

# De goede voornemens van een Europese wet bestuursrecht

Rolf Ortlep & Rob Widdershoven\*

Met de Algemene wet bestuursrecht is gepoogd om eenheid van wetgeving (recht) te bevorderen. Met eenzelfde doelstelling zijn twee voorstellen voor een Europese wet bestuursrecht gepubliceerd. Welke voordelen heeft een dergelijke wet en wat is in algemene zin de mogelijke en wenselijke invloed daarvan voor het Nederlandse bestuursrecht?



\* Prof. mr. R. Ortlep is hoogleraar bestuursrecht aan de Open Universiteit en universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht. Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht.

1 [www.reneual.eu](http://www.reneual.eu).

2 [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2016/01-28/1081253NL.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2016/01-28/1081253NL.pdf).

3 Vergelijk J. van den Brink e.a., 'Hoofdstuk IV – Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 123-262, i.h.b. p. 137-145.

## 1 Inleiding

Tamelijk recent zijn twee voorstellen voor een Europese wet bestuursrecht (hierna: Ewb) gepubliceerd. Het eerste voorstel betreft de Model Rules on EU Administrative Procedures, die zijn opgesteld door een netwerk van academici, het Research Network on EU Administrative Law (hierna: ReNEUAL Model Rules),<sup>1</sup> Het tweede, de Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies, is een voorstel van het Europese Parlement (hierna: EP-voorstel) en wordt dus ook politiek gesteund.<sup>2</sup> Beide voorstellen bevatten algemene regels over een groot aantal onderdelen van het bestuursrecht.

Zij zijn grotendeels alleen van toepassing op het directe bestuur door de Europese instellingen, organen en instanties (waaronder bijvoorbeeld ook de Europese Agentschappen vallen) en dus niet op het bestuur van de lidstaten, ook niet als dat bestuur handelt binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Van dergelijk handelen is, kort gezegd, sprake a) als organen van een lidstaat uitvoering geven aan specifieke EU-rechtelijke verplichtingen en bevoegdheden die bijvoorbeeld zijn opgenomen in EU-verordeningen of richtlijnen (agent-situatie), b) als zij handelingen verrichten waarbij wordt afgeweken van de fundamentele verkeersvrijheden (vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen) of van het recht op het Unieburgerschap, en c) als zij nationaal recht toepassen ter handhaving of effectivering van a en b.<sup>3</sup> Omdat veel sectoraal bestuursrecht materieel geheel of gedeeltelijk wordt bepaald door het Unierecht – denk aan het vrijwel gehele vreemdelingenrecht, belangrijke onderdelen van het omgevingsrecht, het gehele financieel- en markttoezichtrecht, het dienstenrecht, onderdelen van fiscaal (douane, btw, vennootschaps-

belasting) en sociaal recht (grensarbeiders, werktijden) et cetera – valt heel veel handelen van de Nederlandse bestuursorganen binnen de werkingssfeer van het Unierecht.

## Omdat veel sectoraal bestuursrecht materieel geheel of gedeeltelijk wordt bepaald door het Unierecht, valt heel veel handelen van de Nederlandse bestuursorganen binnen de werkingssfeer van het Unierecht

Hoewel de voorstellen voor een Ewb groten-deels niet van toepassing zijn op (de organen van) de lidstaten, kunnen die voorstellen, als zij geldend recht worden, toch invloed uitoefenen op het Nederlandse bestuursrecht. In paragraaf 4 komen we op dit punt terug. De mogelijke invloed van de Ewb-voorstellen op het bestuursrecht is voor de Vereniging voor Bestuursrecht (hierna: VAR) reden geweest voor de instelling van de VAR-Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, waarvan wij beiden lid zijn.<sup>4</sup> Deze commissie heeft als opdracht om een rapport te schrijven over de vraag wat de (te verwachten) invloed is van de op EU-niveau tot ontwikkeling komende bestuursrechtelijke regels en beginselen op de theorie en de praktijk van het nationaal bestuursrecht. Concreet buigt de commissie zich over vragen als: hoe verhouden de twee voorstellen voor een Ewb zich inhoudelijk tot de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb)? Op welke punten zou het nationaal bestuursrecht inspiratie kunnen ontlenen aan die voorstellen? Op welke punten zou de Europese Unie wat kunnen leren van de Awb? En bestaat er behoefte aan een Ewb die ook geldt voor de lidstaten? Naar verwachting verschijnt het rapport van de commissie dit jaar en wordt daaraan gekoppeld een congres georganiseerd. Vanwege het feit dat het proces van dat rapport nog gaande is, zullen wij in deze bijdrage niet ingaan op al de voorgenoemde vragen, maar ons beperken tot twee vragen, namelijk welke voordelen heeft een Ewb (paragraaf 3) en wat is in algemene zin de mogelijke en wenselijke invloed daarvan voor het Nederlandse bestuursrecht (paragraaf 4). Voordat we daaraan toekomen, wordt eerst kort ingegaan op de inhoud van de Ewb-voorstellen (paragraaf 2). We sluiten deze bijdrage af met een conclusie (paragraaf 5).

## 2 Korte inhoud Ewb-voorstellen<sup>5</sup>

### 2.1 ReNEUAL Model Rules

De ReNEUAL Model Rules bestaat uit zes boeken waarin regels zijn opgenomen over bijna elk onderwerp van het Europees bestuursrecht, met uitzondering van de rechtsbescherming. Concreet gaat het om de volgende onderwerpen: I. General Provisions, II. Administrative Rule-Making, III. Single Case Decision-Making, IV. Contracts, V. Mutual Assistance en VI. Administrative Information Management. De normatieve grondslag van de ReNEUAL Model Rules zijn de constitutionele waarden en beginselen van de Europese Unie, zoals de *rule of law*, het democratiebeginsel (dat onder meer ook transparantie en participatie insluit) en het beginsel van goed bestuur, zoals dat deels is gecodificeerd in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest).

## De ReNEUAL Model Rules zijn anders gestructureerd dan onze Awb. Tevens zien de ReNEUAL Model Rules op verschillende onderwerpen die in de Awb weinig of geen aandacht krijgen

De ReNEUAL Model Rules zijn anders gestructureerd dan onze Awb, met name omdat is gekozen voor een aparte regeling van specifieke overheidsgedragingen en niet – zoals bij de Awb – voor een gelaagde opbouw. Tevens zien de ReNEUAL Model Rules op verschillende onderwerpen die in de Awb weinig of geen aandacht krijgen, terwijl daaraan wel behoefte zou kunnen bestaan. Dat geldt sowieso voor de boeken II, IV, V en VI, omdat de Awb tot nu toe (vrijwel) niets regelt over de in die boeken opgenomen onderwerpen bestuursregelgeving (II), overheidscontracten (III), wederzijdse bijstand (V) en informatiemanagement (VI). Ook boek III over het nemen van besluiten bevat echter onderwerpen die nu nog in de Awb ontbreken, zoals het bewijsrecht in de bestuurlijke fase, massaprocedures en de wijziging en intrekking van beschikkingen. Daarnaast regelt dat boek onderwerpen die ook in de Awb staan, maar is die regeling vaak uitvoeri-ger dan die van de Awb en wijkt zij bovendien soms op details, maar vaker ingrijpend, van de Awb-regeling af. Dat geldt bijvoorbeeld voor de regels over de beslistermijn en die betreffende de onpartijdigheid van het bestuur.

- <sup>4</sup> [www.verenigingbestuursrecht.nl/2017/05/var-commissie-europeanisering-algemeen-bestuursrecht/](http://www.verenigingbestuursrecht.nl/2017/05/var-commissie-europeanisering-algemeen-bestuursrecht/).
- <sup>5</sup> Voor een uitvoerige bespreking van de Ewb-voorstellen zij gewezen op P. Craig e.a. (red.), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, Oxford: OUP 2017; H.C.H. Hofmann & J.P. Schneider, 'Administrative Law Reform in the EU: The ReNEUAL Project', in: S. Rose-Ackerman e.a. (red.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham: Elgar 2017, p. 650-666; M. Ruffert, *The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication*, Groningen: Europa Law Publishing 2016; A.C.M. Meuwese, "De toekomst van het bestuursrecht" – een reactie vanuit Europeaniseringsperspectief, *NTB* 2015/19, p. 140-142; T. Barkhuysen, 'Naar een Europese Algemene wet bestuursrecht', *NJB* 2015/89, p. 93; G.H. Addink, 'Europees bestuursrecht in ontwikkeling: op weg naar een Europese Awb', *NTB* 2014/24, p. 197-206; R.J.G.M. Widdershoven, 'Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?', *REALaw* 2014, afl. 2, p. 5-18 (hierna: Widdershoven 2014a); C. Timmermans, 'Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity – Some Concluding Observations', *REALaw* 2014, afl. 2, p. 35-44; H.C.H. Hofmann, J.P. Schneider & J. Ziller, 'The Research Network on European Administrative Law's Project on EU Administrative Procedure – Its Concepts, Approaches and Results', *REALaw* 2014, afl. 2, p. 45-64; F.J. van Ommeren & C.J. Wolswinkel, 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU', *NTB* 2014/23, p. 189-196; R.J.G.M. Widdershoven, 'Naar een Europese harmonisatie van het nationale bestuursrecht?', *NTB* 2014/33, p. 261-264 (hierna: Widdershoven 2014b); M. Scheltema, 'Een Europese Awb? Ja, maar beperkt: het is geen nationale Awb', *NTB* 2014/36, p. 275-278; A.C.M. Meuwese, 'Het Europees parlement op de bres voor een "Europese Awb"', *RegelMaat* 2013, afl. 2, p. 135-139.

Hoewel het aanvankelijk de bedoeling van ReNEUAL was dat zijn Model Rules ook zouden gelden voor het nationale bestuur als dat handelt binnen de werkingssfeer van het Unierecht, heeft men van dit voornemen uiteindelijk grotendeels afgezien om strategische redenen, namelijk omdat men bang was dat de voortgang van een Ewb zou worden ‘gegijzeld’ door de discussies over de bevoegdheid van de Europese Unie om zo ver te gaan en door het mogelijk verzet daartegen uit de lidstaten.<sup>6</sup> Uiteindelijk heeft ReNEUAL ervoor gekozen om de boeken II, III en IV alleen van toepassing te laten zijn op het Europese bestuur. De boeken V en VI zullen wel van toepassing zijn op de lidstaten, omdat beide boeken de samenwerking tussen de nationale en Europese autoriteiten, dan wel tussen de nationale autoriteiten van twee lidstaten betreffen.

## Uiteindelijk heeft ReNEUAL ervoor gekozen om de boeken II, III en IV alleen van toepassing te laten zijn op het Europese bestuur. De boeken V en VI zullen wel van toepassing zijn op de lidstaten

### 2.2 Het EP-voorstel

De hierboven genoemde regels in boek III over Single Case Decision-Making uit de ReNEUAL Model Rules vormen een inspiratiebron voor het EP-voorstel. Dat voorstel is gebaseerd op artikel 298 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en moet een ‘open, doeltreffende en onafhankelijk Europees ambtenarenapparaat’ garanderen. Bovendien moet het de naleving van het beginsel van goed bestuur, zoals dat deels is gecodificeerd in artikel 41 van het Handvest, verzekeren. In de considerans van het EP-voorstel wordt een korte omschrijving gegeven van de EU-beginselen die aan de basis liggen van de regels en die – blijkens de considerans (overweging 17) – zouden moeten fungeren als inspiratiebron voor de interpretatie van die regels. Behalve de diverse sub-beginselen die blijkens artikel 41 van het Handvest onderdeel zijn van het beginsel op goed bestuur (onpartijdige, bilijke en tijdige besluitvorming, rechten van verdediging, motiveringsplicht), betreft dat het beginsel van de *rule of law* en legaliteit, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het

effectiviteitsbeginsel, het transparantiebeginsel, het beginsel van bestuurlijke efficiency, en het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie.

## Het EP-voorstel bevat onderwerpen die in de Awb ontbreken terwijl daaraan wel behoefte zou kunnen bestaan, zoals het bewijsrecht in de bestuurlijke fase en de wijziging en intrekking van beschikkingen

Het EP-voorstel bevat gedetailleerde regels voor het nemen van besluiten op aanvraag en ambtshalve genomen besluiten.<sup>7</sup> Deze regels zijn deels identiek aan de regels in boek III over Single Case Decision-Making uit de ReNEUAL Model Rules, maar wijken daar op onderdelen van af. De eerstgenoemde regels betreffen het initiëren van bestuurlijke procedures (op initiatief van het bestuur of op aanvraag van een partij), het management van bestuurlijke procedures (in het kader waarvan onder meer ook het nalevingstoezicht is geregeld), het einde van de procedure en de wijziging en intrekking van beschikkingen. Evenals de ReNEUAL Model Rules bevat het EP-voorstel onderwerpen die in de Awb ontbreken terwijl daaraan wel behoefte zou kunnen bestaan, zoals het bewijsrecht in de bestuurlijke fase en de wijziging en intrekking van beschikkingen. Verder regelt het EP-voorstel, zoals de ReNEUAL Model Rules, onderwerpen die ook in de Awb staan, maar is die regeling vaak uitvoeriger dan die van de Awb en wijkt zij bovendien soms op details, maar vaker ingrijpend, van de Awb-regeling af. Dat betreft, zoals in paragraaf 2.1 al aangegeven, bijvoorbeeld de regels over de beslistermijn en die betreffende de onpartijdigheid van het bestuur. Het EP-voorstel heeft niet de ambitie om de in specifieke sectorale EU-regelgeving opgenomen voorschriften voor het EU-bestuur te vervangen. Wel moet het voorstel deze voorschriften aanvullen en zouden deze moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de relevante verordeningsregels (art. 3). Tot slot bepaalt het EP-voorstel expliciet dat de verordening niet van toepassing is op het bestuur van de lidstaten (art. 2 lid 3). Blijkens de considerans is deze uitsluiting in overeenstemming met artikel 298 van het VWEU (overweging 15).

<sup>6</sup> Vergelijk hierover de bronnen genoemd in voetnoot 5.

<sup>7</sup> De regels zelf zijn toegespitst op het nemen van beschikkingen, maar art. 26 van het EP-voorstel bepaalt: ‘Administratieve handelingen van algemene strekking worden door het ambtenarenapparaat van de Unie vastgesteld overeenkomstig de procedure-rechten waarin deze verordening voorziet.’ De regels gelden overigens blijkens artikel 2 lid 2 niet voor de activiteiten van het EU-bestuur in het kader van gerechtelijke procedures, wetgevingsprocedures en ‘procedures die leiden tot de vaststelling van niet-wetgevingshandelingen die rechtstreeks gebaseerd zijn op de Verdragen, gedelegeerde handelingen of uitvoeringshandelingen’.

### 3 Voordelen van een Ewb

Een Ewb, aldus Craig, ‘can enhance the clarity of, and facilitate access, to the law; increase the coherence of principles and procedures; set up default procedures to fill gaps in existing law; and establish the functions of administrative procedure’.<sup>8</sup> Deze voordelen van de codificatie van het Europees bestuursrecht komen (als aanleiding) tevens naar voren in bijvoorbeeld de considerans bij het EP-voorstel (overwegingen 4 en 5).<sup>9</sup> Daarin wordt besproken dat de Europese Unie in de loop van de tijd een zeer groot aantal sectorale administratieve procedures heeft ontwikkeld en dat daarbij niet altijd de coherentie van het systeem in het oog is gehouden. De complexe veelheid aan procedures heeft geleid tot lacunes en inconsistenties in deze procedures. Het gegeven dat de Europese Unie geen coherent en omvattend stelsel van gecodificeerd Europees bestuursrecht kent, zorgt ervoor dat de burgers moeilijk inzicht kunnen krijgen in hun rechten op grond van het Unierecht, aldus die considerans.

Dat de hierboven genoemde voordelen van codificatie algemeen erkend zijn, moge blijken uit het navolgende. Naar aanleiding van een jubileum van de Awb heeft de redactie van het tijdschrift *Netherlands Administrative Law Library* – op de schouders van andere auteurs<sup>10</sup> – de voordelen van codificatie van het bestuursrecht samengevat als zijnde het bevorderen van de 1) toegang tot en kenbaarheid van het recht, 2) systematisering van het recht, 3) overtuigingskracht van het recht en bestrijding van willekeur, en 4) kwaliteit van het recht.<sup>11</sup> Deze voordelen worden hieronder toegelicht, waarbij wij dus van mening zijn dat zij ook gelden voor de codificatie van het Europees bestuursrecht in een Ewb.

### Het codificeren geeft weliswaar geen garantie dat het recht ook voor de rechtssubjecten daadwerkelijk kenbaar is, het bevordert niettemin de kenbaarheid en toegang tot het recht

Het codificeren geeft weliswaar geen garantie dat het recht ook voor de rechtssubjecten daadwerkelijk kenbaar is, het bevordert niettemin de kenbaarheid en toegang tot het recht. Vanwege het feit dat er met codifica-

tie samenhang in de regels wordt gebracht, kunnen vervolgens verbanden worden gelegd die bij losse regels niet zichtbaar zijn. Het systeem en de daarin gehanteerde begrippen hebben weliswaar geen bovennatuurlijk karakter met eeuwige gelding, maar zij zijn wel onmisbare hulpmiddelen ter beheersing van de materie.<sup>12</sup> Drucker heeft het voorgaande reeds in 1882 als volgt treffend omschreven waar hij het had over het systematiseren van het recht door middel van het begrip ‘rechtshandeling’:

‘Wat was het doel dat men beoogde, toen men dit nieuwe begrip in de wetenschap invoerde? M.i. een zeer prijzenswaardig: de wensch te systematiseren [...] Ook hier kunnen wij van de natuurwetenschappen leeren. Men kende lang niet alle verschijnselen van het licht, toen Newton zijne emanatie-theorie opstelde. Later werden verschijnselen ontdekt, die niet met haar waren overeen te brengen en zij moest vallen. Niettemin had zij de wetenschap gewichtige diensten bewezen. Zelfs de meest betwistbare hypothesen worden in de natuurwetenschap met vrucht aangewend. Waarom zouden wij niet eveneens handelen? Men behoeft zich nog niet met Zitelmans in de eerste plaats door didactische gronden te laten leiden: het recht is er niet voor het gemak der professoren en der studenten. Maar men zal toch moeten erkennen, dat een systeem, al blijkt het misschien later valsch te zijn, zijn nut kan hebben; dat het de aandacht vestigt op het verband der dingen, dat men anders zoo licht uit het oog zoude verliezen. Bovendien is niets geschikter om te leiden tot opbouw van een nieuw stelsel, dan het aanwijzen van fouten in het oude.’<sup>13</sup>

Een derde voordeel van codificatie is – zoals gezegd – dat daarmee de overtuigingskracht van het recht wordt bevorderd. Door een systematische ordening van de regels wordt de kans op willekeur in het recht verminderd; gelijke gevallen worden op basis van hetzelfde recht zo veel mogelijk gelijk behandeld, hetgeen bijdraagt aan de overtuigingskracht van het recht. Daarnaast is de codificatie van het recht een voorwaarde voor het optimaliseren van de kwaliteit van het recht. Er ontstaat door codificatie namelijk niet alleen een aansporing tot een systematische behandeling van de problemen die in de maatschappij leven, maar het bevordert tevens de discussie over de inhoud en vormgeving van het recht. Ook Polak heeft hier in het kader van de Awb op gewezen, waar hij heeft opgemerkt dat het werken met één algemeen bestuurs(proces) recht natuurlijk niet betekende dat verschillen tussen de bestuursrechtelijke kolommen van de ene op de andere dag verdwenen.<sup>14</sup> Wel kwam een dynamisch proces op gang, waarbij de toepassing van dat recht evolueerde en waarbinnen de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters naar elkaar toegroeide. Op die manier heeft de codificatie een proces naar meer eenheid van recht in gang gezet, aldus Polak. Het met de Awb bevorderen van eenheid van recht, zo voegen wij toe, is ook de uit-

- 8 P. Craig, ‘A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence’, *EPL* 2013, afl. 3, p. 503-524, i.h.b. p. 503. Zie Widdershoven 2014a, p. 13 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven, ‘Europeanisation of the general administrative law: stand van zaken en toekomstperspectief’, in: B.J. Schueller & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisation van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2014, p. 9-32 (hierna: Widdershoven 2014c), p. 27 e.v.; Hofmann, Schneider & Ziller 2014, p. 45 e.v.; J.H. Jans, ‘Naar een Europees Awb?’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 609-626; A.C.M. Meuwese, Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, ‘Towards a European Administrative Procedure Act’, *REALaw* 2009, afl. 2, p. 3-35.
- 9 [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2016/01-28/1081253NL.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2016/01-28/1081253NL.pdf). Hetzelfde is het geval voor de ReNEUAL Model Rules. Vergelijk Hofmann & Schneider 2017, p. 650-666.
- 10 I.h.b. M. Scheltema, ‘Codificatie van het bestuursrecht’, *NTB* 1996, afl. 1, p. 2-7. Zie tevens B.J. Schueller, ‘De Awb en de bijzondere delen van het bestuursrecht’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 173-191.
- 11 R. Ortlep, W. den Ouden, Y. Schuurmans, A. Tollenaar, G. van der Veen & J. Wolswinkel, ‘Nut en noodzaak van een algemene codificatie van bestuursrecht’, *NALL* februari 2014, DOI: 10.5553/NALL.000020, par. 3.2.
- 12 In hoeverre de systematisering van het recht de rechtspraktijk beïnvloed is een andere vraag. Vergelijk hierover Ortlep, Den Ouden, Schuurmans, Tollenaar, Van der Veen & Wolswinkel 2014, i.h.b. par. 5.
- 13 Met bronverwijzing weergegeven in J.H.A. Lokin, ‘Van handeling naar rechtshandeling’, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2000, p. 17-42, i.h.b. p. 42. Zie ook G.A. van Poelje, *Beginselen van Nederlandsch administratief recht. Deel 1*, Alphen

drukkelijke wens van de wetgever geweest<sup>15</sup> en komt tevens tot uitdrukking in de considerations bij de twee voorstellen voor een Ewb.<sup>16</sup>

## Er ontstaat door codificatie niet alleen een aansporing tot een systematische behandeling van de problemen die in de maatschappij leven, maar het bevordert tevens de discussie over de inhoud en vormgeving van het recht

aan den Rijn: Samsom 1927, p. xvii: 'Iedere wetenschap intusschen heeft behoefte aan een bepaald systeem; aan een zekere indeeling en ordening, waardoor het geheel van de daarbinnen vallende verschijnselen kan worden overzien en beheerscht. De systematiek is een onmisbaar hulpmiddel ter beheersching van de stof.'

<sup>14</sup> J.E.M. Polak, 'Veranderende perspectieven van de bestuursrechter', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 97-113.

<sup>15</sup> Vergelijk PG Awb I MvT, p. 19 e.v. Vergelijk voor meer verwijzingen R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: BJu 2015, p. 59-160, i.h.b. p. 66-67.

<sup>16</sup> Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 8.

<sup>17</sup> Vergelijk S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven & J.H. Jans, 'Hoofdstuk VIII – Slotbeschouwingen', in: Prechal & Widdershoven 2017, p. 469-476, i.h.b. p. 475-476; Widdershoven 2014c, p. 28 e.v.

<sup>18</sup> Zie eerder T. Barkhuysen, 'De invloed van het Europese recht op de eenheid van het Nederlandse bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid*, Den Haag: Sdu 2007, p. 81-104; T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veelzijdige Europese rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2006.

<sup>19</sup> Scheltema 2014, p. 276.

<sup>20</sup> Scheltema 2014, p. 276-277.

### 4 Invloed op de lidstaten?

#### 4.1 Beperkt toepassingsbereik

Zoals hiervoor is opgemerkt, zullen de twee voorstellen voor een Ewb grotendeels niet van toepassing zijn op (de organen van) de lidstaten. In de literatuur is hierover opgemerkt dat deze beperking van het toepassingsbereik om ten minste drie redenen wenselijk is.<sup>17</sup> In de eerste plaats omdat een bevoegdheid tot algemene uniformering van het nationaal bestuursrecht door middel van een Ewb in de EU-verdragen ontbreekt. Het in dat verband wel aangevoerde artikel 298 van het VWEU, waarin is bepaald dat het Europees Parlement en de Europese Raad regels kunnen vaststellen betreffende een 'open, doeltreffend en onafhankelijk ambtenarenapparaat', heeft volgens ons – en, zoals in paragraaf 2 aangegeven, ook volgens het Europees Parlement – uitsluitend betrekking op de Europese administratie. Het ook wel genoemde artikel 197 van het VWEU biedt evenmin een grondslag voor een Ewb, omdat de daarin voorziene Europese bevoegdheid tot regelgeving alleen de (grensoverschrijdende) samenwerking tussen de lidstaten betreft en niet de toepassing van het Unierecht binnen één lidstaat. Bovendien sluit het artikel uitdrukkelijk uit dat die bevoegdheid wordt toegepast ter 'harmonisering van de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten'.

In de tweede plaats is het beperkte toepassingsbereik van een Ewb wenselijk, omdat er geen enkele *sense of urgency* bestaat om een Ewb van toepassing te laten zijn op (de organen van) de lidstaten, zelfs niet indien zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Er is tenslotte geen indicatie dat die uitvoering in algemene zin niet goed verloopt. In de derde plaats zou voor Neder-

land de toepasselijkheid van een Ewb op het nationaal handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht als resultaat hebben dat nationale organen binnen dat omvangrijke terrein (zie paragraaf 1) een Ewb moeten toepassen en daarbuiten weer de Awb, hetgeen (zonder noodzaak) onevenredig complex zou zijn.<sup>18</sup> Zo is het zeer wel denkbaar dat (de handhaving van) een omgevingsvergunning deels wel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, namelijk voor zover daarin normen zijn opgenomen die zijn voorgeschreven in een EU-milieurichtlijn, terwijl dat voor andere onderdelen niet geldt. Ook Scheltema heeft op het voorgaande gewezen en daarbij opgemerkt dat de rechtseenheid die men hiermee wellicht wil bereiken, dat wil zeggen dat een Ewb van toepassing wordt op het nationaal handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht, juist niet wordt bereikt.<sup>19</sup> Het nationaal bestuursrecht zou dan, aldus ook Scheltema, langs lastig te begrijpen en tevens steeds wisselende lijnen gesplitst worden. Hiermee zou een Ewb *de facto* de nationale wetgever gebieden om ook voor de toepassing van het nationaal bestuursrecht de regels van een Ewb over te nemen. Immers, dat is dan de enige manier waarop de rechtseenheid op nationaal niveau kan worden geëerbiedigd.

## Is het dan niet wenselijk dat er één uniform algemeen deel van het bestuursrecht in de gehele Europese Unie komt (en daarmee onze Awb vervangt)? Met Scheltema beantwoorden wij ook die vraag ontkennend

#### 4.2 Vervanging van onze Awb?

Het zojuist gestelde roept de vraag op of het dan niet wenselijk is dat een Ewb zowel voor het directe bestuur door de EU-instellingen, organen en instanties, als voor (de organen van) de lidstaten van toepassing is. Met andere woorden, is het dan niet wenselijk dat er één uniform algemeen deel van het bestuursrecht in de gehele Europese Unie komt (en daarmee onze Awb vervangt)? Met Scheltema beantwoorden wij ook die vraag ontkennend.<sup>20</sup> Naast het ontbreken van een bevoegdheidsgrondslag in de EU-verdragen en van een *sense of urgency* (zie hiervoor), is een eerste nadeel van één uniform algemeen deel van het bestuursrecht in de gehele Europese Unie dat daarmee geen recht wordt gedaan aan

het gegeven dat dikwijls de rechtscultuur van land tot land verschilt.<sup>21</sup> Het is daarom met Scheltema niet vanzelfsprekend om een rechtsregel die in het ene land goed functioneert, in een ander land over te nemen en te verwachten dat die dezelfde (positieve) resultaten geeft. Een ander nadeel, dat ook door Scheltema wordt genoemd,<sup>22</sup> is dat met één uniform algemeen deel van het bestuursrecht in de gehele Europese Unie de reële kans bestaat dat het Hof van Justitie van die Unie met de uitleg van een dergelijke wet overbelast raakt en dat daardoor procedures langer zullen duren ('Justice delayed is justice denied'<sup>23</sup>). De vele interpretatievragen die zich bij de toepassing van zo'n Ewb ongetwijfeld zullen voordoen, kunnen immers niet meer soepel worden opgelost door de nationale rechter, maar moeten dan steeds worden verwezen naar het Hof van Justitie. Voor de gehele Europese Unie één uniform algemeen deel van het bestuursrecht heeft als derde nadeel dat een dergelijke wet – in navolging van Scheltema – vanwege het grote terrein, de vele betrokken actoren en (daarmee) complexe wetgevingsprocedures – beperkt flexibel zou zijn, hetgeen onwenselijk is omdat wanneer maatschappelijke problemen daarom vragen, het recht (en dus ook een Ewb) erop gericht dient te zijn om die problemen zo snel mogelijk tot een maatschappelijk bevredigende oplossing te brengen.<sup>24</sup>

## Vanwege de schaduwwerking moet Nederland ook proberen om de Ewb-voorstellen te verrijken met waardevolle elementen van het Nederlands bestuursrecht

### 4.3 Wissel- en schaduwwerking

Ondanks het gegeven dat de twee voorstellen voor een Ewb grotendeels niet van toepassing zullen zijn op (de organen van) de lidstaten en dat naar onze mening ook terecht is, zou er met het invoeren van een Ewb niettemin een ook door ons gewenste wisselwerking met het nationaal bestuursrecht tot stand komen. Het is bovendien de verwachting en de wens van de opstellers dat een Ewb een spontane harmonisatie met het nationaal bestuursrecht in de hand werkt.<sup>25</sup> Het inventariseren en leren van de overeenkomsten en verschillen zou bovendien de rechtsontwikkeling bevorderen, zoals door het ontwikkelen van *best practices*.<sup>26</sup> Ter zake wordt ook wel gespro-

ken van een *common framework*<sup>27</sup> dat ten goede kan komen aan de ontwikkeling van een *ius commune*.<sup>28</sup> Met betrekking tot het laatste gaat het niet om het op microniveau uniformeren van het recht, maar om het op macroniveau formuleren van bestaande en/of toekomstige gemeenschappelijke uitgangspunten, concepten en grondslagen. Dit kan vervolgens een grondslag vormen waarop de verschillende rechtstelsels voortbouwen, met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het nationale en EU-recht.

Uit het bovenstaande volgt reeds dat het loont om de twee voorstellen voor een Ewb te bestuderen. De bestudering daarvan is niet alleen wenselijk maar ook noodzakelijk vanwege de zogeheten schaduwwerking van de Ewb in de lidstaten.<sup>29</sup> Allereerst is daartoe van belang dat de twee Ewb-voorstellen voor een aanzienlijk deel een uitwerking zijn van de EU-beginselen die het Hof van Justitie in zijn rechtspraak heeft erkend, zoals het – reeds in de inleiding genoemde – beginsel van goed bestuur en het daaronder vallende beginsel van de eerbiediging van de rechten van verdediging. Die EU-beginselen zijn wel bindend voor (de organen van) de lidstaten voor zover zij handelen binnen de werksfeer van het Unierecht. Het ligt in de lijn der verwachting dat het Hof van Justitie bij de nadere ontwikkeling van die EU-rechtsbeginselen zich laat inspireren door de wijze waarop een bepaald onderwerp in de Ewb-voorstellen is geregeld. Indien dat het geval is, zouden dus onderdelen van die voorstellen via de band van het onderliggend EU-beginsel daadwerkelijk bindend voor (de organen van) de lidstaten worden.<sup>30</sup> Daarnaast kan een schaduwwerking van de twee voorstellen voor een Ewb veroorzaakt worden doordat bepaalde regels uit die voorstellen overgenomen worden in toekomstige sectorale secundaire EU-regels, zoals in verordeningen en richtlijnen, en die daarmee binnen het kader van die regels van toepassing worden op (de organen van) de lidstaten.

Vanwege deze schaduwwerking moet Nederland ook proberen om de Ewb-voorstellen te verrijken met waardevolle elementen van het Nederlands bestuursrecht. Doet Nederland dat niet, dan is het gevaar aanwezig dat die elementen op enig moment onder druk komen te staan. Een voorbeeld van zo'n – volgens ons – waardevol element is de verplichte bezwaarprocedure. Zoals bekend, geldt in Nederland als regel dat belanghebbenden pas beroep bij de bestuursrechter kunnen instellen, als zij eerst de verplichte bezwaarprocedure hebben doorlopen (vergelijk art. 7:1, eerste lid, van de

21 Vergelijk E. Mak, *The Possibility of a European Judicial Culture*, Den Haag: Eleven 2015.

22 Scheltema 2014, p. 276.

23 Dit betekent niet dat snel recht altijd goed recht is. Vergelijk M.J.C. Pieterse, 'Evenwicht is een dynamische toestand', in: T. Gerverdinck e.a. (red.), *Wetenschappelijk Bijdragen. Bundel ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: Boom juridisch 2014, p. 223-243, i.h.b. p. 234.

24 Zie H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding: taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld*, Oisterwijk: WLP 2014.

25 Dat van een dergelijke spontane harmonisatie al sprake is, komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927; ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759. Voor een Belgisch voorbeeld zij gewezen op Grondwettelijk Hof 30 juni 2014, R. W. 2014-2015, p. 1573-1582, m.nt. A. Van Oevelen; AB 2016/157, m.nt. R. Ortlep.

26 Vergelijk Scheltema 2014, p. 278; Widdershoven 2014c, p. 29 e.v. Zie Van Ommeren & Wolswinkel 2014, p. 189-196; Widdershoven 2014b, p. 261-264.

27 Vergelijk Meuwese, Schuurmans & Voermans 2009, p. 3-35. Zie Barkhuysen 2015, p. 93.

28 Vergelijk Prechal, Widdershoven & Jans 2017, p. 476.

29 Vergelijk Widdershoven 2014a, p. 5-18.

30 Voor een vergelijkbare redenering zij gewezen op HvJ EU 8 mei 2014, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302 (H.N.).

Awb). Mede daarom gelden diverse verdedigingsrechten – zoals het recht om te worden gehoord en het recht op de inzage in de stukken – niet in volle omvang bij de besluitvorming *in primo* maar pas in de fase van bezwaar. De Ewb-voorstellen voorzien niet in een verplichte bezwaarprocedure en volgens die voorstellen gelden die verdedigingsrechten wel voor het nemen van nadelige besluiten *in primo*. Als die voorstellen schaduwwerking krijgen, betekent dat voor Nederland dat bij die besluiten de rechten van verdediging zowel *in primo* als in bezwaar zullen gelden. Dat is niet bezwaarlijk voor ingrijpende maatwerkbesluiten, maar lijkt wat veel van het goede voor de vele confectiebesluiten die ook worden genomen.<sup>31</sup> Bij die besluiten is het volgens ons voldoende als die verdedigingsrechten in de bestuurlijke fase éénmaal serieus in acht worden genomen. Volgens de Ewb-voorstellen (die schaduwwerking kunnen krijgen) zou dat bij de besluitvorming *in primo* zijn. Dat klinkt mooi, maar wij vrezen dat bijvoorbeeld het horen vanwege de grote aantallen zaken dan weinig inhoudsvol is. Ons lijkt het daarom beter dat deze rechten bij confectiebesluiten worden gerealiseerd in de fase van bezwaar, omdat in die fase alleen nog besluiten ter beoordeling staan waarover een serieus verschil van mening bestaat. Wil Nederland voor die laatste optie kunnen kiezen, dan zal daarvoor binnen de Ewb-voorstellen ruimte moeten worden geschapen die er nu niet is.

## Wij hebben gesteld dat het zowel wenselijk als noodzakelijk is om de twee voorstellen voor een Ewb te bestuderen

### 5 Conclusie

In deze bijdrage stond centraal welke voordelen er van een Ewb zijn en wat in algemene zin de mogelijke en wenselijke invloed daarvan voor het Nederlandse bestuursrecht is. In de twee voorstellen voor een Ewb wordt in verschillende onderwerpen voorzien die in de Awb weinig of geen aandacht krijgen terwijl daaraan wel behoefte zou kunnen bestaan. Zoals in paragraaf 2 aangegeven, betreft dat onder meer de totstandkoming van bestuurs-

regelgeving en de overheidscontracten (beide geregeld in de Model Rules van ReNEUAL), het bewijsrecht in de bestuurlijke fase en de wijziging en intrekking van beschikkingen (beide geregeld in zowel de Model Rules als in het EP-voorstel). De voordelen van de codificatie van deze en andere onderwerpen in een Ewb zijn – gelijk als voor de codificatie in de Awb – gelegen in het bevorderen van de toegang tot en de kenbaarheid van het recht, systematisering van het recht, overtuigingskracht van het recht en bestrijding van willekeur, en kwaliteit van het recht. Hiermee hangt samen dat door codificatie een dynamisch proces op gang wordt gezet om tot de gewenste eenheid van recht te komen.

De wens tot rechtseenheid doet de vraag rijzen of het wenselijk is dat de twee voorstellen voor een Ewb grotendeels van toepassing zijn op (de organen van) de lidstaten. Hierbij hebben wij een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de situatie dat een Ewb van toepassing is wanneer het nationale handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, anderzijds de situatie dat er één uniform algemeen deel van het bestuursrecht in de gehele Europese Unie komt (en daarmee onze Awb vervangt). De eerstgenoemde situatie zou het ook voor ons ongewenste gevolg hebben dat nationale organen binnen een groot terrein een Ewb moeten toepassen en daarbuiten weer de Awb, hetgeen (zonder noodzaak) onevenredig complex zou zijn en juist de rechtseenheid niet bevordert. De tweede situatie van één uniform algemeen deel van het bestuursrecht in de gehele Europese Unie achten wij evenmin wenselijk, onder meer omdat daarmee geen recht wordt gedaan aan het gegeven dat de rechtscultuur van land tot land vaak verschilt, de grote kans bestaat dat het Hof van Justitie met de uitleg van een Ewb overbelast zou raken en daarmee de procedures langer zouden duren, en een dergelijke wet beperkt flexibel zou zijn terwijl maatschappelijke problemen tot het tegendeel kunnen dwingen.

Ondanks het voorgaande hebben wij in deze bijdrage gesteld dat het zowel wenselijk als noodzakelijk is om de twee voorstellen voor een Ewb te bestuderen. Wenselijk, vanwege de wisselwerking met het nationaal bestuursrecht en dat uit dat proces *best practices* kunnen volgen, en noodzakelijk vanwege de schaduwwerking die de voorstellen hoogstwaarschijnlijk op ons bestuursrecht hebben.

<sup>31</sup> Zo ook R.J.G.M. Widdershoven, 'Een ervaring als staatsraad advocaat-generaal: op zoek naar een rechtsbeginsel', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 87-102, i.h.b. p. 100-102.