamers van de hoven,⁴³⁶ blijken een tweetal belangrijke eigenschappen van de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening.

433. Zie artt. 6:16 en 6:24 Awb.

434. Zie uitgebreid het themanummer van JBplus over de voorlopige voorziening, juni 2005.

435. Art. 36 lid 1 Wet RvS, 17 lid 1 Berw en 19 lid 1 Wbbo.

436. Art. 39 lid 1 Wet RvS, art. 21 Berw, 22 Wbbo en 27j Awr.

In de eerste plaats geldt een connexiteitsvereiste, dat uiteen valt in een formeel en materieel deel.⁴³⁷ Het vereiste van formele connexiteit houdt in dat een voorlopige voorziening enkel getroffen kan worden nadat een bezwaarschrift of beroepschrift is ingediend. Uit de materiële connexiteitseis vloeit voort dat de gevraagde voorlopige voorziening ook inhoudelijk betrekking moet hebben op het in hoofdzaak bestreden besluit.

Ten tweede kan een voorlopige voorziening alleen worden getroffen als onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Er moet dus sprake zijn van een urgent probleem dat met de gevraagde voorziening op korte termijn ondervangen kan worden en niet op een andere manier opgelost kan worden.⁴³⁸ Om te bepalen of spoedeisend belang de voorlopige voorziening vereist, verricht de voorzieningenrechter een belangenafweging, aangezien er goede redenen moeten zijn om het uitgangspunt van de niet-schorsende werking van bezwaar en beroep opzij te zetten. In de rechtspraak zijn twee benaderingen te onderscheiden in deze belangenafweging. De eerste aanpak stelt het spoedeisend belang centraal, waarbij bijvoorbeeld van belang is of de uitvoering van het besluit bij afwijzing van het verzoek zal leiden tot onherstelbare gevolgen. Aan het bestaan van een spoedeisend belang worden hoge eisen gesteld. Dit ziet men bijvoorbeeld duidelijk wanneer het om een geldbedrag gaat: dan wordt een voorlopige voorziening in de regel alleen getroffen in een acute financiële noodsituatie.⁴³⁹ De tweede benadering legt de nadruk op het voorlopig oordeel dat de voorzieningenrechter over de hoofdzaak heeft. Hierbij is het spoedeisend belang van verzoeker niet meer dan richtinggevend. Wanneer het bestreden besluit onrechtmatig lijkt, is dat in deze benadering in beginsel een reden om het besluit te schorsen, terwijl bij rechtmatigheid de voorlopige voorziening afgewezen wordt. Overigens lopen beide benaderingen vaak in elkaar over en spelen ook veel andere elementen een rol bij de belangenafweging, zoals de mate van ingrijpendheid van de toewijzing van de voorlopige voorziening, de proceshouding van partijen en de mate van nadeel van de ene partij tegenover het voordeel dat de andere heeft bij het treffen van een voorlopige voorziening.⁴⁴⁰

7.5.2 *Europees recht*

Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak eisen gesteld aan de bevoegdheid van de nationale rechter om een voorlopige voorziening te treffen in nationale procedures waarbij EG-recht een rol speelt. Het gaat dan om geldigheidsvragen of interpretatievragen. Bij geldigheidsvragen kan men bijvoorbeeld denken aan een nationaal besluit dat is genomen ter uitvoering van een EG-verordening, waarbij appellant aanvoert dat deze verordening strijdig is met het EG-Verdrag.

437. Zie uitgebreid: Simons 2005, p. 60.

438. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 265.

439. Zie bijvoorbeeld Vz. CRvB 23 februari 1994, JB 1994, 54, Vz. ABRvS, 14 september 2001, AB 2001, 320 en Pres. CBB, 28 januari 1998, AB 1998, 228.

440. Simons 2005, p. 65 e.v.

Bij interpretatievragen wordt de verenigbaarheid van het nationale recht met het EG-recht betwist.

Interpretatiekwesties

Wanneer het gaat om de interpretatie van EG-recht, is de nationale voorzieningenrechter bevoegd om het Hof van Justitie uitleg te vragen.⁴⁴¹ In de zaak *Factor-tame*⁴⁴² – waarin naar Engels recht geen bevoegdheid bestond een voorlopige voorziening te treffen waarbij nationale regelgeving (naar Nederlandse maatstaven formele wetgeving) werd opgeschort – heeft het Hof uitgemaakt dat de nationale voorzieningenrechter bevoegd moet zijn om een voorlopige voorziening te treffen tegen een nationale regel die vermoedelijk strijdig is met het communautaire recht:

‘Aan de volle werking van het gemeenschapsrecht zou [...] worden afgedaan, wanneer een rechter bij wie een door het gemeenschapsrecht beheerst geding aanhangig is, door een regel van nationaal recht zou kunnen worden belet, voorlopige maatregelen te gelasten ter verzekering van de volle werking van de uitspraak die moet worden gedaan over het bestaan van de rechten waarop krachtens het gemeenschapsrecht een beroep wordt gedaan. Bijgevolg is een rechter die onder deze omstandigheden voorlopige maatregelen zou gelasten, indien een regel van nationaal recht zich daar niet tegen verzette, verplicht, deze regel buiten toepassing te laten.’

Wanneer het gelasten van een voorlopige voorziening niet mogelijk zou zijn, betekent dat immers dat de nationale wetgeving van kracht blijft zolang er geen uitspraak van het Hof is. Hierbij kan het gevaar bestaan dat door het tijdsverloop onomkeerbare situaties ontstaan. In dat geval zou effectieve rechtsbescherming niet gegarandeerd zijn.⁴⁴³

Uit de zaak *Factortame* volgt enkel dat de nationale rechter de mogelijkheid moet hebben om een voorlopige voorziening te treffen, maar deze uitspraak bevat geen nadere regels omtrent de voorlopigevoorzieningsprocedure. Voor interpretatiekwesties heeft het Hof ook in latere rechtspraak geen procedurele regels gesteld, zodat in dergelijke gevallen het nationale recht in beginsel onverkort van toepassing is.

Daarbij moet wel opgemerkt worden dat het Hof in specifieke gevallen eisen kan stellen aan de nationale bevoegdheid tot opschorting van nationale regelgeving die vermoedelijk strijdig is met het gemeenschapsrecht. Dit is gebeurd in de zaak *Commissie/Spanje*,⁴⁴⁴ waarin het Hof bepaalde dat Aanbestedingsrichtlijn 89/665 vereiste dat een voorlopige voorziening getroffen kon worden zonder dat er beroep in de hoofdzaak is ingesteld. Dit vloeiende overigens voort uit de bewoordingen en

441. Bevoegd, maar niet verplicht: zie zaak 283/81, *Cilfit*, Jur. 1982, p. 3415. Zie ook uitgebreid: *Jans e.a.*, p. 323 e.v.

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

443. Zie uitgebreid: *Jans e.a.* 2002, p. 330-337.

444. Zaak C-214/00, *Commissie/Spanje*, Jur. 2003, p. I-04667.

inhoud van de richtlijn zelf, zodat de reikwijdte van dit arrest is beperkt tot de betreffende aanbestedingsrichtlijn (die in Nederland hoofdzakelijk via het privaatrecht is geïmplementeerd, waarbij geen connexiteitseis geldt). Duidelijk is echter wel dat deze zaak een voorbeeld geeft van het feit dat de nationale regels inzake voorlopige voorzieningen in specifieke gevallen toch strijdig kunnen zijn met de opvatting van het Hof.

Geldigheidskwesties

Wanneer het gaat om geldigheidskwesties, is sinds jaar en dag het uitgangspunt in de relatie tussen nationale rechter en het Hof van Justitie dat alleen het Hof van Justitie Europese regelgeving ongeldig mag verklaren.⁴⁴⁵ De nationale rechter kan daarom vaak niet anders dan een prejudiciële vraag stellen, waarbij het al snel twee jaar kan duren voordat er een antwoord van het Hof volgt. In een tweetal zaken heeft het Hof de lijnen verder uitgezet voor de verlening van een voorlopige voorziening in zaken waarin de geldigheid van EG-regelgeving wordt betwist. In het arrest Zuckerfabrick⁴⁴⁶ bepaalde het Hof voor het eerst expliciet dat de nationale voorzieningenrechter bevoegd is de toepassing van gemeenschapsrecht (tijdelijk) op te schorten in geldigheidskwesties. Daarbij volgt uit de zaak Atlanta⁴⁴⁷ dat de rechter ook een positieve maatregel mag treffen die de toepassing van gemeenschapsrecht voorlopig opheft.

Om een uniforme toepassing van gemeenschapsrecht te waarborgen heeft het Hof in beide zaken een aantal criteria geformuleerd die de voorzieningenrechter in acht moet nemen bij het opschorten van communautaire regelgeving.⁴⁴⁸ Opschorting of het nemen van een voorlopige maatregel is alleen mogelijk indien aan de volgende criteria is voldaan:

- a De nationale rechter heeft ernstige twijfel over de geldigheid van de bestreden gemeenschapshandeling.
- b De opschorting draagt een voorlopig karakter, namelijk totdat het Hof zich heeft uitgesproken over de geldigheidsvraag. Daarbij moet de voorzieningenrechter de geldigheidsvraag ook prejudicieel verwijzen als dat nog niet reeds gebeurd is.
- c De zaak is spoedeisend, waarbij voor degene die om een voorlopige voorziening verzoekt ernstige en onherstelbare schade dreigt. Daarbij wordt financiële schade door het Hof in beginsel niet als onomkeerbaar beschouwd, tenzij een faillissement reëel is.
- d De nationale rechter houdt naar behoren rekening met het belang van de gemeenschap. Dat betekent onder meer dat hij de bevoegdheid moet hebben van verzoeker voldoende zekerheden te verlangen als de opschorting een financieel risico voor de gemeenschap betekent.

445. Zaak 314/85, Foto-Frost, Jur. 1987, p. 4199; zie recentelijk ook zaak C-461/03, Gaston Schul, AB 2006, 65, m.nt. M. Verhoeven.

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

447. Zaak C-465/93, Atlanta, Jur. 1995, p. I-3761.

448. Zie m.n. zaak C-465/93, Atlanta, Jur. 1995, p. I-3761, r.o. 51.

- e De nationale rechter eerbiedigt bij de beoordeling van het verzoek de uitspraken van het Hof en Gerecht over de wettigheid van gemeenschapshandelingen. Dit betekent dat de nationale rechter geen voorlopige maatregel mag treffen wanneer het Hof of Gerecht een beroep tot nietigverklaring of een exceptie van onwettigheid met betrekking tot de betreffende gemeenschapshandeling heeft verworpen of in het kader van een verzoek om een prejudiciële beslissing heeft bepaald dat de betreffende gemeenschapshandeling niet ongeldig is, tenzij voor hem andere gronden worden aangevoerd.⁴⁴⁹

Uit deze strikte voorwaarden blijkt dat het zeker niet de bedoeling van het Hof is dat de nationale voorzieningenrechter snel een voorlopige voorziening treft in geldigheidskwesties. Dat is logisch, omdat elke voorlopige voorziening die in een van de lidstaten getroffen wordt de uniforme gelding van het gemeenschapsrecht in gevaar brengt. In de zaak *Nevedi*⁴⁵⁰ heeft het Hof daar nog aan toegevoegd dat het treffen van een voorlopige voorziening door een nationale rechter niet impliceert dat ook bestuursorganen de tenuitvoerlegging kunnen opschorten:

‘Zelfs wanneer een rechterlijke instantie van een lidstaat heeft vastgesteld dat is voldaan aan de voorwaarden waaronder zij de tenuitvoerlegging van een gemeenschapshandeling kan opschorten, in het bijzonder wanneer de vraag van de geldigheid van die handeling reeds aan het Hof is voorgelegd, zijn de bevoegde nationale overheidsinstanties van de overige lidstaten niet bevoegd om die handeling op te schorten totdat het Hof over de geldigheid ervan heeft beslist. Het staat immers alleen aan de nationale rechter om, rekening houdend met de bijzondere omstandigheden van de bij hem aanhangige zaak, na te gaan of wordt voldaan aan de voorwaarden voor toekenning van voorlopige maatregelen.’

7.5.3 *Spanningen*

De zaak *Factortame*, waarin bepaald werd dat de nationale rechter de mogelijkheid moet hebben om een voorlopige voorziening te treffen, deed in Nederland weinig stof opwaaien aangezien de Nederlandse rechter ook voordien al voorlopige voorzieningen trof in zaken met een communautaire dimensie. Wanneer een appellabel besluit aangevochten wordt, is dat de bestuursrechter; in andere gevallen is de burgerlijke rechter degene die in kort geding optreedt.

In interpretatiekwesties bij de bestuursrechter wordt het systeem van artikel 8:81 Awb ook nog steeds toegepast, nu het Hof hiervoor geen nadere procedurele criteria heeft geformuleerd. Dat hierbij geen spanningen met het Europese recht optreden, is mede het gevolg van het feit dat in voorlopigevoorzieningprocedures vrijwel nooit prejudiciële vragen over interpretatiekwesties gesteld worden. De redenen hiervoor liggen in het summiere karakter van de voorlopigevoorzieningprocedure,

449. Deze laatste voorwaarde is in het *Atlanta*-arrest toegevoegd aan de eerdere vier voorwaarden, die reeds in *Zuckerfabrik* geformuleerd waren.

450. Gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, n.n.g., AB 2006, 174, m.nt. M. Verhoeven.

waarbij de connexe bodemprocedure zich vanwege juridische en feitelijke complexiteit in de regel beter leent voor het formuleren van een prejudiciële vraag. Daarbij staat de tijd die verstrijkt met de beantwoording van een prejudiciële vraag haaks op het onderliggende spoedeisend belang van een voorlopigevoorzieningsprocedure.⁴⁵¹ Overigens is versnelde behandeling van een prejudiciële verwijzing bij het Hof mogelijk wanneer met buitengewone spoed dient te worden beslist.⁴⁵² Hoewel de verwijzende rechter het Hof kan verzoeken tot versnelde behandeling over te gaan, is de beoordeling of dit noodzakelijk is geheel aan het Hof.⁴⁵³

Wat betreft geldigheidskwesties kan opgemerkt worden dat de criteria die het Hof van Justitie in *Zuckerfabrick en Atlanta* heeft geformuleerd voor het treffen van voorlopige voorzieningen, strenger zijn dan de nationale jurisprudentie op basis van artikel 8:81 Awb.

Dit levert in beginsel echter geen spanningen op omdat artikel 8:81 Awb de rechter de ruimte biedt om bij communautaire geldigheidskwesties de Europese criteria toe te passen. De criteria komen immers deels overeen met de criteria van de Awb (het spoedeisend belang) en passen verder binnen de belangenafweging die de voorzieningenrechter moet maken (ernstige twijfel aan de geldigheid, voorlopig karakter, rekening houden met het belang van de gemeenschap en eerbiediging van Europese jurisprudentie).

In de praktijk worden verzoeken voor voorlopige voorzieningen in communautaire geldigheidskwesties overigens vaak afgewezen en zijn in de Nederlandse rechtspraak tot op heden slechts drie gevallen van toewijzing bekend. De eerste keer gebeurde dit door de president van het CBB in de zaak *Affish*, waarbij de Nederlandse uitvoering van een beschikking van de Commissie (inhoudende een importverbod van Japanse vis) opschortte. In de zaak *Emesa Sugar*⁴⁵⁴ schorste de president van de rechtbank Den Haag een EG-besluit dat de import van Arubaanse suiker sterk beperkte. Ten slotte was er recentelijk de zaak *Nevedi*, waarin de rechtbank Den Haag een EG-richtlijn over mengvoeders heeft opgeschort totdat het Hof van Justitie zich over deze richtlijn heeft uitgesproken.⁴⁵⁵

De enige duidelijk aanwezige spanning tussen de *Zuckerfabrick*-criteria en de Awb ligt in het feit dat de nationale rechter volgens het Hof⁴⁵⁶ de mogelijkheid moet hebben om van verzoeker voldoende zekerheden te verlangen als de opschorting een financieel risico voor de gemeenschap betekent. De Awb biedt hiervoor geen wettelijke grondslag omdat artikel 8:84 Awb de rechter alleen de mogelijkheid biedt de voorziening geheel of gedeeltelijk toe te wijzen. Het gaat

451. Jans e.a., 2002, p. 332.

452. Art. 104bis van het Reglement voor procesvoering van het Hof.

453. In de praktijk worden dergelijke verzoeken meestal afgewezen; de zaak *Jippes* (Zaak C-189/01, Jur. 2001 p. I-05689) is een van de weinige waarbij het Hof wel voldeed aan het verzoek.

454. President Rb. Den Haag 6 en 17 oktober 1997, RAWB 1998, 33.

455. Voorzieningenrechter rb. Den Haag 22 april 2004, AB 2004, 364 m.nt. RW, zie ook uitgebreid: Van Ooik & Vandamme 2005. Zie voor de einduitspraak gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, n.n.g., AB 2006, 174, m.nt. M. Verhoeven.

456. Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken I-43/88 en C-92/89, *Zuckerfabrick Süderdithmarschen en Soest*, Jur. 1991, p. I-534, r.o. 32.

ons inziens te ver in deze wetstekst een rechterlijke bevoegdheid tot het stellen van nadere voorwaarden te lezen. Het zou dan ook wenselijk zijn als de wetgever een dergelijke bevoegdheid zou creëren in de Awb.

Bij de signalering van deze spanning moet overigens wel opgemerkt worden dat in de praktijk slechts zelden een voorlopige voorziening wordt gelast in financiële zaken. De achtergrond hiervan is dat bij geldelijke kwesties het spoedeisend belang in principe ontbreekt en voorts een restitutierisico kan bestaan. In de rechtspraak ziet men dat in dergelijke zaken een voorlopige voorziening in beginsel alleen wordt toegewezen indien er sprake is van een acute financiële nood situatie aan de kant van verzoeker.⁴⁵⁷

Het verdient ten slotte nog opmerking dat de voorzieningenrechter ervoor kan kiezen de Commissie te horen in een zaak waarin de geldigheid van Europese regelgeving ter discussie staat. Hoewel voor de Commissie geen hoorrecht bestaat,⁴⁵⁸ kan het nuttig zijn dat de Commissie haar standpunt kenbaar maakt om zo meer informatie over de betrokken gemeenschapshandeling te verkrijgen. De omstreden Europese regeling is immers van de Commissie afkomstig. In de hiervoor genoemde Affish-zaak is de Commissie daadwerkelijk opgeroepen. In de Awb ontbreekt een expliciete voorziening voor het optreden van de Commissie ter zitting. In afdeling 8.2.5 Awb (het onderzoek ter zitting) wordt behalve van partijen alleen gesproken van getuigen en deskundigen. De Commissie is geen van beide. Hoewel zeker niet urgent, zou de Awb op dit punt kunnen worden aangevuld.

7.5.4 **Conclusie**

In de Awb zou voor de voorzieningenrechter de mogelijkheid moeten worden gecreëerd om als voorwaarde voor het treffen van een voorlopige voorziening in een geldigheidskwestie, van de belanghebbende een zekerheid te verlangen. Voorts kan worden overwogen om de voorzieningenrechter wettelijk de bevoegdheid te verlenen om de Commissie ter zitting uit te nodigen.

457. Zie bijvoorbeeld Vz. CRvB 17 december 2002, KG 2003, 67.

458. Zaak C-334/95, Krüger, Jur. 1997, p. I-4517.

8 Aansprakelijkheid

8.1 INLEIDING

Volgens de rechtspraak van het Hof dient het nationale recht te voorzien in een effectieve rechtsgang waarbinnen particulieren schadevergoeding kunnen vorderen wegens schending van EG-recht door de lidstaat (bestuur, wetgever, hoogste rechter). De materiële voorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid zijn door het Hof eveneens ‘minimaal’ geharmoniseerd. Wat betreft de procedurele voorzieningen kunnen de lidstaten hun nationaal recht toepassen, zij het dat het nationale rechter wel moet voldoen aan de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit. In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de vraag of het Nederlands stelsel van schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen aan de EG-rechtelijke eisen voldoet, waarbij met name ook wordt ingegaan op de vraag of het beginsel van formele rechtskracht in volle omvang kan worden toegepast.⁴⁵⁹ Ook de Europeesrechtelijke toelaatbaarheid van de forfaitaire proceskostenvergoeding komt aan de orde.

Daarnaast spelen Europese eisen – in het bijzonder het verbod van staatssteun van artikel 87 EG – een rol wanneer het gaat om het nationale recht inzake schadevergoeding voor rechtmatige daad (de zogenoemde nadeelcompensatie). Aan het slot van dit hoofdstuk wordt hierop ingegaan.

8.2 AANSPRAKELIJKHEID VOOR ONRECHTMATIGE DAAD EN PROCESKOSTENVEROORDELING

8.2.1 *Nationaal recht*

Aansprakelijkheid

De bestuursrechter kan op grond van art. 8:73 Awb op verzoek van een partij de door hem aangewezen rechtspersoon veroordelen tot schadevergoeding. Voorwaarde voor de toepasselijkheid van deze bepaling is dat het beroep tegen het (schadeveroorzakend) besluit gegrond is verklaard en het besluit is vernietigd. Het verzoek om schadevergoeding is derhalve accessoir aan het beroep. Daarbij moet de schade het gevolg zijn van een in het hoofdgeding onrechtmatig bevonden besluit. Schade als gevolg van het besluit in primo kan dus niet tot toepassing van artikel 8:73 Awb leiden, ook niet wanneer de niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar vernietigd wordt.⁴⁶⁰

459. HR 24 januari 2003, Maple Tree, AB 2003, 120, m.nt. RW.

460. Zie bijv. ABRvS 22 oktober 2003, nr. 200204572.

Behalve via artikel 8:73 Awb kan ook via het uitlokken van een zelfstandig schadebesluit schadevergoeding gevorderd worden. In dit geval verzoekt belanghebbende het bestuursorgaan om vergoeding van schade die is veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening van dat orgaan van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid. Wanneer het schadeveroorzakend handelen appellabel is bij de administratieve rechter, kan ook tegen het zelfstandig schadebesluit (de schriftelijke beslissing van het bestuursorgaan op het verzoek tot schadevergoeding) bij deze rechter beroep worden ingesteld.⁴⁶¹

De bevoegdheid tot vaststelling van schadevergoeding ligt niet exclusief bij de bestuursrechter. De belanghebbende kan de schadevergoeding naar aanleiding van een besluit ook vorderen bij de civiele rechter.⁴⁶² Daarnaast is deze rechter bevoegd in schadevergoedingszaken naar aanleiding van overheidshandelen waartegen geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Meer specifiek gaat het dan om: feitelijk en privaatrechtelijk overheidshandelen; besluiten, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregels; formele wetgeving; en onrechtmatige rechtspraak.

Ook kan de bestuursrechter partijen die om vergoeding vragen naar de civiele rechter verwijzen, bijvoorbeeld vanwege de samenhang tussen de schade waarvan vergoeding verzocht wordt en schade waarvan de vergoeding via de civiele rechter gevorderd moet worden. Hierbij is overigens wel van belang dat de civiele rechter het beginsel van formele rechtskracht eerbiedigt: hij gaat uit van de rechtsgeldigheid van een besluit indien daartegen een openstaande bestuursrechtelijke voorziening niet is benut of niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid.⁴⁶³ Met andere woorden, de civiele rechter volgt het oordeel van de bestuursrechter of het bestuursorgaan over de rechtmatigheid van het besluit, voor zover terzake een bestuursrechtelijke voorziening aanwezig is. Er is in de jurisprudentie tot op heden een uitzondering op dit beginsel gemaakt in drie gevallen. In de eerste plaats wanneer het bestuursorgaan heeft erkend dat het besluit onrechtmatig is.⁴⁶⁴ Ten tweede is een uitzondering mogelijk wanneer de bezwaren tegen formele rechtskracht door bijkomende omstandigheden zeer klemmend worden.⁴⁶⁵ Dat is bijvoorbeeld het geval als belanghebbende heeft afgezien van het maken van bezwaar of het instellen van beroep, omdat de overheid onduidelijkheid heeft laten bestaan over het rechtskarakter van haar handelen. Het niet aanwenden van de Awb-rechtsmiddelen is dan als het ware te wijten aan 'misleitend' gedrag van de overheid. Ten slotte lijkt een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht mogelijk wanneer in de procedure bij de bestuursrechter in strijd met een fundamenteel beginsel is gehandeld, hoewel de Hoge Raad direct benadrukt dat zo'n uitzondering niet snel gerechtvaardigd zal

461. ABRvS 6 mei 1997, Van Vlodrop, AB 1997, 229.

462. HR 17 december 1999, Groningen/Raatgever, AB 2000, 89, m.nt. PvB.

463. HR 16 december 1986, Heesch/Van den Akker, AB 1986, 573.

464. HR 18 juni 1993, st. Oedenrode/Van Aarle, AB 1993, 504, m.nt. FHvdB.

465. HR 16 december 1986, Heesch/Van den Akker, AB 1986, 573.

zijn; de schending moet ertoe leiden dat er niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling.⁴⁶⁶

Materieel hanteert de bestuursrechter bij de toepassing van artikel 8:73 Awb grosso modo dezelfde criteria als de burgerlijke rechter. Het antwoord op de vraag of de overheid aansprakelijk is, is dus niet afhankelijk van de gekozen rechtsgang om schadevergoeding te claimen.⁴⁶⁷ De algemene criteria voor onrechtmatige daad zijn geformuleerd in de artikelen 6:162 en 6:163 BW. In het geval van onrechtmatige overheidsdaad is in de jurisprudentie in het kort bepaald dat met de vernietiging van een besluit de onrechtmatigheid van het handelen gegeven is, en in beginsel ook de schuld vaststaat.⁴⁶⁸ Daarnaast moet voldaan zijn aan de eisen van causaal verband tussen onrechtmatig optreden en de schade en relativiteit.

Voor aansprakelijkheid van de staat wegens onrechtmatige rechtspraak hanteert de Hoge Raad al lange tijd het uitgangspunt dat aansprakelijkheid alleen denkbaar is in een situatie waarin in 'de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan'.⁴⁶⁹

Proceskosten

De bestuursrechter kan op grond van artikel 8:75 Awb overgaan tot een proceskostenveroordeling. Hierbij is volgens de Awb-wetgever geen rol voor de civiele rechter weggelegd:⁴⁷⁰ enkel de bestuursrechter is hiertoe bevoegd, en kan op verzoek van een partij of ambtshalve overgaan tot een veroordeling in de proceskosten.⁴⁷¹ Een veroordeling van het bestuursorgaan in de proceskosten geschiedt in beginsel automatisch wanneer het besluit door de rechter wordt vernietigd. De vergoeding van proceskosten vindt in Nederland plaats volgens een puntensysteem, dat is vastgelegd in het Besluit proceskosten bestuursrecht.⁴⁷²

Voor wat betreft kosten die in de bezwaarfase zijn gemaakt, is de in 2002 ingevoerde Wet kosten bestuurlijke voorprocedures van belang, die zowel de inhoudelijke criteria als de procedurele inbedding van de vergoeding van deze proceskosten regelt.⁴⁷³

466. HR 7 mei 2004, AB 2004, 439, m.nt. GavdV.

467. Zie bijv. CRvB 30 maart 1995, AB 1995, 334.

468. HR 31 mei 1991, AB 1992, 290.

469. HR 13 december 1971, NJ 1972, 137.

470. Kamerstukken II, 1999/00, nr. 5, p. 14-15.

471. Zie overigens HR 17 december 2004, AB 2005, 111, m.nt. RW, waaruit blijkt dat de Hoge Raad zich wel bevoegd acht om te oordelen over een verzoek om een bovenforfaitaire proceskostenvergoeding. Materieel volgt de Hoge Raad de wetgever overigens wel en worden dergelijke verzoeken afgewezen.

472. Besluit van 22 december 1993, Stb. 1993, 763, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 5 december 2005, Stb. 2005, 628.

473. Zie hierover uitgebreid: Ortlep & Widdershoven 2005.

De inhoudelijke criteria zijn te vinden in artikel 7:15 lid 2 Awb: de kosten die een belanghebbende redelijkerwijs heeft moeten maken voor de behandeling van het bezwaar, komen voor vergoeding in aanmerking voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Het vierde lid van deze bepaling voegt hieraan toe dat nadere regels worden gesteld over de kosten waarop de vergoeding uitsluitend betrekking kan hebben en over de wijze waarop het bedrag van de kosten wordt vastgesteld. De bedoelde regels over deze kosten zijn te vinden in het Besluit proceskosten bestuursrecht.⁴⁷⁴

Voorts is procedureel van groot belang dat het bestuursorgaan de kosten van bezwaar op grond van artikel 7:15 lid 2 Awb alleen vergoedt op verzoek van belanghebbende en dat dit verzoek volgens het derde lid moet zijn gedaan voordat het bestuursorgaan op dit bezwaar heeft beslist. Als het bestuursorgaan negatief op dit verzoek beslist kan de kwestie van de kostenvergoeding door de belanghebbende worden voorgelegd aan de bestuursrechter, die op grond van artikel 8:75 Awb exclusief bevoegd is hieromtrent te oordelen.

8.2.2 Europees recht

Aansprakelijkheid

In het arrest Francovich⁴⁷⁵ beslist het Hof dat de volle werking van het gemeenschapsrecht vereist dat er een mogelijkheid bestaat tot schadevergoeding wanneer een lidstaat niet heeft voldaan aan de verplichting tot omzetting van een richtlijn. Het Hof bepaalt dat er een recht op schadevergoeding bestaat indien aan drie voorwaarden is voldaan. De geschonden regel dient ertoe te strekken een recht aan particulieren toe te kennen, de inhoud van dat recht moet op basis van de richtlijn kunnen worden vastgesteld, en er moet een causaal verband bestaan tussen de schending en de schade.

De voorwaarden voor een recht op schadevergoeding zijn door het Hof in latere jurisprudentie verder uitgewerkt en uitgelegd. In Brasserie du Pêcheur⁴⁷⁶ trekt het Hof een parallel tussen de aansprakelijkheid van de instellingen op grond van artikel 288 EG en die van de lidstaten op grond van gemeenschapstrouw, en begrenst de aansprakelijkheid van de lidstaten tot gevallen waarin sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending. De voorwaarden waaronder een recht op schadevergoeding bestaat, formuleert het Hof als volgt:

- De geschonden communautaire norm moet ertoe strekken particulieren rechten toe te kennen;
- de schending moet voldoende gekwalificeerd zijn; en
- er moet rechtstreeks oorzakelijk verband bestaan tussen schending en de geleden schade.

474. Besluit van 25 februari 2002 tot wijziging van het Besluit proceskosten bestuursrecht in verband met de vergoeding van kosten van bezwaar en administratief beroep. Stb. 2002, 113.

475. Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich, Jur. 1991, p. I-5357.

476. Zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pêcheur, Jur. 1996, p. I-1029, AB 1996, 249, m.nt. FHvdB.

Voorts verduidelijkt het Hof in *Brasserie du Pêcheur* dat deze voorwaarden als minimum gelden. Lidstaten zijn dus vrij om een ‘burgervriendelijker’ systeem te hanteren dat sneller tot aansprakelijkheid van overheidsorganen leidt.

De vraag wanneer er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, is verder uitgewerkt in het arrest *Dillenkofer*.⁴⁷⁷ Wanneer de lidstaat veel discretionaire ruimte heeft bij de uitoefening van zijn bevoegdheid, leidt een kennelijke en ernstige miskenning van de grenzen van die ruimte pas tot een voldoende gekwalificeerde schending. Wanneer de lidstaat slechts een beperkte of zelfs geen eigen discretionaire ruimte heeft, volstaat een enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht. Tussen beide situaties liggen allerlei gradaties van discretionaire ruimte. In algemene zin kan men stellen dat naarmate de discretionaire ruimte groter is, de schending van het EG-recht ernstiger moet zijn om als ‘voldoende gekwalificeerd’ te worden aangemerkt. Bovendien is het niet tijdig omzetten van een richtlijn in beginsel altijd een ‘voldoende gekwalificeerde’ schending van EG-recht. De omzettingstermijn laat aan de lidstaten immers geen enkele discretionaire ruimte.

Daarnaast blijkt uit de zaak *Brasserie du Pêcheur* dat van particulieren verwacht mag worden dat zij het nodige doen om de schade zoveel mogelijk te voorkomen of de omvang ervan te beperken, en meer in het bijzonder, door tijdig alle beschikbare beroepsmogelijkheden aan te wenden.⁴⁷⁸ Voor deze verplichting, die nauw samenhangt met het Nederlandse leerstuk van formele rechtskracht, is met name de zaak *Metallgesellschaft van belang*.⁴⁷⁹ In deze zaak gaat het om een belastingaanslag waartegen met een beroep op rechtstreeks werkend EG-recht beroep had kunnen worden ingesteld, hoewel dit niet zou hebben geresulteerd in het buiten toepassing laten van de betreffende nationale regelgeving omdat een bepaalde groep bedrijven was uitgesloten van de regeling. Het Hof oordeelt dat een vordering tot schadevergoeding niet enkel mag worden afgewezen omdat de bestuursrechtelijke ‘omweg’ (het verzoeken om een besluit dat niet anders kan luiden dan strijdig met het Europese recht, om daar vervolgens beroep tegen in te stellen) niet is benut. Het Hof stelt:

‘De uitoefening van de rechten die de particulieren aan de rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht ontleen, zou evenwel onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt indien hun op schending van het gemeenschapsrecht steunende vorderingen tot terugbetaling of vergoeding reeds werden afgewezen of verminderd, omdat zij niet hebben verzocht om in aanmerking te komen voor een fiscaal voordeel waarop zij naar nationaal recht geen aanspraak hadden, teneinde de weigering van de belastingautoriteiten aan te vechten met de hiervoor bestaande rechtsmiddelen en met een beroep op de voorrang en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht.’

477. Gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, *Dillenkofer*, Jur. 1996, p. I-4845, AB 1997, 272, m.nt. FHvdB; SEW 1998, p. 64.

478. Zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Jur. 1996, p. I-1029, AB 1996, 249, m.nt. FHvdB, r.o. 84.

479. Gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft e.a.*, Jur. 2001, p. I-1727.

Het Hof is aldus van oordeel dat het niet redelijk is om van particulieren te eisen dat ze een bestuursrechtelijke omweg zoals hierboven beschreven benutten, alvorens bij de civiele rechter een beroep op schadevergoeding te doen, wanneer van tevoren duidelijk is dat deze omweg volkomen kansloos is.

Uit het voorgaande blijkt dat het Hof de minimumvoorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid voor schendingen van EG-recht heeft geharmoniseerd. Voor andere materiële aspecten van de aansprakelijkheid en de procedurele inbedding ervan geldt het nationale recht, mits aan de eisen van gelijkwaardigheid en effectiviteit is voldaan. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de eis van effectiviteit invloed kan hebben op het materiële schadevergoedingsrecht. Zo blijkt uit Brasserie du Pêcheur bijvoorbeeld dat a priori uitsluiting van de vergoeding van winstderving niet toegestaan is.⁴⁸⁰ Een ander punt is dat uit Europese jurisprudentie voortvloeit dat rente een belangrijk onderdeel van de schadevergoeding is, aangezien het de schade vergoedt die is geleden door het verstrijken van de tijd tot het doen van de rechterlijke uitspraak.⁴⁸¹ Uit de zaak Sutton blijkt dat dit anders kan liggen wanneer het gaat om een uitkering: sociale uitkeringen vormen geen vergoeding van geleden schade en daarom maakt ook de rente hierover geen deel uit van de schadevergoeding.⁴⁸²

Ten slotte is van belang dat het Hof in de zaak Köbler heeft bepaald dat de lidstaat op grond van het EG-recht ook aansprakelijk is voor de schending van EG-recht door een hoogste nationale rechter.⁴⁸³ De voorwaarden voor deze aansprakelijkheid zijn in beginsel hetzelfde als in de zaken Brasserie du Pêcheur en Dillenkofer, waarbij aan de eis van een voldoende gekwalificeerde schending volgens het Hof pas is voldaan wanneer een rechter wiens beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep het EG-recht *kennelijk* heeft geschonden en bijvoorbeeld een eerder arrest van het Hof kennelijk heeft miskend. Daarbij spelen diverse elementen een rol: 'de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwaling, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om op grond van artikel 234, derde lid, EG een prejudiciële vraag te stellen.'⁴⁸⁴ De in Köbler gevestigde aansprakelijkheid voor schendingen van EG-recht door een hoogste rechter mag niet worden beperkt door het nationale recht. Zo is het niet toegestaan dat deze aansprakelijkheid wordt uitgesloten voor de (rechterlijke) 'uitlegging van rechtsvoorschriften en de beoordeling van

480. Zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pêcheur, Jur. 1996, p. I-1029, AB 1996, 249, m.nt. FHvdB, r.o. 87.

481. Zie bijvoorbeeld zaak C-271/91, Marshall II, Jur. 1993, p. I-4367, en ook gevoegde zaken C-397/98 en 410/98, Metallgesellschaft en Hoechst, Jur. 2001, p. I-1727; SEW 2002, p. 154-159, m.nt. H.T.P.M. van den Hurk en J.M. Prinssen. Zie uitgebreid Prechal 2005, p. 293 e.v.

482. Zaak C-66/95, Sutton, Jur. 1997 p. I-2163; zie ook Rb Utrecht 25 oktober 1995, Lubsen, JB 1995, 305.

483. Zaak C-224/01, Köbler, Jur. 2003, p. I-10239; AB 2003/429, m.nt. RW. Zie hierover onder meer: Widdershoven & Ortlep 2004.

484. Zaak C-224/01, Köbler, Jur. 2003, p. I-10239; AB 2003, 429, m.nt. RW r.o. 55.

feiten en bewijs', en mag zij evenmin worden beperkt tot 'gevallen van handelen te kwader trouw of grove schuld van de rechter'.⁴⁸⁵ De procedurele inbedding van een Köbler-actie moet geschieden in het nationale recht. Het nationale recht bepaalt derhalve wie de bevoegde rechter is.

Proceskosten

De regels omtrent de vergoeding van proceskosten worden door het Hof aan de lidstaten overgelaten, aangezien het gaat om procedurele regels waarover het communautaire recht in beginsel geen regels stelt.⁴⁸⁶ Wel is van belang dat in zaken waarin Europees recht een rol speelt wordt voldaan aan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In het arrest *Clean Car*⁴⁸⁷ benadrukt het Hof dit:

'Uit een en ander volgt dat het bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht in beginsel een aangelegenheid van het interne recht is van elke lidstaat is om regels te geven voor de vereffening van de kosten die de partijen in het hoofdgeding in een prejudiciële procedure hebben gemaakt, en met name om te bepalen in welke omstandigheden en volgens welke regels een van de partijen in de kosten kan worden verwezen, de kosten over de partijen kunnen worden verdeeld of kan worden beslist dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.'

Vervolgens oordeelt het Hof dat de Oostenrijkse proceskostenregeling, die niet voorziet in een vergoeding van de kosten die partijen voor de prejudiciële procedure hebben gemaakt, niet strijdig is met de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Het feit dat er geen bijzondere bepalingen zijn opgenomen over de kosten van een procesincident (zoals de prejudiciële procedure), is niet van dien aard dat de uitoefening van in het kader van de communautaire rechtsorde toegekende rechten onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt.

8.2.3 Spanningen

Aansprakelijkheid

In algemene zin levert het Nederlands aansprakelijkheidsrecht geen spanning op met het EG-recht. De Nederlandse criteria voor aansprakelijkheid zijn voor onrechtmatigheden van bestuur en wetgever 'burgervriendelijker' dan de Europese criteria. Volgens het Nederlands recht is de enkele onrechtmatigheid reeds voldoende voor aansprakelijkheid en geldt derhalve niet de eis van een 'voldoende gekwalificeerde schending'. Een dergelijk voor de burger gunstiger regime is niet in strijd met de rechtspraak van het Hof, omdat de door het Hof geformuleerde voorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid minimumvoorwaarden zijn.

485. Zaak C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, n.n.g., JB 2006, 182, m.nt. NV.

486. Zaak C-63/01, *Evans*, Jur. 2003, p. I-14447.

487. Zaak C-472/99, *Clean Car*, Jur. 2001, p. I-9687.

De Hoge Raad heeft in een arrest van 24 januari 2003 bepaald dat de toepassing van het beginsel van formele rechtskracht in EG-rechtelijke zaken niet in strijd is met het EG-recht.⁴⁸⁸ Ter onderbouwing van dit standpunt stelt hij eerst vast dat volgens vaste rechtspraak van het Hof in EG-rechtelijke zaken fatale redelijke beroepstermijnen mogen worden toegepast. Zie voor deze rechtspraak uitvoerig paragraaf 9.2. Gelet hierop is het volgens de Hoge Raad niet voor redelijke twijfel vatbaar dat in de betreffende zaak – waarin een burger via de civiele rechter terugbetaling vorderde van een in strijd met het EG-recht geheven, maar niet bij de belastingrechter aangevochten belasting – ook het beginsel van formele rechtskracht mag worden toegepast. Met dit oordeel kan in deze zaak worden ingestemd omdat de vordering bij de civiele rechter tot niets anders strekte dan het via een omweg toch weer aan de orde stellen van een belastingheffing, die niet tijdig was aangevochten bij de belastingrechter.

Wel dient te worden opgemerkt dat het Hof in aansprakelijkheidszaken de problematiek van het al dan niet benutten van de bestuursrechtelijke weg niet plaatst in het kader van zoiets als formele rechtskracht, maar beoordeelt in het licht van het beginsel van schadebeperking.⁴⁸⁹ Dit beginsel leidt er, zoals bleek in de zaak *Metallgesellschaft*,⁴⁹⁰ toe dat een schadevordering van een burger niet reeds mag worden afgewezen omdat hij niet heeft ‘verzocht om in aanmerking te komen voor een fiscaal voordeel waarop hij naar nationaal recht geen aanspraak maakt, teneinde de weigering van de autoriteiten te kunnen aanvechten met de hiervoor bestaande rechtsmiddelen (...)’. Het volgen van deze omweg – waarbij derhalve eerst een met het EG-recht strijdige weigering moet worden uitgelokt teneinde beroep bij de rechter te kunnen instellen – mag van de burger derhalve niet worden gevraagd. De uitspraak in de zaak *Metallgesellschaft* betekent overigens niet dat de burger zou kunnen afzien van het aanwenden van de nationale rechtsmiddelen tegen een besluit dat mogelijk in strijd is met EG-recht, omdat hij verwacht dat deze rechtsmiddelen tot niets zullen leiden.⁴⁹¹

Alleen voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak door hoogste rechters zijn sinds het arrest Köbler enige spanningen aan het licht gekomen. Zo is het criterium dat de Hoge Raad voor aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak hanteert, gericht op de vraag of procedurele waarborgen geëerbiedigd zijn: voor aansprakelijkheid moet er sprake zijn van een situatie waarin ‘bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan’. Bij schending van EG-recht door hoogste rechters voldoet dit criterium sinds Köbler echter niet meer en zal (primair) getoetst moeten worden of er sprake is van een kennelijke schending van het materiële Europese recht. Dat betekent dat een inhoudelijke toets plaats zal moeten vinden in plaats van een controle van alleen procedurele waarborgen. Voor toepassing

488. HR 24 januari 2003, AB 2003, 120, m.nt. RW.

489. Zie de in paragraaf 8.2.2 vermelde zaak *Brasserie du Pêcheur*, r.o. 84 en 85.

490. Gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft e.a.*, Jur. 2001, p. I-1727.

491. HR 23 januari 2004, AB 2004, 258, m.nt. RW. Zie ook par. 9.2.4.

van het nationale criterium is in EG-rechtelijke zaken alleen nog plaats als in de zaak het EG-recht niet kennelijk is geschonden, maar wel sprake is van een ‘veronachtzaming van fundamentele rechtsbeginselen et cetera’. Mede omdat deze rechtsbeginselen ook in het EG-recht moeten worden eerbiedigd, zal deze situatie zich niet snel voordoen.

Het arrest Köbler zorgt daarnaast ook voor enige spanningen in het nationale stelsel van rechtsmachtverdeling. De civiele rechter is bevoegd tot kennisneming van zaken betreffende onrechtmatige rechtspraak, dus ook in geval van een Köbler-claim. In hoogste instantie oordeelt de civiele kamer van de Hoge Raad dus over beroepen tegen rechtspraak van het College voor Beroep van het Bedrijfsleven, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad zelf. Een onvoorzien gevolg van Köbler is hierbij dat de hoogste bestuursrechters ‘onder toezicht’ komen te staan van de Hoge Raad, hetgeen voor spanningen in de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter kan zorgen en de mogelijkheid van eindeloze procedures creëert.⁴⁹² Voorts ligt er een probleem wanneer de Hoge Raad moet oordelen over een beroep tegen eigen rechtspraak: het is de vraag of die praktijk door de beugel van het EVRM kan.⁴⁹³ De Minister van Justitie heeft in een antwoord aan een lid van de Eerste Kamer gesteld dat hij deze samenloop met betrekking tot de Hoge Raad ‘dermate exceptioneel en hypothetisch acht, dat de vraag gewettigd is of deze zich ooit daadwerkelijk zal voordoen’.⁴⁹⁴ Voorts is de minister – ons inziens terecht – van mening dat de criteria voor aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak uit Köbler geen implicaties hebben voor de Awb, maar wellicht wel voor de jurisprudentie van de Hoge Raad. In de woorden van de minister: ‘Ik sluit niet uit dat de – tot nog toe – stringente jurisprudentie van de Hoge Raad zich in het licht van de recente Europese jurisprudentie gaat verruimen.’⁴⁹⁵ Een dergelijke ontwikkeling zou door ons worden toegejuicht. Wij zien althans geen inhoudelijke redenen waarom kennelijke schendingen van nationaal recht of niet EG-rechtelijk internationaal recht ongunstiger zouden moeten worden behandeld dan kennelijke schendingen van EG-recht.

Wat betreft de procedurele inbedding van de schadevergoeding en het toepasselijke schadevergoedingsrecht zijn de lidstaten, zoals gezegd, vrij. Zo volgt uit *Brasserie du Pêcheur* dat de schadevergoeding ‘adequaat’ dient te zijn: verder is het aan het schadevergoedingsrecht van de lidstaten om dit verder in te vullen. Ook de vraag welke rechter bevoegd is over een verzoek tot schadevergoeding te oordelen, is overgelaten aan het nationale recht. In de praktijk lijken hieromtrent ook geen spanningen te bestaan. Zo heeft het CBB in een uitspraak van 9 maart 2005⁴⁹⁶ expliciet overwogen dat het systeem van bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter voldoet aan de Europese eisen van

492. Zie uitgebreider: Widdershoven & Ortlep 2004.

493. Prechal e.a. 2005, p. 16.

494. Aanhangsel van de Handelingen I, 2003-2004, nr. 14.

495. Kamerstukken II 2004-2005, 29 279, nr. 28, p. 7.

496. CBB 9 maart 2005, LJN AT 2712.

effectiviteit en gelijkwaardigheid. Voorts heeft het College in deze uitspraak geoordeeld dat het communautaire effectiviteitsbeginsel er niet aan in de weg staat dat een zelfstandig schadebesluit niet kan zien op feitelijk handelen.

Wat betreft de vergoeding van rente, die volgens de jurisprudentie van het Hof integraal onderdeel uitmaakt van de schadevergoeding, is in de Awb niets vastgelegd. Toch bestaan ook op dit terrein geen problemen, nu de bestuursrechter aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en de toepasselijke artikelen van het Burgerlijk Wetboek. Bij de toewijzing van schadevergoeding wijst hij ook wettelijke rente toe, die bij algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld.

Proceskosten

De Nederlandse forfaitaire proceskostenvergoeding is nooit door het Hof van Justitie beoordeeld. Toen het Hof Den Bosch in een prejudiciële verwijzing een vraag had gesteld omtrent de Europeesrechtelijke houdbaarheid van dit stelsel, is het Hof van Justitie in zijn arrest niet aan de beantwoording van deze vraag toegekomen. Wel kan worden opgemerkt dat Advocaat-Generaal Colomer van mening is dat de Nederlandse forfaitaire proceskostenvergoeding – die in het concrete geval ertoe leidde dat minder dan 10% van de werkelijke kosten werd vergoed – het effectiviteitsbeginsel kan schenden, omdat deze regeling de belastingplichtige kan ontmoedigen om de rechten die hij aan het EG-recht kan ontlenen, geldend te maken.⁴⁹⁷

Hoewel een oordeel van het Hof van Justitie dus tot op heden ontbreekt, heeft de Hoge Raad in 2004 bepaald dat de Nederlandse regeling voor proceskostenvergoeding niet in strijd is met de eisen die het Europese recht stelt, nu voldaan is aan de eisen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.⁴⁹⁸ Dit oordeel lijkt ons in lijn met de hierboven besproken zaken Evans en Clean Car; het lijkt dan ook waarschijnlijk dat de Nederlandse proceskostenregeling naar het oordeel van het Hof ook zal voldoen aan de eisen die voortvloeien uit het doeltreffendheidsbeginsel. Wat betreft het gelijkwaardigheidsbeginsel kan worden opgemerkt dat het Besluit proceskosten bestuursrecht van toepassing is in alle zaken, ongeacht of Europees recht daarbij een rol speelt of niet.⁴⁹⁹

Uit het voorgaande blijkt dat wij niet verwachten dat het Hof de hiervoor genoemde conclusie van Advocaat-Generaal Colomer zal volgen. Mocht dat wel het geval zijn, dan hoeft dat overigens geen problemen met de Awb op te leveren. Het op de Awb gebaseerde Besluit Proceskosten bevat in artikel 2 lid 3 de bevoegdheid voor de rechter om in bijzondere omstandigheden af te wijken van de forfaitaire tarieven van het besluit. Deze bevoegdheid kan door de rechter worden gebruikt om, als dat op grond van het EG-recht nodig zou zijn, in EG-rechtelijke zaken een hogere vergoeding toe te kennen.

497. Zaak C-376/03, D. tegen belastingdienst, Jur. 2005, p. I-5821.

498. HR 17 december 2004, AB 2005, III.

499. Zie hierover ook Keus 2005.

8.3 AANSPRAKELIJKHEID VOOR RECHTMATIGE DAAD

8.3.1 Nationaal recht

Wanneer er schade ontstaat door overheidshandelen dat weliswaar geoorloofd is maar waarvan het niet redelijk is om de nadelen geheel ten laste van de burger te laten komen, spreken we van schadevergoeding bij een rechtmatige overheidsdaad ofwel nadeelcompensatie. Een verzoek tot nadeelcompensatie kan zowel bij de bestuursrechter als bij de burgerlijke rechter aan de orde komen. Bij de bestuursrechter kan men beroep instellen tegen het besluit tot nadeelcompensatie, terwijl bij de burgerlijke rechter het schadeveroorzakend handelen van de overheid centraal zal staan.

De schadevergoeding bij een rechtmatige overheidsdaad kan al dan niet voortvloeien uit een rechtsplicht. Wanneer dit het geval is, vindt schadevergoeding bijvoorbeeld plaats op grond van een specifieke rechtsplicht, zoals artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. Vaker nog vloeit de compensatie voort uit het beginsel van 'égalité devant les charges publiques' (hierna het égalité-beginsel). Kort gezegd houdt dit beginsel in dat nadeel dat een beperkte groep mensen onevenredig treft, door de gehele gemeenschap wordt gedragen. Bij schadevergoeding die niet voortvloeit uit een rechtsplicht betreft het vaak een politieke keuze om een groep burgers (gedeeltelijk) te compenseren voor nadeel dat zij geleden hebben, hoewel geen beroep op een specifieke rechtsgrondslag of het égalité-beginsel mogelijk is. Op beide vormen van nadeelcompensatie zal hierna worden ingegaan.

Op grond van het égalité-beginsel wordt een rechtsplicht tot schadevergoeding slechts aangenomen als aan een aantal cumulatieve voorwaarden is voldaan. Omdat het doel van nadeelcompensatie meer specifiek is het spreiden van nadeel van een beperkte groep over de gehele gemeenschap (de overheid), brengt dit beginsel met zich mee dat alleen het *onevenredige* gedeelte van de geleden schade wordt vergoed. Dit betekent in de woorden van de Hoge Raad:

'Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredige nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep burgers of overheidsinstellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld.'⁵⁰⁰

Behalve dat dus slechts het onevenredige deel van de schade wordt gecompenseerd, is van groot belang dat er sprake moet zijn van een beperkte groep burgers die schade lijdt. Het moet derhalve gaan om een duidelijk begrensde groep mensen die op een bijzondere manier door de rechtmatige handeling van de overheid

500. HR 30 maart 2001, AB 2001, 412, m.nt. ThGD; vergelijk ook ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229.

getroffen wordt, ook wel het vereiste van de *speciale last* genoemd.⁵⁰¹ In de jurisprudentie wordt dit begrip strikt toegepast, en vaak zelfs zo geïnterpreteerd dat men zich op een bijzondere manier van de (grotere) groep die schade lijdt moet kunnen differentiëren, om met een beroep op het *égalité*-beginsel voor schadevergoeding in aanmerking te komen.⁵⁰² Daarnaast speelt het normaal maatschappelijk risico of het bedrijfsrisico een rol, zoals ook blijkt uit bovenstaande overweging van de Hoge Raad. Alleen voor schade boven dit risico bestaat een rechtsplicht tot vergoeding op grond van het *égalité*-beginsel, ook wel het vereiste van de *abnormale last* genoemd. Het hangt sterk van de omstandigheden van het geval af wanneer schade boven het normaal maatschappelijk risico uitkomt en daarom kan een algemene invulling van dit begrip niet gegeven worden. Duidelijk is wel dat de voorzienbaarheid en het uitzonderlijke en ongebruikelijke karakter van de overheidsdaad een grote rol spelen.⁵⁰³

In situaties waarin geen verplichting tot compensatie bestaat op grond van het *égalité*-beginsel of een andere rechtsplicht, wordt soms ook nadeelcompensatie toegekend. Het gaat dan vaak om politieke keuzes waarbij het bestuur de nadelige gevolgen van (rechtmatig) overheidshandelen weg wil nemen, ongeacht de vraag of de overheid hiertoe verplicht is. Hierbij kiest de wetgever bijvoorbeeld voor een nadeelcompensatieregeling vanuit sociale of economische motieven of om procedures tegen het schadeveroorzakend handelen te voorkomen.⁵⁰⁴

Het belang van onderscheid tussen nadeelcompensatie op basis van een rechtsplicht en onverplichte nadeelcompensatie is om meerdere redenen van belang.⁵⁰⁵ In de eerste plaats volgt de compensatie bij het *égalité*-beginsel uit de rechtsplicht dat alle nadeel boven het normaal maatschappelijk risico moet worden gecompenseerd, terwijl aanspraken bij onverplichte nadeelcompensatie naar inzicht van de regelgever begrensd kunnen worden in velerlei opzicht. Bovendien is het onderscheid ook van belang om te bepalen of er sprake kan zijn van strijd met het communautaire verbod van staatssteun van artikel 87 EG-Verdrag wanneer nadeelcompensatie aan bedrijven wordt toegekend.

8.3.2 Europees recht

Op communautair niveau wordt onder het regiem van artikel 288 EG door het Gerecht van Eerste Aanleg in beginsel de mogelijkheid erkend dat de Gemeenschap de rechtsplicht heeft om schade te vergoeden die voortvloeit uit rechtmatig

501. Den Ouden en Tjepkema 2006, p. 108.

502. Zie ook M.K.G. Tjepkema 2004, p. 15 e.v.

503. Zie uitgebreid Den Ouden & Tjepkema 2006, p. 110 e.v.

504. Zie ook Den Ouden & Tjepkema 2006 p. 110 e.v. Zie voor een recent voorbeeld van compensatie waarbij ter discussie staat of hiertoe een rechtsplicht bestond, Hoitink & Backes 2006.

505. Den Ouden & Tjepkema 2006, p. 113.

optreden van de overheid.⁵⁰⁶ Voorwaarde daarbij is wel dat de schade ‘abnormaal en bijzonder’ is. Deze criteria lijken sterk op de criteria die de Hoge Raad toepast (par. 8.3.1). Zoals aangegeven in paragraaf 8.2.2 is het een algemene lijn in de rechtspraak van het Hof om de minimumvoorwaarden voor aansprakelijkheid van de lidstaten te harmoniseren met de communautaire voorwaarden van artikel 288 EG. Of deze lijn ook wordt toegepast bij schadevergoeding voor rechtmatige overheidsacties moet echter worden afgewacht. In nationale zaken dienen de lidstaten zich immers ook te houden aan artikel 87 EG (het verbod van met de gemeenschappelijke markt strijdige staatssteun).

Tot nu toe zijn geen uitspraken van de Europese rechter bekend waarbij compensatie voor schade ten gevolge van rechtmatig overheidshandelen, voor zover die was gebaseerd op een rechtsplicht, als ongeoorloofde staatssteun is aangemerkt. Uit de volgende beschikking van de Commissie blijkt dat dit in de regel ook niet het geval zal zijn:

‘Een schadevergoeding brengt doorgaans geen selectief voordeel voor de betrokken onderneming met zich mee voor zover zij louter dient ter compensatie van schade ten gevolge van overheidsingrijpen, waarbij de schadevergoeding het directe resultaat is van dit overheidsingrijpen en bepaald wordt op grond van een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks gebaseerd is op het door de rechter erkende grondwettelijke eigendomsrecht.’⁵⁰⁷

Het is in de beschikkingspraktijk van de Commissie dus bepalend dat er een rechtsplicht bestaat om de schade te vergoeden. Daarnaast is van belang dat de schadevergoeding van de overheid zich beperkt tot vergoeding van schade die een direct gevolg is van het overheidsingrijpen, en waarbij de compensatie op een algemene schadevergoedingsregeling is gebaseerd. Ook blijkt uit bovenstaand citaat uit de Akzo Nobel-beschikking dat het feit dat het niet gaat om selectief voordeel voor een onderneming van doorslaggevend belang is voor de conclusie dat er geen sprake is van ongeoorloofde steun. De rechtsplicht op basis waarvan nadeelcompensatie plaatsvindt is een algemene rechtsplicht, terwijl selectief voordeel juist een criterium is om financiële steun als staatssteun te kwalificeren. Daarom kan de algemene rechtsplicht op basis waarvan nadeelcompensatie plaatsvindt niet tot selectief voordeel (en dus onrechtmatige steunverlening) leiden.

Verder is van belang dat het *égalité*-beginsel slechts een grondslag biedt tot vergoeding van het onevenredige gedeelte van de geleden schade. Zolang de overheid niet overgaat tot volledige schadevergoeding (of zelfs tot overcompensatie), zal nadeelcompensatie dus niet onvereenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. In de woorden van het Hof van Justitie:

506. GvEA 14 december 2005, zaak T-69/00, FIAMM. Hierover: R. Meijer, FIAMM: nadeelcompensatie op Europees niveau, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2006, p. 56-62. Zie voor de in beginsel erkenning van aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad door het Hof zaak C-237/98P, *Jur.* 2000, p. I-4549.

507. Commissiebeschikking 16 juni 2004, N304/2003 (Akzo Nobel).

'Hieruit volgt, dat steunmaatregelen als maatregelen van de overheid ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten juridisch een fundamenteel ander karakter hebben dan vergoedingen die de nationale autoriteiten op grond van een rechterlijke uitspraak eventueel aan particulieren moeten betalen terzake van een schade die zij aan die particulieren hebben veroorzaakt'.⁵⁰⁸

Vermeld moet worden dat het in dit arrest om schade gaat die is veroorzaakt door onrechtmatig handelen van de overheid. Toch kan deze redenering ons inziens naar analogie worden toegepast op de nadeelcompensatie die is gebaseerd op het égalité-beginsel, nu juist het niet voldoen aan deze rechtsplicht tot schadevergoeding door de Hoge Raad als onrechtmatig wordt aangemerkt.⁵⁰⁹

8.3.3 Spanningen

Wanneer nadeelcompensatie wordt verleend op basis van het égalité-beginsel, en slechts het onevenredige deel van de schade wordt vergoed, is er in de regel geen reden om aan te nemen dat er sprake zou kunnen zijn van strijd met het verbod op staatssteun van artikel 87 EG-verdrag. Wanneer de overheid overgaat tot vergoeding van meer dan het onevenredige deel van de geleden schade of zelfs tot overcompensatie, ligt dit anders. Bovendien moet benadrukt worden dat onverplichte nadeelcompensatie, die niet is gebaseerd op het égalité-beginsel maar op politieke overwegingen, strijdig kan zijn met artikel 87 EG. Deze moet derhalve worden aangemeld conform de procedure van artikel 88 EG. Uit de hierboven genoemde Commissie-beschikking kan worden afgeleid dat de compensatie niet alleen beperkt moet zijn tot de directe gevolgen van het overheidshandelen, maar bovendien gebaseerd moet zijn op een algemene schadevergoedingsregeling dan wel algemene rechtsbeginselen.⁵¹⁰ Dit is bij onverplichte nadeelcompensatie niet het geval.

In de praktijk blijkt niet direct uit de naam van een regeling of de regeling al dan niet gebaseerd is op het égalité-beginsel. Het kan het dan ook gaan om regelingen die worden gepresenteerd alsof zij voortvloeien uit de rechtsplicht van het égalité-beginsel, maar feitelijk niet voldoen aan de vereisten die daarbij gesteld zijn.⁵¹¹

Hoewel het vanuit politieke motieven wenselijk kan zijn toch te proberen een regeling van onverplichte nadeelcompensatie onder de noemer van het égalité-beginsel te schuiven, biedt dit geen bescherming tegen communautaire gevaren. Datzelfde geldt voor compensatie van meer dan het onevenredige deel van de geleden schade.

Van groot belang is namelijk dat de Commissie kijkt naar de invloed van de financiële verstrekking op de markt en concurrentieverhoudingen. Daarbij is de naam die de lidstaat aan de regeling heeft gegeven niet doorslaggevend. Een voor-

508. Gevoegde zaken 106/87 en 120/87, Asteris, Jur. 1988, p. I-1555.

509. Zie bijvoorbeeld HR 20 juni 2003, AB 2004, 84.

510. Hoitink & Backes 2006, p. 29.

511. Den Ouden & Tjepkema 2006, p. 114 e.v.

beeld waarbij onverplichte nadeelcompensatie als strijdig met het Europese recht is beoordeeld, is de subsidiëring van pomphouders uit de grensstreek. Hierbij werd compensatie voor een beperkte groep beoogd, maar het resultaat dat dit had op de concurrentieverhoudingen was voor de Commissie doorslaggevend om te concluderen dat de regeling niet verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.⁵¹² Ook bij de vergoedingen aan de kokkelvisserijsector, waarbij politieke keuzes achteraf in een juridisch kader zijn geplaatst en werd besloten dat zij gerechtvaardigd konden worden door het *égalité*-beginsel, kunnen met het oog op artikel 87 EG-verdrag vraagtekens worden gezet.⁵¹³

Er wordt op dit moment in een commissie nagedacht over de wenselijkheid en mogelijkheid om een regeling inzake nadeelcompensatie op te nemen in de Awb. EG-rechtelijk zou een dergelijke regeling niet problematisch zijn, zolang aan alle voorwaarden van het *égalité*-beginsel is voldaan en geen selectieve compensatie of overcompensatie plaatsvindt.

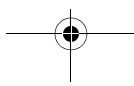
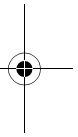
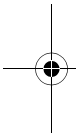
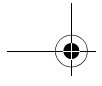
8.4 CONCLUSIE

Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht voor bestuurlijk en wetgevend onrechtmatig handelen levert geen wezenlijke spanningen met het EG-recht op. Voor onrechtmatige rechtspraak dient de Hoge Raad zijn zeer beperkte aansprakelijkheids criterium in EG-rechtelijke zaken te vervangen door de Europese Köbler-norm. Volgens deze norm is de staat aansprakelijk voor kennelijke schendingen van EG-recht door de hoogste rechter. De forfaitaire vergoeding van proceskosten kan waarschijnlijk ook in EG-rechtelijke zaken worden toegepast. Daarbij past wel het voorbehoud dat Advocaat-Generaal Colomer hierover anders denkt.

Het Nederlandse recht inzake de aansprakelijkheid voor rechtmatig overheids-handelen kan door de Europese beugel, mits de compensatie wordt gebaseerd op een rechtsplicht (*égalité*-beginsel, art. 1 EP). Compensaties uit politieke opportuniteit kunnen ongeoorloofde staatssteun zijn in de zin van artikel 87 EG en moeten derhalve bij de Commissie worden aangemeld.

512. Commissiebeschikking 20 juni 1999, nr. 1999/706.

513. Zie hierover uitgebreid Hoitink & Backes 2006.



9 Definitieve besluiten en bestuursrechtelijke uitspraken

9.1 INLEIDING

Het belang om te constateren dat een besluit of een bestuursrechtelijke uitspraak niet meer in rechte is aan te tasten is gelegen in de behoefte om op een gegeven moment van iets uit te kunnen gaan. Zoals hieronder uiteengezet zal worden, wordt in het gemeenschapsrecht, meer in het bijzonder de jurisprudentie van het Hof van Justitie, het belang van rechtszekerheid onderstreept. Binnen de kaders van de beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid⁵¹⁴ heeft het Hof van Justitie desalniettemin op dit punt een aantal arresten gewezen die de vraag opwerpen of enkele wetsartikelen uit de Awb hiermee op gespannen voet staan, en zo ja of zij in dat kader aanpassing behoeven.

De volgorde van bespreking: 'Bezwaar- en beroepstermijn' (par. 9.2), 'Bestuursorgaan en artikel 4:6 Awb' (par. 9.3) en 'Herziening van bestuursrechtelijke uitspraken' (par. 9.4). Elke paragraaf sluit af met een kopje 'Spanning', waarin de zojuist gestelde vraag per onderdeel wordt beantwoord.

9.2 BEZWAAR- EN BEROEPSTERMIJN

9.2.1 Inleiding

In afdeling 6.2 Awb staan de wetsartikelen die zien op de bezwaar- en beroepstermijn. Deze artikelen zijn, met uitzondering van artikel 6:12 Awb (termijn bij niet tijdig nemen besluit), door artikel 6:24 Awb van overeenkomstige toepassing indien hoger beroep of beroep in cassatie ingesteld wordt. Daarnaast zijn deze wetsartikelen in het algemeen van overeenkomstige toepassing bij het doen van verzet (art. 8:55 lid 1 Awb) en op het verzoek om een voorlopige voorziening (art. 8:81 lid 4 Awb). Gelet op deze gelijkstelling wordt ten behoeve van de leesbaarheid hierna qua terminologie veelal uitgegaan van de beroepstermijn en het daarmee corresponderende beroepschrift.

9.2.2 Nationaal recht

Inleiding

In artikel 6:7 Awb wordt bepaald dat de beroepstermijn voor het indienen van een beroepschrift zes weken bedraagt. Slechts de formele wetgever kan hiervan afwij-

⁵¹⁴. Zie uitgebreid hoofdstuk 3.

ken.⁵¹⁵ Uit de parlementaire geschiedenis van dit wetsartikel blijkt dat de zesweken-termijn een compromis is van de vóórdien geldende beroepstermijnen van enerzijds dertig dagen en anderzijds twee maanden.⁵¹⁶ Met artikel 6:7 Awb is aan deze diversiteit een einde gekomen. Daarbij zij gewezen op het feit dat de zesweken-termijn in vergelijking met andere Europese landen niet uit de pas loopt.⁵¹⁷

De beroepstermijn ziet op de toegang tot de (bestuurs)rechter en is daarmee van openbare orde.⁵¹⁸ Dit betekent dat de bestuursrechter aan artikel 6:7 Awb, maar ook aan de daaraan gerelateerde wetsartikelen⁵¹⁹, ambtshalve moet toetsen.⁵²⁰ Dat de bestuursrechter ambtshalve aan de beroepstermijn toetst is een vertaling van het daaraan ten grondslag liggend beginsel van rechtszekerheid; een beginsel dat er in dit kader op ziet dat een maatschappij kan blijven functioneren. Indien namelijk ná het verstrijken van de beroepstermijn nog steeds de daaraan onderworpen rechtsverhoudingen op losse schroeven staan, kan een maatschappij daarop niet voortbouwen en zal dit het rechtsverkeer ernstig belemmeren.

Aanvang

Ingevolge artikel 6:8 lid 1 Awb vangt de beroepstermijn aan met ingang van de dag ná die waarop het (oorspronkelijke en blote) besluit 'op de voorgeschreven wijze' bekend is gemaakt. Het 'op de voorgeschreven wijze' bekendmaken is voor wat betreft het besluit geregeld in de artikelen 3:41-3:42 Awb.⁵²¹ Voor het in dat kader bekendmaken van een bestuursrechtelijke uitspraak is artikel 8:79 Awb van belang.⁵²²

Tijdige indiening

Een beroepschrift is blijkens artikel 6:9 lid 1 Awb in het algemeen tijdig ingediend indien het voor het einde van de beroepstermijn is ontvangen (ontvangst-theorie).⁵²³ Wordt het beroepschrift ter post bezorgd, daaronder valt naast het in de brievenbus deponeren ook het aanbieden op het postkantoor⁵²⁴, dan is blijkens artikel 6:9 lid 2 Awb het beroepschrift tijdig ingediend 'indien het voor het einde van de termijn ter post is bezorgd, mits het niet later dan een week na afloop van de termijn is ontvangen'. Omtrent de reikwijdte van artikel 6:9 lid 2 Awb wordt

515. ABRvS 16 oktober 1998, RAWb 1999, 51.

516. Hierover Pechler 2003, p. 85.

517. Vergelijk de conclusie van A-G Colomer voor zaak C-30/02, Recheio-Cash & Carry, Jur. 2004, p. I-6051.

518. Vergelijk HR 29 september 1920, AB 1920, 298 en HR 14 december 1960, BNB 1961, 57.

519. Bijvoorbeeld CRvB 30 juli 1998, JB 1998, 210; TAR 1998, 150.

520. Bijvoorbeeld: CBB 12 juli 1994, AB 1994, 659, m.nt. JHvdV; CRvB 19 november 1996, RSV 1997, 65; JABW 1997, 23; JB 1997, 11; ABRvS 27 november 2002, AB 2003, 146, m.nt. AMLJ.

521. Vergelijk ook de artt. 7:12 lid 2 en 7:26 lid 3 Awb voor de beslissing op bezwaar respectievelijk beslissing op administratief beroep.

522. Zie Schreuder-Vlasblom 2006, p. 102-104.

523. PG Awb I, p. 295.

524. HR 29 mei 1996, BNB 1996, 282, m.nt. IJsink; VN 1996, 2083, m.nt. Red.; BB 1996, 494; m.nt. PdB; HR 8 juli 1996, BNB 1996, 268; HR 19 november 1997, BNB 1998, 11.

opgemerkt dat daaronder enkel verzending middels – de inmiddels geprivatiseerde – TPG Post valt.⁵²⁵

Verschoonbare termijnoverschrijding

Op grond van artikel 6:11 Awb blijft bij een overschrijding van de beroepstermijn de niet-ontvankelijkheid achterwege indien redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest. De termijnoverschrijding is, in een andere formulering, verschoonbaar als de oorzaak ervan in redelijkheid niet aan de indiener is toe te rekenen. De vraag of dit het geval is, is een vraag die pas gesteld kan worden nádat is vastgesteld dat de beroepstermijn is aangevangen.⁵²⁶

Voor de toepassing van artikel 6:11 Awb dient de reden ter verschoning van een tardief ingediend beroepschrift zich te hebben voorgedaan binnen de beroepstermijn. Hieruit volgt al dat dit wetsartikel niet ten dienste kan staan om bijvoorbeeld een in rechte onaantastbaar geworden beschikking te herzien.⁵²⁷ Een ná de overschrijding van de beroepstermijn opkomende reden kan niet bewerkstelligen dat de termijnoverschrijding alsnog verschoonbaar wordt.⁵²⁸ Het is daarvoor van geen belang dat zo'n reden een nationale rechterlijke uitspraak⁵²⁹ of een wetswijziging met terugwerkende kracht⁵³⁰, betreft.

In de nationale jurisprudentie wordt een termijnoverschrijding niet snel verschoonbaar geacht. Daarbij speelt wellicht een rol dat een belanghebbende de mogelijkheid heeft om pro forma beroep in te stellen. In dat geval laat de belanghebbende het na de gronden van zijn beroep te vermelden. Er wordt dan niet voldaan aan de op de belanghebbende rustende motiveringsplicht als bedoeld in artikel 6:5 Awb. Een verzuim dat blijkens artikel 6:6 Awb niet tot niet-ontvankelijkheid van het beroep leidt indien hij het, binnen de aan hem geboden termijn⁵³¹, herstelt. Een belanghebbende kan op die manier het indienen van een tijdig beroep veilig stellen.⁵³²

525. HR 8 oktober 2004, BNB 2004, 434; VN 2004, 53.8 m.nt. Red.; NTFR 2004, 1513, m.nt. Van de Merwe. Zie M. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 107-110.

526. Zie Brand & Damsteegt 2005, i.h.b. p. 134.

527. Hiervoor wordt verwezen naar par. 9.3.

528. HR 11 juni 2004, BNB 2004, 293, m.nt. W.J.N.M. Snoijink; BB 2004, 735 m.nt. Kruiemel; VN 2004, 30.4, m.nt. Red.; NTFR 2004, 1080, m.nt. Groenewegen.

529. HR 8 februari 2002, BNB 2002, 105; VN 2002, 16.5 m.nt. Red.; NTFR, 2002, 246 m.nt. K. de Graaf.

530. HR 28 april 2006, VN 2006, 22.7, m.nt. Red.; NTFR 2006, 634, m.nt. Van de Merwe.

531. Volgens art. 7 van de Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006 (Stcrt. 23 december 2005, nr. 250), opgesteld voor de ABRvS, CRvB en het CBB, bedraagt deze termijn vier weken. Ook in art. 3 van de Procesregeling belastingkamers gerechtshoven 2005 (Stcrt. 12 oktober 2005, nr. 198) en in art. 4 van de voor de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken opgestelde Procesregeling bestuursrecht 2005 (Stcrt. 16 maart 2005, nr. 53) wordt een termijn van vier weken gehanteerd. Alleen de Procesregeling belastingkamers gerechtshoven 2005 bepaalt dat indien niet binnen die termijn het verzuim hersteld is, 'de griffier de indiener alsnog bij aangetekende brief de gelegenheid (geeft) het verzuim binnen een termijn van twee weken te herstellen'. In deze uitnodiging wordt tevens 'vermeld dat het beroep niet-ontvankelijk kan worden verklaard indien het geconstateerde verzuim niet binnen de gestelde termijn is hersteld'.

9.2.3 Europees recht

Uit hoofdstuk 3 volgt dat het op grond van vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om procesregels te geven voor de rechtsvorderingen die er (mede) toe strekken de rechten te beschermen die belanghebbenden aan het gemeenschapsrecht ontnemen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en die regels de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel).

Twee zaken voor het Hof van Justitie die aan de bovenstaande vaste jurisprudentie hebben bijgedragen zijn: de Duitse zaak Rewe en de Nederlandse zaak Comet. Gelet op het feit dat in beide arresten de casus en de hier van belang zijnde rechtsoverwegingen van het Hof gelijk zijn, wordt volstaan met de bespreking van de Nederlandse zaak Comet.

In de zaak Comet stelde het CBB op 25 mei 1976 aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag of aan een rechtzoekende die een besluit van een bestuursorgaan bij de nationale rechter aanvecht wegens strijd met het communautaire recht, het laten verlopen van een beroepstermijn van dertig dagen (art. 33 Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie) naar nationaal recht tegengeworpen mag worden.⁵³³

Het Hof toetst de fatale beroepstermijn aan de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Aan het eerstgenoemde beginsel is voldaan, omdat de termijn ook wordt toegepast in soortgelijke nationale zaken. In het kader van effectiviteitsbeginsel overweegt het Hof dat de toepassing van redelijke beroepstermijnen, op straffe van verval van recht, ook in EG-rechtelijke zaken is toegestaan, omdat deze termijnen het grondbeginsel van rechtszekerheid dienen. Dit beginsel beschermt zowel de rechtzoekende als de bevoegde autoriteiten. Men kan deze overweging beschouwen als een toepassing van de procedurele *rule of reason avant la lettre* (zie par. 3.3). In Comet geeft het Hof geen expliciet oordeel over de redelijkheid van de dertigdagentermijn uit de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie. Nu het niet stelt dat de termijn onredelijk kort is, nemen wij echter aan dat het Hof destijds geen problemen met deze lengte had. In latere uitspraken zijn door het Hof bijvoorbeeld de volgende termijnen gesauveerd:⁵³⁴ twee weken⁵³⁵; een maand⁵³⁶; negentig dagen⁵³⁷; zes maanden⁵³⁸; twee jaar⁵³⁹.

532. Vergelijk ABRvS 13 juli 2005, zaaknr. 200501517/1; CRvB 7 juni 2005, LJN AT7061; HR 28 juni 2002, BNB 2002/311; VN 2002, 33.3, m.nt. Red; NTFR 2002, 927, m.nt. R.M.P.G. Niessen-Cobben.

533. CBB 25 mei 1976, AB 1976, 179.

534. Voor een overzicht van zowel beroepstermijnen als verjaringstermijnen zij gewezen op Van Eijssden 2006, p. 15 en de conclusie van A-G Colomer voor zaak C-30/02, Recheio-Cash & Carry, Jur. 2004, p. I-6051.

535. Zaak C-470/99, Universale-Bau, Jur. 2002, p. I-11617.

536. Zaak 33/76, Rewe, Jur. 1976, p. 1989.

537. Zaak C-30/02, Recheio-Cash & Carry, Jur. 2004, p. I-6051.

Voor wat betreft de concrete omstandigheden van het geval is het arrest Santex van 27 februari 2003 een mooie illustratie. Daarin werd een beroepstermijn van zestig dagen weliswaar redelijk geacht, maar doordat een overheidsorgaan onzekerheid bij de rechtszoekende had gecreëerd omtrent de aanvang van de beroepstermijn, onzekerheid die pas werd weggenomen nadat de beroepstermijn was verstreken, was de toepassing van de termijnen in het concrete geval naar het oordeel van het Hof in strijd met het effectiviteitsbeginsel.⁵⁴⁰

In het arrest Emmott van 25 juli 1991 kwam een ander punt van de beroepstermijn aan de orde. Daarin is door het Hof bepaald dat bij niet (juiste) omzetting van communautaire richtlijnen die beogen rechten voor particulieren in het leven te roepen, de beroepstermijn niet *aanvangt*.⁵⁴¹ De redenering hierachter is dat indien een communautaire richtlijn (niet) juist is omgezet, een particulier zijn rechten niet kent en het zodoende niet gerechtvaardigd is om hem tegen te werpen dat hij niet binnen de beroepstermijn die rechten heeft geëffectueerd.

Hoewel kort na dit arrest in de nationale jurisprudentie enkele voorbeelden zijn te vinden waarin een beroep op het Emmott-arrest is toegewezen⁵⁴², heeft het Hof van Justitie in latere jurisprudentie de scherpe kanten van dat arrest gehaald. Op basis van die jurisprudentie blijkt dat een nationale beroepstermijn alleen niet aanvangt indien: a) een communautaire richtlijn (niet) juist is omgezet; b) door de overschrijding van de beroepstermijn voor een particulier elk recht verloren is gegaan om zijn door die richtlijn toegekende rechten te effectueren, en c) de overschrijding van de beroepstermijn is te wijten aan misleidend gedrag van een overheidsorgaan, zoals bijvoorbeeld aan de orde was in de bovengenoemde zaak Santex. Aangenomen wordt dat vooral deze laatste voorwaarde een geslaagd beroep op het Emmott-arrest uitzonderlijk maakt.⁵⁴³

9.2.4 Spanningen

In de rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechters is de in de vorige paragraaf weergegeven rechtspraak van het Hof diverse malen toegepast. Daarin kwam men steeds tot de conclusie dat de nationale beroepstermijn van artikel 6:7 Awb (zes weken) niet in strijd is met de beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid.

Deze jurisprudentie is al ver vóór de inwerkingtreding van de Awb ingezet. Zo had verzoekster in de casus die leidde tot de uitspraak van het CBB van 13 mei

538. Zaak C-78/98, Preston, Jur. 2000, p. I-3201.

539. Gevoegde zaken C-52 & 53/99, Gioconda Camarotto en Giuseppina Vignone, Jur. 2001, p. I-1395.

540. Zaak, C-327/00, Santex, Jur. 2003, p. I-1877; SEW 2003, p. 439-441, m.nt. M. de Jong; NJ 2003, 653.

541. Zaak C-208/90, Emmott, Jur. 1991, p. I-4269; AB 1991/1, m.nt. A.W.H. Meij; RSV 1992/189, m.nt. F.W.M. Keunen; SEW 1992, p. 783-788, m.nt. I. Sewandono.

542. Vergelijk Drijber & Prechal 1997, p. 148-153; Vermeulen 2001, p. 245-249; Jans e.a. 2002, p. 350.

543. Jans e.a. 2002, p. 347-352; Van Eijdsen 2006, p. 16-18 en de daar genoemde jurisprudentie.

1977⁵⁴⁴ betoogd dat aangezien de bestreden besluiten in strijd waren met het gemeenschapsrecht, de nationale beroepstermijn van dertig dagen niet in de weg kan staan aan het vernietigen van die besluiten. Het College kon dit betoog, in navolging van de hiervoor behandelde zaken Rewe en Comet, niet volgen, aangezien ‘volgens het gemeenschapsrecht in zijn huidige stand de overschrijding van de beroepstermijnen ook ten aanzien van besluiten die strijdig zijn met het gemeenschapsrecht aan verzoekster vermag tegen te werpen, nu de beroepstermijnen en overige in dit verband van belang zijnde procesregels van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie te dezen niet ongunstiger zijn dan voor soortgelijke nationale vorderingen.’

In paragraaf 3.4 is uiteengezet dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat zij inzake het beginsel van effectieve rechtsbescherming aansluiting zoekt bij artikel 13 EVRM. Mede in dat licht is de uitspraak van de ABRvS van 8 maart 2006 van belang. Daarin oordeelt de Afdeling namelijk dat het zojuist genoemde beginsel niet zover strekt ‘dat het een Staat niet vrij zou staan om, met het oog op de rechtszekerheid, beperkingen te stellen aan de termijnen waarbinnen op die rechten een beroep wordt gedaan dan wel daarvan gebruik wordt gemaakt’.⁵⁴⁵

Deze uiteenzetting is in algemene bewoording te vinden in de volgende rechts-overweging van de Hoge Raad:⁵⁴⁶

‘De in de middelen onder e weergegeven klacht houdt in dat de bezwaartermijn van zes weken als bedoeld in artikel 6:7 van de Algemene wet bestuursrecht onredelijk kort is, waardoor in strijd met het gemeenschapsrecht de effectieve werking daarvan wordt gefrustreerd. Dienaangaande wordt vooropgesteld dat naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om procesregels te geven voor de rechtsvorderingen die ertoe strekken de rechten te beschermen die justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontleen, met dien verstande dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en dat zij in geen geval dusdanig mogen zijn dat de uitoefening van de rechten welke de nationale rechter heeft te handhaven, praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Indien al zou kunnen worden aangenomen dat in het onderhavige geval aan de orde is een rechtsvordering als hiervóór bedoeld, faalt de klacht aangezien in de Nederlandse rechtsorde geen onderscheid wordt gemaakt tussen zogenoemde nationale vorderingen en vorderingen die aan het gemeenschapsrecht kunnen worden ontleend en redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is dat de voor het gehele bestuursrecht geldende uniforme bezwaartermijn van zes weken een redelijke termijn is, in die zin dat daardoor de uitoefening van (mede) op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt.’

544. CBB 13 mei 1977, AB 1977, 264, m.nt. In 't V. Vergelijk CBB 23 december 1980, AB 1981, 322, m.nt. J.G. van der Wielen. Zie voor een overzicht de annotaties van JHvK, SEW 1982, p. 656-668.

545. ABRvS 8 maart 2006, zaaknr. 200505352/1.

546. HR (belastingkamer) 21 maart 2001, BNB 2001/238; VN 2001, 18.7 m.nt. Red. Vergelijk HR (burgerlijke kamer) 24 januari 2003, AB 2003, 120, m.nt. RW; NJ 2003, 629 m.nt. MRM; JB 2003/44 m.nt. EvdL.

In de uitspraak van de Hoge Raad van 23 januari 2004 stond de vraag centraal of de overschrijding van een bezwaartermijn aan een belanghebbende kan worden tegengeworpen indien hij het maken van bezwaar kansloos acht.⁵⁴⁷ Deze 'kansloosheid' zou moeten blijken uit een resolutie van de Staatssecretaris van Financiën. De belanghebbende had daarbij een beroep gedaan op de in paragraaf 9.2.2 vermelde uitspraak van het Hof in de zaak Metallgesellschaft. De Hoge Raad overwoog:

'De omstandigheid dat de belastingdienst blijkens een resolutie van de staatssecretaris een bepaalde toepassing van de belastingwet voorstaat of goedkeurt, laat de belastingplichtige vrij zich een eigen oordeel te vormen omtrent de juist te achten wetstoepassing of omtrent de verenigbaarheid van de heffing van de betrokken belasting met een richtlijn van de EG, en zich door dat oordeel te laten leiden. Indien de belastingplichtige tot de conclusie komt dat op grond van de richtlijn de voldoening van belasting in zijn geval niet kan worden gevegd, kan hij op gelijke wijze als mogelijk is bij het ontkennen of betwisten op een niet aan het gemeenschapsrecht ontleende grond van een verplichting belasting te betalen, een meningsverschil met de belastingdienst te dier zake aan de rechter voorleggen. De noodzaak daartoe eerst een bezwaarschrift in te dienen bij het betrokken bestuursorgaan, maakt onderdeel uit van de uniforme procedure die in Nederland geldt voor het invoeren van rechtsbescherming in belastingzaken. Een effectieve toegang tot de rechter wordt daardoor niet wezenlijk belemmerd. De omstandigheid dat in een voorkomend geval degene die voor de vraag staat of hij al dan niet van een bestuursrechterlijke rechtsgang gebruik zal maken, reden heeft aan te nemen dat het betrokken bestuursorgaan een ingenomen standpunt niet zal verlaten, vormt geen verzwarende omstandigheid als het gaat om de mogelijkheid zich bij het indienen van een bezwaarschrift te houden aan de daarvoor gestelde wettelijke termijn.'

Daarbij is uit deze uitspraak van de Hoge Raad af te leiden dat – in lijn met wat hierboven is opgemerkt – in het kader van artikel 6:11 Awb, een arrest van het Hof van Justitie op zichzelf, als een ná de overschrijding van de beroepstermijn opkomende reden, niet kan bewerkstelligen dat de termijnoverschrijding alsnog verschoonbaar wordt.⁵⁴⁸

Ten slotte is het volgende arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2005 om twee redenen van belang.⁵⁴⁹ In de eerste plaats past de Hoge Raad in dit arrest de beperkingen toe die het Hof van Justitie heeft aangebracht op de reikwijdte van het arrest Emmott. In de tweede plaats laat de Hoge Raad bij zijn oordeel of de zeswekentermijn van artikel 6:7 Awb redelijk is, meewegen dat binnen deze termijn alleen maar pro forma beroep behoeft te worden ingesteld. In casu betoogt belanghebbende in cassatie dat artikel 6 lid 2 Zesde richtlijn ten onrechte niet in

547. HR 23 januari 2004, AB 2004, 258, m.nt. RW; BNB 2004, 118, m.nt. Zwemmer; VN 2004, 9.3 m.nt. Red.; NTFR 2004, 118, m.nt. Kors; JB 2004, 99, m.nt. R.M.P.G.N.-C. Vergelijk daarbij tevens Rb. Haarlem 4 april 2006, LJN: AV9500.

548. Zie CBB 13 mei 1977, AB 1977, 264, m.nt. In 't V.

549. HR 18 februari 2005, AB 2005, 119 m.nt. RW; BNB 2005, 283, m.nt. Van Zadelhoff; VN 2005, 12.6 m.nt. Red.; NTFR 2005, 273, m.nt. Pechler. Vergelijk Rb. Den Haag 20 april 2006, LJN: AY4182.

de nationale wet is omgezet en derhalve de bezwaartermijn niet is aangevangen. De Hoge Raad verwerpt dit cassatiemiddel met de volgende rechtsoverweging:

‘In zijn arrest van 2 december 1997, Fantask, C-188/95, Jurispr. 1997, blz. I-6783, BNB 1998/285, heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat het gemeenschapsrecht bij zijn huidige stand niet eraan in de weg staat dat een lidstaat die de richtlijn niet naar behoren heeft omgezet, zich tegen vorderingen tot terugbetaling van in strijd met de richtlijn geheven rechten beroept op een nationale verjaringstermijn, mits die termijn niet ongunstiger is voor beroepen op grond van het gemeenschapsrecht dan voor beroepen op grond van het nationale recht, en hij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Belanghebbenden hebben naast de door hen gestelde strijdigheid van de Wet met de Zesde richtlijn voor het Hof geen bijzondere omstandigheden aangevoerd op grond waarvan het niet binnen de bezwaartermijn doen van een beroep op die strijdigheid hun niet zou kunnen worden tegengeworpen.

Belanghebbenden hebben niet aangevoerd dat de duur van de wettelijke bezwaartermijn op zichzelf reeds voor hen een verhindering vormde effectief gebruik te maken van hun recht op bezwaar. Mede in aanmerking genomen het bestaan van de mogelijkheid om een bezwaarschrift in te dienen dat pas nadat door het bestuursorgaan een nadere termijn is gesteld, van gronden wordt voorzien, kan zulks ook niet in zijn algemeenheid worden aangenomen.’

Een soortgelijke overweging was reeds te vinden in een uitspraak van de CRvB van 23 december 2002.⁵⁵⁰

9.2.5 Conclusie

Volgens het Hof van Justitie kunnen redelijke beroepstermijnen, op straffe van verval van recht, door de nationale rechter ook in EG-rechtelijke zaken worden toegepast, mits zij ook in louter nationale zaken worden toegepast. Deze toepassing wordt namelijk gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid. De zeswekentermijn wordt door de Nederlandse bestuursrechters als ‘redelijk’ beschouwd, mede omdat de mogelijkheid bestaat tot het instellen van pro forma beroep. De termijn wordt bovendien toegepast in zowel nationale als EG-rechtelijke zaken. Op dit punt bestaat geen spanning tussen de Awb en het EG-recht. Soms – met name in de situatie dat een belanghebbende een fatale termijn heeft laten verlopen door ‘misleidend’ gedrag van de bevoegde autoriteiten – kunnen fatale termijnen volgens het Hof niet worden toegepast. Alsdan biedt artikel 6:11 Awb voldoende ruimte om de termijnoverschrijding verschoonbaar te achten.

550. CRvB 23 december 2002, AB 2003, 209 m.nt. RW; JB 2003, 52; USZ 2003, 72. Zo ook A-G Wattel in zijn conclusie voor HR 23 januari 2004, AB 2004, 258, m.nt. RW; BNB 2004, 118, m.nt. Zwemmer; VN 2004, 9-3 m.nt. Red.; NTFR 2004, 118, m.nt. Kors; JB 2004, 99, m.nt. R.M.P.G.N.-C.

9.3 BESTUURSORGAAN EN ARTIKEL 4:6 AWB

9.3.1 Nationaal recht

Een impliciete algemene bevoegdheid

In het nationale bestuursrecht bestaat er consensus dat een bestuursorgaan, wanneer in de wetgeving wordt gezwegen (zie hierna), met de bevoegdheid om een besluit te nemen of te weigeren, tevens de bevoegdheid heeft om een besluit aan te tasten.⁵⁵¹ Het betreft hier een impliciete algemene bevoegdheid.⁵⁵² Deze impliciete bevoegdheid wordt onder meer genormeerd door belangen van derden en het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. In de aanloop van het stellen van een prejudiciële vraag in het Kühne en Heitz-arrest heeft het CBB deze in het algemeen als volgt omschreven:⁵⁵³

‘Naar Nederlands bestuursrecht staat geen rechtsregel eraan in de weg dat een bestuursorgaan terugkomt op door hem genomen besluiten, die naar intern-nationaal recht definitief zijn geworden, zelfs niet indien er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (nova) zijn. In lijn hiermee biedt art. 4:6 Awb een bestuursorgaan de mogelijkheid een nieuwe aanvraag om een beschikking bij gebreke van nova op eenvoudige wijze af te doen maar verplicht het hiertoe niet. Naar Nederlands recht heeft een bestuursorgaan derhalve in beginsel steeds de bevoegdheid om terug te komen op een beslissing die definitief is geworden; in beginsel, omdat uiteraard aan de belangen van derden niet tekort mag worden gedaan.’

Wordt tegen een besluit niet (tijdig) of tot in laatste gewone aanleg zonder succes opgekomen, dan is zo'n besluit in rechte onaantastbaar. Ten aanzien daarvan wordt ook wel gezegd dat een besluit definitief is, formele rechtskracht heeft gekregen of onherroepelijk is geworden. In dit onderzoek wordt de term *in rechte onaantastbaar* of (conform het Hof van Justitie) de term *definitief* gehanteerd.⁵⁵⁴ Dat een besluit in rechte onaantastbaar is, impliceert niet dat een bestuursorgaan niet bevoegd zou zijn om zijn besluit aan te tasten; het aantasten van zo'n besluit kan zien op het intrekken, wijzigen of het terugkomen daarvan. Illustratief hiervoor is de uitspraak van de ABRvS van 13 juli 2005.⁵⁵⁵ Hierin overwoog zij:

‘(...) dat het betoog van appellant, dat het college het besluit van 21 januari 2003 (last onder dwangsom) niet kon intrekken, aangezien hiertegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend, faalt. De onherroepelijkheid van een besluit staat er niet aan in de weg dat het bestuursorgaan het besluit intrekt, voor zover de wet zich daartegen niet verzet en dat ook overigens op rechtmatige wijze geschiedt.’

551. Zie Klap 2005, p. 71-76; De Graaf & Marseille 2005, p. 308-323.

552. In navolging van NV (onder ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123) wordt de voorkeur gevoeld om eerder te spreken van ‘impliciete bevoegdheid’ dan van ‘geïmpliceerde bevoegdheid’, aangezien het eerste precies aangeeft wat in het kader van het legaliteitsbeginsel het manco is.

553. CBB 10 oktober 2000, AB 2001, 32, m.nt. JHvdV; JB 2000, 355.

554. Vergelijk voor de terminologie Verheij 2005 en Van Ettehoven 2006, i.h.b. p. 10-12.

555. ABRvS 13 juli 2005, zaaknr. 200408547/1.

De CRvB drukte het in zijn uitspraak van 16 september 1952 zo uit dat weliswaar de beslissing van het bestuur van de Rijksverzekeringsbank, nu daartegen geen tijdig beroep is ingesteld, ‘voor de rechter onaantastbaar is geworden, maar dit niet wegneemt, dat het bestuur der Rijksverzekeringsbank bevoegd is op die beslissing ten gunste van eiseresse terug te komen’.⁵⁵⁶

Niet altijd is de bevoegdheid om terug te komen op een in rechte onaantastbaar geworden besluit een impliciete bevoegdheid. In veel bijzondere wetgeving én ook in de Awb zelf – voor wat betreft subsidies – is deze bevoegdheid expliciet geregeld. Daarbij kan sprake zijn van nadere regulering van de bevoegdheid, zoals in de artikelen 4:48 en 4:51 van de Awb, en soms van ‘blokkering’. Dit laatste speelt bijvoorbeeld bij de bouwvergunning. Zo is het vaste jurisprudentie van de ABRvS dat ten aanzien van de bouwvergunning de Woningwet zich ertegen verzet dat zonder dat er een nieuwe aanvraag is gedaan een bestuursorgaan terugkomt op een in rechte onaantastbaar geworden beslissing op een bouw aanvraag. De Afdeling:⁵⁵⁷

‘(...)het stelsel van de Woningwet zich verzet tegen het terugkomen op een in rechte onaantastbare beslissing op een bouw aanvraag zonder dat een nieuwe aanvraag is gedaan. Daarmee wordt bedoeld op de specifieke bepalingen over publicatieplichten, beslistermijnen, aanhoudingsplichten en het imperatief-limitatief stelsel van weigeringsgronden, alsmede de belangen van derden die een rol spelen. Als een vergunningaanvrager alsnog een bouwvergunning wenst te verkrijgen voor het in de eerdere aanvraag omschreven bouwplan, dan volgt uit dit stelsel dat een nieuwe – al dan niet gelijkkluidende – bouw aanvraag moet worden ingediend. Een andere opvatting zou ook leiden tot rechtsonzekerheid.’

In dit onderzoek, dat is gericht op de Europese bestendigheid van de Awb, blijven deze bijzondere wettelijke grondslagen verder buiten beschouwing. Hierna gaat de aandacht uit naar de impliciete bevoegdheid om op een in rechte onaantastbaar geworden besluit terug te komen en op de betekenis die artikel 4:6 Awb daarbij heeft. Daarbij staat de Europese invloed die uitgaat van de uitspraak van het Hof in de zaak Kühne & Heitz centraal.

Geen nationale verplichting

Ingevolge de nationale jurisprudentie bestaat er geen verplichting voor een bestuursorgaan om op een in rechte onaantastbaar geworden besluit terug te komen. Zo ook het CBB in zijn verwijzingsuitspraak in de zaak Kühne en Heitz:⁵⁵⁸

‘Het enkele feit dat uit latere rechtspraak blijkt dat een beroep succesvol zou zijn geweest – waarbij het college overigens uitdrukkelijk in het midden laat of dat in dit geval daadwerkelijk zo zou zijn geweest – verplicht verweerder evenwel uiteraard niet

556. CRvB 16 september 1952, AB 1953, p. 85.

557. ABRvS 6 november 2002, AB 2003, 230, m.nt. TN; BR 2003, p. 221, m.nt. J.W. Weerkamp; ABRvS 8 maart 2006, AB 2006, 142, m.nt. TN.

558. CBB 10 oktober 2000, AB 2001, 32, m.nt. JHvdV; JB 2000, 355.

om op zijn beslissingen terug te komen; zulks zou de bijl zijn aan de wortel van voormeld beginsel, waarvan de functie immers is dat in een situatie als vooromschreven, beslissingen die niet aangevochten zijn, hun rechtskracht behouden, hoe onjuist deze beslissingen achteraf gezien wellicht ook waren.'

De nationale jurisprudentie dat een bestuursorgaan niet verplicht is om op een in rechte onaantastbaar geworden besluit terug te komen, stamt van ver vóór de inwerkingtreding van de Awb.⁵⁵⁹ In concreto bestaat deze verplichting bijvoorbeeld niet op grond van het feit dat een in rechte onaantastbaar geworden besluit in strijd is genomen met het recht⁵⁶⁰, processueel verzuim van de rechter⁵⁶¹ vaststaand gegeven dat een besluit bij de bestuursrechter vernietigd zou worden⁵⁶², vanwege een (Europees) rechterlijke uitspraak⁵⁶³ of schending van een fundamenteel recht.⁵⁶⁴

In diezelfde verwijzingsuitspraak van het CBB wordt echter wel een kleine mogelijkheid opengelaten op basis waarvan een bestuursorgaan verplicht kan worden om een in rechte onaantastbaar geworden besluit aan te tasten. Het moet dan gaan om 'bijkomende omstandigheden die zo klemmend zijn dat een uitzondering op dit beginsel moet worden gemaakt'.⁵⁶⁵

Artikel 4:6 Awb en heroverweging

In het voorgaande is duidelijk geworden dat artikel 4:6 Awb zelf niet de bevoegdheid schept om terug te komen op een in rechte onaantastbaar geworden besluit. Deze bevoegdheid is doorgaans immers een impliciete bevoegdheid. Artikel 4:6 Awb doet niet meer dan het procedureel reguleren van deze bevoegdheid in het geval het een herhaalde aanvraag betreft.⁵⁶⁶ In de jurisprudentie wordt dit wetsartikel van overeenkomstige toepassing verklaard als het gaat om een verzoek om terug te komen op een in rechte onaantastbaar geworden besluit.⁵⁶⁷

-
559. CRvB 2 mei 1935, AB 1935, p. 621; CRvB 18 maart 1943, AB 1943, p. 409; CRvB 16 november 1948, AB 1949, p. 161; CRvB 14 februari 1950, AB 1950, p. 581; CRvB 10 juli 1951, AB 1951, p. 825; CBB 1 juni 1959, SEW 1959, p. 289, m.nt. A.M.
560. CRvB 6 juni 1984, TAR 1984/302; CRvB 2 mei 1991, TAR 1991/130; AB 1992, 22 m.nt. HH.
561. CRvB 20 oktober 1976, RSV 1977, 14.
562. CBB 3 september 1969, SEW 1970, p. 187, m.nt. J.P.
563. CRvB 28 april 1977, RSV 1977/253; CRvB 31 december 1984, RSV 1984, 126; CRvB 24 september 1987, TAR 1987, 257, m.nt. R. van Male; CRvB 21 april 1994, AB 1994, 476, m.nt. HH; TAR 1994, 132; CBB 14 maart 1995, AB 1995, 371, m.nt. JHvdV.
564. CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124, m.nt. HBr; RAwb 1998, 118, m.nt. Widdershoven; JB 1998, 40, m.nt. EvdL; CRvB 20 februari 2003, TAR 2003, 112.
565. CBB 10 oktober 2000, AB 2001, 32, m.nt. JHvdV; JB 2000, 355.
566. Bröring en Marseille 2002, p. 60.
567. Vergelijk ABRvS 28 juni 2006, zaaknr. 200600037/1; CRvB 2 maart 2005, AB 2005, 228, m.nt. R. Ortlep; JB 2005, 132; CRvB 1 juni 2004, JB 2004/271, m.nt. F.A.M. S.; JWWB 2004, 260; CRvB 4 december 2003, AB 2004, 125, m.nt. HBr; JB 2004, 32, m.nt. EvdL; USZ 2004, 52 m.nt. Red.; RSV 2004, 88; TAR 2004, 85; ABRvS 24 januari 2000, AB 2000, 199, m.nt. J.L. Boxum; JB 2000, 66, m.nt. R.J.N.S; CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124, m.nt. HBr; JB 1998, 40, m.nt. EvdL.

Op grond van lid 1 van artikel 4:6 Awb moet een herhaalde aanvraag 'nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden' (nova) vermelden wil een belanghebbende niet het risico lopen dat een bestuursorgaan, zonder toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 4:5 Awb, de aanvraag eenvoudig afdoet. Overigens zij er – nogmaals – op gewezen dat het ontbreken van nova geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van een bestuursorgaan om op zijn besluit terug te komen.⁵⁶⁸

Volgens de wetgever hangt artikel 4:6 Awb samen met het feit 'dat een beschikking waartegen geen rechtsmiddel is ingesteld onherroepelijk wordt. Het zou niet in overeenstemming met het bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming zijn, wanneer men een onherroepelijke beschikking weer langs een omweg zou kunnen aantasten door het bestuur te vragen terug te komen van die beschikking door het indienen van een nieuwe aanvraag'.⁵⁶⁹ Ook artikel 4:6 Awb is in die zin gekoppeld aan het gesloten stelsel van rechtsmiddelen⁵⁷⁰ en direct verbonden aan het fatale karakter van de beroepstermijn. Immers, de regeling van beroepstermijnen zou zinledig worden indien een belanghebbende wiens aanvraag geheel of gedeeltelijk is afgewezen en waartegen niet of niet tijdig is opgekomen, toch nog in beroep kan gaan tegen de afwijzing van een herhaalde aanvraag. Het is in die lijn dat volgens de wetgever de bestuursrechter bij de toetsing enkel dient te kijken of er sprake is van nieuwe gebleken feiten of veranderde omstandigheden. Als daaraan is voldaan, is het bestuursorgaan 'verplicht de betekenis daarvan te onderzoeken en, zo het de aanvraag niet kan inwilligen, te motiveren waarom de aangevoerde nieuwe feiten of gewijzigde omstandigheden niet tot een andere uitkomst kunnen leiden'.⁵⁷¹

Onder nova in de zin van artikel 4:6 lid 1 Awb worden – kort gezegd – verstaan feiten en omstandigheden die niet eerder naar voren gebracht hadden kunnen worden en waarvan op voorhand niet vaststaat dat deze geen afbreuk kunnen doen aan het oorspronkelijke besluit. In die zin dient ons inziens de vraag of bijvoorbeeld een rechterlijke uitspraak onder een novum ex artikel 4:6 lid 1 Awb valt en daarmee tot heroverweging noopt onderscheiden te worden van de vraag of een (latere) rechterlijke (Europese) uitspraak een bestuursorgaan verplicht om op een in rechte onaantastbaar geworden besluit terug te komen.⁵⁷²

De vraag of een rechterlijke uitspraak als een novum ex artikel 4:6 lid 1 Awb gezien wordt teneinde een bestuursorgaan te verplichten tot een heroverweging, is door de wetgever, voor wat betreft een nieuw gebleken feit, overgelaten aan de jurisprudentie. De wetgever heeft zich niet uitgelaten over de vraag of een rechterlijke uitspraak een veranderde omstandigheid kan opleveren.⁵⁷³ De rechtspraak

568. Anders: Van Ettehoven 2006, p. 16.

569. PG AWB I, p. 245.

570. Bröring en Marseille 2002, p. 54.

571. PG AWB I, p. 245.

572. Zie Kamerstukken II, 2004/05, 29 279, nr. 28, p. 5.

573. PG AWB I, p. 246

is op dit punt echter klip en klaar: een rechterlijke uitspraak vormt geen novum in de zin van artikel 4:6, eerste lid, Awb. Ter illustratie dient de volgende uitspraak van de CRvB.⁵⁷⁴

‘Bij beantwoording van de vraag of gedaagde heeft voldaan aan zijn gehoudenheid nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden heeft als uitgangspunt te gelden dat volgens vaste rechtspraak van de Raad de inhoud van inmiddels tot stand gekomen jurisprudentie op zichzelf geen grond vormt voor het doorbreken van het in rechte onaantastbaar zijn van besluiten waartegen geen beroep bij de rechter is ingesteld, of die gezien het resultaat van een wel bij de rechter gevolgde rechtsgang in rechte onaantastbaar zijn geworden. In dit verband verwijst de Raad naar zijn uitspraak van 18 december 1997, gepubliceerd in o.a. JB 1998, 40. Dit betekent dat, anders dan gedaagde kennelijk voorstaat, de uitspraak van de Raad van 7 augustus 1997 niet kan worden beschouwd als een nieuw feit of veranderde omstandigheid in de zin van artikel 4:6, eerste lid, van de Awb.’

9.3.2 *Europees recht*

Hiervoor is al een aantal malen het arrest Kühne en Heitz ter sprake gekomen; tijd om in deze paragraaf hier verder op in te gaan. Allereerst een samenvatting van de feiten.⁵⁷⁵ Kühne & Heitz exporteert (onder meer) in de periode december 1986 tot en met december 1987 kippenpoten met een deel van de rug naar landen buiten de Europese Unie. Het ontvangt daarvoor exportrestituties waarbij de hoogte volgens het communautaire douanerecht afhankelijk is van de vraag of de kippenpoten met rugstuk vallen in de categorie ‘dijen en delen daarvan’, waarvoor een hoge restitutie geldt, of in de categorie ‘andere’, waarvoor een laag tarief geldt. Nadat het Produktschap voor Pluimvee en Eieren aanvankelijk de hoge restitutie voor ‘dijen en delen daarvan’ heeft uitgekeerd, besluit het begin 1990 dat de kippenpoten bij nader inzien onder de categorie ‘andere’ vallen en vordert de teveel uitgekeerde gelden terug. Het door Kühne & Heitz tegen dit besluit ingestelde beroep wordt op 22 november 1991 door het CBB verworpen zonder dat deze rechter terzake een prejudiciële vraag stelt. Volgens het College lijdt het geen twijfel dat de pluimveedelen niet moeten worden aangemerkt als ‘dijen en delen daarvan’. Op 5 oktober 1994 doet het Hof van Justitie uitspraak in de – door het Gerechtshof te Den Haag in een strafzaak verwezen – zaak Voogd.⁵⁷⁶ Daaruit kan worden afgeleid dat de pluimveedelen van Kühne & Heitz wel degelijk moeten worden aangemerkt als ‘dijen en delen daarvan’ en dat het Produktschap en ook het CBB een onjuiste interpretatie hebben gegeven aan het communautaire douanerecht. Naar aanleiding van de uitspraak van het Hof in de zaak Voogd, verzoekt het bedrijf dan ook het Produktschap bij brieven van 13 december 1994 en 3 januari 1994 om:

574. CRvB 2 mei 2002, TAR 2002, 137.

575. Zoals weergegeven in Widdershoven & Ortlep 2004, p. 36-37.

576. Zaak C-151/93, Voogd, Jur. 1994, p. I-4915.

- 1 terug te komen op het terugvorderingsbesluit van 1 maart 1990;
- 2 alsnog het hogere restitutiebedrag voor 'dijen en delen daarvan' toe te kennen die Kühne & Heitz zouden hebben ontvangen indien er correct was geëvalueerd.

Nadat dit verzoek is afgewezen, stelt het bedrijf wederom beroep in bij het CBB. Dit College verwijst de kwestie prejudicieel naar het Hof, met dien verstande dat hij het tweede verzoek in de verwijzingsuitspraak zelf van een antwoord voorziet. Het CBB oordeelt dat tegen het besluit op het tweede verzoek *niet tijdig beroep* is ingesteld en niet voor tot prejudiciële verwijzing nopende twijfel vatbaar is, aangezien uit het arrest AssiDomän Kraft⁵⁷⁷ blijkt dat het gemeenschapsrecht in dat geval niet verplicht om op een definitief besluit terug te komen.

Aanleiding in het arrest AssiDomän Kraft waren de door de Commissie wegens overtreding van het kartelverbod van artikel 81 EG aan diverse bedrijven opgelegde bestuurlijke boeten. Een aantal bedrijven ging hiertegen in beroep, hetgeen ertoe leidde dat de boeten ten aanzien van hen nietig werden verklaard. Vervolgens verzochten de andere bedrijven, die niet in beroep waren gegaan, de Commissie om ook terug te komen op de aan hen opgelegde boeten. De afwijzende Commissie-beschikking werd door het Hof in stand gelaten. Het Hof: '[het] rechtszekerheidsbeginsel (...) verzet zich ertegen dat in het geval waarin in het kader van een gezamenlijke procedure verscheidene gelijksoortige individuele beschikkingen houdende oplegging van geldboeten zijn vastgesteld en waarin enkel bepaalde adressaten in rechte nietigverklaring van de hen betreffende beschikking hebben gevraagd en verkregen, de instelling die de beschikkingen heeft gegeven, op verzoek van de andere adressaten de wettigheid van de niet-aangevochten beschikkingen opnieuw zou moeten onderzoeken in het licht van de rechtsoverwegingen van het nietigverklaringsarrest en zou moeten beoordelen of op basis van dit onderzoek de betaalde geldboeten moeten worden terugbetaald.'⁵⁷⁸

Hiermee valt het doek voor het tweede verzoek van Kühne en Heitz. In paragraaf 9.3.3 wordt hierop teruggekomen.

Voor wat betreft het eerste verzoek werpt het CBB de prejudiciële vraag op 'of het gemeenschapsrecht, waarbij met name valt te denken aan het in artikel 10 EG vervatte beginsel van de gemeenschapstrouw, meebrengt dat een bestuursorgaan verplicht is om in de omstandigheden van dit geval, zoals hiervoor beschreven en gepreciseerd, terug te komen op een beslissing die definitief is geworden, teneinde de volle werking van het gemeenschapsrecht, zoals dit blijkt uit het antwoord op een latere prejudiciële verwijzing behoort te worden uitgelegd, te verzekeren'.

Het antwoord van het Hof kwam op 13 januari 2004.⁵⁷⁹ Voordat over wordt gegaan tot de daadwerkelijke beantwoording brengt het Hof twee punten in her-

577. Zaak C-310/97 P, AssiDomän Kraft, Jur. 1999, p. I-5363.

578. Zoals weergegeven in Widdershoven en Ortlep 2004, p. 42.

579. Zaak C-453/00, Kühne & Heitz, Jur. 2004, p. 837; AB 2004, 58, m.nt. RW; JB 2004, 42, m.nt. NV; NJ 2004, 125, m.nt. MRM; SEW 2004, p. 278-280 m.nt. Prechal.

innering. Ten eerste dat het vaste jurisprudentie is dat de uitlegging die hij 'geeft aan een regel van gemeenschapsrecht, verklaart en preciseert, voor zover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast'.⁵⁸⁰ Ten tweede stelt het Hof nadrukkelijk dat het rechtszekerheidsbeginsel, als een in het gemeenschapsrecht algemeen erkend beginsel, vereist dat een besluit van een bestuursorgaan definitief wordt na het verstrijken van een redelijke beroepstermijn of na uitputting van alle gewone rechtsmiddelen. Daardoor 'vereist het gemeenschapsrecht niet dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een besluit dat aldus definitief is geworden'. Gelet op concrete feiten en omstandigheden aangedragen door het CBB in zijn verwijzingsuitspraak, overweegt het Hof dat het laatste punt in de zaak Kühne en Heitz anders ligt:

'In de eerste plaats biedt het nationale recht het bestuursorgaan de mogelijkheid, terug te komen op het definitief geworden besluit in geding. In de tweede plaats is dit laatste pas definitief geworden ten gevolge van een uitspraak van een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor beroep in rechte. In de derde plaats was die uitspraak gebaseerd op een uitlegging van het gemeenschapsrecht die, gelet op een later arrest van het Hof, onjuist was en was gegeven zonder dat dit laatste overeenkomstig artikel 234, derde alinea, EG was verzocht om een prejudiciële beslissing. In de vierde plaats heeft de belanghebbende zich tot het bestuursorgaan gewend onmiddellijk na kennis te hebben genomen van het arrest van het Hof.'

Onder deze concrete omstandigheden overweegt het Hof dat de in casu betrokken bestuursorgaan op grond van het in artikel 10 EG neergelegde samenwerkingsbeginsel, gehouden is 'zijn besluit opnieuw te onderzoeken teneinde rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van gemeenschapsrecht heeft gegeven'. Op grond van dat onderzoek moet volgens het Hof het betrokken bestuursorgaan 'bepalen, in hoeverre het, zonder de belangen van derden te schaden, op het betrokken besluit dient terug te komen'. Het prejudiciële antwoord van het Hof is dan ook:

'Gelet op het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord, dat een bestuursorgaan ingevolge het in artikel 10 EG vervatte samenwerkingsbeginsel een definitief geworden besluit desgevraagd opnieuw moet onderzoeken teneinde rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van gemeenschapsrecht heeft gegeven, wanneer:

- hij naar nationaal recht bevoegd is om op dat besluit terug te komen;

580. Zaak 309/85, Barra, Jur. 1988, p. 355 en zaak 24/86, Blaziot, Jur. 1988, p. 379. Dit is slechts anders wanneer het Hof in zijn arrest, bij uitzondering, de strekking van deze uitlegging in tijd beperkt. Vergelijk zaak 43/75, Defrenne, Jur. 1976, p. 455; zaak C-262/88, Barber, Jur. 1990, p. 1-1889; zaak C-291/03, My Travel, n.n.g.

- het in geding zijnde besluit definitief is geworden ten gevolge van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep⁵⁸¹;
- voormelde uitspraak, gelet op latere rechtspraak van het Hof, berust op een onjuiste uitlegging van het gemeenschapsrecht, gegeven zonder dat het Hof overeenkomstig artikel 234, derde alinea, EG is verzocht om een prejudiciële beslissing, en
- de betrokkene zich tot het bestuursorgaan heeft gewend onmiddellijk na van die rechtspraak kennis te hebben genomen.’

Wanneer aan de bovengestelde cumulatieve⁵⁸² voorwaarden is voldaan, dan is een bestuursorgaan verplicht om een definitief besluit dat in strijd is met het gemeenschapsrecht ‘opnieuw te onderzoeken’. Aangenomen wordt dat hiermee bedoeld wordt dat een bestuursorgaan, vertaald naar artikel 4:6 Awb, het besluit dient te heroverwegen. In dat geval geldt het arrest van het Hof van Justitie als een novum ex artikel 4:6 lid 1 Awb, waardoor een bestuursorgaan niet bevoegd is om ‘een verzoek om terug te komen op’ eenvoudig af te doen in de zin van artikel 4:6 lid 2 Awb. Een bestuursorgaan wordt in dat geval als het ware ter effectuering van het gemeenschapsrecht verplicht om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om te heroverwegen (bevoegdheid = verplichting). Zijn er vervolgens geen belangen van derden in het geding, dan is een bestuursorgaan om dezelfde reden verplicht om op het besluit daadwerkelijk terug te komen.⁵⁸³

9.3.3 Spanningen

Na het in de vorige paragraaf weergegeven prejudiciële antwoord van het Hof van Justitie is door het CBB het onderzoek ter zitting op 8 september 2004 voortgezet. In zijn uitspraak van 22 september 2004⁵⁸⁴ is het verzoek om terug te komen op het terugvorderingsbesluit van 1 maart 1990 geen onderwerp meer van geschil. Het Produktschap voor Pluimvee en Eieren zegt toe het besluit conform Kühne en Heitz te heroverwegen (‘opnieuw te onderzoeken’).

Daarmee is de zaak nog niet afgedaan. Kühne en Heitz stelt namelijk betreffende de beslissing op het tweede verzoek, het verzoek om alsnog het hogere restitutiebedrag voor ‘dijen en delen daarvan’ toe te kennen, dat het CBB in zijn verwijzingsuitspraak het effectiviteitsbeginsel heeft miskend door te overwegen dat zij beroep tegen die beslissing had kunnen instellen en dat dit nalaten voor haar eigen risico dient te blijven. Ten aanzien daarvan overweegt het CBB dat dit niet meer ter discussie staat, aangezien het CBB in de verwijzingsuitspraak het beroep daartegen tot in hoogste instantie verworpen heeft. En vervolgt:

581. Lees: ‘niet vatbaar zijn voor een hogere voorziening’, vergelijk NV onder deze uitspraak in JB 2004, 42 en Widdershoven & Ortlep 2004, p. 38.

582. Vergelijk zaak C-234/04, Kapferer, n.n.g.; AB 2006, 191, m.nt. RW; JB 2006, 89, m.nt. NV; NTER 2006-5/6, p. 138-140, m.nt. R. Ortlep; SEW 2006, p. 251-254, m.nt. H.J. van Harten.

583. Jans & de Graaf 2004, p. 100. Zie Widdershoven & Ortlep 2004, p. 38 en p. 42-43.

584. CBB 22 september 2004, AB 2004, 371, m.nt. JHvdV; JB 2004, 382, m.nt. NV. Vergelijk ook CBB 22 september 2004, LJN AR3070.

‘Appellantes stelling dat het aldus voor haar onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt om, mede in het licht van het arrest Kühne & Heitz, haar rechten die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht uit te oefenen, mist grondslag, reeds omdat appellante de mogelijkheid heeft om verweerder opnieuw te vragen om een heroverweging zoals appellante bij haar tweede verzoek had gedaan. Overigens heeft verweerder ter zitting verklaard dat hij bereid is in de brief van appellante aan het college van 9 maart 2004 een dergelijk verzoek te lezen.’

Daarnaast dient hier de uitspraak van het CBB inzake Hop Trading genoemd te worden.⁵⁸⁵ Anders dan Kühne en Heitz heeft Hop Trading namelijk tegen de weigering van het productschap om op een terugvorderingsbesluit terug te komen, nadat uit de Voogd-uitspraak van het Hof van Justitie is gebleken dat het terugvorderingsbesluit besluit in strijd is met het gemeenschapsrecht, geen rechtsmiddelen aangewend. Het CBB overweegt daaromtrent – kort gezegd – dat niet voldaan is aan de tweede voorwaarde van het Kühne en Heitz-arrest: het in geding zijnde besluit is niet definitief geworden ten gevolge van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissing niet vatbaar is voor hoger beroep. Daarnaast is van belang dat het niet aangevochten terugvorderingsbesluit dateert van vóór de uitspraak van het CBB van 22 november 1991 waarin het College uitspraak deed in de restitutiezaak van Kühne en Heitz; een uitspraak die later in strijd bleek met het gemeenschapsrecht. Het betoog van Hop Trading dat het opkomen tegen het terugvorderingsbesluit destijds kansloos was, ontbeert dan ook naar het oordeel van het CBB feitelijke grondslag.

In zijn annotatie onder de hierna te behandelen uitspraak van de CRvB van 4 januari 2006, maakt N. Verheij⁵⁸⁶ er ons op attent dat het Bundesverwaltungsgericht, in de gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04 (i-21 en ISIS) inmiddels een prejudiciële vraag bij het Hof van Justitie heeft neergelegd of het gemeenschapsrecht onder bepaalde omstandigheden een bestuursorgaan kan verplichten om een besluit waartegen geen rechtsmiddelen zijn ingesteld, te heroverwegen. Op 16 maart 2006 is de conclusie voor dit arrest van Advocaat-Generaal Colomer verschenen. Colomer ziet – in deze concrete situatie – ruimte voor de verplichting tot heroverweging van definitieve besluiten, ondanks dat er geen beroep is ingesteld, indien zonder daartoe over te gaan een ongelijkwaardige behandeling van deelnemers aan de markt van de telecommunicatie plaatsvindt. Afgewacht moet worden of het Hof de Advocaat-Generaal in deze zaak volgt.

Een hiervan te onderscheiden situatie en daarmee te onderscheiden vraag is of van een particulier *nadat* de hoogste nationale bestuursrechter heeft uitgemaakt dat een besluit (of regelgeving waarop het besluit gebaseerd is) niet in strijd is met gemeenschapsrecht, gevergd mag worden steeds maar beroep in te stellen tegen (repeterende) besluiten teneinde een beroep te kunnen doen op het Kühne en Heitz-arrest?⁵⁸⁷ Volgens ons zou het redelijk zijn om deze vraag ontkennend te

585. CBB 22 september 2004, LJN AR3073.

586. NV onder CRvB 4 januari 2006, JB 2006/65.

587. Vergelijk Verheij 2005 en NV onder CBB 22 september 2004, JB 2004/382; Widdershoven & Ortlep 2004, p. 42-43; Jans & de Graaf 2004, p. 100-101.

beantwoorden. Het gaat ons in elk geval te ver om in deze omstandigheden van de burger te verwachten dat hij beroep blijft instellen, ook al heeft hij van de hoogste rechter ongelijk gekregen. Zou hij dat wel doen, dan zou hem zelfs het verwijt van misbruik van procesrecht kunnen worden gemaakt. Onze opvatting vloeit overigens niet voort uit Kühne & Heitz, omdat daarin als harde eis wordt gesteld dat betrokkene tot in hoogste instantie heeft doorgeprocedeerd. Doorslaggevend achten wij dit echter niet, omdat de onderhavige kwestie in Kühne & Heitz ook niet aan de orde was.

In een recente prejudiciële verwijzing in de zaak *Kempter* heeft een Duitse rechter de vraag opgeworpen of ten aanzien van een verzoek om terug te komen op een in rechte onaantastbaar geworden besluit op grond van Kühne & Heitz, ingevolge het EG-recht een absolute vervaltermijn geldt.⁵⁸⁸ De gedachte achter deze vraag is ongetwijfeld dat Kühne & Heitz onder omstandigheden kan leiden tot een groot aantal verzoeken om terug te komen op besluiten die al vele jaren geleden in rechte onaantastbaar zijn geworden. Dat kan bestuursorganen voor grote uitvoeringsproblemen stellen. Hoewel het gevaarlijk is om te speculeren over het toekomstige standpunt van het Hof, zouden we hierover toch enige opmerkingen willen maken.

Wij verwachten niet dat het Hof in de zaak *Kempter* op grond van het EG-recht een algemene vervaltermijn zal formuleren. Het is waarschijnlijker dat het Hof deze kwestie zal benaderen via de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Volgens ons is de nationale invoering van een vervaltermijn in beginsel niet in strijd met het effectiviteitsbeginsel.⁵⁸⁹ Deze termijn wordt immers gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid. Bij dit oordeel is van belang dat het Hof in de zaak Kühne & Heitz – met beroep op het rechtszekerheidsbeginsel – overweegt dat gemeenschapsrecht in beginsel *niet* vereist dat een bestuursorgaan moet kunnen terugkomen op een met het EG-recht strijdig definitief besluit. De heroverwegingsplicht van dit arrest vloeit uitsluitend voort uit het feit dat bestuursorganen naar Nederlands recht daartoe de bevoegdheid hebben. Gelet hierop lijkt het ons niet problematisch om deze bevoegdheid temporeel te reguleren. Nederland zou in de visie van het Hof de bevoegdheid zelfs geheel kunnen afschaffen.

Bij de eventuele invoering van een vervaltermijn moet wel het gelijkwaardigheidsbeginsel in acht worden genomen. Dit betekent dat deze termijn niet alleen kan worden ingevoerd in een aantal bijzondere wetten die speciaal voor het EG-recht van belang zijn. Dan zou immers sprake zijn van de verboden situatie dat op het EG-recht gebaseerde vorderingen ongunstiger worden behandeld dan nationale vorderingen. Daarom is de invoering van een vervaltermijn alleen mogelijk als deze ook van toepassing is in nationale zaken. Regulering in artikel 4:6 Awb ligt dan voor de hand.

588. Zaak C-02/06, *Kempter*.

589. Wellicht moet voor de invoering van zo'n vervaltermijn wel een overgangsregeling gelden. Vergelijk zaak C-255/00, *Grundig Italiana*, Jur. 2002, p. I-8003.

Of dit ook opportuun is, is een andere vraag. Bij de beantwoording daarvan speelt een belangrijke rol of men invoering van een vervaltermijn in alle nationale zaken wel wenselijk acht. Op sommige terreinen bestaan wellicht goede redenen om ook stokoude besluiten nog te kunnen heroverwegen. Bovendien is van belang hoe vaak Kühne & Heitz-achtige claims zich daadwerkelijk zullen voordoen. Doen deze zich maar sporadisch voor, dan is het middel (de algemene invoering van een vervaltermijn) wellicht erger dan de kwaal.

9.3.4 Conclusie

De jurisprudentie van het Hof van Justitie noopt niet tot aanpassing van artikel 4:6 Awb. In het geval voldaan is aan de vier genoemde criteria in de Kühne en Heitz-uitspraak, kan een arrest van het Hof als een veranderde omstandigheid in de zin van artikel 4:6 lid 1 Awb gelden. Een bestuursorgaan wordt dan op basis van zijn heroverwegingsbevoegdheid verplicht, ter effectuering van het gemeenschapsrecht, daarvan gebruik te maken; afhankelijk van de belangen van derden kan dit leiden tot het terug komen op een definitief besluit.⁵⁹⁰

9.4 HERZIENING VAN BESTUURSRECHTELIJKE UITSPRAKEN

9.4.1 Nationaal recht

Voorwaarde tot toepassing van de bevoegdheid om een bestuursrechtelijke uitspraak te herzien is blijkens artikel 8:88 lid 1 Awb dat er sprake moet zijn van nieuwe feiten en omstandigheden die a) hebben plaatsgevonden vóór de bestuursrechtelijke uitspraak, b) bij de indiener van het herzieningsverzoek niet bekend waren of redelijkerwijs niet bekend konden zijn en c) als zij wel eerder bekend waren geweest tot een andere bestuursrechtelijke uitspraak zouden hebben kunnen leiden.

Er is daarbij alleen sprake van een novum ex artikel 8:88 lid 1 Awb indien het een aangelegenheid van feitelijke aard betreft.⁵⁹¹ Dit maakt bijvoorbeeld dat een rechterlijke misslag⁵⁹², een onjuiste rechtsopvatting over het gemeenschapsrecht⁵⁹³ of het niet stellen van een prejudiciële vraag⁵⁹⁴ geen novum oplevert. Een rechterlijke uitspraak daterend van ná de bestuursrechtelijke uitspraak waarvan herziening wordt gevraagd, ketst af op de voorwaarde genoemd in artikel 8:88 lid 1 onder a Awb.⁵⁹⁵ Gaat het om een arrest van het Hof van Justitie, dan heeft het

590. Jans & de Graaf 2004, p. 100; Widdershoven & Ortlep 2004, p. 38; Kamerstukken II, 2004/05, 29279, nr. 28, p. 5-6, en p. 7.

591. PG AWB II, p. 515.

592. ABRvS 14 december 1995, ABkort 1996, 21; ABRvS 10 oktober 2002, ABkort 2002, 737; ABRvS 3 mei 2006, zaaknr. 200505725/1.

593. CRvB 19 november 1998, RAwb 1999, 118 m.nt. RW; ABRvS 23 januari 2002, zaaknr. 200104247/2 (ongepubliceerd); ABRvS 14 mei 2002, zaaknr. 200104247/3 (ongepubliceerd).

594. ABRvS 16 november 2005, AB 2006, 124, m.nt. R. Ortlep.

595. CRvB 9 december 2004, TAR 2005/36.

Kühne en Heitz-arrest, naar het oordeel van de Afdeling, hierin geen verandering gebracht.⁵⁹⁶

Dat een rechterlijke uitspraak geen grond oplevert om een in kracht van gewijsde gegane bestuursrechtelijke uitspraak te herzien, is gevestigde jurisprudentie. Bijvoorbeeld onder die van artikel 112 Ambtenarenwet 1929⁵⁹⁷ en artikel 84 Wet RvS.⁵⁹⁸ Verder is onder artikel 71 Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie te wijzen op de uitspraak van het CBB 27 juni 1979.⁵⁹⁹ In deze uitspraak meende de verzoekster tot herziening dat een arrest van het Hof van Justitie die enkele dagen vóór de in kracht van gewijsde bestuursrechtelijke uitspraak geweest was, aanleiding gaf om deze laatste uitspraak te herzien. Dit herzieningsverzoek werd afgewezen, daar het arrest van het Hof van Justitie betrekking had op een ander voorschrift en een andere rechtsvraag dan in de inmiddels in kracht van gewijsde bestuursrechtelijke uitspraak centraal stond.

De wetgever heeft tot slot ten aanzien van artikel 8:88 Awb opgemerkt dat in het geval een bestuursrechtelijke uitspraak niet kan worden herzien, dit nog niet betekent dat het voor een bestuursorgaan geen aanleiding kan vormen om al dan niet op verzoek van de belanghebbende terug te komen op een in rechte onaan- tastbaar geworden besluit. Bij twijfel tussen beide mogelijkheden heeft volgens de wetgever de laatste optie de voorkeur.⁶⁰⁰

9.4.2 Europees recht

Een arrest dat in dit verband allereerst genoemd wordt is *Eco Swiss*⁶⁰¹, waarin het Hof van Justitie – kort gezegd – heeft overwogen dat het gemeenschapsrecht een nationale rechter niet verplicht om nationale procedureregels die een rechterlijke uitspraak kracht van gewijsde verlenen, buiten toepassing te laten teneinde een schending van het gemeenschapsrecht te kunnen opheffen. Hierop voortbouwend heeft het Hof in het arrest *Köbler*,⁶⁰² waarin het Hof heeft uitgemaakt dat de aansprakelijkheid van een lidstaat voor schendingen van het gemeenschapsrecht ook geldt wanneer zo'n schending is veroorzaakt door een in laatste instantie oordelende nationale rechter, als volgt overwogen:

'In dit verband moet worden opgemerkt dat het belang van het beginsel van de eerbiediging van het gezag van gewijsde niet kan worden betwist (zie arrest *Eco Swiss*, reeds aangehaald, punt 46). Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkin-

596. ABRvS 27 oktober 2004, AB 2004, 427, m.nt. RW. Zie *Widdershoven en Ortlep* 2004, p. 44.

597. CRvB 18 oktober 1949, AB 1949, p. 806. Vergelijk ook CRvB 2 december 1947, AB 1948, p. 86; CRvB 15 september 1983, MAW 1981, B19, laatste bestuursrechtelijke uitspraak aangehaald door R.M. van Male onder CRvB 24 september 1987, TAR 1987, 257.

598. Vz. ARRvS 26 oktober 1984, AB 1985, 193.

599. CBB 27 juni 1979, SEW 1980, p. 732, m.nt. JHvK.

600. PG AWB II, p. 515.

601. Zaak C-126/97, *Eco Swiss*, Jur. p. I-3055

602. Zaak C-224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. I-10239; AB 2003, 429, m.nt. RW; JB 2004, 41, m.nt. MC; NJ 2004, 160, m.nt. MRM. Vergelijk ook *Steyger* 2004 en *Zaak C-173/03, Traghetti del Mediterraneo*, n.n.g.; JB 2006, 182, m.nt. NV.

gen, als een goede rechtspleging te garanderen, is het van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of na afloop van de voor deze beroepen voorziene termijnen, niet meer opnieuw in geding kunnen worden gebracht.'

Met het bovenstaande in het achterhoofd wijzen we op het arrest van het Hof van Justitie inzake Rosmarie Kapferer.⁶⁰³ De casus ligt in het kort als volgt. Mevrouw Kapferer heeft meerdere malen reclamematerialen van het Duitse postorderbedrijf Schlank & Schick ontvangen waarin aan haar steeds een prijs werd toegezegd. Op een bepaald moment ontvangt zij een brief waaruit blijkt dat zij inderdaad een prijs heeft gewonnen. De uitkering van het prijzengeld blijft echter uit. Ze stapt naar het Bezirksgericht Hall in Tirol en vordert de uitbetaling van de prijs. Bij het Bezirksgericht werpt het postorderbedrijf een exceptie van onbevoegdheid op. Deze exceptie wordt door het Bezirksgericht verworpen en het gerecht acht zich bevoegd. Ten gronde wordt de vordering van mevrouw Kapferer afgewezen. Tegen deze rechterlijke uitspraak gaat zij in hoger beroep bij het Landesgericht Innsbruck. Het postorderbedrijf daarentegen niet; het bedrijf acht het oordeel van het Bezirksgericht aangaande diens bevoegdheid niet bezwarend, daar het bedrijf ten gronde in het gelijk is gesteld. In hoger beroep twijfelt het Landesgericht of het Bezirksgericht, gelet op communautaire (materiële) regelgeving, wel bevoegd was om van het geschil kennis te nemen. Het Landesgericht schorst de zaak en stelt onder meer de volgende prejudiciële vraag:

'Moet het artikel 10 EG vervatte samenwerkingsbeginsel aldus worden uitgelegd dat ook een nationale rechter onder de in het arrest van het Hof in de zaak Kühne & Heitz geformuleerde voorwaarden gehouden is, een rechterlijke beslissing die kracht van gewijsde heeft gekregen, te onderzoeken en te vernietigen wanneer blijkt dat zij in strijd is met het gemeenschapsrecht? Moet voor het onderzoek en de vernietiging van rechterlijke beslissingen aan nadere voorwaarden worden voldaan vergeleken met de in geval van bestuursbesluiten te vervullen voorwaarden?'

In het arrest van 16 maart 2006 ter beantwoording van deze prejudiciële vraag herhaalt en onderschrijft het Hof van Justitie de hierboven weergegeven rechts-overweging uit de arresten Eco Swiss en Köbler. Daarnaast overweegt het Hof dat door geen van de partijen in het hoofdgeding gesteld is dat de grenzen van de procedure autonomie, ofwel eerbiediging van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel, door de lidstaat geschonden zijn. Verder overweegt het Hof van Justitie dat het Kühne en Heitz-arrest op deze casus niet van toepassing is, aangezien niet voldaan is aan de in dat arrest genoemde voorwaarde dat er naar nationaal recht een bevoegdheid bestaat. Uit de in casu van toepassing zijnde nationale regelgeving (Zivilprozessordnung) volgt namelijk niet dat er een *zelfstandige* bevoegdheid bestaat (dus zonder verzoek van partijen) om een in

603. Zaak C-234/04, Rosmarie Kapferer, n.n.g.; AB 2006, 191, m.nt. RW; JB 2006, 89, m.nt. NV; NTER 2006-5/6, p. 138-140, m.nt. R. Ortlep; SEW 2006, p. 251-254, m.nt. H.J. van Harten.

kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak te herzien.⁶⁰⁴ Het prejudiciële antwoord is dan ook:

‘(...) het uit artikel 10 EG voortvloeiende samenwerkingsbeginsel een nationale rechter niet gebiedt, nationale procedureregels buiten toepassing te laten teneinde een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing te onderzoeken en te vernietigen wanneer deze in strijd met het gemeenschapsrecht blijkt te zijn.’

9.4.3 Conclusie

Uit het voorafgaande volgt dat artikel 8:88 Awb geen bevoegdheid geeft om een in kracht van gewijsde gegane bestuursrechtelijke uitspraak te herzien wegens een arrest van het Hof van Justitie. Nu er dus geen bevoegdheid bestaat, kan deze ook niet ‘omgetoverd’ worden tot een communautaire plicht (geen bevoegdheid = geen verplichting). Het op dit punt restrictieve kader van artikel 8:88 Awb wordt door het Hof van Justitie geëerbiedigd, aangezien het Hof heeft uitgemaakt dat het gemeenschapsrecht een lidstaat niet de verplichting oplegt om dit buiten toepassing te laten teneinde een schending van het gemeenschapsrecht te kunnen redresseren.

Artikel 8:88 Awb behoeft blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie dan ook geen aanpassing. Aanpassing is ook overbodig aangezien middels de bestuurlijke heroverwegingsplicht, volgens het stramien van artikel 4:6 Awb hetzelfde kan worden bereikt en daarbij op een genuanceerde wijze rekening kan worden gehouden met de belangen van derden. Voor een particulier is de procedure van bestuurlijke heroverweging in het algemeen ook minder belastend dan een herzieningsprocedure bij de bestuursrechter.⁶⁰⁵

604. Dit volgt duidelijk(er) uit de conclusie van A-G Tizzano voor dit arrest.

605. Widdershoven & Ortlep 2005 p. 44-45 en de brief van de Minister van Justitie van 12 augustus 2005, vergelijk Kamerstukken II, 2004/05, 29 279, nr. 28, p. 6-7.

10 Conclusies en slotbeschouwingen

10.1 INLEIDING

In dit slothoofdstuk vinden drie exercities plaats. In paragraaf 10.2 worden de belangrijkste bevindingen van het onderzoek op geïntegreerde wijze weergegeven. Daarbij wordt eerst aangegeven hoe de Awb zich verhoudt tot de algemene Europese eisen (par. 10.2.1). Vervolgens komt de verhouding tussen de Awb en de specifieke voorschriften omtrent algemeen bestuursrecht in secundaire Europese regelingen aan de orde (par. 10.2.2). Beide paragrafen kunnen worden beschouwd als een *samenvatting* van het rapport. Ten slotte worden de spanningen tussen de Awb en de Europese eisen op een rij gezet, waarbij wordt aangegeven of de oplossing ervan urgent is. In dit kader wordt apart aandacht besteed aan de Dienstenrichtlijn (par. 10.2.3). Paragraaf 10.2.3 bevat de *aanbevelingen* van het onderzoek aan de wetgever.

In paragraaf 10.3 wordt de verhouding tussen de twee algemene uitgangspunten van de Awb – het concept van de wederkerige rechtsbetrekking en het primaat van de rechtsbescherming – en het Europese recht aan de orde gesteld. Daarbij is de vraag in hoeverre er spanning bestaat tussen deze uitgangspunten en het Europese recht.

In paragraaf 10.4 worden drie aan Europa gerelateerde thema's besproken, die wellicht de toekomstige agenda van de Awb zullen bepalen: (a) de groei van het 'echte' Europese bestuursrecht; (b) de economisering van het algemeen bestuursrecht; (c) transnationale ontwikkelingen.

10.2 BEVINDINGEN

In het onderzoek is onderscheid gemaakt tussen de algemene eisen die Europa – door middel van vooral de rechtspraak van het Hof van Justitie – stelt aan het algemene bestuursrecht van de Awb, en de specifieke eisen ten aanzien van onderwerpen van algemeen bestuursrecht die worden voorgeschreven in secundaire Europese regelgeving. De specifieke eisen gelden alleen voor het terrein dat door desbetreffende Europese regeling wordt bestreken.

10.2.1 De Awb en de algemene Europese eisen

De algemene Europese eisen vloeien vooral voort uit de beginselen van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming, alsmede uit sommige algemene Europese rechtsbeginselen (hoofdstuk 3). De belangrijkste bevinding van het onderzoek is dat zich tussen deze algemene eisen en de Awb weinig wezenlijke spanningen voordoen, althans geen spanningen die per se tot een ingrijpende wijziging van de betrokken Awb-bepalingen zouden nopen (zie ech-

ter hierna par. 10.2.3). Deze bevinding geldt voor de Awb-kernbegrippen, de in afdeling 3.2 Awb gecodificeerde beginselen, de handhaving, de toegang tot de rechter, de omvang van geding in ruime zin, de procesvoering bij de rechter, de aansprakelijkheid en de onaantastbaarheid van definitieve besluiten en rechterlijke uitspraken. Wel moet worden benadrukt dat het soms noodzakelijk is om, ter voorkoming van spanningen, begrippen en regels van de Awb conform de algemene Europese eisen uit te leggen. Deze bieden daartoe in beginsel voldoende ruimte. Ter adstructie van deze algemene bevinding kan het volgende worden opgemerkt:

- *Kernbegrippen*: het bestuursorgaanbegrip van artikel 1:1 Awb wijkt weliswaar af van het overheidsbegrip dat in het Europese recht (vooral het mededingingsrecht) wordt gehanteerd, dit levert echter geen spanningen op omdat het Europese overheidsbegrip een andere doelstelling heeft dan het bestuursorgaanbegrip (par. 4.2). Het besluitbegrip van artikel 1:3 Awb wordt in beperkte mate door het Europese recht 'geraakt' omdat het nationaalrechtelijk bepalend is voor de toegang tot de bestuursrechter en het Europese recht aan die toegang eisen stelt. Doorgaans levert dit geen enkele spanning op. Voor zover er in specifieke situatie problemen zouden kunnen ontstaan, is het besluitbegrip voldoende flexibel om in een effectieve rechterlijke toegang te voorzien (par 4.3). Het belanghebbendebegrip biedt in algemene zin voldoende ruimte om toegang tot de rechter te bieden aan hen die deze toegang ingevolge het Europese recht moeten hebben. Soms, met name op het milieuterrein, kan het wel noodzakelijk zijn om het begrip tamelijk ruim te interpreteren. De eventuele invoering van een Schutznorm als vereiste voor toegang tot de rechter is EG-rechtelijk toelaatbaar, mits het daarin gehanteerde begrip (subjectieve) rechten conform het EG-recht ruim wordt geïnterpreteerd (par. 4.4).
- *Bestuurlijke besluitvorming*: tussen het formele zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en het Europese recht doen zich geen spanningen voor. Het beginsel biedt door zijn open formulering juist ruimte om rekening te houden met niet-nationale aspecten van een zorgvuldige feitenvergaring (par. 5.2). Tussen het nationale evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb en zijn Europese equivalent bestaan in de toepassingspraktijk kleine verschillen, deze hebben echter niet te maken met de wijze waarop het beginsel in de Awb is geformuleerd (par. 5.3).
- *Handhaving*: tussen de algemene effectiviteits- en behoorlijkheidseisen die het Europese recht stelt aan de handhaving (nalevingstoezicht en sanctionering) van het EG-recht in de lidstaten stelt, en de Awb doen zich geen spanningen voor (par. 6.3.3). Dat komt omdat deze eisen ten dele zijn gericht tot de bijzondere wetgever en voor een ander deel de toepassing van handhavingsbevoegdheden betreffen (en niet de regeling in de Awb).
- *Procedure bij de bestuursrechter*: de rechtsmiddelen tegen het niet tijdig beslissen, zoals die binnenkort zullen worden aangevuld door het wetsvoorstel

‘Dwangsom bij niet tijdig beslissen’, voldoen aan het Europese vereiste van effectieve rechtsbescherming (par. 7.2). De beperking van de omvang van geding op grond van artikel 8:69 Awb – en het daaruit voortvloeiende verbod om EG-recht ambtshalve te toetsen – is EG-rechtelijk waarschijnlijk toelaatbaar, omdat deze beperking kan worden gerechtvaardigd door diverse beginselen van procesrecht. Hetzelfde geldt voor de toepassing van de onderdelenfuiik van artikel 6:13 Awb in EG-rechtelijke zaken. Wel zullen beide beperkingen niet te strikt mogen worden toegepast. Voorts dient rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat het Hof bepaalde fundamentele bepalingen van EG-recht zou kunnen aanmerken als EG-rechtelijk van openbare orde. Alsdan dient het Nederlandse openbareordebegrip EG-rechtconform te worden uitgelegd (par. 7.3). De Europese regels over de prejudiciële procedure leveren op zich geen spanningen op met de Awb (par. 7.4). Hetzelfde geldt voor de meeste eisen die het Hof stelt aan de voorlopigevoorzieningprocedure (par. 7.5).

- *Aansprakelijkheid*: tussen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht voor bestuurlijk en wetgevend onrechtmatig handelen en het Europese recht bestaan geen wezenlijke spanningen. Wel dient de burgerlijke rechter bij schendingen van EG-recht door een hoogste rechter de Europese Köbler-norm toe te passen. De forfaitaire vergoeding van proceskosten kan in EG-rechtelijke zaken waarschijnlijk door de beugel. Hetzelfde geldt voor het Nederlandse recht inzake aansprakelijkheid voor rechtmatig overheidshandelen, mits en voor zover de compensatie althans is gebaseerd op een rechtsplicht (par. 8.3.4).
- *Definitieve besluit en rechterlijke uitspraken*: de uniforme bezwaar- en beroepstermijn van artikel 6:7 Awb kan in beginsel ook worden toegepast in EG-rechtelijke zaken. Voor zover het EG-recht in een concrete zaak doorbreking hiervan voorschrijft, biedt artikel 6:11 Awb voldoende mogelijkheden (par. 9.2.5). Artikel 4:6 Awb biedt bestuursorganen voldoende ruimte om, wanneer het EG-recht dat eist, over te gaan tot heroverweging van in rechte onaantastbaar (definitief) geworden besluiten (par. 9.3.4). Het EG-recht eist niet dat definitieve rechterlijke uitspraken worden herzien als zij in strijd blijken te zijn met het EG-recht. De herzieningsgronden van artikel 8:88 Awb behoeven derhalve niet te worden verruimd (par. 9.4.3).

Deze bevindingen kunnen voor een deel zonder meer worden gebaseerd op de rechtspraak van het Hof. Voor een ander deel zijn het beargumenteerde stellingenamen van de onderzoekers op basis van de algemene eisen die het Hof aan het nationale procesrecht stelt. Daarbij past wel de opmerking dat de rechtspraak van het Hof inzake vooral het doeltreffendheidsbeginsel nogal casuïstisch en onvoorspelbaar is. Met name komt het voor dat het Hof niet volstaat met de toetsing van een procesrechtelijke regeling in abstracto, maar ook nog de toepassing ervan in concreto in zijn beoordeling betreft. Dit kan leiden tot het oordeel dat een regeling in abstracto weliswaar door de EG-rechtelijke beugel kan, maar dat de toepas-

sing 'in de context van de omstandigheden van het geval' toch in strijd wordt geacht met het EG-recht. In die zin kan het Europese recht toch nog onverwachte gevolgen hebben (par. 3.3).

10.2.2 De Awb en specifieke Europese eisen

Steeds vaker worden onderwerpen van algemeen bestuursrecht specifiek geregeld in secundaire Europese regelgeving. In het onderzoek zijn diverse Europese regelingen nader geanalyseerd. Zie paragraaf 1.4 voor de inhoud hiervan. Uit het onderzoek blijkt dat de specifieke regels nogal eens afwijken van die van de Awb. Deze afwijkingen hebben betrekking op vrijwel alle onderwerpen die in dit rapport zijn besproken; zij komen met name veel voor bij de bestuurlijke besluitvorming (par. 5.6) en de handhaving (par. 6.3).

Voor zover afwijkende regels van het algemene bestuursrecht worden voorgeschreven in verordeningen is het doorgaans 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 heeft het onze voorkeur 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. Ter adstructie kan worden verwezen naar hetgeen wij hebben opgemerkt over de wijze waarop de communautaire douaneregeling thans wordt verwerkt in het voorstel tot Algehele herziening van de douanewetgeving (par. 2.4). De in dit wetsvoorstel gekozen benadering verdient ons inziens navolging.

Soms is het voor de uitvoering van een verordening wel noodzakelijk dat in de nationale wetgeving voorzieningen worden getroffen, namelijk als een verordening voorschrijft of impliceert dat het nationale recht een bevoegdheid toekent. Dit is in de eerste plaats het geval bij de door Verordening nr. 659/1999 voorgeschreven rentevordering in geval van met het EG-recht strijdige staatssteun. De bevoegdheid daartoe dient in de Awb te worden opgenomen (par. 6.2.3). In de tweede plaats ziet men dit bij de in Verordening nr. 2185/96 geïmpliceerde bevoegdheid van Commissie-ambtenaren om binnen Nederland zelfstandig toezicht te kunnen uitoefenen. Hetzelfde, maar dan voor buitenlandse toezichthouders, dient mogelijk te zijn op grond van de financiëletoezichtsrichtlijnen. De toepassing van deze bevoegdheid kan in de Awb worden opgenomen (par. 6.3.4.2, onder b).

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 echter, vanwege de

inhoud van de voorgeschreven voorzieningen of de ruime reikwijdte van de richtlijn, aangewezen om de daarin voorgeschreven regels van algemeen bestuursrecht om te zetten in de Awb. In par. 10.2.3 wordt in dit verband nader ingegaan op de Dienstenrichtlijn.

10.2.3 *Spanningen tussen de Awb en de Europese eisen*

Dat zich weinig wezenlijke spanningen voordoen tussen de Awb en de Europese eisen wil niet zeggen dat deze er in het geheel niet zijn en evenmin dat de Awb op sommige punten niet beter zou kunnen worden toegesneden op het Europese recht. Hierna worden eerst de echte strijdigheden tussen de Awb en de Europese eisen in kaart gebracht. Vervolgens worden onderwerpen genoemd waarbij de Awb beter kan worden toegesneden op het Europese recht.

Echte strijdigheden

Echte strijdigheden tussen de Awb en de Europese eisen doen zich voor met betrekking tot 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 (par. 6.2.3):

- 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, bijvoorbeeld in het telecommunicatierecht, behoefte (par. 5.6.1).
- 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 grond 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, zijn, gelet op de toelichting, niet bedoeld voor het op 'nul' vaststellen van een subsidie of het intrekken van een verlenings- of vaststellingsbeschikking als dat op grond van het EG-recht noodzakelijk is. Hoewel EG-rechtconforme uitlegging van de bepalingen mogelijk lijkt, heeft het om redenen van rechtszekerheid de voorkeur dat deze gronden worden verruimd.
- 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.

Andere spanningen

Bij diverse onderwerpen doen zich in de praktijk vooralsnog geen echte strijdigheden voor, maar zou wijziging van de Awb (op termijn) toch kunnen worden overwogen teneinde de Awb beter toe te snijden op de Europese eisen. De voorgestelde wijzigingen zijn niet urgent.

- 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, waarbij het via artikel 3:1 Awb van overeenkomstige toepassing kan worden verklaard op bezwarende handelingen die geen besluit zijn. De procedurele waarborgen voor de uitoefening van dit recht kunnen voor ‘bezwarende’ beschikkingen een plaats krijgen in afdeling 4.1.2. Verder zou de Hilti-uitbreiding van het *legal privilege* kunnen worden opgenomen in artikel 5:17 Awb (par. 5.4.4).
- Transparantiebeginsel: om de samenhang tussen de diverse aspecten van het beginsel te ‘articuleren’, zou het 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.
- Het begrip ‘toezicht’: vanuit Europese optiek en om begripsverwarring te vermijden verdient het aanbeveling om begrip ‘toezicht’ in afdeling 5.2 Awb te vervangen door het meer Europese begrip ‘controle’ (par. 6.3.4.1).
- Buitenlandse toezichthouders: in artikel 5:11 Awb dient, bijvoorbeeld aan de Minister van Justitie, de bevoegdheid te worden verleend om buitenlandse en Commissie-ambtenaren te kunnen aanwijzen als toezichthouder in de zin van de Awb. Aldus kunnen zij, voor zover het EG-recht dat eist, zelfstandig toezichtsbevoegdheden uitoefenen binnen Nederland (par. 6.3.4.2, onder b).
- 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 (par. 6.3.4.2, onder b).
- 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 (par 7.4.3).
- Voorlopigevoorzieningprocedure: 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 Commissie ter zitting uit te nodigen (par. 7.5.3).

Dienstenrichtlijn

De onlangs totstandgekomen Dienstenrichtlijn verdient speciale aandacht. Eerst en vooral, omdat deze richtlijn (ten dele) de basis biedt voor twee hiervoor vermelde aanbevelingen, namelijk om het transparantiebeginsel in de Awb op te nemen, en om in artikel 5:11 Awb de mogelijkheid te creëren dat een Nederlandse toezichthou-

der toezicht houdt op de naleving van buitenlandse wetgeving. Daarnaast bevat de richtlijn, die over drie jaar moet zijn omgezet, diverse van de Awb afwijkende voorschriften. Relevant zijn vooral: de eis dat dienstverrichters alle procedures en formaliteiten die nodig zijn voor de toegang tot zijn dienstactiviteiten en alle vergunningen voor de uitoefening van deze activiteiten moeten kunnen afwickelen bij centrale contactpunten ('éénloketten', art. 6); de eis dat alle procedures en formaliteiten met betrekking tot de toegang en de uitoefening van een dienstactiviteit elektronisch moeten kunnen worden afgewikkeld (art. 8); de eis dat overschrijding van beslistermijnen bij vergunningen in de regel moet leiden tot een fictieve positieve beschikking (art. 13, derde lid). Zie paragraaf 5.6.3 en 7.2.

Dat Nederland heel veel vergunningprocedures en formaliteiten kent inzake de toegang en uitoefening van dienstactiviteiten, staat niet vast. Voor zover dat nog niet is gebeurd, zou als eerste stap in het omzettingsproces precies moeten worden geïnventariseerd voor welke Nederlandse procedures en formaliteiten de richtlijn relevant is. Wij sluiten niet uit dat uit die inventarisatie blijkt dat het aantal vergunningprocedures en formaliteiten in Nederland toch tamelijk groot is. Daarbij is van belang dat deze niet alleen worden voorgeschreven in centrale regelgeving, maar ook in decentrale regelgeving en in de regels van zelfstandige bestuursorganen.

Vanwege de (potentieel) ruime reikwijdte en gegeven het feit dat de regels afkomstig kunnen zijn van verschillende overheden, lijkt het ons niet waarschijnlijk dat de Dienstenrichtlijn kan worden omgezet in een aparte (centrale) 'dienstenwet', waarin alle afwijkingen van de Awb zouden kunnen worden geregeld. Wil men de naleving van deze afwijkingen over de hele linie garanderen, dan ligt omzetting in de Awb daarom tenminste deels voor de hand. Meer specifiek kan over de hiervoor genoemde eisen het volgende worden opgemerkt:

- Eénloketten: deze eis heeft niet alleen betrekking op vergunningen, maar ook op andere formaliteiten en procedures voor de toegang tot de dienstactiviteit. Vanwege deze ruime reikwijdte en omdat de eis niet kan worden gerealiseerd in afzonderlijke wetten ligt regeling in de Awb voor de hand.
- Elektronisch verkeer: de in de richtlijn opgenomen verplichting om elektronisch verkeer toe te staan, gaat verder dan artikel 2:15 lid 1 Awb. Wijziging van laatstgenoemde bepaling ligt voor de hand. Problematisch lijkt dat niet nu – naar onze verwachting – elektronisch verkeer ook buiten het dienstenterreinen over drie jaar de gebruikelijke wijze van communiceren zal zijn.
- Fictieve positieve beschikking: de omzetting van deze verplichting is wellicht het meest problematisch. Ervan uitgaande dat de richtlijn betrekking heeft op een tamelijk groot aantal vergunningen ligt regeling in de Awb voor de hand. Daarbij zou men de fictieve positieve beschikking als 'sanctie' op het niet tijdig beslissen als alternatief naast artikel 6:2, onder b, Awb, kunnen opnemen. Dit alternatief kan vervolgens in een bijlage van toepassing worden verklaard op de vergunningen die vallen binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Deze optie heeft als nadeel dat zij niet garandeert dat deze sanctie ook in autonome decentrale regelingen wordt opgenomen. Denkbaar is ook om de fictieve positieve beschikking als algemene 'sanctie' op het niet tijdig beslissen

in de Awb op te nemen, waarvan bij wettelijk voorschrift kan worden afgeweken. In de bijzondere wetgeving moet dan worden aangegeven wanneer het systeem van artikel 6:2, onder b, Awb van toepassing blijft. Deze optie heeft als bezwaar dat Nederland als gevolg van een richtlijn die weliswaar betrekking heeft op tamelijk veel vergunningen, maar bij benadering niet op alle besluiten, gedwongen wordt zijn rechtsbeschermingssysteem tegen het niet tijdig beslissen om te draaien. Niettemin komt deze optie, naarmate het aantal (ook decentrale) dienstenvergunningen in Nederland groter blijkt te zijn, meer in zicht.

10.3 SPANNINGEN TUSSEN DE ALGEMENE UITGANGSPUNTEN VAN DE AWB EN EUROPEES RECHT

De Awb wijkt op twee samenhangende punten conceptueel af van het bestuursrecht van vóór 1994. In de eerste plaats wordt de verhouding tussen bestuur en burger onder de Awb bepaald door het concept van de wederkerige rechtsbetrekking. In de tweede plaats – en samenhangend met dit concept – is onder de Awb het verlenen van rechtsbescherming de primaire functie van het procesrecht. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de vraag in hoeverre deze concepten op gespannen voet staan met het Europese recht.⁶⁰⁶

Onder de Awb wordt de verhouding tussen bestuur en burger gezien als een *wederkerige rechtsbetrekking*, waarbinnen beiden rekening moeten houden met elkaars positie en belangen. Deze benadering wijkt conceptueel af van de benadering van voor 1994, omdat daarin juist centraal stond dat het bestuur eenzijdig rechten en plichten kon toekennen, respectievelijk opleggen aan de burger. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Eerste tranche Awb heeft deze conceptuele wijziging alles te maken met de ontwikkeling van de beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁰⁷ Daardoor staat het bestuur niet meer boven de burger, maar moet het bij zijn besluitvorming rekening moeten houden met de belangen en zienswijzen. Om deze conceptuele wijziging tot uiting te laten komen, zijn de beginselen van behoorlijk bestuur in de Awb geconcretiseerd als verplichtingen van het bestuur. Deze verplichtingen zijn om redenen van doelmatigheid wel soms beperkt. Zo wordt geen algemene verplichting tot het horen van de burger bij de voorbereiding van beschikkingen voorgeschreven. Voor de burger betekent het concept van de wederkerige rechtsbetrekking dat hij in zijn relatie met de overheid ook plichten heeft, onder meer om zijn belangen en inzichten op een (voorgeschreven) geschikte wijze naar voren te brengen.

Tussen de keuze voor de wederkerige rechtsbetrekking en het Europese recht bestaan geen noemenswaardige spanningen. Zoals is gebleken in hoofdstuk 5 kent het EG-recht diverse algemene rechtsbeginselen, die op hoofdlijnen vergelijkbaar zijn met de Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur. Ook het

606. Zulks mede naar aanleiding van de stelling van Jans 2005, dat er sprake is van spanning tussen het Europese recht en het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie.

607. Kamerstukken II 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 11-13.

Europese recht gaat er derhalve van uit dat het bestuur bij zijn besluitvorming rekening moet houden met de belangen en zienswijzen van de burger. Daarbij gaat het Europese verdedigingsbeginsel voor ‘bezwarend’ bestuurlijk handelen wellicht wat verder dan de regeling in de Awb; in de praktijk bestaat tussen beide waarschijnlijk geen wezenlijk verschil (par. 5.4). Dat – zoals uit het concept van de wederkerige rechtsbetrekking voortvloeit – de burger in zijn relatie met het bestuur ook verplichtingen heeft, is in het Europese recht evenmin onbekend. In dit verband kan worden gewezen op de verplichtingen die op een landbouwer rusten om in aanmerking te komen voor een Europese subsidie (par. 5.6.3), alsmede op stringente eisen waaraan een burger moet voldoen om in EG-rechtelijke zaken (steunverlening, landbouwsubsidies) een succesvol beroep te kunnen doen op het vertrouwensbeginsel. Wat betreft de verplichtingen voor de burger ten opzichte van het bestuur kan de Awb nog het nodige ‘leren’ van het Europese recht.

De Awb heeft gekozen voor *rechtsbescherming* als primaire functie van het procesrecht. De controlefunctie is daarmee op het tweede plan gekomen. In de Awb komt deze keuze met name tot uitdrukking in de beperking van de omvang van geding op grond van artikel 8:69 Awb en de daardoor beperkte rechterlijke bevoegdheid om ambtshalve aan het (EG-)recht te kunnen toetsen. Deze beperking is in paragraaf 7.3.1 in kaart gebracht. Verder wordt de mogelijke introductie van een Schutznorm- of relativiteitseis als vereiste voor toegang tot de rechter (of als voorwaarde voor de inroepbaarheid van wettelijke voorschriften) met een beroep op deze keuze beargumenteerd.⁶⁰⁸ Zie paragraaf 4.4.3. De vraag is hoe deze keuze zich verhoudt tot het Europese recht.⁶⁰⁹

Volgens de rechtspraak van het Hof heeft de nationale rechter in EG-rechtelijke zaken een tweeledige functie: hij is zowel belast met het verlenen van rechtsbescherming als met de controle op de naleving van het EG-recht door de overheid. Beide functies liggen in elkaars verlengde en staan in dienst van elkaar. Door te verzekeren dat de burger in EG-rechtelijke zaken effectieve rechtsbescherming geniet, krijgt de door de burger benaderde rechter de mogelijkheid om de naleving van het EG-recht in de lidstaat te controleren. Eventuele spanningen tussen beide functies lost het Hof niet op door het maken van een principiële keuze voor een van beide. De oplossing wordt gevonden in de toetsing van het nationale procesrecht aan de beginselen van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming. Toepassing van deze beginselen op een mogelijk te introduceren Schutznormvereiste leidt tot de conclusie dat dit vereiste EG-rechtelijk op zich toelaatbaar is, maar dat de Schutznorm in EG-rechtelijke zaken veelal niet al te strikt mag worden toegepast (par. 4.4.4). Met het oog op de controlefunctie neemt het Hof namelijk nogal snel aan dat EG-bepalingen subjectieve rechten toekennen, die voor de nationale rechter moeten kunnen worden afgedwongen.⁶¹⁰ De beperking van de omvang van geding onder artikel 8:69 Awb – en het

608. Vergelijk Verheij 2006.

609. Dit deel van de paragraaf is een samenvatting van Widdershoven 2006.

610. In het Duitse recht spreekt men in dit verband van ‘functionele subjectivering’. Vergelijk Dingemans & Widdershoven 2005, p. 333-334.

gevolg hiervan dat de Nederlandse rechter niet ambtshalve toetst aan EG-recht – kan de toets aan de hiervoor genoemde beginselen in algemene zin waarschijnlijk doorstaan. Wel zou een zeer strikte toepassing van artikel 8:69 Awb of een toepassing om uitsluitend principieel-dogmatische redenen in een concreet geval EG-rechtelijk problematisch kunnen zijn. Bovendien moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat het Hof sommige fundamentele bepalingen van EG-recht kan aanmerken als EG-rechtelijk van openbare orde (par. 7.3.3).

De conclusie uit het voorgaande is, dat de keuze voor de rechtsbeschermingsfunctie niet zonder meer in strijd is met het EG-recht, maar dat het EG-recht wel grenzen stelt aan de mate waarin deze functie wordt doorgevoerd. Deze grenzen vloeien voort uit het feit dat in het EG-recht de controlefunctie gelijkwaardig is aan de rechtsbeschermingsfunctie. Daarom biedt het EG-recht de mogelijkheid om de harde kanten van de laatstgenoemde functie te ‘bestrijden’.

10.4 DE TOEKOMSTIGE EUROPESE AGENDA VAN DE AWB

In het voorgaande is aangegeven hoe de Awb zich thans verhoudt tot het Europese recht. Het Europese recht staat echter niet stil. In deze laatste paragraaf wordt kort aandacht besteed aan drie Europese ontwikkelingen die de agenda van de Awb in de toekomst zouden kunnen bepalen.

- a *De groei van het ‘echte’ Europese bestuursrecht:* in het onderzoek is duidelijk geworden dat onderwerpen van algemeen bestuursrecht steeds vaker specifiek worden geregeld in secundaire Europese regelgeving. Deze Europese regelingen wijken nogal eens af van de regeling in de Awb. Worden de afwijkingen voorgeschreven in een verordening, dan leidt dit ertoe dat de Awb voor het desbetreffende terrein in zoverre irrelevant wordt. Afwijkende regelingen in richtlijnen kunnen, als de richtlijn een ruime reikwijdte heeft (zoals de Dienstenrichtlijn), zelfs nopen tot wijziging van de Awb. De wijze waarop onderwerpen van algemeen bestuursrecht in specifieke Europese regelingen worden geregeld, loopt nogal uiteen. Dat is deels verklaarbaar door de behoeften van het specifieke terrein. Zo is het begrijpelijk dat voor Europese landbouwsubsidies – waarbij duizenden aanvragen in zeer korte tijd moeten worden beoordeeld – een veel striktere aanvraagprocedure geldt dan in het communautaire douanerecht (par. 5.6). Andere verschillen hebben echter geen praktische of principiële achtergrond, maar lijken vooral te kunnen worden verklaard doordat op Europees niveau elke regelgevende dienst – in Nederlandse termen – een eigen ‘wetsfamilie’ vormt. Als men een aspect van algemeen bestuursrecht in een Europese regeling wil opnemen, lijkt men geen kennis te nemen van de wijze waarop dit aspect elders in het Europese recht is geregeld, maar ontwerpt men zelf iets nieuws. Het streven naar algemene regels van bestuursrecht, dat in Nederland grondwettelijk is verankerd, speelt op Europees niveau geen grote rol.

Voor Nederland betekenen deze observaties eerst en vooral dat de toekomstige Europese agenda van de Awb ten dele ook moet bestaan uit het vroegtijdig beïnvloeden van Europese regelingen voor zover deze betrekking hebben op

het algemene deel van het bestuursrecht. Aldus kunnen nodeloze afwijkingen van de Awb zoveel mogelijk worden voorkomen. Van deze beïnvloeding moet men overigens niet te veel verwachten, omdat het harmonisatiestreven moet concurreren met veel andere belangen. Gelet daarop zou daarnaast kunnen worden gepoogd om het streven naar algemene regels van bestuursrecht in algemene zin op de Europese agenda te krijgen. Daarbij denken wij niet zozeer aan het opstellen van een Europese Awb, die bindend is voor de lidstaten. Daarvoor ontbreekt in het EG-Verdrag een grondslag. Wel zouden algemene regels van bestuursrecht kunnen worden opgenomen in niet-bindende Aanwijzingen voor de Europese wetgever.

- b *Economisering van het algemeen bestuursrecht*: onder invloed van Europa is het laatste decennium de visie op de rol van de overheid en de waardering van de instrumenten tot ordening en sturing veranderd.⁶¹¹ De klassieke visie, waarin de overheid door middel van *command and control*-instrumenten de gewenste maatschappelijke verhoudingen afdwingt, is daarbij ten dele vervangen door een visie waarin de economische wetten van de markt als ordeningsprincipe gelden. Omdat de markt de overheid nodig heeft om te functioneren, heeft deze ontwikkeling reeds geleid tot het ontstaan van diverse marktautoriteiten. Deze functioneren inmiddels binnen het kader van de Awb, ook al is op onderdelen soms een aanpassing nodig geweest (par. 4.3.2 en 4.4.1). Een volgende stap in deze ontwikkeling dient zich inmiddels aan. Zoals bij de bespreking van het transparantiebeginsel is aangegeven (par. 5.5), wordt onder invloed van het Europese recht voor steeds meer vergunningen 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.⁶¹² Daarbij worden diverse verdelingssystemen gehanteerd, zoals de vergelijkende toets, de veiling en de aanbesteding. Deze systemen vergen op onderdelen andere regels dan thans in de Awb staan. Voor de toekenning vloeien deze voort uit het transparantiebeginsel, waarvan de toepassing in de Dienstenrichtlijn bij de verlening van diverse vergunningen dwingend wordt voorgeschreven. Verder kunnen deze systemen nopen tot wijzigingen in de rechtsbescherming. Daarbij is van belang dat bij sommige verdelingssystemen (aanbestedingen, veilingen) in de procedure die uiteindelijk leidt tot een definitief verdelingsbesluit, diverse beslissingen worden genomen, die voor een of meer belanghebbenden beslissend zijn voor hun succes. Deze beslissingen dienen door de belanghebbende te kunnen worden aangevochten voor de bestuursrechter en wel – omdat de procedure niet te lang stil mag liggen – binnen zeer korte termijn. Dit betekent dat de desbetreffende beslissingen in elk geval moeten worden aangemerkt als appellabele Awb-besluiten en dat het bevoegde rechterlijke college daarover een eindoordeel moet kunnen uitspreken direct nadat het beroep is binnengekomen. Voor het volgen van de bezwa-

611. Zie uitvoeriger over deze ontwikkelingen, Van der Meulen 2003, p. 22-30.

612. Van Ommeren 2004.

renprocedure is sowieso geen tijd. Hoewel het Awb-stelsel van rechtsbescherming redelijk flexibel kan worden toegepast, sluiten wij niet uit dat het op onderdelen tekortschiet. Mogelijke aanpassingen kunnen natuurlijk worden getroffen in de bijzondere wetgeving. Worden deze nieuwe verdelingssystemen echter op grotere schaal toegepast, dan ligt aanpassing van de Awb in de rede.

- c *Transnationale ontwikkelingen*: in paragraaf 6.3.4.2 is gesignaleerd dat zich in de sfeer van het toezicht transnationale ontwikkelingen voordoen. Zo moeten op sommige terreinen buitenlandse en Commissie-ambtenaren zelfstandig toezichtsbevoegdheden kunnen uitoefenen binnen Nederland, en moeten Nederlandse toezichthouders toezicht kunnen houden op de naleving van buitenlandse regels. Dit zijn echter niet de enige transnationale verschijnselen die onder invloed van Europa zijn ontstaan. In veel Europese regelingen ziet men voorschriften over administratieve samenwerking tussen uitvoerende en toezichthoudende instanties van de lidstaten (en de Commissie), die bijvoorbeeld betrekking hebben op de uitwisseling van informatie tussen deze instanties.⁶¹³ Daarin worden ook regels gesteld over het doel waarvoor de gegevens in een andere lidstaat mogen worden gebruikt, alsmede over privacybescherming. Verder ontstaan op diverse terreinen netwerken van nationale toezichthouders, die afspraken kunnen maken waarmee in nationale procedures rekening moet worden gehouden.⁶¹⁴ Ten slotte ziet men op ruime schaal het verschijnsel van transnationale besluiten: deze besluiten worden genomen in één lidstaat, maar gelden Europabreed of moeten in de andere lidstaten worden erkend.⁶¹⁵ Dit verschijnsel roept de vraag op hoe burgers uit andere lidstaten van het besluit kunnen kennisnemen en voor wie en bij welke rechter daartegen rechtsbescherming openstaat.

Deze onderwerpen lenen zich lang niet allemaal voor regeling in de Awb. Niettemin kan de vraag worden opgeworpen of – zoals dat is geschied in titel X, Internationale rechtshulp, van het Wetboek van Strafvordering – ook in de Awb geen afdeling zou moeten worden opgenomen met betrekking tot administratieve samenwerking binnen Europa. Door een dergelijke afdeling wordt de invloed van de diverse transnationale verschijnselen ook in de Awb zichtbaar. Welke inhoud deze afdeling moet hebben, zou onderwerp van nader onderzoek moeten zijn.

613. Deze regels komen in alle in het onderzoek geanalyseerde Europese regelingen voor. Zie voorts Jans e.a. 2002, p. 285.

614. Zie Ottow, p. 209-210, die melding maakt van CBB 2 augustus 2002, LJN AE6673, waarin het College een besluit van de DTe mede toetst aan de hand van dergelijke afspraken. Vergelijk voor de betekenis hiervan in het douanerecht zaak C-11/05, Coberco, n.n.g. Zie in algemene zin Van der Meulen 2003, p. 123-124.

615. Vergelijk uitvoeriger, Duijkersloot & Widdershoven 2001; Veldkamp & Widdershoven 2003, p. 33-35; Van der Meulen 2003, p. 114-117.

Summary

THE EUROPEAN AGENDA FOR THE GENERAL ADMINISTRATIVE LAW ACT

REASON FOR THE RESEARCH

Since 1958, The Netherlands is part of the European legal order. This legal order is a shared legal order in the sense that the parts of this order – the European Community and the Member States – co-operate closely and in a loyal manner in order to achieve full effectiveness of EC law. In this shared legal order, both actors have their own tasks and responsibilities.

At the European level, Community institutions enact an ever increasing volume of law. This law, which can be found in the EC treaty, general principles of European law, regulations, directives and decisions, determines to a large extent the substantive law in an ever increasing number of policy areas and takes precedence over inconsistent norms of national law.

Generally speaking, the task at national level is first and foremost to *implement* EC law with a view to ensuring that this law is effectively applied in the Member State concerned. This activity of implementation or giving effect to EC law entails the *transposition* of directives into provisions of national law and the *'operationalisation'* of regulations, the *application* of EC law in a concrete case and, finally, its *enforcement*. The Member States are also responsible for having in place an effective system of judicial protection which can be used by an individual to challenge alleged violations of Community law. Whenever a national court has doubts about the interpretation or validity of Community law provisions, it may – and a court of last instance must – ask preliminary questions to the European Court of Justice (ECJ). The purpose of this procedure is to safeguard the uniform interpretation and application of EC law. It also functions as a vital link between the European and the national part of the shared European legal order.

In this shared legal order, every Member State implements EC law using its own national rules and provisions. The power of Member States to determine which kinds of rules, and in particular procedures, apply and how they are organised is often referred to as *procedural autonomy*. Thereby, significant parts of national law function as a 'vehicle' for giving effect to EC law. Since the EC has to rely heavily on national law for its implementation, EC law requirements have been developed, which national law in general and national implementing legislation in particular must satisfy. These requirements, which are of a general nature, are first and foremost laid down in the case law of the ECJ. In addition, new and more specific requirements are prescribed in EC legislation. They are specific in nature because they apply only in those areas that are covered by the European rules at issue. Both the specific and general requirements apply only in so far as

the Member State gives effect to Community law. However, since more and more substantive policy areas are covered by EC law, the result is that the general rules, which are used for the purposes of implementation, come increasingly under the influence of Community law as well. In Dutch administrative law these rules are mainly laid down in the General Administrative Law Act (the GALA). These rules are not necessarily fully compatible with the requirements of EC law. The purpose of this research is to provide an overview of the incompatibilities and other possible – present and future – tensions and to indicate how these may be resolved, through an amendment of the GALA or otherwise.

RESEARCH PROBLEM AND RESEARCH QUESTIONS

The present research focuses on the following problem: which parts and provisions of the GALA are not – or will not be in the near future – in line with European law and what steps in order of urgency should be taken to resolve the problem? In order to formulate the answer, the following questions were explored:

- What tools or instruments does EC law use in order to have effect on national level? Which obligations result from these mechanisms for the courts, for the administration and for the legislator?
- Which requirements does EC law impose upon the general rules of administrative law as laid down in the GALA? In this respect a distinction must be made between the general European law requirements which flow from the ECJ's case law and the specific requirements laid down in EC legislation.
- In what respects is there, or could there be in the near future, a tension between the GALA and the general and specific EC law requirements?
- Can the tensions, which have been established, be resolved through an interpretation of the GALA which makes the national provision consistent with EC law or is it necessary to amend or supplement the GALA?
- Is it possible to prioritise those incompatibilities and tensions which should be resolved through an amendment of the GALA?

RESEARCH METHODOLOGY

The first method which was used in the present research is an analysis of relevant literature and case law. The analysis encompassed the case law both of the ECJ and of the highest Dutch administrative courts in so far as it relates to issues of application of national administrative law in cases with a European dimension. Second, the researchers conducted a number of interviews with representatives of the highest administrative courts and with staff members of (directorates of) Ministries or the administration who are often involved in the implementation of EC law. The purpose of the interviews was to get an in-depth picture of the general and specific tensions, in particular as they may occur in the daily practice of the respective courts and administration. In addition, the urgency with which particular tensions should be resolved was discussed.

Third, in order to gain insight into possible specific tensions, the European legislation governing certain legal fields was analysed. More specifically, the analysis concerned EC customs legislation, legislation in the area of EC agricultural subsidies, European legislation in the field of telecommunications, the (draft) Services Directive, European legislation regarding financial supervision and European legislation for the protection of the financial interests of the EU. In addition, incidentally, certain aspects of European competition law and public procurement law were included in the analysis.

STRUCTURE OF THE REPORT

The structure of the report closely follows the research questions set out above. In order to establish whether the GALA can be used to give effect to EC law in a satisfactory manner, Chapter 2 examines the question which obligations flow in from EC law in this respect. The Chapter focuses on the supremacy of EC law and its consequences, and on the 'mechanisms' of direct effect and consistent interpretation. The possibilities and the limitations of these mechanisms are discussed from the perspective of the courts and the administration and, to a more limited extent, of the legislator. In the case of the latter, the emphasis lies on the legislator's possible role in preventing tensions between the GALA and the requirements that flow from European legislation and touch upon the general aspects of administrative law as codified in the GALA.

Chapter 3 provides an overview of the general requirements which flow from EC law for the GALA. These requirements are dictated by the principles of equivalence, effectiveness and effective judicial protection. In addition to these three principles, further requirements may flow from the European general principles of law. In national cases, which enter the scope of Community law, these general principles have to be applied instead of national principles of good administration or, at least, in addition to these national principles. A number of general aspects of these European principles are similarly discussed in Chapter 3. The specific requirements, arising from European legislation, which are applicable to matters of administrative law are discussed in other Chapters where the relevant matter is addressed.

In Chapters 4 through 9, the general rules of the GALA are confronted with EC law requirements in a systematic manner. This confrontation is the core of the research and relates to the following topics: the central concepts of the GALA (Chapter 4), the general rules for administrative decision making (Chapter 5), two specific topics, namely subsidies and enforcement (Chapter 6), judicial protection under the GALA (Chapter 7), fault and no-fault liability of the administration (Chapter 8) and final administrative and judicial decisions (Chapter 9).

Chapter 10 sets out the most important findings of the research. It indicates which incompatibilities and other tensions exist between EC law and the GALA and to what extent the resolution of some of them should be prioritised. Furthermore, the Chapter also contains a reflection on the question as to whether the basic assumptions which underlie the GALA – namely the 'reciprocal' legal

relationship between public authorities on the one hand and individuals on the other (*wederkerige rechtsbetrekking*) and the judicial protection function of the GALA – could be considered as problematic from the point of view of EC law. The Chapter winds up with some thoughts about the future European challenges for the GALA.

The research took place between 1 January and 1 July 2006. The manuscript of the report was finalized on 24 July 2006.

FINDINGS AND RECOMMENDATIONS

- 1 The most important finding of the research is that very few substantial tensions exist between the general European law requirements and the GALA and that none of these tensions would require far-reaching amendments of the GALA. This finding holds true, in the first place, for the central concepts of the GALA, the principles and rules which govern administrative decision making, the enforcement, the access to courts, the ambit of the legal dispute in the broad sense of the term, the judicial procedure, the liability for and the irreversibility of final administrative and judicial decisions. However, it is essential that, in order to prevent tensions, the concepts and rules of the GALA must be interpreted in conformity with the EC law requirements. The former are sufficiently flexible to allow for this.
- 2 The GALA is founded on two basic assumptions, namely the notion of the ‘reciprocal’ legal relationship between public authorities on the one hand and individuals on the other (*wederkerige rechtsbetrekking*) and the idea that the primary function of the administrative courts is to ensure the protection of individual rights (the judicial protection function). Neither concept is at odds with European law. However, as to the second concept, it must be observed that the choice made by the Dutch legislator differs to a certain extent from European law. In the latter, the courts’ function of the control of administrative action is regarded as equally important as their function of the protection of the individual. However, this does not mean that the choice for judicial protection is incompatible with EC law but rather that the extent to which this function is exercised is limited by EC law. In more concrete terms, for Dutch administrative law this implies that rules about the ambit of the legal dispute and the ‘Schutznorm’, which possibly is going to be introduced, should not be applied too strictly in EC cases.
- 3 The specific requirements which result from EC legislation and apply to topics of general administrative law, often diverge considerably from the rules laid down in the GALA. In so far as these divergent rules are prescribed by EC regulations it is, as a matter of principle, not necessary to make special provisions in national law. As regulations are directly applicable they must be applied by the administration and the courts. Any incompatible provisions of national law, which may also be found in the GALA, have to be set aside. However, it is strongly recommended that the national legislator, in the

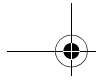
implementation process, indicates as precisely as possible which provisions of the GALA remain in force and supplement the regulation at issue and which of the provisions of the GALA must be set aside. The main reason for this is the promotion of legal certainty. This approach, which is chosen in the draft for the general revision of customs legislation, is worth following.

If the rules that differ from the GALA are laid down in a directive, national measures must be enacted. As is well known, directives must be transposed fully into binding rules of national law in a precise and clear manner. As a rule, the specific provisions, which are necessary and which differ from the GALA, can be laid down in the measures taken in order to implement the directive. However, in some cases, due to the nature of the provisions to be enacted or the (potentially) broad scope of a directive, it may be advisable to implement the provisions into the GALA. This particularly holds true for the Services Directive and the requirements which it entails, such as the one-stop-shop-approach, administrative procedures by electronic means, the assumption that a decision has been taken in favour of the applicant if the administration does not respond within a certain period of time and the supervision of compliance with the rules of other Member States.

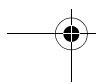
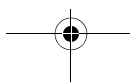
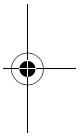
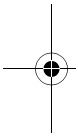
- 4 Although there are no important tensions between the GALA and European law, this does not mean that the tensions that do exist should be neglected. Actual incompatibilities exist between the European requirements and the title on subsidies (4.2) of the GALA. They concern the effective application of the European rules on unlawful state aid. The solution of this tension is rather urgent and should be given priority. In more concrete terms, it concerns the following:
- Suspension of time limits for making an administrative decision: Article 4:15 of the GALA should be supplemented so that the time limits can be suspended pending the assessment by the Commission of the intended subsidy measures, which might amount to state aid. Even outside the scope of subsidies, there is sometimes a need arising from EC law for the existence of the possibility to suspend the time limits.
 - An addition to the grounds for refusal: in Article 4:35 of the GALA a provision should be added, stating that the Commission decision that a subsidy amounts to unlawful state aid, constitutes a mandatory ground for refusing to grant a subsidy.
 - Extending the scope of the grounds for determination and repeal of a subsidy: the grounds of Article 4:46 (2) of the GALA for fixing a subsidy at a lower amount and the grounds for repeal of the decision granting a subsidy mentioned in Article 4:48(1) and 4:49(1), sub b, should be extended in order to make clear, beyond any doubt, that these grounds also concern a situation where the subsidy has to be fixed at 'zero' or has to be withdrawn because it constitutes unlawful state aid.
 - Extension of the periods of prescription: the GALA should provide that in cases where EC law so requires, the periods of prescription may be extended beyond those of Articles 4:49 (3) and 4:57 of the GALA.

- Basis for claiming interest: in the GALA a basis should be included for situations where interest has to be claimed in case of recovery of a subsidy which is not compatible with EC law provisions. Whether such a basis should also apply for purely national situations is a matter to be decided by the legislator.
- 5 In relation to other subjects, in everyday practice there are as yet no real incompatibilities between the GALA and EC law. Nevertheless, in a number of respects, the GALA could be brought into line with the European requirements. These changes are, however, not urgent.
 - a Rights of defence: the hard core of this principle – the right of a person to make his views known effectively before the administration takes a decision adversely affecting that person – could be included as a right in Division 3.2 of the GALA. The procedural guarantees for the exercise of this right could be laid down, for decisions which adversely affect the person's interest, in Division 4.1.2. Furthermore, the requirements which flow from the protection of legal privilege could be inserted in Article 5:17 of the GALA.
 - b Principle of transparency: in order to articulate the relationship between the various elements of this principle, this principle should be included in Division 3.2 of the GALA. In order to better adapt Title 4.3 (policy rules) to the requirements that may flow from the principle of transparency, an obligation for adoption of policy rules should be included.
 - c The notion of 'supervision': considered from a European perspective and in order to avoid confusion of concepts, it is advisable to substitute the term 'supervision' in Division 5.2 of the GALA with the term 'control', which better corresponds with European law.
 - d Non-Dutch supervisory authorities: in Article 5:11 of the GALA the authority should be laid down – of for instance the Minister of Justice – to designate staff of the European Commission or of other Member States to act as a supervisor in the sense of the GALA.
 - e The supervision of compliance with legislation of other Member States: in Article 5:11 of the GALA the possibility should be laid down for a Dutch supervisor to supervise the compliance of individuals with the laws of other Member States.
 - f Preliminary procedure: the GALA could regulate various aspects of the preliminary procedure (preliminary reference in the form of an interlocutory decision; the statement of reasons for the preliminary reference). Similarly, a possibility should be created to order interim measures while the preliminary reference is pending.
 - g Interim relief: Article 8:84 of the GALA should be supplemented with the authority to require the person concerned to provide a deposit of money or other security as a condition for granting interim relief. In addition, the competent court should be given the authority to invite the European Commission to give its views at the hearing.

- 6 European law is constantly developing. The following three subjects are likely to determine the 'GALA agenda' in the future.
- a The development of 'real' European administrative law: during the research it became clear that many topics of general administrative law are regulated by specific rules laid down in secondary European legislation. These rules often differ considerably from each other and deviate from the provisions of the GALA. Sometimes the differences can be explained by the specific requirements of the area at issue. More often, however, they do not seem to have a practical or fundamental background. In the view of this, the future European agenda of the GALA should also entail early influence upon the European rules (in making), in particular in so far as they relate to general issues of Dutch administrative law. In addition, efforts should be made to get the objective of drafting general rules of administrative law on the European agenda. Such rules could be included in non-binding guidelines for the European legislator.
 - b The increasing 'economic nature' of general administrative law: under the influence of the EC in more and more areas the economic rules of market forces are used as a new organisational principle for the regulation of society by the government. In order to function properly, the market needs the government and this has led to the creation of all kinds of market authorities. These authorities function, more or less, within the framework of the GALA. A following development is the recognition that the distribution of an increasing number of permits cannot take place according to the system *first come, first served*, on which the GALA implicitly rests. On the contrary, the granting of permits requires a comparison between several applicants. For this, various allocation systems are used (tender procedures, auctions, comparative methods for allocation. These systems require, at least partly, other rules than those which are provided in the GALA. The granting of permits is governed by the requirements which flow from the principle of transparency. In addition to this, the application of these allocation systems may need changes in judicial protection. For the time being, the necessary changes can be incorporated in special legislation. If this new type of allocation system is going to be used more broadly, complementary provisions in the GALA would seem advisable.
 - c Trans-national developments: due to European law several parts of administrative law are under the influence of trans-national developments. For instance, civil servants of other Member States or the European Commission must be able to exercise independent supervision activities within The Netherlands; Dutch supervisory authorities must be able to control compliance with foreign rules. In many European rules there are provisions about administrative co-operation between executive and supervisory authorities of the Member States (and the European Commission). These may relate, for instance, to exchange of information. Furthermore, in several areas networks of national supervisors have been set up which can make agreements that have to be taken into account in national procedures. Finally, trans-national decisions are occurring on a significant scale: these decisions,



which are taken in one Member State, are valid in the whole of Europe and must be recognized in other Member States. These phenomena cannot all be addressed within the context of the GALA. Nevertheless, one may wonder whether the GALA should not have a special Division dealing with administrative co-operation within Europe. By including such a Division, the various trans-national phenomena could be made visible also in the GALA. As to the content of this proposed Division, that is a matter for further research.



Literatuur

Albers & Schlössels 2005

C.L.G.F.A. Albers & R.J.N. Schlössels, *De omvang van het bestuursrechtelijke geding: het Europees recht als paard van Troje?* Gemeentestem 2005, p. 81-94.

Van Angeren & Den Ouden 2005

J.R. van Angeren & W. Den Ouden, *Subsidieright en staatssteun*, in: Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht, VAR-reeks 134, Den Haag: BJu, p. 75-204.

Asser/Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht, deel II: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005

Barents 2005

R. Barents, *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de EG*, Europese monografieën nr. 45, Deventer: Kluwer 2005.

Barkhuysen 2002

T. Barkhuysen, *Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVRM?*, NTB 2002, p. 236-241.

Van den Berge 2005

I.J. van den Berge, *De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van Dienstenconcessies*, NTER 2005, p. 241-245.

Besselink e.a. 2002

L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange & P. Mendelits, m.m.v. S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2002.

Blomberg 2004

A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM-grenzen*, VAR-reeks 132, Den Haag: BJu 2004.

Brand & Damsteegt

J. Brand & T. Damsteegt, *De verschoonbare termijnoverschrijding*, JBplus 2005, p. 132-143.

Bröring & Marseille 2002

H.E. Bröring en A.T. Marseille, *De ongekende vrijheden en beperkingen van art. 4:6 Awb*, JBplus, 2002, p. 54-71.

Brugman 2005

D. Brugman, *Ambtshalve toetsing afgebakend*, NTB 2005, p. 265-277.

Commissie Evaluatie Awb II 2001

Commissie Evaluatie Awb II (Commissie Boukema), *Algemeen bestuursrecht 2001. Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag: BJu 2002.

Communier 2006

J.M. Communier, *Le principe de transparence: Réflexions sur sa qualification et sa portée*, in: Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux, Éditions Apogée, Rennes, 2006.

- Craig & de Burca 2003
 P. Craig & G. de Burca, *EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2003.
- Daalder & Schreuder-Vlasblom 2004
 E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, *Balanceren boven nul, de vaststelling van feiten in het bestuursprocesrecht*, NTB 2000, p. 214-221.
- Dingemans & Widdershoven 2005
 R.P.B.A. Dingemans & R.J.G.M. Widdershoven, *De Schutznormleer in communautair perspectief: het Duitse debat*, NTB 2005, p. 327-337.
- Drijber & Prechal 1997
 B.J. Drijber & S. Prechal, *Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief*, SEW 1997, p. 122-164.
- Duijkersloot & Widdershoven 2003
 A.P.W. Duijkersloot & R.J.G.M. Widdershoven, *Europa en bestuurlijke handhaving: trends en uitdagingen*, in: *Justitiële Verkenningen 2* (2001), p. 68-80.
- Van Eijdsen 2006
 J.A.R. van Eijdsen, *De invloed van het EG-recht op nationale bezwaar- en beroepstermijnen*, in: D.M. Weber (red.), *Europees formeel belastingrecht*, Amersfoort: Sdu 2006, p. 9-27.
- Van Ettekooven 2006
 B.J. Van Ettekooven, *De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief*, O&A 2006, p. 10-23.
- Gerbrandy & Hessel 2004
 A. Gerbrandy en B. Hessel, *Mededingingsrecht voor decentrale overheden*, Deventer: Kluwer 2004.
- Gerrits-Janssens 1998
 M.P. Gerrits-Janssens, *Het verdedigingsbeginsel en de Mededingingswet*, NTB 1998, p. 187-198.
- De Graaf & Marseille 2005
 K.J. de Graaf & A.T. Marseille, *Het intrekken en wijzigen van onjuiste besluiten: niet alles in één keer goed*, in: M. Herweijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed*, Deventer: Kluwer 2005, p. 305-323.
- Van de Gronden 1998
 J.W. van de Gronden, *De implementatie van het EG-milieurecht door Nederlandse decentrale overheden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
- Van de Gronden 2001
 J.W. van de Gronden, *EG-recht en het maatschappelijk middenveld*, SEW 2001, p. 302-313.
- Groussot 2005
 Xavier Groussot, *General Principles of Community Law*, Groningen Europa Law Publishing 2006.
- Hessel 2005
 B. Hessel, *Het kabinetsstandpunt over de Europese dimensie van het toezicht*, Gst. 2005, 7225, p. 117-126.
- Hoitink & Backes 2006
 J.E. Hoitink & Ch. W. Backes, *Financiële compensatie mechanische kokkelvisserij: politieke keuze of juridische noodzaak?*, O & A 2006, p 24-30.
- Jacobs 2004
 F.G. Jacobs, *Recent and ongoing measures to improve the efficiency of the European Court of Justice*, *European Law Review* 2004, p. 823-830.

Jacobs & Den Ouden 2005

M.J. Jacobs & W. Den Ouden, *De toetsing getoetst. De bestuursrechter en het EG-recht inzake staatssteun*, in: W. Den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Kluwer: Deventer 2005, p. 1-18.

Jans & De Jong 1999

J.H. Jans & M. de Jong, *Interne harmonisatie van rechtsbeschermingsclausules in het secundaire gemeenschapsrecht?*, *Regelmaat* 1999, p. 73-83.

Jans e.a. 2002

J.H. Jans, R de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Jans 2003

J.H. Jans, *Het belanghebbende-begrip in het licht van het europees recht*, in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer: Kluwer 2003.

Jans & De Graaf 2004

J.H. Jans & K.J. de Graaf, *Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz*, *NTER* 2004, p. 98-102.

Jans 2005a

J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, (Oratie Groningen), Groningen: Europa Law Publishing 2005.

Jans 2005b

J.H. Jans, *De reflexwerking van het Europese recht op het formele zorgvuldigheidsbeginsel*, in: M. Herweijer e.a. (red.), *Alles in een keer goed*, Deventer: Kluwer 2005, p. 155-168.

Jones & Sufrin 2004

A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law, text, cases and materials*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Van Kempen 2003

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordeling door het EHRM*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2003.

Keus 2005

L.A.D. Keus, *Francovich in Nederland*, *NTER* 2005, p 283-288.

Klijnstra 2000

M. Klijnstra, *Het transparantiebeginsel toegespitst op de openbaarheid in het milieurecht*, *M&R* 2000, p. 3-8.

Klap 2005

A. Klap, *Het legaliteitsbeginsel in het bestuursrecht: harde eis of nastrevenswaardig doel?*, in: W. Hins e.a. (red.), *Recht en Reede*, Deventer: Kluwer 2005, p. 71-76.

Langbroek e.a. 2006

P. M. Langbroek, O. Jansen & F. Maron (eds.), *The Rights of Defence in Fraud Investigations*, University Utrecht/IIAS/OLAF 2006.

Lavrijssen & De Visser 2006

S. Lavrijssen & M. de Visser, *Independent administrative authorities and the standard of judicial review*, Utrecht Law Review 2006/1, p. 111-135 (via www.utrechtlawreview.org).

Lenaerts & Vanhamme 1997

K. Lenaerts & J. Vanhamme, *Procedural rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, CMLRev. 1997, p. 531-570.

Lenaerts & Arts 2003

K. Lenaerts & D. Arts, *Europees procesrecht*, Antwerpen: MAKLU 2003.

Lenaerts 2004

K. Lenaerts, *The Union We Trust: Trust-Enhancing Principles of Community Law*, CMLRev. 2004, p. 317-340.

Loozen 1999

E.M.H. Loozen, *Cao's, bedrijfspensioenfondsen en het EG-mededingingsrecht*, NTER 1999, p. 274-285.

Meij 2003

A.W.H. Meij, *Prejudiciële vragen van Nederlandse rechters en hun gevolgen, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993.

Meijer 2005

R. Meijer, *De Schutznorm in het gemeenschapsrecht: over de rol van rechten van particulieren bij rechtstreekse werking en aansprakelijkheid*, TMA 2005, p. 189-194.

Mesters & Oldenziel 2003

W.J. Mesters & H.A. Oldenziel, *Openbaarheid van milieu-informatie na Aarhus*, NTB 2003, p. 221-230.

Mesters 2005

W.J.H. Mesters, *Het verdrag van Aarhus: implementatie in Nederland en de Europese Unie*, in: Waarborgen in het milieurecht; actuele ontwikkelingen in besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming; verslag studiemiddag Vereniging milieurecht op 1 maart 2005, Bju 2005.

Van der Meulen 2003

B.M.J. van der Meulen, *Marktautoriteiten*, VAR-reeks 130, Den Haag: Bju 2003, p. 25-26.

De Moor-van Vugt 1993

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Hobbels bij de rechtshandhaving. De rol van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de handhaving van het gemeenschapsrecht*, in: J.A.E. Vervaele (red.), *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 1993, p. 83-105.

De Moor-van Vugt & Vermeulen 1998

J.C. de Moor-van Vugt & E.M. Vermeulen, *Europees bestuursrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 1998.

Mortelmans e.a. 2004

K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter. Verworvenheden en uitdagingen*, Deventer: Kluwer 2004.

Nijhoff 2000

M.B. Nijhoff, *De overheid als onderneming*, NTB 2000, p. 60-69.

Van Ommeren 2004

F. van Ommeren, *Schaarse vergunningen: De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004.

- Van Ooik & Vandamme 2005
 R.H. van Ooik & T.A.J.A. Vandamme, *Schorsing van Europese Regelgeving in Nederland*, SEW 2005, p. 60-69.
- Ortlep & Widdershoven 2005
 R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, *De Wet kosten bestuurlijke voorprocedures in de rechtspraak*, JBplus 2005, p. 147-167.
- Ortlep 2005
 R. Ortlep, *De fuikendynastie: van afbraak tot verbouwing*, NTB 2005, p. 1-5.
- Ottow 2006
 A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en nationale bestuurs(proces)recht*, Den Haag: Sdu 2006.
- Den Ouden & Tjepkema 2006
 W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, *Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader*, NTB 2006, p. 101-106.
- Pechler 2003
 E.B. Pechler, *Belastingprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
- Pijnacker Hordijk e.a. 2004
 E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht: handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2004.
- De Poorter e.a. 2004
 J.C.A. de Poorter, B.W.N. de Waard, A.T. Marseille & I. Zomer, *Herijking van het belanghebbendebegrip*, Den Haag: BJu 2004.
- Prechal & Shelkopyas 2004
 S. Prechal & N. Shelkopyas, *National Procedures, Public Polocu and EC Law*. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond, *European Review of Private Law* 2004, p. 589-611.
- Prechal e.a. 2005
 S. Prechal, R.H. van Ooik, J.H. Jans & K.J.M. Mortelmans, *Europeanisation of the law: Consequences for the Dutch judiciary*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2005.
- Prechal 2005
 S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: Oxford University Press 2005.
- Prinssen 2004
 J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht : de verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2004.
- Sanders 2005
 K.H. Sanders, *De ruimte voor heroverweging*, JBplus 2005, p. 2-19.
- Scheltema & Scheltema 2003
 M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
- Simons 2005
 Th.G.M. Simons, *De beoordeling van een verzoek om voorlopige voorziening*, JBplus 2005, p. 60-72.

Schreuder-Vlasblom 2006

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2006.

Schueler 2005

B.J. Schueler, *Hoe ver strekt de rechtsbescherming in het omgevingsrecht? Over subjectivering in het bestuursprocesrecht*, *TvO* 2005, p. 114-123.

Schueler 2005a

B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb; Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Monografie AWB B7, Deventer: Kluwer 2005.

Schuurmans 2004

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in een bestuursrechtelijke context*, *NTB* 2004, p. 1-9.

Schuurmans 2005

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005.

Slot 1995

P.J. Slot, *The concept of undertaking in EC Competition Law*, in: O. Due, M. Lutter (red.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden Baden: Nomos 1995, p. 1413-1427.

Steyger 1996

E. Steyger, *Wringend recht. Doorwerking van gemeenschapsrecht gezien vanuit het perspectief van de nationale overheid*, in: *Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht: preadviezen, VAR-reeks 116*, Alphen a/d Rijn: Samson Tjeenk Willink 1996, p. 7-96.

Steyger 2004

E. Steyger, *De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht*, *NTER* 2004, p. 18-22.

Steyger 2005

E. Steyger, *Een overheidsbegrip in het Europese recht*, *NTB* 2005, p.221-228.

Stijnen 2002

R. Stijnen, *Art. 4:6 Awb: tussen formele rechtskracht en discretionaire bevoegdheid*, *RSV* 2002, 208.

Tjepkema 2004

Het referentiekader van het égalitébeginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties, *O & A* 2004, p.12-22.

Veldkamp & Widdershoven 2003

A.M.E. Veldkamp & R.J.G.M. Widdershoven, *Transnationale bestuursrechtelijke handhaving in het milieurecht*, in: *Handhaving van milieurecht in Europees perspectief*, Publicaties van de Vereniging voor Milieurecht, Bju: Den Haag 2003.

Verheij 2005

N. Verheij, *Relatief onaantastbaar* (oratie Maastricht), uitgesproken in 2005, te vinden op www.uni-maas.nl.

Verheij & Verheij 2005

L.F.M. Verheij & N. Verheij, *De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief*, *NJV-preadvies 2005-I*, Deventer: Kluwer.

Verheij 2006

N. Verheij, *Uit zuinigheid naar relativiteit. Naar een Schutznormvereiste in het bestuursrecht* in: A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden & L.F.M. Verhey (Red.), *Het bestuursrecht beschermd*, (liber amicorum F.A.M. Stroink), Den Haag: Sdu, p. 99-112.

Vermeulen 2001

E.M. Vermeulen, *Nederlandse rechtsbescherming in communautaire context* (diss. KUB), Den Haag: BJu 2001.

De Waard 1987

B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1987.

De Waard e.a. 2005

B.W.N. de Waard e.a., *Terugvordering van staatssteun: een rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Widdershoven 1996

R.J.G.M. Widdershoven, *Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa*, in: Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht: preadviezen, VAR-reeks 116, Alphen a/d Rijn: Samson Tjeenk Willink 1996, p. 97-200.

Widdershoven e.a. 2002

R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink, e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: Hoger beroep*, Den Haag: BJu 2002.

Widdershoven 2003

R.J.G.M. Widdershoven, *Europese invloeden op de rechtsbescherming door de Centrale Raad van Beroep*, in: Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Sdu uitgevers: Den Haag 2003, p. 197-219.

Widdershoven 2004

R.J.G.M. Widdershoven, *Rechtsbescherming in het milieurecht in Europees perspectief*, M & R 2004, p. 530-540.

Widdershoven & Van Rijswick 2004

R.J.G.M. Widdershoven en H.F.M.W. van Rijswick, *Rechtstreekse werking van richtlijnen in drie-hoeksverhoudingen*, NTER 2004, p. 42-47.

Widdershoven & Ortlep 2004

R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, *Schendingen van EG-recht door rechters*, O&A 2004 p. 34-48.

Widdershoven 2005

R.J.G.M. Widdershoven, *De ABRvS en de toetsing aan het EG-recht*, in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Kluwer: Deventer 2005, p. 39-57.

Widdershoven 2006

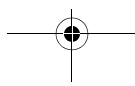
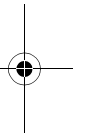
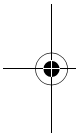
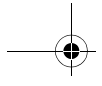
R.J.G.M. Widdershoven, *De Europese rol van de nationale rechter: rechtsbeschermer of controleur?*, in: A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden & L.F.M. Verhey (Red.), *Het bestuursrecht beschermd*, (liber amicorum F.A.M. Stroink), Den Haag: Sdu, p. 57-70.

Van Wijk e.a. 2005

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2005.

Willemsen 2005

P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005.



Jurisprudentieregister

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

- Zaak 9/70, Grad, Jur. 1970, p. 825
 Zaak 166/73, Rheinmühlen, Jur. 1974, p. 33
 Zaak 17/74, Transocean Maritime Paint Association, Jur. 1974, p. I-1063
 Zaak 36/74 Walrave en Koch, Jur. 1974, p. 1405
 Zaak 43/75 Defrenne v SABENA, Jur. 1976 p. 455
 Zaak 33/76, Rewe, Jur. 1976, p. 1989
 Zaak 45/76, Comet, Jur. 1976, p. 2043
 Zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jur. 1979, p. 461
 Zaak 106/77 Simmenthal, Jur. 1978, p. 629
 Zaak 61/79, Denkavit italiana, Jur. 1980, p. 1205
 Zaak 155/79, AM&S, Jur. 1982, p. 1575
 Zaak 283/81, Cilfit, Jur. 1982, p. 3415
 Zaak C-102/82, Nordsee, Jur. 1982, p. 1095
 Zaak 199/82, San Giorgio, Jur. 1983, p. 3595
 Gevoegde zaken 205 t/m 215/82, Deutsche Milchkontor, Jur. 1983, p. 2633
 Zaak 14/83, Von Colson, Jur. 1984, p. 1891
 Zaak 222/84, Johnston, Jur. 1986, p. 1651
 Zaak 309/85, Barra, Jur. 1988, p. 355
 Zaak 249/85, Albako, Jur. 1987, p. 2289
 Zaak 314/85, Foto-Frost, Jur. 1987, p. 4199
 Zaak 24/86, Blaizot, Jur. 1988, p. 379
 Zaak 222/86, Heylens, Jur. 1987, p. 1651
 Zaak 267/86, Van Eycke, Jur. 1988, p. 4769
 Gevoegde zaken 106/87 en 120/87, Asteris, Jur. 1988, p. I-1555
 Zaak 374/87, Orkem, Jur. 1989, p. 3283.
 Zaak 49/88, Al-Jubail, Jur. 1991, p. I-3187
 Zaak 68/88, Griekse maïs, Jur. 1989, p. 2965
 Zaak 103/88, Costanzo, Jur. 1989, p. 1839
 Gevoegde zaken 143/88 en C-92/89, ZuckerfABrik Süderdithmarschen en Soest,
 Jur. 1991, p. I-534
 Zaak C-262/88, Barber, Jur. 1990 ,p.I-1889
 Zaak 322/88 Grimaldi, Jur. 1989, p. I-4407
 Zaak 331/88, Fedesa, Jur. 1990, p. I-4023
 Zaak C-5/89, BUG-Alutechniek, Jur. 1990, p. I-3437
 Zaak T-30/89, Hilti, Jur. 1990, p. II-163
 Zaak C-106/89, Marleasing, Jur. 1990, p. I-4135
 Zaak C-188/89, Foster, Jur. 1990, p. I-3313
 Zaak C-213/89, Factortame, Jur. 1990, p. I-2433

- Zaak C-260/89, ERT, Jur. 1991, p. I-2925
 Gevoegde zaken C-87/90 t/m 89/90, Verholen e.a, Jur. 1991, p. I-3757
 Zaak C-90/90, Neu, Jur. 1991, p. I-3617
 Zaak C-159/90, Grogan, Jur. 1991 p. 4685
 Zaak C-208/90, Emmott, Jur. 1991, p. I-4269; AB 1991, 1, m.nt. A.W.H. Meij;
 RSV 1992, 189, m.nt. F.W.M. Keunen; SEW 1992, p. 783-788, m.nt. I. Sewan-
 dono
 Zaak C-319/90, Pressler, Jur. 1992, p. I-203
 Zaak C-97/91, Borelli, Jur. 1992, p. I-6313
 Zaak C-98/91, Herbrink, Jur. 1994, p. I-223
 Zaak C-143/91, Van der Tas, Jur. 1992, p. I-5045
 Zaak C-156/91, Mundt, Jur. 1992, p. I-5567
 Zaak C-165/91, Munster, Jur. 1994, p. I-4661
 Zaak C-245/91, Ohra, Jur. 1993, p. I-5851
 Zaak C-271/91, Marshall II, Jur. 1993, p. I-4367
 Zaak C-364/92, Eurocontrol, Jur. 1994, p. I-43
 Zaak C-431/92, Grosskrotzenburg, Jur. 1995, p. I-2189
 Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pêcheur, Jur. 1996, p. I-1029,
 AB 1996, 249, m.nt. FHvdB
 Zaak C-151/93, Voogd, Jur. 1994, p. I-4915
 Zaak C-312/93, Peterbroeck, Jur. 1995, p. I-4599
 Zaak C-415/93 Bosman, Jur. 1995, p. I-4921
 Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen, Jur. 1995,
 p. I-4705
 Zaak C-465/93, Atlanta, Jur. 1995, p. I-3761
 Zaak C-87/94, Commissie v. België, Jur. 1996, p. I-2043
 Zaak C-90/94, Haahr Petroleum, Jur. p. I-4085
 Gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Dillen-
 kofer, Jur. 1996, p. I-4845, AB 1997, 272, m.nt. FHvdB; SEW 1998, p. 64
 Zaak C-244/94, FFSA, Jur. 1995, p. I-4013
 Zaak C-32/95 P, Lisretal, Jur. 1996, p. I-5373
 Zaak C-24/95, Alcan, Jur. 1997, p. I-1591
 Zaak C-66/95, Sutton, Jur. 1997 p. I-2163
 Zaak C-72/95, Kraaijeveld, Jur. 1996, p. I-5403
 Zaak C-168/95, Arcaro, Jur. 1996, p. I-4705
 Zaak 185/98P, Baustahlgewebe, Jur. 1998, p. 8417
 Zaak C-261/95, Palmisani, Jur. 1997, p. I-4025
 Zaak C-265/95, Spaanse aardbeien, Jur. 1998, p. I-963
 Zaak C-334/95, Krüger, Jur. 1997, p. I-4517
 Zaak C-343/95, Diego Cali, Jur. 1997, p. I-1547
 Zaak C-366/95, Steff Houlberg, Jur. 1998, p. I-2661
 Zaak C-368/95, Familiapress Jur. 1997
 Gevoegde zaken C-51/96 and C-191/97, Deliège Jur. 2000, p. I-2549
 Zaak C-54/96, Dorsch, Jur. 1997, p. I-4961
 Zaak C-67/96, Albany, Jur. 1999, p. I-5751
 Zaak C-149/96, Portugal v. Raad, Jur. 1999, p. I-08395

- Zaak C-176/96, Lehtonen, Jur. 2000, p. I-2681
 Zaak C-197/96, Commissie v. Frankrijk, Jur. 1997, p. I-1489
 Zaak C-231/96, Edis, Jur. 1998, p. I-49541, SEW 1999, p. 338-343, m.nt. Prechal
 Gevoegde zaken C-253/96 t/m C-258/96, Kampelmann, Jur. 1997, p. I-6907
 Zaak C-348/96, Calfa, Jur. 1999, p. I-11.
 Gevoegde zaken C-10/97 t/m C-22/97, IN.CO.GE.'90 Srl e.a., Jur. 1998, p. I-6307
 Zaak C-38/97, Librandi, Jur. 1998, p. I-5955
 Gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 and C-117/97, Brentjens, Jur. 1999, p. I-6025
 Zaak C-120/97, Upjohn, Jur. 1999, p. I-6927
 Zaak C-126/97, Eco swiss, Jur. 1999, p. I-3055, SEW 2000, p. 344 m.nt. Shelkopylas
 Zaak C-131/97, Carbonari, Jur. 999, p. I-1103
 Zaak C-185/97, Coote, Jur. 1998, p. I-5199
 Zaak T-231/97, NEC, Jur. 1999, p. II-2403
 Zaak C-219/97, Drijvende bokken, Jur. 1999, p. I-6121
 Zaak C-224/97 Ciola, Jur. 1999, p. I-2517
 Zaak C-310/97 P, AssiDomän Kraft, Jur. 1999, p. I-5363
 Zaak C-378/97, Wijsenbeek, Jur. 1999, p. I-6207
 Zaak C-78/98, Preston, Jur. 2000, p. I-3201
 Zaak 109/88, Danfoss, Jur. 1989, p. 3199
 Zaak T-112/98, Mannesmannröhren-Werke, Jur. 2001, p. II-729
 Zaak C-237/98 P, Jur. 2000, p. I-4549
 Gevoegde zaken C-240/98 tot en met C-244/98, Océano, Jur. 2000, p. I-4941
 Zaak C-275/98, Unitron, Jur. 1999, p. I-8291
 Gevoegde zaken C-300/98 en C-302/98, Dior, Jur. 2000, p. I-11307
 Zaak C-324/98, Telaustria, Jur. 2000, p. I-10745
 Zaak C-344/98, Masterfoods, Jur. 2000 p. I-11369
 Zaak C-352/98, Bergaderm, Jur. 2000, p. I-5291
 Gevoegde zaken C-397/98 en 410/98, Metallgesellschaft en Hoechst, Jur. 2001, p. I-1727; SEW 2002, p. 154-159, m.nt. H.T.P.M. van den Hurk en J.M. Prins-sen.
 Gevoegde zaken C-52 & 53/99, Gioconda Camarotto en Giuseppina Vignone, Jur. 2001, p. I-1395
 Zaak C-456/98, Centrosteel, Jur. 2000, p. I-6007
 Gevoegde zaken C-80/99 en C-82/99, Flemmer, Jur. 2001, p. 7211
 Zaak C-262/99, Louloudakis, Jur. 2001, p. I-5547
 Zaak 268/99, Jany, Jur. 2001, p. I-8615
 Zaak C-274/99P, Connolly, Jur. 2001, p. I-1611
 Zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577, AAe 2002, p. 545, m.nt. Mortel-mans
 Zaak C-315/99P, Ismeri, Jur. 2001, p. I-5281
 Zaak C-385/99, Müller-Fauré, Jur. 2003, p. I-4509
 Zaak C-413/99, Baumbast, Jur. 2002, p. I-7091
 Zaak C-441/99, Gharehveran, Jur. 2001, p. I-7687
 Zaak C-462/99, Connect Austria Gesellschaft, Jur. 2002, p. I-5197
 Zaak C-470/99, Universale Bau, Jur. 2002, p. I-11617
 Zaak C-472/99, Clean Car, Jur. 2001, p. I-9687

Zaak C-496/99 P, *Succhi di frutta*, Jur. 2004 p. I-03801
 Zaak C-19/00, *SIAC*, Jur. 2001 p. I-7725
 Zaak C-60/00, *Carpenter*, Jur. 2002 p. I-6279
 Zaak C-62/00, *Marks & Spencer*, Jur. 2002, p. I-6325
 Zaak C-94/00, *Roquette Frères*, Jur. 2002, p. I-9011
 Zaak C-112/00, *Schmidberger*, Jur. 2003, p. I-5659 AB 2003/377 m.nt. AdMvV
 Zaak C-118/00, *Gervais Larsy*, Jur. 2001, p. I-5063
 Zaak C-159/00, *Sapod*, Jur. 2002, p. I-5031
 Zaak C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*, Jur. 2002, p. I-1049
 Zaak C-210/00, *KCH*, Jur. 2002, p. I-6483, AB 2002, 392, m.nt. AdMvV
 Zaak C-214/00, *Commissie/Spanje*, Jur. 2003, p. I-04667
 Zaak C-255/00, *Grundig Italiane*, Jur. 2002, p. I-8003
 Zaak C-280/00, *Altmark*, Jur. 2003, p. I-7747, AB 2003, 410, m.nt. AdMvV
 Zaak, C-327/00, *Santex*, Jur. 2003, p. I-1877; SEW 2003, p. 439-441, m.nt. M. de Jong; NJ 2003, 653
 Zaak C-386/00, *Axa Royal Belge*, Jur. 2002, p. I-2209
 Zaak C-438/00, *Kolpak*, Jur. 2003, p. I-4135
 Zaak C-453/00, *Kühne & Heitz*, Jur. 2004, p. I-837; AB 2004, 58, m.nt. RW; JB 2004, 42, m.nt. NV; NJ 2004, 125, m.nt. MRM; SEW 2004, p. 278-280 m.nt. Prechal
 Gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01, *Rechnungshof*, Jur. 2003, p. I-4989
 Zaak C-473/00, *Cofidis*, Jur. 2002, p. I-10875
 Zaak C-13/01, *Safalero*, Jur. 2003, p. I-8679, AB 2004, 18, m.nt. AdMvV en de Poorter
 Zaak C-63/01, *Evans*, Jur. 2003 p. I-14447
 Zaak C-108/01, *Parmaham*, Jur. 2003, p. I-5121
 Zaak C-109/01, *Akrich*, Jur. 2003, p. 9607
 Zaak T-109/01, *Fleuren Compost, n.n.g.*, AB 2004, 411, m.nt. AdMvV
 Zaak C-198/01 *CIF*, Jur. 2003, p. I-8055
 Zaak C-218/01, *Henkel*, Jur. 2004, p. I-1725
 Zaak C-224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. I-10239; AB 2003, 429, m.nt. RW; JB 2004, 41, m.nt. MC; NJ 2004, 160, m.nt. MRM
 Zaak 276/01, *Steffensen*, Jur. 2003, p. I-3735, AB 2003, 310, m.nt. AdMvV
 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
 Zaak C-448/01, *Wienstrom*, Jur. 2003, p. I-14527
 Zaak C-30/02, *Recheio-Cash & Carry*, Jur. 2004, p. I-6051
 Zaak C-60/02, *Rolex*, Jur. 2004, p. I-651
 Zaak C-110/02, *Commissie tegen de Raad*, Jur. 2004, p. I-6333; NJ 2005, 159, m.nt. MRM
 Zaak C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*, Jur. 2004, p. I-7405
 Zaak C-157/02, *Rieser*, Jur. 2004, p. I-1477
 Zaak C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, AB 2005, 118, m.nt. AdMvV

Zaak C-201/02, Wells, Jur. 2004, p. I-723
 Zaak C-216/02, Österreichischer Zuchtverband für Ponys, Jur. 2004, p. I-10683, AB 2005, 384 m. nt. AdMvV
 Zaak C-371/02, Björnekulla, Jur. 2004, p. I-05791
 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
 Zaak C-26/03, Stadt Halle, Jur. 2005, p. I-1
 Zaak C-105/03, Pupino, Jur. 2005, p. I-5285
 Zaak C-171/03, Toeters en Verberk, AB 2005, 66, m.nt. RW
 Zaak C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA, n.n.g., JB 2006, 182, m.nt. NV
 Zaak C-176/03, Commissie/Raad, Jur. 2005, p. I-7879; AB 2005, 435, m.nt. AdMvV
 Zaak C-213/03, Pêcheur de l'étang de Berre, Jur. 2004, p. I-7357
 Zaak C-231/03, Coname, Jur. 2005, p. I-7287
 Zaak C-291/03, My Travel, n.n.g.
 Zaak C-320/03, Commissie tegen Oostenrijk, M en R 2006/2, nr. 14, m.nt. JJ.
 Gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, n.n.g., AB 2006, 174, m.nt. M. Verhoeven
 Zaak C-376/03, D. tegen belastingdienst, Jur. 2005, p. I-5821
 Zaak C-458/03 Parking Brixen, Jur. 2005, p. I-8612, SEW 2006, p. 171-174 m.nt. J.M.P. Janssen
 Zaak C-461/03 Gaston Schul, AB 2006, 65, m.nt. M. Verhoeven
 Zaak C-144/04, Mangold, Jur. 2005, p. 9981
 Gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04, La Cascina, n.n.g.
 Zaak C-234/04, Kapferer, n.n.g.; AB 2006, 191, m.nt. RW; JB 2006, 89, m.nt. NV; NTER 2006-5/6, p. 138-140, m.nt. R. Ortlep.
 Zaak C-331/04, ATI, Jur. 2005, p. I-10109
 Zaak C-372/04, Watts, n.n.g.
 Zaak C-410/04, ANAV, n.n.g.
 Zaak C-28/05, Dokter e.a., n.n.g.
 Zaak C-11/05, Coberco, n.n.g.

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

EHRM 17 december 1996, (Saunders), NJ 1997, 699 (m.nt. Kn)
 EHRM 16 april 2002 (Colas Est), AB 2002, 277, m.nt. OJ

AFDELING BESTUURSRECHTSpraak RAAD VAN STATE

ABRvS 17 december 1993, tB/S 1993, 110
 ABRvS 9 mei 1995, AB 1995, 529, m. nt. Backes
 ABRvS 30 november 1995, Stichting Silicose, AB 1996, 136
 ABRvS 14 december 1995, ABkort 1996, 21
 ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93
 ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496
 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229

ABRvS 10 februari 1997, JB 1997, 85
 ABRvS 6 mei 1997, van Vlodrop, AB 1997, 229
 ABRvS 28 augustus 1997, RAwb 1998, 20, m.nt. tB
 ABRvS 16 oktober 1998, RAwb 1999, 51
 ABRvS 7 december 1998, JB 1999, 14
 ABRvS 19 augustus 1999, AB 1999, 403, m.nt. MSV
 ABRvS 3 september 1999, AB 2000, 362
 ABRvS 26 oktober 1999, AB 2000, 23
 ABRvS 24 januari 2000, AB 2000, 199, m.nt. J.L. Boxum; JB 2000, 66, m.nt. R.J.N.S
 ABRvS 28 februari 2000, JB 2000, 114
 ABRvS 29 februari 2000, AB 2000, 118
 ABRvS 29 augustus 2000, JB 2000, 275
 ABRvS 8 februari 2001, M&R 2001/7-8, nr. 73
 ABRvS 10 april 2001, RAwb 2001, 96
 ABRvS 29 mei 2001, RAwb 2001, 98; JB 2001, 179
 ABRvS 22 augustus 2001, AB 2001, 310
 ABRvS 23 januari 2002, zaaknr. 200104247/2 (ongepubliceerd)
 ABRvS 27 maart 2002, AB 2002, 419, m. nt. ChB
 ABRvS 14 mei 2002, zaaknr. 200104247/3 (ongepubliceerd)
 ABRvS 22 mei 2002, Galerie A – Mondriaan Stichting; JB 2002, 203
 ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123
 ABRvS 24 juli 2002, LJN AE5779
 ABRvS 10 oktober 2002, ABkort 2002, 737
 ABRvS 23 oktober 2002, M en R 2003/1, nr. 5, m.nt. Van Rijswick en Widdershoven, AB 2002, 417, m.nt. ChB
 ABRvS 6 november 2002, AB 2003, 230, m.nt. TN; BR 2003, p. 221, m.nt. J.W. Weerkamp
 ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 28, m.nt. Jongma; M en R 2003/4, nr. 29, m.nt. Jans
 ABRvS 27 november 2002, AB 2003, 146, m.nt. AMLJ
 ABRvS 4 februari 2003, AB 2005, 85
 ABRvS 7 april 2003, JV 2003, 278
 ABRvS 8 augustus 2003, JB 2003, 263
 ABRvS 20 augustus 2003, AB 2003, 391, m.nt. RW
 ABRvS 10 september 2003, AB 2004, 24, m.nt. SEW; JV 2003, 482
 ABRvS 1 oktober 2003, AB 2004, 50
 ABRvS 22 oktober 2003, nr. 200204572
 ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262, m.nt. Jacobs en den Ouden
 ABRvS 2 maart 2004, AB 2004, 152, m.nt. BPV en RW.
 ABRvS 28 april 2004, AB 2004, 276, m.nt. RW; JB 2004, 239, m.nt. NV
 ABRvS 4 mei 2004, nr. 200405506/1
 ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 294
 ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340, m.nt. OJ en RW
 ABRvS 7 juli 2004, nr. 200400394/1
 ABRvS 26 juli 2004, JB 2004, 337

ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 392, m.nt. AvH
 ABRvS 27 oktober 2004, AB 2004, 427, m.nt. RW
 ABRvS 24 november 2004, JB 2005, 36
 ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 75, m.nt. RW
 ABRvS 26 januari 2005, BR 2005, 894 m.nt. Nijmeijer
 ABRvS 16 februari 2005, zaaknr. 200404496/1
 ABRvS 13 juli 2005, zaaknr. 200501517/1
 ABRvS 13 juli 2005, zaaknr. 200408547/1
 ABRvS 16 november 2005, AB 2006, 119, m.nt. RW
 ABRvS 16 november 2005, AB 2006, 124, m.nt. R. Ortlep
 ABRvS 7 december 2005, AB 2006, 67 m.nt. RW, M & R 2006, 19 , m.nt. Jans
 ABRvS 11 januari 2006, JB 2006, 54
 ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. W. den Ouden; Gst. 7254, 98, m.nt.
 R.J.M. van den Tweel
 ABRvS 15 februari 2006, AB 2006, 118, m.nt. RW
 ABRvS 8 maart 2006, zaaknr. 200505352/1.
 ABRvS 8 maart 2006, AB 2006, 142, m.nt. TN
 ABRvS 22 maart 2006, zaaknr. 200505248/1
 ABRvS 3 mei 2006, zaaknr. 200505725/1
 ABRvS 21 juni 2006, zaaknr. 200508834/1
 ABRvS 19 april 2006, zaaknr. 200409931/1
 ABRvS 28 juni 2006, zaaknr. 200600037/1

VOORZITTER VAN DE AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK RAAD VAN STATE

Vz. ABRvS 26 oktober 1984, AB 1985, 193
 Vz. ABRvS, 14 september 2001, AB 2001, 320

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

CBB 1 juni 1959, SEW 1959, p. 289, m.nt. AM
 CBB 3 september 1969, SEW 1970, p. 187, m.nt. JP
 CBB 25 mei 1976, AB 1976, 179
 CBB 11 mei 1977, AB 1977, 348
 CBB 13 mei 1977, AB 1977, 264, m.nt. In 't V.
 CBB 27 juni 1979, SEW 1980, p. 732, m.nt. JHvK
 CBB 23 december 1980, AB 1981, 322, m.nt. J.G. van der Wielen
 CBB 20 september 1989, AB 1990, 400
 CBB 12 juli 1994, AB 1994, 659, m.nt. JHvdV
 CBB 14 maart 1995, AB 1995, 371, m.nt. JHvdV
 CBB 31 januari 1996, RAwb 1996, 63
 CBB 24 juli 1996, AB 1996, 396
 CBB 4 mei 1999, AB 1999, 260, m.nt. JHvdV
 CBB 18 juli 2000, AB 2000, 451
 CBB 10 oktober 2000, AB 2001, 32, m.nt. JHvdV; JB 2000/355
 CBB 3 juli 2002, AWB 00/429

CBB 26 juni 2003, AB 2003, 397
 CBB 27 augustus 2003, LJV AL1184
 CBB 22 september 2004, LJV AR3070.
 CBB 22 september 2004, LJV AR3073.
 CBB 22 september 2004, AB 2004, 371, m.nt. JHvdV; JB 2004,382, m.nt. NV
 CBB 9 maart 2005, LJV AT 2712
 CBB 17 mei 2005, AB 2005, 282, m.nt. JHvdV
 CBB 17 oktober 2005, AB 2006, 46
 CBB 19 oktober 2005, JB 2006, 24
 CBB 16 maart 2006, LJV AV7337 CBB 17 mei 2006, LJV nr. AX 7770

VOORZITTER/PRESIDENT VAN HET COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

Vz. CBB 4 januari 1991, AB 1991, 185
 Pres. CBB 28 januari 1998, AB 1998, 22
 Pres. CBB 1 oktober 2003, LJV AM 1475
 Pres. CBB 17 oktober 2005, AB 2006, 46 m.nt. JHvdV

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

CRvB 2 mei 1935, AB 1935, p. 621
 CRvB 18 maart 1943, AB 1943, p. 409
 CRvB 2 december 1947, AB 1948, p. 86
 CRvB 16 november 1948, AB 1949, p. 161
 CRvB 18 oktober 1949, AB 1949, p. 806
 CRvB 14 februari 1950, AB 1950, p. 581
 CRvB 10 juli 1951, AB 1951, p. 825
 CRvB 16 september 1952, AB 1953, p. 85
 CRvB 20 oktober 1976, RSV 1977, 14
 CRvB 28 april 1977, RSV 1977, 253
 CRvB 15 september 1983, MAV 1981, B19
 CRvB 6 juni 1984, TAR 1984, 302
 CRvB 31 december 1984, RSV 1984, 126
 CRvB 24 september 1987, TAR 1987, 257, m.nt. R. van Male
 CRvB 2 mei 1991, TAR 1991, 130; AB 1992, 22 m.nt. HH
 CRvB 21 april 1994, AB 1994, 476, m.nt. HH; TAR 1994, 132
 CRvB 19 oktober 1995, TAR 1995, 263
 CRvB 14 december 1995, TAR 1996, 32
 CRvB 19 november 1996, RSV 1997, 65; JABW 1997, 23; JB 1997, 11
 CRvB 24 december 1996, AB 1997, 243, m.nt. FP; RSV 1997, 98
 CRvB 23 januari 1997, AB 1997, 194, m.nt. HH; TAR 1997, 42
 CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124, m.nt. HBr; Rawb 1998, 118, m.nt.
 Widdershoven; JB 1998, 40, m.nt. EvdL
 CRvB 28 mei 1998, JB 1998, 150
 CRvB 14 oktober 1998, RSV 1999, 44

CRvB 19 november 1998, Rawb 1999, 118 m.nt. RW
 CRvB 15 december 1999, Rawb 2000, 77
 Vz. CRvB 17 december 2002, KG 2003, 67
 CRvB 30 maart 1995, AB 1995, 334
 CRvB 2 mei 2002, TAR 2002, 137
 CRvB 6 november 2002, AB 2003, 178, m.nt. BdeW; RSV 2003, 57
 CRvB 23 december 2002, AB 2003, 209 m.nt. RW; JB 2003, 52; USZ 2003, 72
 CRvB 20 februari 2003, TAR 2003, 112.
 CRvB 4 december 2003, AB 2004, 125, m.nt. HBr; JB 2004, 32, m.nt. EvdL; USZ
 2004, 52 m.nt. Red; RSV 2004, 88; TAR 2004, 85
 CRvB 29 april 2004, RSV 2004, 260; USZ 2004, 221; JB 2004, 246, m.nt. red
 CRvB 1 juni 2004, JB 2004, 271, m.nt. F.A.M. S.; JWwB 2004, 260
 CRvB 12 augustus 2004, TAR 2005, 21
 CRvB 9 december 2004, TAR 2005, 36
 CRvB 28 januari 2005, AB 2005, 255, m.nt. R. Ortlep; RSV 2005, 116; USZ 2005,
 137
 CRvB 2 maart 2005, AB 2005, 228, m.nt. R. Ortlep; JB 2005, 132
 CRvB 15 april 2005, LjN AT4325
 CRvB 7 juni 2005, LjN AT7061
 CRvB 13 juli 2005, AB 2005, 347
 CRvB 4 januari 2006, JB 2006/65, m.nt. NV; USZ 2006/93; AB 2006, 180,
 m.nt. R. Ortlep
 CRvB 3 maart 2006, USZ 2006, 143
 CRvB 30 maart 2006, LjN AW1840

VOORZITTER/PRESIDENT VAN DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP

Vz. CRvB 23 februari 1994, JB 1994, 54

HOGE RAAD

HR 29 september 1920, AB 1920, 298
 HR 14 december 1960, BNB 1961, 57
 HR 13 december 1971, NJ 1972, 137
 HR 16 mei 1986, Heesch / van den Akker, AB 1986, 573
 HR 31 mei 1991, AB 1992, 290
 HR 18 juni 1993, st. Oedenrode/Van Aarle, AB 1993, 504, m.nt. FHvdB
 HR 29 mei 1996, BNB 1996, 282, m.nt. IIsink; VN 1996, 2083, m.nt. Red.; BB
 1996, 494; m.nt. PdB
 HR 8 juli 1996, BNB 1996, 268
 HR 19 november 1997, BNB 1998, 11
 HR 15 december 1998, NJ 1999, 553
 HR 17 december 1999, AB 2000, 89, m.nt. PvB
 HR 21 maart 2001, BNB 2001, 238; VN 2001, 18.7 m.nt. Red.
 HR 30 maart 2001, AB 2001, 412, m. nt. ThGD

- HR 8 februari 2002, BNB 2002, 105; VN 2002, 16.5 m.nt. Red.; NTFR, 2002, 246 m.nt. K. de Graaf
- HR 28 juni 2002, BNB 2002, 311; NTFR 2002, 927, m.nt. R.M.P.G. Niessen-Cobben
- HR 24 januari 2003, AB 2003, 120, m.nt. RW; NJ 2003, 629 m.nt. MRM; JB 2003, 44 m.nt. EvdL.
- HR 24 januari 2003, AB 2003, 139 m. nt. BdeW; JB 2003, 95, m.nt. Niessen-Cobben HR 4 april 2003 NJ 2004, 35
- HR 20 juni 2003, AB 2004, 84
- HR 23 januari 2004, AB 2004, 258, m.nt. RW; BNB 2004, 118, m.nt. Zwemmer; VN 2004, 9.3 m.nt. Red.; NTFR 2004, 118, m.nt. Kors; JB 2004, 99, m.nt. R.M.P.G.N.
- HR 7 mei 2004, AB 2004, 439, m.nt. GAvdV
- HR 11 juni 2004, BNB 2004, 293, m.nt. W.J.N.M. Snoijink; BB 2004, 735 m.nt. Kruimel; VN 2004, 30.4, m.nt. Red.; NTFR 2004, 1080, m.nt. Groenewegen
- HR 8 oktober 2004, BNB 2004, 434; VN 2004, 53.8 m.nt. Red.; NTFR 2004, 1513, m.nt. Van de Merwe
- HR 17 december 2004, AB 2005, 111, m.nt. RW
- HR 18 februari 2005 AB 2005, 119 m.nt. RW; BNB 2005, 283, m.nt. Van Zadelhoff; VN 2005, 12.6 m.nt. Red.; NTFR 2005, 273, m.nt. Pechler
- HR 4 nov. 2005, NJ 2006, 204
- HR 28 april 2006, VN 2006/22.7, m.nt. Red.; NTFR 2006, 634, m.nt. Van de Merwe

RECHTBANK

- Rb. Utrecht 25 oktober 1995, Lubsen, JB 1995, 305
- Rb. Rotterdam 7 januari 2002, Versatel/OPTA, Mediaforum 2002, 3, Jur. Nr. 9, m.nt. M.J. Geus
- Rb. Den Haag 15 april 2003, KG 02, 1577
- Rb. Zutphen, 20 mei 2003, LJN AF9788
- Rb. Amsterdam 4 april 2005, AB 2005, 159
- Rb. Roermond 21 december 2005, JB 2006, 68, m.nt. NV; AB 2006, 181, m.nt. R. Ortlep
- Rb. Haarlem 30 maart 2006 LJN AW4975
- Rb. Haarlem 4 april 2006, LJN AV9500.
- Rb. Den Haag 20 april 2006, LJN AY4182

VOORZIENINGENRECHTER RECHTBANK

- Voorzieningenrechter Rb. Den Haag 6 en 17 oktober 1997, RAWB 1998, 33
- Vorzieningenrechter Rb. Rotterdam 23 december 1999, Libertel/Opta, Mediaforum 2000, 2, Jur. Nr. 13., m.nt. E. Loozen & K. Mortelmans
- Voorzieningenrechter Rb. Den Haag 22 april 2004, AB 2004, 364 m.nt. RW
- Voorzieningenrechter Rb. Utrecht, 16 augustus 2005, LJN AU1933

Bijlage 1

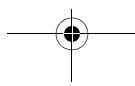
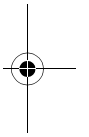
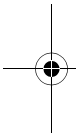
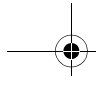
SAMENSTELLING BEGELEIDINGSCOMMISSIE

Voorzitter

— Mw. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, College van Beroep voor het Bedrijfsleven

Leden

- Dr. F.W. Beijaard, Ministerie van Justitie / WODC
- Mw. mr. drs. D. Brugman, Ministerie van Binnenlandse Zaken & Koninkrijksrelaties
- Dr. W. Douma, T.M.C. Asser Instituut
- Mr. dr. J.C.A. de Poorter, Raad van State
- Mw. prof. mr. H.G. Sevenster, Ministerie van Buitenlandse Zaken
- Prof. mr. N. Verheij, Ministerie van Justitie



Bijlage 2

AANDACHTSPUNTEN INTERVIEWS ONDERZOEK 'EUROPESE AGENDA VAN DE AWB'

Achtergrond

Het doel van het onderzoek is om in kaart te brengen ten aanzien van welke onderwerpen spanningen (kunnen) bestaan tussen de algemene regels van bestuursrecht van de Awb en het EG-recht. Daarnaast moet in het onderzoek worden aangegeven hoe deze spanningen kunnen worden 'opgelost'.

In het onderzoek gaat de belangstelling enerzijds uit naar spanningen die kunnen bestaan met de algemene eisen die het EG-recht, en met name de rechtspraak van het Hof van Justitie, stelt aan het nationale procesrecht – in Nederland de Awb – als instrument voor de doorwerking van EG-recht. Deze eisen worden gesteld op basis van de beginselen van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming, alsmede de algemene rechtsbeginselen. Anderzijds wordt aandacht besteed aan de spanningen die kunnen bestaan tussen regelingen van de Awb en voorschriften in secundaire EG-regelingen op een specifiek terrein. Deze regels hebben bijvoorbeeld betrekking op de bestuurlijke besluitvorming en de inrichting van de rechtsbescherming. Specifieke voorschriften worden bijvoorbeeld aangetroffen in het Communautair Douanewetboek, in Europese verordeningen op het terrein van landbouw en in de richtlijnen omtrent aanbesteding.

Het interview heeft vooral betrekking op mogelijke spanningen die zich op uw terrein kunnen voordoen tussen de Awb en specifieke EG-regelingen. Uiteraard kunnen ook spanningen tussen de Awb en de algemene EG-rechtelijke doorwerkingseisen aan de orde komen.

N.B.: de lijst van aandachtspunten is een standaardlijst die wordt gehanteerd bij de gesprekken met uiteenlopende respondenten, afkomstig van de hoogste gerechten, de belangrijkste EG-departementen en diverse uitvoeringsorganisaties die specifiek zijn belast met de toepassing van EG-recht. De lijst is daarom vrij uitvoerig. Lang niet altijd zullen alle vragen bij iedere respondent aan de orde komen. Voorzover u ten aanzien van een bepaald onderwerp geen ervaringen of opvattingen heeft, kunnen de desbetreffende vragen worden overgeslagen.

Aandachtspunten

- 1 Op welke terrein ligt uw expertise? Doen zich op dit terrein spanningen voor tussen de algemene regelingen van de Awb en het door u toegepaste EG-recht? Gaat het daarbij om spanningen met betrekking tot de algemene EG-

rechtelijke doorwerkingseisen of om spanningen met betrekking tot specifieke communautaire regelingen? Indien het laatste het geval is, om welke regelingen gaat het?

- 2 Kernbegrippen: in het systeem van de Awb staan drie kernbegrippen centraal, het bestuursorgaan (art. 1:1 Awb), de belanghebbende (art. 1:2 Awb) en het besluit (art. 1:3 Awb). Kunt u deze begrippen op uw terrein zonder problemen toepassen of bestaan er spanningen met de eisen die in specifieke EG-regelingen worden gesteld? Zo ja, welke? Hoe lost u die op?
- 3 Beginselen van behoorlijk bestuur: bestaan er spanningen tussen het door u toegepaste EG-recht en de veelal in de Awb gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het formele zorgvuldigheid (art. 3:2 Awb), détournement de pouvoir (art. 3:3), het beginsel van evenredige belangenafweging (art. 3:4), het beginsel van een kenbare en deugdelijke motivering (afd. 3:7 Awb) en het vertrouwensbeginsel?
Het EG-recht kent twee beginselen, het transparantiebeginsel en de rechten van verdediging, die in Nederland in algemene zin niet of slechts in beperkte mate zijn gecodificeerd. Spelen deze beginselen op uw terrein een rol? Zo ja, hoe past u deze in in het stelsel van de Awb? Bestaat er behoefte aan codificatie van deze beginselen in de Awb?
- 4 Specifieke voorschriften voor het nemen van besluiten en beschikkingen (afd. 4.1 Awb): de Awb bevat algemene regels omtrent de voorbereiding van besluiten (onder meer omtrent de aanvulling van aanvragen), de herhaalde aanvraag, de bekendmaking en de beslistermijn. Doen zich spanningen voor tussen deze regels en de regels die u (mogelijk) moet toepassen op grond van specifieke Europese regelingen? Zo ja, hoe lost u deze spanningen op?
- 5 Subsidies (afd. 4.2 Awb): de Awb bevat een uitvoerige regeling omtrent de verlening van subsidies. Deze zijn in beginsel ook van toepassing op de verlening van Europese subsidies en het verstrekken van staatssteun in de vorm van subsidies. Indien op uw terrein sprake is van Europese subsidies en/of staatssteun, in hoeverre bestaan er spanningen tussen de algemene regels van de Awb en de Europese regels daaromtrent (bijv. op het punt van intrekkinggronden en legaliteit)? Op welke wijze lost u eventuele spanningen op?
- 6 Handhaving (hoofdstuk 5 Awb): veel secundaire EG-regelingen bevatten voorschriften omtrent de handhaving (toezicht en sanctionering) van overtredingen van de regeling. Bestaan er spanningen tussen deze voorschriften en de regeling van handhaving in de Awb? Ook eventuele spanningen tussen de EG-regels en de toekomstige Awb-regeling van de bestuurlijke boete kunnen worden signaleerd.
Het EG-recht schrijft op sommige terreinen specifieke sancties voor, zoals de uitsluiting van Europese subsidies. Komen dergelijke sancties op uw terrein voor? Heeft u behoefte aan een algemene regeling hiervan in de Awb?

- 7 Toegang tot de rechter: de toegang tot de rechter is in de Awb gekoppeld aan de begrippen 'besluit' en 'belanghebbende'. Daarnaast zijn er voorzieningen voor de rechterlijke toegang in het geval van niet tijdig beslissen (art. 6:2 Awb) en tegen voorbereidingshandelingen (art. 6:3 Awb). Bestaan er spanningen tussen deze regels omtrent de toegang en de eisen die het EG-recht in het algemeen of in specifieke EG-regelingen op uw terrein stelt? Zo ja, welke? Hoe lost u die op? Als voorbeeld kan worden gedacht aan specifieke EG-regels over de rechtsmiddelen tegen het niet tijdig beslissen.
- Verder is de toegang tot de rechter gebonden aan formele vereisten (onder meer met betrekking tot het beroepschrift en de beroepstermijnen). Bestaan er spanningen tussen deze eisen en de eisen die het EG-recht in het algemeen of in specifieke EG-regelingen op uw terrein stelt? Zo ja, welke? Hoe lost u die op?
- Voordat een belanghebbende beroep kan instellen bij een bestuursrechter moet in de regel de bezwaarschriftprocedure worden doorlopen. Kan deze verplichting op uw terrein op gespannen voet staan met het EG-recht?
- 8 De omvang van geding: de omvang van het geding wordt onder het systeem van de Awb bepaald (en beperkt) door artikel 8:69 Awb, alsmede door de mogelijke hantering door de rechter van een onderdelenfui, een gronden- of argumentatieve fui en/of een bewijsfui. In hoeverre kunnen deze beperkingen op gespannen voet staan met de EG-rechtelijke eisen in het algemeen of met de eisen in specifieke EG-regelingen?
- 9 Procedurele kwesties: specifieke EG-regelingen stellen nogal eens eisen omtrent het bewijsrecht. Staan deze regels op gespannen voet met de Awb-regels omtrent bewijs? Bestaat er behoefte aan bepalingen in de Awb ten aanzien van de prejudiciële procedure van artikel 234 EG (bijv. ten aanzien van de tussenuitspraak waarin deze wordt gesteld en mogelijke conservatoire maatregelen)?
- 10 Voorzieningenprocedure: bestaan er spanningen tussen de algemene en specifieke eisen die het EG-recht (mogelijk) stelt aan de aanwezigheid en inrichting van de voorzieningenprocedure in EG-rechtelijke zaken (met name in geldigheidskwesties)? Daarbij kan worden gedacht aan de (on)mogelijkheid om in een voorzieningenprocedure financiële zekerheden te eisen, de wenselijkheid en mogelijkheid om in zo'n procedure de Commissie te horen (als *amicus curiae*), maar ook aan mogelijke afstemmingsproblemen tussen deze procedure en de in sommige EG-regelingen voorgeschreven bestuurlijke opschortingsmaatregelen.
- 11 Uitspraakbevoegdheden: bestaat er op specifieke terreinen van EG-recht behoefte aan een uitbreiding van de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter, bijvoorbeeld met de bestuurlijke lus (zoals ingevoerd bij de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasemissierechten). Zouden de

herzieningsgronden van artikel 8:88 Awb moeten worden aangevuld met een aparte grond, strijd van een hoogste rechterlijke uitspraak met het EG-recht?

- 12 Schadevergoeding en nadeelcompensatie: bestaan er naar uw inzicht spanningen tussen het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht bij onrechtmatig overheidshandelen, bijvoorbeeld met betrekking tot het beginsel van formele rechtskracht? Bestaan er op uw beleidsterrein nadeel- of andersoortige compensatieregelingen of bent u daarmee bekend? Zo ja, worden deze onder omstandigheden aangemerkt als staatssteun, zijn zij bij de Commissie aangemeld en wat was het oordeel van de Commissie omtrent de regeling?

Bijlage 3

LIJST VAN GEÏNTERVIEWDE PERSONEN

Ministerie van Binnenlandse Zaken & Koninkrijksrelaties

- Mw. mr. drs. D. Brugman
- Mw. mr. E.C. Drexhage

Ministerie van Justitie

- Prof. mr. N. Verheij

Ministerie van Financiën

- Mw. mr. R.G. van den Berg (Financieel toezicht)
- Mw. mr. A.P.H. Klein (Financieel toezicht)
- Mr. H.W. Sirks (Financieel toezicht)
- Mr. F.J. Wiarda (Douane)

Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit

- Mr. D.J. Jans (Directie Juridische zaken)
- Mr. G.P. Jansen (Coördinerend bureau)
- Mr. J. Teigeler (Dienst Regelingen)

College van Beroep voor het Bedrijfsleven

- Mr. R.R. Winter

Hoge Raad

- Mr. J.W. van den Berge
- Mr. P. Lourens
- Prof. mr. P.J. Wattel

Centrale Raad van Beroep

- Mr. T.L. de Vries
- Mr. H.J. Simon

Raad van State

- Mr. M. Eisma
- Mr. H.G. Lubberdink
- Mw. mr. B.M. Veltkamp

Productschappen

- Mr. A.C.R. Geelen (Productschap Zuivel)
- Mr. W.J.L. Verheul (Productschappen Vee, Vlees en Eieren)
- Mr. M.A.C. Visser (Productschappen Vee, Vlees en Eieren)