

# JBPLUS 2017(4) De erosie van het Nederlandse legaliteitsbeginsel onder invloed van het Unierecht

09-11-2017

Auteur(s): Molendijk, R.; Ortlep, R.

*Het Nederlands wetsbegrip is door de invloed van het Unierecht geëuropeaniseerd. In de nationale rechtspraak komt duidelijk een positief antwoord op de vraag of een bestuursorgaan een bevoegdheid aan een EU-verordening kan ontlenen. Lange tijd werd daarbij evenwel de – uit het nationale legaliteitsbeginsel volgende – voorwaarde gesteld dat in een nationaal wettelijk voorschrift een concreet bestuursorgaan was aangewezen, casu quo bevoegd was verklaard, om een dergelijke verordening uit te voeren. Inmiddels volgt de positieve beantwoording van die vraag ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en komt de zojuist genoemde voorwaarde niet meer in de nationale rechtspraak tot uitdrukking. Of er een oorzakelijk verband tussen deze ontwikkelingen bestaat, is voor ons aanleiding om in deze bijdrage de volgende onderzoeksvraag centraal te stellen: in hoeverre kan een bestuursorgaan bevoegdheden ontlenen aan een EU-rechtshandeling en hoe verhoudt dit zich tot zowel het Unierechtelijk als het Nederlands legaliteitsbeginsel?*

## 1 Inleiding

In relatief korte tijd is door de invloed van het Unierecht het Nederlands wetsbegrip geëuropeaniseerd.<sup>1</sup>

Zo is het in de Nederlandse rechtspraak gemeengoed geworden dat een EU-verordening gelijkgesteld wordt met een wettelijk voorschrift in de zin van de Awb, oftewel met een wet in materiële zin, en dat een bestuursorgaan aan een dergelijke verordening een bevoegdheid kan ontlenen omeen besluit te nemen. Ook de regering maakt op dit onderwerp stappen. Op 4 juli 2017 heeft zij namelijk het voorstel ‘Wet terugvordering staatssteun’ bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>2</sup> Dat wetsvoorstel voorziet – kort gezegd – in een sluitende set van nationaalrechtelijke grondslagen voor de terugvordering van staatssteun die niet overeenkomstig EU-regels is verstrekt. Het daarvoor reeds in 2008 bij de Tweede Kamer ingediende voorstel ‘Wet terugvordering staatssteun’<sup>3</sup> is nimmer tot wet verheven en wordt ingetrokken.<sup>4</sup> In de nieuwe poging van de regering wordt als uitgangspunt gehanteerd dat staatssteun wordt teruggevorderd op basis van een zelfstandige grondslag neergelegd in een aparte wettelijke regeling. Voor langs privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke weg verleende steun wordt dat de ‘Wet terugvordering staatssteun’. De bevoegdheidsgrondslag voor de terugvordering van fiscale steun wordt op basis van het wetsvoorstel opgenomen in de Algemene wet inzake rijksbelastingen.<sup>5</sup>

Het bevestigend antwoord op de vraag of een bestuursorgaan een bevoegdheid aan een EU-verordening kan ontlenen volgde in eerste instantie uitsluitend uit de Nederlandse rechtspraak, met dien verstande dat gelet op het Nederlandse legaliteitsvereiste als voorwaarde werd gesteld dat in een nationaal wettelijk voorschrift een concreet bestuursorgaan was aangewezen, casu quo bevoegd was verklaard, om een dergelijke verordening uit te voeren. Inmiddels volgt de positieve beantwoording van die vraag ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie of Hof) en komt de zojuist genoemde voorwaarde niet meer in de Nederlandse rechtspraak tot uitdrukking. Of er een oorzakelijk verband tussen deze ontwikkelingen bestaat, is voor ons aanleiding om in de onderhavige bijdrage de volgende onderzoeksvraag centraal te stellen: in hoeverre kan een bestuursorgaan bevoegdheden ontlenen aan een EU-rechtshandeling en hoe verhoudt dit zich tot zowel het Unierechtelijk als het Nederlands legaliteitsbeginsel?<sup>6</sup>

Ter beantwoording van die vraag zullen wij in paragraaf 2 ingaan op de vereisten en functies van het legaliteitsbeginsel, zowel in Nederlands als in Unierechtelijk perspectief. Vervolgens behandelen wij in paragraaf 3 de Europeanisering van het Nederlandse wetsbegrip, waarbij wij een onderscheid maken tussen de verschillende Unierechtelijke rechtshandelingen, te weten de EU-verordening, het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) (hierna gezamenlijk: de Verdragen of afzonderlijk: het Verdrag), de EU-richtlijn en het EU-besluit.<sup>7</sup> Paragraaf 4 sluit deze bijdrage af met een conclusie en enkele slotopmerkingen.

## 2 Legaliteitsbeginsel: Nederlands en Unierechtelijk perspectief

### 2.1 Inleiding

Voor de beantwoording van de in deze bijdrage centraal staande vraag is het noodzakelijk om de precieze betekenis van het legaliteitsbeginsel helder voor ogen te hebben.<sup>8</sup>

Daarom wordt hieronder ingegaan op (de inhoud en reikwijdte van) het Nederlandse legaliteitsbeginsel en de functies die dat beginsel vervult. Ook wordt stilgestaan bij de betekenis die het Nederlandse legaliteitsbeginsel toekomt in de huidige geïntegreerde rechtsorde en het hieruit voortvloeiende additionele legaliteitsaspect, te weten: het vereiste van een dubbele bevoegdheidsgrondslag. Vervolgens zal het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel worden besproken.

### 2.2 Nederlands legaliteitsbeginsel

#### 2.2.1 Inhoud en werkingssfeer van het Nederlandse legaliteitsbeginsel

Vooropgesteld zij dat het door de verscheidenheid aan in de literatuur en de rechtspraak gegeven betekenissen die aan het (grotendeels ongeschreven) legaliteitsbeginsel worden gegeven, lastig is om dat veelomvattende en enigszins abstracte beginsel op een eenduidige wijze te definiëren.<sup>9</sup>

Toch zal hier aanstonds een poging toe worden gedaan, met dien verstande dat in deze paragraaf zal worden volstaan met het schetsen van de hoofdlijnen.

In de kern vereist het legaliteitsbeginsel dat voor overheidsoptreden een (tot een formele wet herleidbare) wettelijke grondslag bestaat. Deze basis moet bovendien duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn.<sup>10</sup>

Daarenboven vereist het legaliteitsbeginsel – vaak in combinatie met het rechtszekerheidsbeginsel – dat een specifiek overheidsorgaan met bepaalde kwaliteiten als bevoegde instantie aangewezen wordt.<sup>11</sup> Wat betreft de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel, oftewel het soort overheidsoptreden (e.g. vrijheidsbeperkend, dwingend of verplichtend) waarvoor een wettelijke grondslag geldt, wordt dikwijls verwezen naar het – in de Duitstalige literatuur gemaakte – onderscheid tussen belastend overheidsoptreden (Eingriffsverwaltung) en presterend overheidsoptreden (Leistungsverwaltung).<sup>12</sup> Bij belastend overheidsoptreden gaat het – kort gezegd – om gebiedend of verbiedend (negatief) overheidsoptreden, waarbij burgers in hun recht of vrijheid worden beperkt. De opvatting dat hiervoor een wettelijke grondslag moet bestaan, lijkt weinig omstreden en is reeds terug te vinden in de Grondwetten van 1814 en 1815.<sup>13</sup> Ter adstructie van het voorgaande zij gewezen op het volgende. Nadat in het Meerenberg-arrest<sup>14</sup> van de Hoge Raad in 1879 was vastgesteld dat 'voorschriften door straffen te handhaven' wettelijk dienden te worden vastgesteld, werd het soort overheidsoptreden dat een wettelijke basis behoeft door ons hoogste rechtscollege verder verruimd. Zo werd het vereiste van een wettelijke grondslag later in het Fluoridering-arrest<sup>15</sup> ook geëxpliciteerd voor feitelijk dwingend overheidsoptreden (in casu het preventief toevoegen van fluor zonder wettelijke basis in de Waterleidingwet). Na het Methadonbrief-arrest<sup>16</sup> stond ten slotte vast dat ook juridisch dwingend overheidsoptreden door middel van feitelijke dwang een wettelijke basis behoeft. Kort en goed geldt dus dat voor eenzijdig verplichtend overheidsoptreden (Eingriffsverwaltung) een wettelijke grondslag moet bestaan.<sup>17</sup>

Ook voor presterend optreden van overheidszijde dat eenzijdig belangen van burgers beïnvloedt (zoals toekenning van een subsidie of uitkering), geldt het vereiste van een wettelijke basis.<sup>18</sup>

Ter illustratie zij verwezen naar artikel 4:23 Awb, waaruit volgt dat voor subsidieverstrekking een wettelijke basis is vereist. Wanneer precies aan het ter zake geldende vereiste van een wettelijke basis is voldaan en wat hieronder precies wordt verstaan, komt aan bod in paragraaf 3. Gelet op de relevantie voor het in deze bijdrage centraal staande onderwerp, zal de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel niet verder worden besproken en zullen aan het zojuist aangebrachte onderscheid tussen Eingriffsverwaltung en Leistungsverwaltung bij een beschrijving van de inhoud van het legaliteitsbeginsel geen verdere consequenties worden verbonden.

Zojuist is beschreven dat op grond van het legaliteitsbeginsel is vereist dat zowel voor het eenzijdig opleggen van verplichtingen aan burgers als voor ander overheidsingrijpen op diens rechten en vrijheden een (tot een formele wet herleidbare) wettelijke basis bestaat.<sup>19</sup>

Bij bestudering van de inhoud van het legaliteitsbeginsel in de betekenis van het vereiste van een wettelijke grondslag, is het interessant om te kijken naar de Duitse doctrine waar bij de definiëring van het legaliteitsbeginsel twee aspecten worden onderscheiden, te weten: het Vorbehalt des Gesetzes (het vereiste van een wettelijke (bevoegdheids)grondslag) en de Vorrang des Gesetzes (het primaat van de wet).<sup>20</sup> Het laatstgenoemde aspect houdt in dat bevoegdheidsuitoefening door bestuursorganen haar grondslag moet vinden in wetgeving in formele zin, bestuursorganen moeten deze wetgeving in acht nemen. Aan deze wetgeving, afkomstig van de democratisch gelegitimeerde wetgever, komt het primaat toe. Het tweede aspect van het legaliteitsbeginsel, het Vorbehalt des Gesetzes, houdt in dat een bestuursorgaan alleen bevoegdheden heeft voor zover daartoe uitdrukkelijk wordt voorzien in een (tot de formele wet herleidbare) wettelijke regeling. Het is dat aspect van het legaliteitsbeginsel waar in het vervolg van deze bijdrage de nadruk op zal worden gelegd.<sup>21</sup> Immers, indien een EU-rechtshandeling niet bepaalt welk concreet bestuursorgaan bevoegd is de Unierechtelijke verplichtingen uit te voeren, dient zich de vervolgvraag aan of met die rechtshandeling ook wordt voldaan aan het vereiste van een wettelijke grondslag. Dit geldt met name nu uit het Nederlandse legaliteitsbeginsel en het daaruit voortvloeiende vereiste van een dubbele bevoegdheidsgrondslag volgt dat er naast de materiële, Unierechtelijke bevoegdheidsgrondslag eveneens een nationale, institutionele grondslag moet zijn. Hierop wordt hieronder ingegaan.

### 2.2.2 Het Nederlandse legaliteitsbeginsel in de geïntegreerde rechtsorde

Voordat in paragraaf 2.3 het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel wordt besproken, wordt eerst stil gestaan bij de betekenis van het Nederlandse legaliteitsbeginsel in de geïntegreerde rechtsorde. Als gevolg van de ontwikkeling en invloed van het Unierecht en de daarmee gepaard gaande transformatie van een nationale rechtsorde naar een samengestelde, geïntegreerde rechtsorde, volstaat het niet om door een louter nationaalrechtelijke bril naar het legaliteitsbeginsel te kijken. Daarom wordt hieronder beschreven welke betekenis dat beginsel (en dan met name het vereiste van een wettelijke (bevoegdheids)grondslag (Vorbehalt des Gesetzes)) onder invloed van de Europeaniseringstendens heeft (gekregen).

Het Nederlandse legaliteitsbeginsel, dat vereist dat elke bevoegdheidsuitoefening door overheidsorganen jegens burgers op een (tot een formele wet herleidbare) wettelijke grondslag dient te berusten, geldt onverkort voor de uit het Unierecht voortvloeiende bevoegdheidsuitoefening, zij het dat in dit verband een additioneel aspect valt te ontwaren. Daar Europese wet- en regelgeving doorgaans niet een bepaald bestuursorgaan op nationaal niveau aanwijst,<sup>22</sup>

maar slechts een verwijzing naar 'de lidstaat' of de daartoe behorende 'bevoegde autoriteiten' bevat, is het de lidstaat die – in lijn met het beginsel van nationale institutionele autonomie – het bevoegde bestuursorgaan aanwijst en de benodigde bevoegdheden toekent voor de uitvoering van Unierechtelijke verplichtingen.<sup>23</sup> Toekenning van een bevoegdheid geschiedt aldus krachtens nationaal recht door een handeling van de lidstaat. Wanneer het nationale recht de aanwijzing van een bevoegde instantie regelt, is er sprake een dubbele bevoegdheidsgrondslag, waarbij enerzijds de norm op Unierechtelijk niveau is vastgesteld, terwijl anderzijds de bevoegdheid om deze norm daadwerkelijk aan te wenden, haar grondslag vindt in en verloopt via het nationale recht.<sup>24</sup> Bevoegdheidsuitoefening louter op basis van een materiële Unierechtelijke grondslag en dus zonder nationale (tot de formele wet herleidbare) wettelijke regeling leidt zo gezien tot 'halve legaliteit'.<sup>25</sup>

### 2.2.3. Functies van het Nederlandse legaliteitsbeginsel

In vervolg op de hierboven gegeven beschouwing over de inhoud en werkingssfeer van het legaliteitsbeginsel, worden hierna de functies van het legaliteitsbeginsel besproken. In het kader van deze bijdrage verdienen vooral de beschermingsfunctie, de legitimerende functie, de attributieve functie en de regulerende functie nadere bespreking.<sup>26</sup>

De rode draad bij deze bespreking zal zijn dat niet alleen het Nederlandse legaliteitsbeginsel zelf maar ook een tweetal daaraan toekomende functies nopen tot het creëren van een nationale institutionele grondslag.

De eerstgenoemde beschermingsfunctie van het legaliteitsbeginsel waarborgt – kort gezegd – dat de vrijheid en autonomie van de burger vis-à-vis de overheid wordt gewaarborgd.<sup>27</sup>

Omdat bevoegdheidsuitoefening op grond van het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag behoeft, wordt onjuist overheidsoptreden begrensd en wordt voorkomen dat bevoegdheden voor een ander doel worden aangewend dan waar zij oorspronkelijk voor waren toegekend. Daarmee wordt het verbod van détournement de pouvoir geëerbiedigd en wordt machtsmisbruik en willekeur verhinderd.<sup>28</sup> De gebondenheid van de overheid aan de wet komt bovendien de gelijkheid (voor de wet) en de rechtszekerheid ten goede, nu het legaliteitsbeginsel vereist dat voor de burger duidelijk is wanneer, jegens wie en onder welke omstandigheden de overheid tot ingrijpen kan besluiten.<sup>29</sup> De beschermingsfunctie van het legaliteitsbeginsel brengt mee dat in een nationaal wettelijk voorschrift een concreet bestuursorgaan moet worden aangewezen, casu quo bevoegd moet worden verklaard, om een EU-rechtshandeling uit te voeren. Met het creëren van een nationale institutionele grondslag wordt immers duidelijkheid geschapen omtrent het bevoegde bestuursorgaan op nationaal niveau, waarmee wordt voorkomen dat een bepaalde Unierechtelijke verplichting kan worden uitgevoerd door elk willekeurig bestuursorgaan dat zich daartoe geroepen voelt. Zo bezien vereist de beschermingsfunctie het opstellen van een wettelijk voorschrift op nationaal niveau.

Hetzelfde geldt voor de tweede hier te bespreken functie van het legaliteitsbeginsel, de attributieve functie, inhoudende dat de wet als hoogste regeling de instanties aanwijst die tot optreden bevoegd zijn en de wet hen met het oog daarop ook bevoegdheden toekent.<sup>30</sup>

Ook op grond van deze attributieve functie van het legaliteitsbeginsel kan worden gesteld dat de noodzaak bestaat tot het voorzien in een nationale, institutionele grondslag. Bij het creëren van een dergelijke grondslag is het namelijk de nationale regeling die de bevoegde bestuursorganen aanwijst die tot optreden bevoegd zijn en de toekenning van bevoegdheden aldus geschiedt op basis van een nationale wet (en niet rechtstreeks op basis van een EU-rechtshandeling).

Ten derde komt het legaliteitsbeginsel een legitimerende functie toe, hetwelk inhoudt dat de grondslag van en voorwaarden voor het overheidsoptreden zijn vastgelegd in wetten welke mede door vertegenwoordigende organen zijn vastgesteld.<sup>31</sup>

In het kader van het vereiste van een dubbele bevoegdheidsgrondslag speelt deze functie niet tot nauwelijks een rol. De reden hiervoor is – kort gezegd – dat bij bevoegdheidsuitoefening rechtstreeks op basis van bijvoorbeeld een Unierechtelijke verordening geldt dat de Unierechtelijke norm die aan deze bevoegdheidsuitoefening ten grondslag ligt, op democratische wijze (i.e. met medewerking van het Europees parlement) tot stand is gekomen. Daarom wordt volstaan met de constatering dat het Nederlandse legaliteitsbeginsel in de betekenis van (het vereiste van) een nationale institutionele grondslag geen normaanlegt voor (de vaststelling van) Europese wet- en regelgeving. Indien Europese wet- en regelgeving mede wordt vastgesteld door een vertegenwoordigend orgaan, het Europees Parlement, staat daarmee de legaliteit als waarborging van de democratische legitimiteit vast, het Nederlandse legaliteitsbeginsel doet in die zin dan niet (meer) ter zake. Een eventueel gebrek aan democratische legitimatie wordt ook niet 'gerepareerd' door het vereiste van een nationale institutionele grondslag, nu deze nationale grondslag niet zelden wordt gegoten in de vorm van een ministeriële regeling. Het moge duidelijk zijn dat bij het democratisch gehalte van een dergelijke regeling vraagtekens kunnen worden geplaatst.<sup>32</sup>

Ten slotte vervult het legaliteitsbeginsel een regulerende functie.<sup>33</sup>

Het legaliteitsbeginsel biedt een wettelijke grondslag voor bestuurlijk handelen, bevoegdheidsuitoefening door de overheid kan slechts voortvloeien uit een wettelijke bepaling die deze uitoefening reguleert. Ook ten aanzien van deze functie van het legaliteitsbeginsel doet de noodzaak van een institutionele grondslag op nationaal niveau zich minder gevoelen. Het ontbreken van een dergelijke grondslag zou in het kader van de regulerende functie als bezwaarlijk kunnen worden beschouwd, omdat de bevoegdheidsuitoefening door de overheid niet (langer) is gebaseerd op en wordt gereguleerd door een nationale wettelijke regeling maar door een Unierechtelijke rechtshandeling. Op dit bezwaar valt evenwel het een en ander af te dingen indien wordt bedacht dat EU-verordeningen dan wel verdragsbepalingen de nationale bevoegdheids-uitoefening doorgaans volledig reguleren. Anders gezegd: de inhoud van een EU-verordening of verdragsbepaling bepaalt en begrenst de nationale bevoegdheidsuitoefening volledig, de nationale legaliteit staat hier volledig buiten.

## 2.3 Unierechtelijk legaliteitsbeginsel

### 2.3.1 Inhoud en werkingssfeer van het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel

Bij een bespreking van het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel – waarvan het bestaan als zelfstandig beginsel in de juridische literatuur lijkt te zijn doorgedrongen<sup>34</sup>

– past allereerst de opmerking dat dat beginsel niet één op één gelijkgesteld kan worden met het legaliteitsbeginsel zoals wij dat in Nederland kennen.<sup>35</sup> Evenwel kan een aantal aspecten van het hierboven besproken Nederlandse legaliteitsbeginsel ook op Unierechtelijk niveau wordt ontwaard. Bij de beschrijving van zowel de inhoud en werkingssfeer van het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel als de functies die dat beginsel vervult, zal daarom worden aangesloten bij hetgeen hieromtrent in het kader van het Nederlandse legaliteitsbeginsel is geschreven.

Dat het legaliteitsbeginsel niet alleen deel uitmaakt van de rechtsordes van de Europese lidstaten maar ook geldt binnen de context van de Europese Unie als internationale organisatie, is door het Hof van Justitie meermalen erkend. Zo wordt in de literatuur uit de

mededingingsrechtelijke zaak Hoechst<sup>36</sup>

afgeleid dat het vereiste van een wettelijke grondslag voor optreden van de Unie jegens de lidstaten of diens burgers alleen mogelijk is als daarvoor een duidelijke bevoegdheidsgrondslag kan worden aangewezen.<sup>37</sup> De twee in paragraaf 2.2.1 onderscheiden aspecten van het legaliteitsbeginsel, de Vorrang des Gesetzes en het Vorbehalt des Gesetzes, zijn tevens in de Europese context te onderscheiden.

Wat betreft het eerstgenoemd aspect (Vorrang des Gesetzes) wordt op deze plaats volstaan met de opmerking dat dat aspect van het legaliteitsbeginsel terugkomt in de vorm van de bestaande normenhierarchie (vergelijk artikel 6 VEU).<sup>38</sup>

Dit houdt in dat er een rangorde van Europese normen bestaat, waarin de Verdragen en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie met de algemene rechtsbeginselen de hoogste plaats innemen. Daarna volgen krachtens een wetgevingsprocedure vastgestelde verordeningen, richtlijnen en besluiten (de zogenaamde wetgevingshandelingen, vergelijk artikel 289 VWEU) en niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking (vergelijk artikel 290, eerste lid, VWEU). Laatstgenoemde handelingen kunnen door de Commissie worden vastgesteld op basis van een aan haar toegekende delegatiebevoegdheid, neergelegd in een wetgevingshandeling.

Ten aanzien van het vereiste van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag (het Vorbehalt des Gesetzes) – het aspect waar in deze bijdrage de nadruk op wordt gelegd – geldt vooropgesteld dat (nog) niet is uitgekristalliseerd aan welke vereisten de wettelijke grondslag precies moet voldoen.<sup>39</sup>

Ook kan vanuit Unierechtelijk perspectief niet van een grondslag in een formele wet worden gesproken.<sup>40</sup> Duidelijk is evenwel dat het Vorbehalt des Gesetzes in de Europese context behelst dat elke Unierechtelijke rechtshandeling een rechtsbasis behoeft in het VEU respectievelijk het VWEU. Derhalve kunnen verordeningen, richtlijnen en besluiten alleen worden vastgesteld indien het VEU respectievelijk het VWEU daar een grondslag voor biedt en een betreffende EU-rechtshandeling een verwijzing bevat naar de toepasselijke rechtsbasis (zijnde een betreffende bepaling uit het VEU dan wel VWEU). Voorts geldt dat het vereiste van een wettelijke grondslag in de Europese context nauw samenhangt met en voortvloeit uit het in artikel 5 VEU neergelegde attributiebeginsel (beginsel van bevoegdheidstoedeling), op grond waarvan – kort gezegd – bevoegdheidsuitoefening door de Unie alleen plaats kan vinden voor zover daarvoor een verdragsbasis bestaat.<sup>41</sup> Opmerking verdient dat het attributiebeginsel, welke de grondslag van het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel vormt, eerst en vooral de (verticale) bevoegdheidsafbakening markeert tussen de lidstaten enerzijds en de Unie anderzijds. Het vereiste van een wettelijke basis fungeert dus als scheidslijn bij de bevoegdheidsafbakening. Zo bezien bestaat er een belangrijk accentverschil tussen het vereiste van een wettelijke grondslag in de Nederlandse respectievelijk de Unierechtelijke context: het Unierechtelijke vereiste van een wettelijke basis strekt niet primair tot bescherming van de burger<sup>42</sup> doch beoogt hoofdzakelijk de institutionele balans tussen de Europese instellingen te verzekeren en de (horizontale) verhoudingen tussen deze instellingen te markeren.<sup>43</sup>

Verder is het bij een uiteenzetting van de inhoud van het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel van belang te benadrukken dat het vereiste van een wettelijke grondslag louter ziet op de eisen die gelden voor de materiële, op Unierechtelijk niveau benodigde grondslag. Het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel legt als zodanig een normaan voor de bevoegdheidsuitoefening door Europese instellingen en regelt in feite de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaat. De EU-instellingen kunnen (gelet op het attributiebeginsel) pas optreden indien de bevoegdheid daartoe door de lidstaten is toegekend. Een (naast de Unierechtelijke, materiële grondslag bestaande) nationale institutionele grondslag ingeval van onduidelijkheid omtrent het naar nationaal recht bevoegde bestuursorgaan wordt door het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel niet uitdrukkelijk voorgeschreven; dat beginsel strekt zich niet zover uit dat ook een norm voor de bevoegdheidsuitoefening op nationaal niveau wordt gegeven. Kort en goed betekent het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel in de betekenis van het vereiste van een wettelijke grondslag dus niet dat er op nationaal niveau een institutionele grondslag aanwezig moet zijn waarin een concreet bestuursorgaan is aangewezen, casu quo bevoegd is verklaard, om een EU-rechtshandeling uit te voeren.

### 2.3.2 Functies van het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel

Bij een bespreking van de functies van het Nederlandse legaliteitsbeginsel zijn de beschermingsfunctie, de legitimerende functie, de attributieve functie en de regulerende functie de revue gepasseerd. Hieronder wordt ingegaan op de Unierechtelijke variant van de voornoemde functies. De aan het legaliteitsbeginsel toekomende beschermingsfunctie is eveneens op Unierechtelijk niveau te ontdekken in die zin dat het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel ook ten doel heeft om de burger tegen machtsmisbruik te beschermen en diens vrijheid tegen onbegrensde bevoegdheidsuitoefening (van zowel de lidstaten als de Unie) te garanderen.<sup>44</sup>

Ter illustratie van het voorgaande zij verwezen naar het Hoechst-arrest, waaruit volgt dat een Unie–rechtelijke bevoegdheidsuitoefening een wettelijke basis behoeft in primair dan wel secundair EU-recht indien die uitoefening – kort gezegd – leidt tot een inbreuk op rechten en vrijheden van burgers.<sup>45</sup> Daarenboven vervult het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel een legitimerende functie.<sup>46</sup> Het legaliteitsbeginsel waarborgt de legitimiteit doordat burgers (indirect) middels gekozen volksvertegenwoordigers (het Europees Parlement) betrokken zijn bij de totstandkoming van Europese regels en er dus sprake is van juridische zelfbepaling.<sup>47</sup> Bij de bespreking van het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel, meer specifiek het aspect betreffende het vereiste van een wettelijke basis, is opgemerkt dat dit vereiste nauw verweven is met het attributiebeginsel uit artikel 5 VEU. Betoogd zou kunnen worden dat het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel niet alleen – zoals de naam al doet vermoeden – een attributieve functie toekomt (omdat wordt bepaald in welke gevallen de Unie mag optreden) maar ook een regulerende functie. Dit volgt weliswaar niet expliciet uit het attributiebeginsel, maar hangt hiermee nauw samen. Aangezien het attributiebeginsel ervoor zorgt dat lidstaten alleen kunnen optreden op basis van de in de Verdragen toegekende bevoegdheden, vervult dat beginsel in zekere zin een regulerende functie omdat de bevoegdheidsuitoefening door deze wettelijke basis wordt gereguleerd en begrensd. Zoals eerder beschreven, is het in dit verband gebruikelijk dat (bevoegdheids)regulering volledig door (de inhoud van) de Unierechtelijke verordening of verdragsbepaling wordt bepaald. Aan het nationale legaliteitsbeginsel komt in dat geval geen betekenis toe.

## 2.4 Tussenbalans

Na de bovenstaande uiteenzetting is het tijd om de tussenbalans op te maken. Hierboven is beschreven dat het legaliteitsbeginsel twee aspecten behelst, namelijk de Vorrang des Gesetzes en het Vorbehalt des Gesetzes. Deze beide aspecten zijn zowel te herkennen bij het

Unierechtelijk legaliteitsbeginsel als bij het Nederlandse legaliteitsbeginsel. Eerstgenoemd aspect, het primaat van de wet, houdt in het kader van het Nederlandse legaliteitsbeginsel in dat bevoegdheidsuitoefening door bestuursorganen overeenkomstig wetgeving in formele zin dient plaats te vinden. In Unierechtelijk verband wordt dit aspect benaderd vanuit de bestaande Europese normenhiërarchie, inhoudende dat primair EU-recht bovenaan de rangorde staat en secundair EU-recht (zijnde verordeningen, richtlijnen en verdragen) hiermee in overeenstemming dient te zijn. Het Vorbehalt des Gesetzes vereist in Unierechtelijke context dat vrijheidsbeperkend overheidsingrijpen een wettelijke grondslag behoeft om fundamentele rechten te beschermen en willekeur te voorkomen. Vertaald naar het Nederlandse legaliteitsbeginsel, vereist voornoemd aspect dat voor eenzijdig verplichtend overheidsoptreden een voldoende duidelijke, specifieke en kenbare en tot formele wetgeving herleidbare wettelijke grondslag bestaat teneinde de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te waarborgen. Uit het Nederlandse legaliteitsbeginsel vloeit daarenboven nog een ander aspect voort, namelijk het vereiste van een dubbele bevoegdheidsgrondslag. Als een EU-rechtshandeling slechts verwijst naar de bevoegde autoriteit of de lidstaat en derhalve niet is bepaald welk concreet nationaal bestuursorgaan de betreffende bevoegdheid moet uitvoeren, dient er op nationaal niveau een institutionele grondslag te worden gecreëerd. Het Nederlandse legaliteitsbeginsel betekent dus tevens dat indien de materiële bevoegdheid in een EU-rechtshandeling is geregeld, in het nationale recht de institutionele bevoegdheid moet worden neergelegd omdat anders slechts sprake is van 'halve legaliteit'. Ook uit twee functies van het Nederlandse legaliteitsbeginsel vloeit de noodzaak van een nationale institutionele grondslag voort. Uiteen is gezet dat een nationale institutionele grondslag voorkomt dat bestuursorganen zich onder het mom van 'het moet van Europa' zelfstandig verstrekende bevoegdheden toe-eigenen (beschermingsfunctie). Verder is aanwijzing van het bevoegde bestuursorgaan in een nationale tot een formele wet herleidbare regeling benodigd zodat, in lijn met de attributieve functie, het de nationale regeling is die de bevoegde bestuursorganen aanwijst en de benodigde bevoegdheden toekent.

### 3 De europeanisering van het wetsbegrip

#### 3.1 EU-verordening als wettelijke voorschrift

In de vorige paragraaf is besproken dat het Nederlandse legaliteitsbeginsel vereist dat de bevoegdheidsuitoefening door bestuursorganen haar grondslag vindt in een voldoende duidelijke, specifieke en kenbare en tot formele wetgeving herleidbare wettelijke grondslag. De vraag die in dat kader wordt opgeworpen is wanneer gesproken kan worden van een wettelijke grondslag (wettelijk voorschrift). Hoewel de Awb geen definitie daarover bevat, biedt de parlementaire geschiedenis van die wet enige aanknopingspunten. Zo gaat het bij een wettelijk voorschrift in de zin van de Awb omeen wet in materiële zin<sup>48</sup>

en volgt uit de parlementaire geschiedenis van artikel 4:23 Awb dat aan het in dat artikel gestelde vereiste van een wettelijke grondslag voor subsidieverlening ook is voldaan als het gaat om een EU-verordening.<sup>49</sup> Een dergelijke verordening is blijkens artikel 288 VWEU 'verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat', omzetting in het nationale recht is derhalve niet noodzakelijk. Door deze karakterisering is in de literatuur veelvuldig behandeld dat een EU-verordening gelijkgesteld kan worden met een wettelijk voorschrift (wet in materiële zin).<sup>50</sup>

Dat onder een wettelijk voorschrift in de zin van de Awb tevens een EU-verordening valt, is inmiddels vaste rechtspraak van de Nederlandse rechters.<sup>51</sup>

Ter illustratie daarvan wordt gewezen op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling bestuursrechtspraak) van 2 maart 2016.<sup>52</sup> In die uitspraak betoogde appellante (een landbouwer) onder meer dat de terugvordering van de subsidie in strijd was met het nationale evenredigheidsbeginsel. Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak was dat betoog tevergeefs omdat de belangenafweging die het bestuursorgaan dient te maken ingevolge artikel 3:4, eerste lid, Awb beperkt is voor zover dit voortvloeit uit een wettelijk voorschrift en in de toepasselijke EU-verordening dwingend is voorgeschreven dat een landbouwer de reeds betaalde subsidie moet terugbetalen. Deze regelgeving laat, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak, het bestuursorgaan 'niet de ruimte om de financiële omstandigheden van appellante in aanmerking te nemen' en het evenredigheidsbeginsel is derhalve niet geschonden. Deze uitspraak sluit aan bij de zojuist genoemde vaste rechtspraak van de Nederlandse rechters waaruit volgt dat een verplichting uit een EU-verordening kan beletten dat een bestuursorgaan nog een belangenafweging verricht.<sup>53</sup> Als gevolg van die beperking bestaat er blijkens die rechtspraak geen ruimte voor bijvoorbeeld het toekennen van nadeelcompensatie of om toepassing te geven aan het nationale evenredigheidsbeginsel en/of vertrouwensbeginsel.<sup>54</sup> In de marge zij opgemerkt dat wanneer in een EU-verordening dwingend is voorgeschreven dat er een terugvorderingsverplichting bestaat er nog wel ruimte kan bestaan om toepassing te geven aan het in een EU-verordening gecodificeerde vertrouwensbeginsel.<sup>55</sup>

#### 3.2 EU-verordening als bevoegdheidsgrondslag

Hoewel een bestuursorgaan in het licht van hetgeen hierboven is opgemerkt een bevoegdheid aan een EU-verordening kan ontleen omdat die rechtshandeling onder het in de Awb gehanteerde begrip van een wettelijk voorschrift (een wet in materiële zin) valt, dient een EU-verordening dikwijls geoperationaliseerd te worden door middel van nadere nationale regelgeving. De op nationaal niveau vast te stellen institutionele grondslag bepaalt dan welk concreet bestuursorgaan bevoegd is om een EU-verordening uit te voeren. De noodzaak tot het voorzien in een dergelijke institutionele grondslag in het nationale recht (naast de materiële, Unierechtelijke grondslag), volgt – vergelijkelijk paragraaf 2 – uit het Nederlandse legaliteitsbeginsel en twee functies van dat beginsel.

Bij het ontbreken van een nationale grondslag, dient de vraag zich aan of een bestuursorgaan een bevoegdheid aan een Unierechtelijke verordening kan ontleen. Het positieve antwoord op die vraag volgde tot voor kort uitsluitend uit de Nederlandse rechtspraak<sup>56</sup>

en niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>57</sup> Dat een bestuursorgaan een bevoegdheid aan een Unierechtelijke verordening kan ontleen is zelfs zo in de Nederlandse rechtspraak 'ingeburgerd' dat het (Nederlandse) leerstuk van een bestuurlijk rechtsoordeel<sup>58</sup> in het kader van een dergelijke verordening van toepassing is.<sup>59</sup> Zo komt in de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 28 december 2016 appellante op tegen een bestuurlijk rechtsoordeel over een vitaminepreparaat dat zij vanuit het Verenigd Koninkrijk wenst te

importeren.<sup>60</sup> Het bestuursorgaan had verboden een dergelijk preparaat in de handel te brengen. Het College oordeelt dat er geen sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, omdat de bevoegdheid tot het geven van een dergelijk (voorafgaand) verbod in het nationale recht ontbreekt. Volgens het College kan deze bevoegdheid ook niet worden afgeleid uit de van toepassing zijnde EU-verordening, omdat deze verwijst naar de nationale wettelijke voorschriften die het verbod mogelijk maken. Evenmin is er reden om het rechtsoordeel wat betreft de rechtsbescherming gelijk te stellen met een Awb-besluit, omdat de vitaminepreparaten al op de Nederlandse markt worden verhandeld zodat het uitlokken van een handhavingsbesluit feitelijk al aan de orde is.

Hierboven is opgemerkt dat het positieve antwoord op de vraag of een bestuursorgaan een bevoegdheid aan een Unierechtelijke verordening tot voor kort uitsluitend uit de Nederlandse rechtspraak volgde en niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Aan het laatste is verandering gekomen met het prejudicieel antwoord – na verwijzing van de Afdeling bestuursrechtspraak<sup>61</sup>

– van het Hof inzake SOMVAO.<sup>62</sup> Uit het prejudicieel antwoord van het Hof blijkt dat een EU-verordening niet alleen een verplichting kan scheppen voor een lidstaat, maar tevens, bij gebreke van een rechtsgrondslag naar nationaal recht, een rechtsgrondslag kan vormen voor besluiten van nationale autoriteiten.<sup>63</sup> Anders gezegd, de bevoegdheidsgrondslag in het Unierecht is – in lijn met het beginsel van institutionele autonomie (vergelijk paragraaf 2) – volgens het Hof alleen voorhanden wanneer een dergelijke grondslag naar nationaal recht ontbreekt.<sup>64</sup> Het Hof expliciteert de hoofdregel dat toekenning van (voor de uitoefening van het Unierecht benodigde) bevoegdheden aan nationale bestuursorganen door het nationale recht dient te geschieden; het nationale recht dient de concrete voorwaarden en contouren van de EU-verplichting te concretiseren en blijft daarmee het vertrekpunt.<sup>65</sup>

Dat een EU-verordening een rechtsgrondslag kan bieden voor besluiten van nationale bestuursorganen is vanuit het nationale legaliteitsbeginsel met name problematisch indien door de nationale wetgever niet is voorzien in een nationale institutionele grondslag. Immers, zoals in paragraaf 2 behandeld, dient er naast de materiële, Unierechtelijke grondslag een institutionele grondslag op nationaal niveau voorhanden te zijn waaruit volgt welk concreet bestuursorgaan de uit een EU-verordening voortvloeiende verplichting dient uit te voeren. Bovendien is bevoegdheidsuitoefening (mede) op basis van een nationale institutionele rechtsgrondslag beter te rijmen met twee aan het Nederlandse legaliteitsbeginsel toekomende functies, te weten: de beschermingsfunctie en de attributieve functie. Het – uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende – vereiste dat in een nationaal wettelijk voorschrift een concreet bestuursorgaan is aangewezen, casu quo bevoegd is verklaard, om een EU-verordening uit te voeren (het creëren van een institutionele rechtsgrondslag), komt evenwel, vergelijk hieronder, in de recente Nederlandse rechtspraak niet meer tot uitdrukking. Vanuit de optiek van het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel bestaat evenwel minder reden tot zorgen nu, zoals reeds beschreven, de noodzaak het creëren van een nationale institutionele grondslag niet uit dat beginsel voortvloeit. Zolang een EU-rechtshandeling een geldige rechtsbasis heeft, bestaan er vanuit Unierechtelijk perspectief geen bezwaren tegen bevoegdheidsontlening aan een Unierechtelijke rechtshandeling.

De noodzaak tot het opstellen van een institutionele rechtsgrondslag op nationaal niveau kwam in het verleden nog in de Nederlandse rechtspraak tot uitdrukking. Als voorbeeld hiervan wordt gewezen op een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 22 december 2009.<sup>66</sup>

In deze uitspraak had de Minister van Landbouw Natuur en Voedsel ingevolge een EU-verordening een besluit over verdeling van de herstructureringssteun genomen om zodoende Europese regelgeving ten uitvoer te leggen. Hoewel een EU-verordening gelijkgesteld kan worden met een wettelijk voorschrift in de zin van de Awb, oordeelde het College dat deze bevoegdheid niet aan de minister toekwam aangezien het desbetreffende artikel uit die verordening tot de lidstaat was gericht en hieruit niet volgde welk bestuursorgaan op nationaal niveau bevoegd was. Naar het oordeel van het College was een voorschrift op nationaal niveau noodzakelijk waarin de minister zou worden aangewezen en bevoegd zou worden verklaard tot precieze verdeling van de herstructureringssteun. Ook uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak kwam expliciet het vereiste van een dubbele bevoegdheidsgrondslag naar voren.<sup>67</sup> Kwam, want op basis van recente rechtspraak, vergelijk hierna, lijkt met recht te kunnen worden gesteld dat beide hoogste bestuursrechters (zonder motivering) voornoemd vereiste hebben verlaten.

Deze koerswijziging lijkt door het College van Beroep voor het bedrijfsleven te zijn ingezet in een uitspraak van 20 september 2013.<sup>68</sup>

Daarin stond centraal of het bestuursorgaan een verrekeningsbevoegdheid toekwam. De door het bestuursorgaan aangewende bevoegdheid tot verrekening, welke was neergelegd in een EU-verordening richtte zich tot de lidstaten. Het College besliste dat het bestuursorgaan ingevolge die verordening niet alleen verplicht maar daarnaast ook bevoegd was om de verrekeningsbevoegdheid uit te oefenen. In afwijking van eerdere rechtspraak, zoals hierboven besproken, lijkt het College hiermee dus aan te nemen dat een bestuursorgaan zonder grondslag in een nationaal wettelijk voorschrift rechtstreeks een (verrekenings)bevoegdheid toekomt op basis van een Unierechtelijke verordening.<sup>69</sup> Ook in de recente rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak komt deze koerswijziging tot uitdrukking.<sup>70</sup> Gelet op het voorgaande, past de vanuit het Nederlandse legaliteitsbeginsel verontrustende constatering dat de betekenis van dat beginsel wordt gemarginaliseerd en dat genoeg wordt genomen met ‘halve legaliteit’. Dit klemmt temeer nu met Van den Brink kan worden gesteld dat juist de ingewikkelde gedeelde rechtsorde duidelijkheid vereist over het antwoord op de vraag waar bevoegdheden vandaan komen, wat zij precies inhouden en aan welke partijen zij toekomen.<sup>71</sup> Ook vanuit twee functies die het legaliteitsbeginsel vervult, zoals besproken in paragraaf 2, kunnen vraagtekens worden geplaatst bij deze koerswijziging. Hierop wordt teruggekomen in paragraaf 4.

### 3.3 Verdragen als bevoegdheidsgrondslag

Het bovenstaande betoog met betrekking tot een EU-verordening gaat ook op voor de Verdragen, in de zin dat zij met een wettelijk voorschrift in de zin van de Awb, oftewel met een wet in materiële zin, gelijkgesteld kunnen worden. Uit de hieronder verder te bespreken uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 15 april 2015, blijkt in elk geval dat de terugvorderingsverplichting van artikel 108 VWEU kan beletten dat een bestuursorgaan nog een belangenafweging verricht, als bedoeld in artikel 3:4, eerste lid, Awb. Voor de beantwoording van de vraag of een bestuursorgaan aan de Verdragen een bevoegdheid kan ontleen, is allereerst van belang dat het gaat om een verdragsbepaling die zich leent voor rechtstreekse (directe) werking.<sup>72</sup>

Dat een bestuursorgaan een bevoegdheid aan een verdragsbepaling kan ontlenen, lijkt relatief weinig voor te (kunnen) komen, daar een verdragsbepaling in de regel ziet op de interne structuur van de Europese Unie en/of dient als rechtsgrondslag voor nadere regelgeving.<sup>73</sup> Hiermee deels in samenhang is in een verdragsbepaling – gelijk als in een EU-verordening – niet bepaald welk orgaan binnen de nationale rechtsorde haar dient uit te voeren. Daarom is een nationaal wettelijk voorschrift noodzakelijk waarin een concreet bestuursorgaan wordt aangewezen, casu quo bevoegd wordt verklaard, om een verdragsbepaling uit te voeren. Evenwel gelet op de in de vorige paragraaf besproken recente Nederlandse rechtspraak, is het waarschijnlijk, in de zin van consequent, dat in die rechtspraak ook dienaangaande thans genoegzaam wordt genomen met ‘halve legaliteit’, hetgeen wij – vergelijk verder paragraaf 4 – zorgelijk achten.

Dat deze zorgelijke situatie lijkt te zijn ontstaan volgt uit de zojuist genoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 15 april 2015 over de terugvordering van een – naar achteraf bleek te hoge – vereveningsbijdrage door het Zorginstituut Nederland, zonder dat er een bevoegdheid daartoe bestond in de Zorgverzekeringswet 2007 (Zvw 2007).<sup>74</sup>

In deze uitspraak lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak voor de bevoegdheidsgrondslag van het bestuursorgaan genoegzaam te willen nemen met de terugvorderingsverplichting die volgt uit artikel 108 VWEU. De Afdeling:

*‘Dat de Zvw 2007 [...] geen grondslag biedt voor herziening van een vastgestelde vereveningsbijdrage, vormt evenmin grond voor het oordeel dat het Zorginstituut van terugvordering moest afzien. In dit kader is het volgende van belang. Zoals hiervoor is uiteengezet, heeft de [Europese] Commissie zich op het standpunt gesteld dat voor zover aan Zorg en Zekerheid een te hoge vereveningsbijdrage is toegekend, dit niet in overeenstemming met artikel 108 VWEU is gebeurd. In artikel 108, derde lid, VWEU is bepaald dat een lidstaat geen steunmaatregelen ten uitvoer mag brengen die volgens artikel 107 VWEU onverenigbaar zijn met de interne markt. In het verlengde hiervan is de lidstaat op basis van die bepaling verplicht om steun die reeds is verleend, maar onverenigbaar is met artikel 107 VWEU, terug te vorderen [...]. Artikel 108, derde lid, VWEU heeft directe werking [...]. Dit betekent dat gelet op de arresten van het Hof van Justitie [...] de in artikel 108, derde lid, VWEU neergelegde verplichting ook geldt voor bestuursorganen. Daarmee is de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering van het in strijd met die bepaling te veel toegekende een gegeven.’*

Hoewel de Afdeling bestuursrechtspraak vervolgens voor de bevoegdheidsgrondslag van het bestuursorgaan aansluiting zoekt bij het Nederlandse recht,<sup>75</sup>

in de zin van de impliciete bevoegdheid tot intrekking en terugvordering, lijkt zij het in algemene zin niet bezwaarlijk te achten dat er geen nationaal wettelijk voorschrift voorhanden is waarin een concreet bestuursorgaan (het Zorginstituut) is aangewezen, casu quo bevoegd is verklaard, om de terugvorderingsverplichting van artikel 108 VWEU uit te voeren. Is onze interpretatie juist, dan is het belangrijkste punt van kritiek hierop dat de terugvorderingsverplichting door de Afdeling heel gemakkelijk in een bevoegdheid voor de lidstaat wordt omgevormd. De vanzelfsprekendheid waarmee uit een Unierechtelijke verplichting een bevoegdheid voor de lidstaat wordt aangenomen, gaat verder dan strikt noodzakelijk is en betekent concreet dat de Afdeling het oor teveel lijkt te laten hangen naar de Unierechtelijke verplichting en daarbij tegelijkertijd het nationale legaliteitsbeginsel uit het oog verliest.<sup>76</sup> Het – in de inleiding genoemde – op 4 juli 2017 ingediende voorstel ‘Wet terugvordering staatssteun’ voorziet – mede in het licht van deze uitspraak – in een expliciete grondslag en verplichting om een nationaal besluit te herzien indien is gebleken dat dat besluit heeft geleid tot het in strijd met artikel 108 VWEU verstrekken van staatssteun (vergelijk artikel 7 van dat wetsvoorstel).<sup>77</sup>

### 3.4 EU-Richtlijn als bevoegdheidsgrondslag

Wat betreft een EU-richtlijn kan ernstig worden betwijfeld of een bestuursorgaan daaraan een bevoegdheid kan ontlenen. Een EU-richtlijn is blijkens artikel 288 VWEU bindend voor de lidstaat ten aanzien van het te bereiken resultaat; het is aan de nationale instanties van de lidstaten om de vormen middelen te kiezen. Het karakter van een EU-richtlijn brengt dus met zich mee dat omzetting in nationale regels van dwingend recht noodzakelijk is. In dat verband kan met recht worden gesteld dat de toekenning van bevoegdheden middels het nationale recht en conform het nationale legaliteitsvereiste vorm krijgt, op grond waarvan immers een (tot de formele wet herleidbare) nationaal wettelijke basis voor het optreden van bestuursorganen voorhanden moet zijn. Verder staat vast dat bij een EU-richtlijn het verbod van omgekeerde verticale werking geldt en dat dus een lidstaat, en daarmee een bestuursorgaan, haar niet ten nadele van een particulier kan toepassen.<sup>78</sup>

Het voorgaande is in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak tot uitdrukking gekomen. Zo gaat zij niet akkoord met het feit dat een bestuursorgaan door middel van richtlijnconforme uitleg<sup>79</sup> of door middel van rechtstreekse werking<sup>80</sup> van een EU-richtlijn aan een particulier een naar nationaal recht niet bestaande (vergunning)splijt oplegt. Het zojuist gestelde in aanmerking genomen, kan wat betreft een EU-richtlijn met recht worden gesteld dat een nationaal bestuursorgaan daaraan geen bevoegdheid kan ontlenen. Dit strookt met het nationale legaliteitsbeginsel en het daaruit voortvloeiende vereiste van een dubbele bevoegdheidsgrondslag. Gelet op de aard en het karakter van een EU-richtlijn en de noodzaak tot omzetting in het nationale recht, is het bij EU-richtlijnen altijd het nationale recht dat het bevoegde bestuursorganen aanwijst casu quo bevoegd verklaart. Hiermee blijven ook de in paragraaf 2 besproken functies van het legaliteitsbeginsel gewaarborgd.

### 3.5 EU-besluit als bevoegdheidsgrondslag

Of een bestuursorgaan aan een EU-besluit een bevoegdheid kan ontlenen, ligt complexer. Een EU-besluit is verbindend in al zijn onderdelen en bij vermelding van de adressaten geldt dat het alleen voor hen verbindend is.<sup>81</sup>

De categorie EU-besluiten kan worden onderverdeeld in EU-besluiten die gericht zijn tot een particulier en EU-besluiten gericht tot de lidstaat. Binnen deze laatstgenoemde categorie kan eveneens een onderscheid worden gemaakt tussen een EU-besluit met een afgeleide adressaat (welke indirect, via de band van de lidstaat, tot particulieren is gericht) en een EU-besluit van algemene strekking gericht tot de lidstaten.<sup>82</sup>

Bij de tot een particulier gerichte EU-besluiten gaat het vaak om vaststelling van en beboeting voor overschrijding van de mededingingsregels door de Europese Commissie, waarbij particulieren worden geconfronteerd met rechtstreeks op een EU-besluit gebaseerde verplichtingen. Deze categorie besluiten speelt geen rol van betekenis bij de beantwoording van de vraag of een EU-besluit als bevoegdheidsgrondslag voor nationale bestuursorganen kan dienen. Er is tenslotte sprake van een directe toepassing van het Unierecht door een Unierechtelijke instelling (in het zojuist beschreven voorbeeld de Europese Commissie); de bevoegdheid tot het opleggen van verplichtingen direct op basis van een tot de particulier geadresseerde EU-besluit komt niet aan nationale bestuursorganen toe.

Wat betreft het tot een aan een lidstaat gericht EU-besluit, al dan niet met een afgeleide adressaat, kan op het eerste gezicht betoogd worden dat het met een wettelijk voorschrift in de zin van de Awb, oftewel met een wet in materiële zin, gelijkgesteld kan worden en dat een bestuursorgaan in die zin daaraan een bevoegdheid kan ontlenuen.<sup>83</sup>

Voor het laatste dient ook hier evenwel vastgesteld te worden dat het gaat om een EU-besluit dat zich leent voor rechtstreekse (directe) werking.<sup>84</sup> De woorden 'op het eerste gezicht' zien daarenboven op het volgende. Een aan een lidstaat gericht EU-besluit vergt in de regel dat nationale uitvoeringsmaatregelen getroffen worden, zodat het in die zin overeenkomsten vertoont met een EU-richtlijn. In dat licht kan ernstig worden betwijfeld of een bestuursorgaan aan een tot een lidstaat gericht EU-besluit van algemene strekking een bevoegdheid kan ontlenuen. In elk geval lijkt ook met betrekking tot een dergelijk besluit vast te staan dat daarvoor – blijkens het Carp-arrest van het Hof van Justitie<sup>85</sup> – het verbod van omgekeerde verticale werking geldt en dat dus een lidstaat, en daarmee een bestuursorgaan, het niet ten nadele van een particulier kan toepassen.<sup>86</sup> Op dat punt wordt gewezen op de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 18 september 2008.<sup>87</sup> In de daaraan ten grondslag liggende casus gaat het om de (publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag voor) vernietiging van een partij mais ter bestrijding van de maiswortelkever. Bij gebrek aan een nationale publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag voor deze vernietiging, stelde de Minister van Landbouw, Natuur & Voedselkwaliteit op basis van een EU-beschikking tot vernietiging bevoegd te zijn. Het College haalde een streep door deze redenering en stelde dat de verwijzing naar voornoemde EU-beschikking onverlet laat 'dat pas uitvoering kan worden gegeven aan daaruit voortvloeiende communautaire verplichtingen, als het nationale recht daartoe in een bevoegdheid voorziet en aan de voorwaarden voor uitoefening van deze bevoegdheid is voldaan'. Zonder bevoegdheidsgrondslag in het nationale recht zou de minister naar het oordeel van het College dus geen bevoegdheid toekomen om gevolg te geven aan de verplichtingen die uit het EU-besluit voortvloeien. Ook uit een uitspraak van het College van 31 maart 2009 lijkt te volgen dat de verplichting vastgelegd in een tot de lidstaat gericht EU-besluit niet rechtstreeks een bevoegdheid meebrengt voor het bestuursorgaan.<sup>88</sup> Uit het voorgaande kan dan ook worden opgemaakt dat, naar analogie met de rechtspraak over EU-richtlijnen, voor een aan een lidstaat gericht EU-besluit wel een bevoegdheidsgrondslag in het nationale recht benodigd is. Anders gezegd, dienaangaande wordt in elk geval (vooralsnog) gelet op onder meer de aard van die EU-rechtshandelingen geen genoegen genomen met 'halve legaliteit'. Gelijk als eerder is toegelicht, blijft het Nederlandse legaliteitsbeginsel, alsmede de daaraan toekomende functies, zodoende overeind.

#### 4 Conclusie en enkele slotopmerkingen

In de onderhavige bijdrage hebben wij de volgende onderzoeksvraag centraal gesteld: in hoeverre kan een bestuursorgaan bevoegdheden ontlenuen aan een EU-rechtshandeling en hoe verhoudt dit zich tot zowel het Unierechtelijk als het Nederlands legaliteitsbeginsel? Het is in de Nederlandse rechtspraak gemeengoed geworden dat een bestuursorgaan een bevoegdheid aan een EU-verordening kan ontlenuen, omdat zij met een wettelijk voorschrift in de zin van de Awb, oftewel met een wet in materiële zin, gelijkgesteld kan worden. Ook de Verdragen kunnen gelijkgesteld worden met een wettelijk voorschrift in de zin van de Awb, oftewel met een wet in materiële zin, hetgeen is bevestigd in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 15 april 2015. Of een bestuursorgaan aan de Verdragen een bevoegdheid kan ontlenuen, is in de rechtspraak nog niet duidelijk gemaakt. Evenwel lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak in de zojuist genoemde uitspraak – in lijn met haar rechtspraak en die van het College van Beroep voor het bedrijfsleven over EU-verordeningen – genoegen te nemen met 'halve legaliteit'. Zij lijkt het namelijk in algemene zin niet bezwaarlijk te achten dat er geen nationaal wettelijke voorschrift voorhanden is waarin een concreet bestuursorgaan is aangewezen, casu quo bevoegd is verklaard, om een verdragsverplichting uit te voeren. In de nationale rechtspraak wordt geen genoegen genomen met 'halve legaliteit' als het gaat om een EU-richtlijn en een aan een lidstaat gericht EU-besluit. Gelet op onder meer de aard van die rechtshandelingen, in de zin dat zij in de regel nationale uitvoeringsmaatregelen vergen, is een bevoegdheidsgrondslag in het nationale recht noodzakelijk.

De ontwikkeling dat een bestuursorgaan rechtstreeks een bevoegdheid kan ontlenuen aan (hier) een Unierechtelijke verordening, kan als zorgelijk worden beschouwd nu het Nederlandse legaliteitsbeginsel in de betekenis van een tot formele wet herleidbare wettelijke grondslag juist als voorwaarde stelt dat naast de Unierechtelijke materiële norm een toereikende, nationaalrechtelijke rechtsgrondslag kan worden aangewezen waaruit volgt welk nationaal bestuursorgaan bevoegd is de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen uit te voeren. Dat die voorwaarde niet meer in de Nederlandse rechtspraak wordt gesteld, heeft geen oorzakelijk verband met het Unierecht, aangezien het Hof in zijn rechtspraak juist heeft bepaald dat de bevoegdheidsgrondslag in dat recht – in lijn met het beginsel van institutionele autonomie – alleen voorhanden is wanneer een dergelijke grondslag naar nationaal recht ontbreekt. De hoofdregel is aldus dat toekenning van (voor de uitoefening van het Unierecht benodigde) bevoegdheden aan nationale bestuursorganen door het nationale recht dient te geschieden; het nationale recht dient de concrete voorwaarden en contouren van de EU-verplichting te concretiseren en blijft daarmee het vertrekpunt.

Dat de voorwaarde van een dubbele bevoegdheidsgrondslag in de Nederlandse rechtspraak meer en meer naar de achtergrond verdwijnt, kan tevens als zorgelijk worden beschouwd in het licht van twee functies die het legaliteitsbeginsel vervult. Beschreven is dat het vanuit de beschermingsfunctie – zeker in de huidige gedeelde rechtsorde – van belang is om een (tot de formele wet herleidbare) regeling op nationaal niveau op te stellen om elke twijfel over het naar nationaal recht bevoegde bestuursorgaan weg te nemen. Bovendien wordt zo voorkomen dat elk bestuursorgaan dat zich geroepen voelt om een bepaalde Unierechtelijke verplichting uit te voeren, zich daartoe rechtstreeks verregaande bevoegdheden zou kunnen toe-eigenen met als gevolg een voor de burger ingrijpend besluit. Dat ten aanzien van EU-verordeningen van toepassing is dat bestuursorganen hier een bevoegdheid aan kunnen ontlenuen en niet langer naar (de noodzaak van) een institutionele grondslag wordt verwezen, heeft daarenboven als gevolg dat de attributieve functie – op grond waarvan de wet de bestuursorganen aanwijst die tot optreden bevoegd zijn – naar de achtergrond verdwijnt. Hoewel het Nederlandse legaliteitsbeginsel, en dan met name de beschermingsfunctie en de attributieve functie, door rechtstreekse bevoegdheidsuitoefening op basis van Unierechtelijke



verordeningen (en mogelijk ook de Verdragen) aan betekenis inboet, is deze bevoegdheidsuitoefening vanuit (de functies van) het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel gezien niet problematisch. De reden hiervoor is dat het Unierechtelijk legaliteitsbeginsel niet de bevoegdheidsuitoefening op nationaal niveau normeert en dat voornoemd beginsel niet vereist dat door de nationale wetgever wordt voorzien in een nationale institutionele grondslag ingeval van onduidelijkheid omtrent het naar nationaal recht bevoegde bestuursorgaan.

Kort en goed volgt uit het voorgaande dat de (tendens in de) Nederlandse rechtspraak aangaande rechtstreekse bevoegdheidsontlening aan het Unierecht, meer in het bijzonder aan EU-verordeningen, zorgelijk is met het oog op (de functies van) het legaliteitsbeginsel. De door ons gesignaleerde erosie van dat beginsel is echter niet alleen zorgelijk maar ook niet noodzakelijk. Bij de oplossing voor deze bevoegdheidskwestie zien wij een rol weggelegd voor zowel de rechter als de wetgever. Zo dient de Nederlandse rechter kritisch te bezien en in de rechtspraak tot uitdrukking te brengen of (en wanneer) daadwerkelijk sprake is van een Unierechtelijke verplichting en of hiervoor een bevoegdheid voor een nationaal bestuursorgaan bestaat. De Nederlandse rechter dient te waken voor een situatie waarin elk willekeurig bestuursorgaan dat zich geroepen voelt omeen bepaalde bevoegdheid uit te oefenen, daartoe ook bevoegd moet worden geacht. Naar onze opvatting is echter primair de wetgever aan zet. Wanneer sprake is van een Unierechtelijke verplichting, dient de Nederlandse wetgever 'in te springen' en te voorzien in een sluitende set van nationale institutionele grondslagen waarin de benodigde bevoegdheden voor het bestuursorgaan worden neergelegd om voornoemde verplichting uit te kunnen voeren. Het voorstel 'Wet terugvordering staatssteun' valt dan ook toe te juichen en is een stap in de goede richting. Het valt te hopen dat er meer stappen in de goede richting zullen volgen.

*Mr. R. Molendijk en mr. dr. R. Ortlep*<sup>89</sup>

## VOETNOTEN

- 1) Voor een overzicht zij gewezen op M.J.M. Verhoeven, *The Constanzo Obligation. The obligation of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law*, Antwerpen: Intersentia 2011; R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 51 e.v.; J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland*, Deventer: Kluwer 2012; M.J.M. Verhoeven, 'The 'Costanzo Obligation' of national administrative authorities and the principle of legality of the administration', *European Review of Public Law* 2012, p. 1443-1467; J.C.A. van Dam, 'De doorwerking van Europese administratieve soft law: in strijd met Nederlandse legaliteit?', *NALL* januari 2013 (<http://www.nall.nl/tijdschrift/nall/2013/01/NALL-D-12-00008>); J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Europeanisering door rechtsbeginselen', in: B.J. Schueler en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2014, p. 75-97; J.E. van den Brink en J.C.A. van Dam, 'Nederlandse bestuursrecht en unierechtelijke beleidsregels', «JBplus» 2014/1, p. 3-27; C. Peristeridou, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, Antwerpen: Intersentia 2015; J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016; A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 429 e.v.
- 2) Kamerstukken II 2016/17, 34753, nrs. 1-3. Vergelijk R.H.C. Luja, 'Het wetsvoorstel Terugvordering staatssteun: het wordt navorderen en naheffen', *WFR* 2017/160.
- 3) Kamerstukken II 2007/08, 31418, nrs. 1-3.
- 4) Vergelijk Kamerstukken II 2016/17, 34753, nr. 3, p. 3 en p. 9.
- 5) Vergelijk Kamerstukken II 2016/17, 34753, nr. 3, p. 9 e.v. en p. 12 e.v.
- 6) Deze bijdrage bouwt voort op onze annotatie onder ABRvS 2 maart 2016, AB 2016/455.
- 7) Een opsomming van de Unierechtelijke rechtshandelingen is opgenomen in artikel 288 VWEU. Aanbevelingen en adviezen zullen in deze bijdrage niet worden besproken, nu zij kwalificeren als 'soft law' en derhalve juridisch niet verbindend zijn. Vergelijk Van den Brink 2012, p. 267-274. Zie over de verbindendheid van aanbevelingen tevens J.C.A. van Dam, 'Het Hof van Justitie spreekt zich uit over de bindende werking van een aanbeveling van de Europese Commissie', *NTer* 2017/4, p. 84-90.
- 8) In deze bijdrage zal alleen het legaliteitsbeginsel in de staatsrechtelijke betekenis worden besproken. Derhalve worden het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel (vergelijk onder meer artikel 15 en 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht) en het in artikel 104 van de Grondwet neergelegde fiscale legaliteitsbeginsel niet besproken.
- 9) Zie voor een dappere poging bijvoorbeeld W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging*, Deventer: Kluwer 2011, p. 1-101 en voor specifiek het strafrecht: Altena 2016.
- 10) F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van geïmpliceerde bevoegdheden', *RMThemis* 2002/3, p. 123-137, i.h.b. p. 126.
- 11) M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 54. Vergelijk C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 320 e.v.
- 12) H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 35-36; M.J.M. Verhoeven en R.J.G.M. Widdershoven, 'National legality and European Obligations', in: L. Besselink, F. Pennings & S. Prechal (eds.), *The Eclipse of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 55-72, i.h.b. p. 57; Verhoeven 2011, p. 144 e.v.
- 13) Voermans 2011, p. 6-7.
- 14) HR 3 januari 1879, W. 4330.
- 15) HR 22 juni 1973, AB 1973/197, m.nt. Van der Horst.

- 16) HR 27 juni 1986, AB 1987/241, mnt. Van der Burg.
- 17) Vergelijk recent nog CRvB 13 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2432.
- 18) In de visie van Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male is een wettelijke bevoegdheidsgrondslag onontbeerlijk voor zover een Leistungsverwaltung tevens het karakter van Eingriffsverwaltung heeft. Zie Van Wijk e.a. 2014, p. 35. Verder Voermans 2011, p. 51-52.
- 19) Verhoeven 2011, p. 127.
- 20) Voermans 2011, p. 11 en p. 56; Verhoeven 2011, p. 136. Zie J. Schwarze, *European Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell 2006, p. 227.
- 21) Dit geldt temeer nu het juist dat aspect van het legaliteitsbeginsel is dat in de literatuur verreweg het meest wordt bediscussieerd. Zie Verhoeven 2011, p. 128; Voermans 2011, p. 32-36.
- 22) Zie hieromtrent Van den Brink 2012, p. 234. Zij onderscheidt in dit verband verschillende situaties. Naast de situatie dat er geen bevoegd orgaan op nationaal niveau wordt aangewezen, kan zich ook de situatie voordoen waarin aanwijzing van het bevoegde nationale bestuursorgaan weliswaar is geschied, maar niet in de daarvoor vereiste wettelijke regeling op nationaal niveau is neergelegd. Verder kan het voorkomen dat een bestuursorgaan slechts feitelijk is aangewezen maar niet bevoegd is verklaard (hoewel dit wel is vereist). Deze situaties zullen hier verder niet aan bod komen.
- 23) Van den Brink & Den Ouden 2014, p. 78; Verhoeven & Widdershoven 2011, p. 56.
- 24) P.J. Huisman & N. Jak, 'Bevoegdheidsgrondslagen voor Awb-besluiten in internationaal en Europees recht', NTB 2010/5, p. 117-125, i.h.b. p. 123; Van den Brink 2012, p. 553; Voermans 2011, p. 34; Verhoeven & Widdershoven 2011, p. 56.
- 25) Van den Brink 2012, p. 553; Huisman & Jak 2010, p. 123.
- 26) Het voert in het kader van deze bijdrage te ver om alle in de literatuur onderscheiden functies van het legaliteitsbeginsel te behandelen. Naast de genoemde beschermingsfunctie, legitimerende functie, attributieve functie en regulerende functie, kunnen bijvoorbeeld ook de communicatieve functie, de codificerende functie en de bindingsfunctie worden onderscheiden. Zie hieromtrent Voermans 2011, p. 10-14.
- 27) Voermans 2011, p. 12; Van Dam 2013, p. 22.
- 28) F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 77; Verhoeven 2011, p. 126.
- 29) Van Wijk e.a. 2014, p. 38; Van Dam 2013, p. 22; Van den Brink 2012, p. 151; Voermans 2011, p. 11.
- 30) Van den Brink 2012, p. 150; Verhoeven 2011, p. 126; Verhoeven & Widdershoven 2011, p. 58. Zie ook Van Ommeren 1996, p. 117.
- 31) Van den Brink 2012, p. 150; Verhoeven 2011, p. 126; Voermans 2011, p. 12; Verhoeven & Widdershoven 2011, p. 58.
- 32) Vergelijk over het legitimiteitstekort van i.h.b. (nationale) discretionaire bevoegdheidsuitoefening E.H.M. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*. VAR-reeks 154, Den Haag: BJu 2015, p. 7-58.
- 33) F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid', *Bestuurswetenschappen* 2009/4, p. 11-31, i.h.b. p. 13; Van den Brink 2012, p. 150; Verhoeven 2011, p. 126.
- 34) Van den Brink & Den Ouden 2014, p. 77; Van den Brink 2012, p. 149.
- 35) Voermans 2011, p. 32; Verhoeven 2011, p. 155; Van den Brink 2012, p. 149-150.
- 36) HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hoechst, ECLI:EU:C:1989:337. Andere door het Hof gewezen arresten waarin het legaliteitsbeginsel in de betekenis van het vereiste van een wettelijke grondslag tot uitdrukking komt, zijn bijvoorbeeld HvJ EG 1 juli 2010, C-407/08 P, Knauf Gips v Commission, ECLI:EU:C:2010:389; HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P, Commissie/CAS Succhi di Frutta, ECLI:EU:C:2004:236.
- 37) Van den Brink 2012, p. 153; Verhoeven 2011, p. 161.
- 38) Verhoeven 2011, p. 162; Schwarze 2006, p. 234. Zie C. Meurs, *Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012.
- 39) Van den Brink 2012, p. 256; Verhoeven 2011, p. 162. Zie ook Verhoeven en Widdershoven 2011, p. 57.
- 40) Van den Brink 2012, p. 151.
- 41) Van den Brink 2012, p. 152; Verhoeven 2011, p. 155-156.
- 42) Schwarze 2006, p. 253; Verhoeven 2011, p. 157; Van den Brink 2012, p. 151.
- 43) Verhoeven 2011, p. 157 en p. 162; Schwarze 2006, p. 253; Van den Brink 2012, p. 151.
- 44) Schwarze 2006, p. 203.
- 45) HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hoechst, ECLI:EU:C:1989:337.
- 46) Van Dam 2013, p. 22.
- 47) Zoals reeds in paragraaf 2.2.3 is besproken, is de democratische legitimatie van de Europese Unie (en de daarvan afkomstige

rechtshandelingen) een terugkerend onderwerp van discussie dat zich aan zich leent voor een apart onderzoek. In deze bijdrage wordt (afgezien van hetgeen is besproken in voornoemde paragraaf) niet verder uitgeweid over het democratische gehalte van Unierechtelijke wet- en regelgeving en het in de literatuur gesignaleerde democratisch deficit.

- 48) PG Awb I, p. 64.
- 49) PG Awb III, p. 201.
- 50) Voor een overzicht zij gewezen op Van den Brink 2012, p. 193; Ortlep 2011, p. 51 e.v. Zie voorts Huisman & Jak 2010, p. 117-118 en p. 124-125.
- 51) Vergelijk CbB 24 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8933; CbB 25 februari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH4690; CbB 18 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK5870; CbB 19 mei 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM6073; CbB 2 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:1; CbB 29 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU3236; CbB 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0430; CbB 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ4272; ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1930; CbB 18 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:288; CbB 14 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:11; CbB 5 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:466; CbB 2 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:87; CbB 20 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:452; CbB 20 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:176; CbB 15 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:232; CbB 13 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:296; CbB 20 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:439; CbB 19 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:4; CbB 6 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:68; CbB 25 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:123; CbB 26 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:146; CbB 22 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:179; CbB 29 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:276; CbB 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:301; CbB 25 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:313; CbB 27 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:317; CbB 9 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:316.
- 52) ABRvS 2 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:551.
- 53) Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 52.
- 54) Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 52.
- 55) In HvJ EU 2 juli 2015, C-684/13, *Demmer*, ECLI:EU:C:2015:439; AB 2016/377, wordt door het Hof toegelaten dat een subsidieontvanger een geslaagd beroep kan doen op het in een EU-verordening gecodificeerde vertrouwensbeginsel wanneer in de lidstaten een systematische administratieve praktijk geldt die in strijd blijkt te zijn met het Unierecht. In dat geval kan van de subsidieontvanger niet worden verwacht dat hij deze fout had kunnen ontdekken.
- 56) V.z. CbB 28 augustus 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF0847; CbB 7 januari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP0967; CbB 22 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP9337; CbB 21 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ4377; CbB 6 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:103; CbB 20 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:172; ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1930; CbB 21 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:89.
- 57) Voor een bespreking van de eerdere rechtspraak van het Hof zij gewezen op de annotaties onder CbB 7 januari 2011, AB 2011/244; CbB 21 februari 2013, AB 2013/166; CbB 6 september 2013, AB 2014/86; HvJ EU 26 september 2013, C-509/11, *ÖBB-Personenverkehr*, ECLI:EU:C:2013:613, AB 2014/120; ABRvS 16 december 2015, AB 2016/378. Zie verder R. Ortlep, 'Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun', «JBplus» 2009/2, p. 81-105.
- 58) Vergelijk over dat leerstuk recent L.J.M. Timmermans, 'De complexe wereld van de melding. Het rechtskarakter van de bestuurlijke reactie op een melding', «JBplus» 2016/1, p. 37-63. Verder de annotatie van Ortlep en Widdershoven onder ABRvS 25 januari 2017, AB 2017/194.
- 59) Uit de Nederlandse rechtspraak volgt verder dat waar het rechtsgevolg rechtstreeks voortvloeit uit een Unierechtelijke verordening, er, gelijk wanneer het rechtsgevolg rechtstreeks voortvloeit uit bijvoorbeeld de wet, geen sprake is van een besluit. Vergelijk CbB 23 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6798; ABRvS 25 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3766; CbB 31 augustus 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD3485.
- 60) CbB 28 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:405. Vergelijk voor een ander voorbeeld CbB 13 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:14.
- 61) ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2064.
- 62) HvJ EU 18 december 2014, C-599/13, *SOMVAO*, ECLI:EU:C:2014:2462, AB 2015/225. Vergelijk voor de vervolguitspraak ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3882.
- 63) Vergelijk eveneens maar minder expliciet HvJ EU 21 december 2011, C-465/10, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, ECLI:EU:C:2011:867, AB 2013/86.
- 64) Vergelijk de annotaties onder ABRvS 16 december 2015, AB 2016/378; ABRvS 15 april 2015, AB 2015/226; CbB 30 december 2014, AB 2015/393; CbB 21 februari 2014, AB 2015/273.
- 65) Zie voor een bevestiging hiervan HvJ EU 26 september 2013, C-509/11, *ÖBB Personenverkehr*, ECLI:EU:C:2013:613, AB 2014/120.
- 66) CbB 22 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BL0650.
- 67) Vergelijk ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2275; V.z. ABRvS 4 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5496; ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3327.
- 68) CbB 20 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:172. Eenzelfde opvatting lijkt al te kunnen worden bespeurd in CbB 25 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW4847. Vergelijk aantekening 3 van de annotatie van Van den Brink onder CbB 20 september 2013, AB 2014/298.
- 69) Vergelijk eveneens CbB 21 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:89; CbB 30 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:489; CbB 20 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:439.

- 70) Vergelijk ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1930; ABRvS 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1891; ABRvS 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1892.
- 71) Haar annotatie onder CbB 30 december 2014, AB 2015/393. Vergelijk tevens haar annotatie onder CbB 20 december 2016, AB 2017/186.
- 72) Vergelijk Verhoeven 2011, p. 230 e.v.
- 73) Verhoeven 2011, p. 298; Ortlep 2011, p. 53.
- 74) ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152.
- 75) De Afdeling bestuursrechtspraak wees het Zorginstituut als bevoegd bestuursorgaan aan op grond van het ongeschreven uitgangspunt dat een bestuursorgaan in beginsel bevoegd moet worden geacht om, binnen de door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gestelde grenzen, met terugwerkende kracht tot intrekking van een begunstigende beschikking over te gaan. Vergelijk Ortlep 2011, hoofdstuk 6.
- 76) Vergelijk aantekeningen 8 en 9 van de annotatie van Van den Brink & Den Ouden onder ABRvS 15 april 2015, AB 2015/226.
- 77) Kamerstukken II 2016/17, 34753, nr. 3, p. 10 en p. 31.
- 78) Vergelijk hierover recent Ortlep en Verhoeven onder HR 18 maart 2016, AB 2016/200.
- 79) ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7904; ABRvS 28 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9494.
- 80) ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3436; ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1933; ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9657.
- 81) Vergelijk CbB 14 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ4118.
- 82) Vergelijk Verhoeven 2011, p. 240 e.v.
- 83) Vergelijk Ortlep 2011, p. 55 e.v.
- 84) Vergelijk CbB 21 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA2374.
- 85) HvJ EG 7 juni 2007, C-80/06, Carp, ECLI:EU:C:2007:327, AB 2007/331.
- 86) Vergelijk ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2064.
- 87) CbB 18 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8810.
- 88) CbB 31 maart 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI0337.
- 89) Roos Molendijk is advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen. Rolf Ortlep is als universitair hoofddocent verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing van de Universiteit Utrecht.