

Wie wenst en hoopt leeft al in de toekomst

Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde

NTB 2021/138

1. Inleiding

Om de zoveel tijd stelt het bestuur van de Vereniging voor Bestuursrecht (hierna: VAR) een commissie in, bestaande uit personen afkomstig uit de diverse kringen van de bestuursrechtelijke gemeenschap (bestuur, wetenschap, rechtspraak, rechtshulp), waaraan wordt gevraagd om een ingewikkeld en belangrijk onderwerp te doordenken en aanbevelingen te doen over de verdere ontwikkeling ervan. In het kader van die traditie is op 21 november 2016 een VAR-commissie ingesteld om te rapporteren over de invloed van de Unierechtelijke algemeen bestuursrechtelijke regels en beginselen op de theorie en de praktijk van het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Zij heeft de aan haar gegeven opdracht gekanaliseerd door twee voorstellen voor een Europese Awb, namelijk de *Model Rules on EU Administrative Procedures* van het academische netwerk *ReNEUAL*² en het voorstel voor een *Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies* van het Europese Parlement,³ als vertrekpunt te nemen. Het rapport van de zogeheten Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht (hierna: commissie) is onlangs gepubliceerd en draagt de volgende titel: *Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde*.⁴ De commissie stond onder voorzitterschap van R.J.G.M. Widdershoven en was verder als volgt samengesteld: G.H. Addink,⁵ J. Bootsma,⁶ J.E. van den Brink,⁷

M.J. Jacobs,⁸ O.J.D.M.L. Jansen,⁹ H.G. Lubberdink,¹⁰ A.J.C. de Moor-van Vugt,¹¹ A.C.M. Meuwese,¹² S.M.C. Nuijten,¹³ M. van Oers,¹⁴ F.J. van Ommeren,¹⁵ R. Ortlep (tevens secretaris) en R.J.N. Schlössels.¹⁶

Het VAR-bestuur heeft – in overleg met de redactie van het *NTB* – besloten om aan het rapport van de commissie in dit tijdschrift een speciaal nummer te wijden. Bovendien wordt waarschijnlijk op 25 juni 2021 een digitale VAR-studiemiddag georganiseerd om over het rapport te discussiëren. De opzet van dit nummer is dat, naast deze bijdrage over de inhoud van het rapport, een aantal veelal jonge auteurs is gevraagd om een korte bijdrage te leveren waarin hen het volgende is meegegeven: ‘Kan je vanuit jouw ervaring en expertise kort reageren op (een deel van) het rapport? Wat valt je op, vind je mooi of zie je anders?’

Wij zijn met de redactie van het *NTB* verheugd dat verschillende auteurs deze spreekwoordelijke handschoen hebben opgepakt. In deze bijdrage hebben wij de schone taak om het rapport verder in te leiden (paragraaf 2) en daarna de conclusies en aanbevelingen weer te geven (paragraaf 3). Vervolgens gaan wij in op de vraag of verdere Europeanisering van het Nederlands bestuursrecht *top-down* zou moeten plaatsvinden doordat de voorstellen voor de Europese Awb van toepassing zouden worden verklaard op de lidstaten, of dat Europeanisering bij voorkeur *bottom-up* moet geschieden door de vrijwillige adoptie van Europese concepten en beginselen in louter nationale zaken (paragraaf 4). We eindigen deze bijdrage met een slotopmerking (paragraaf 5). Het rapport telt 268 pagina's en daarom zult u begrijpen dat wij hier strikte keuzes hebben moeten maken en daarmee ook een aansporing geven om het gehele rapport te lezen.¹⁷

2. Uitgangspunten van het rapport

Zoals in de inleiding van deze bijdrage is gezegd, heeft de commissie de keuze gemaakt om twee voorstellen voor een

1 Rolf Ortlep is universitair hoofddocent bestuursrecht Universiteit van Amsterdam en hoogleraar (Europees) bestuursrecht Open Universiteit. Rob Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht Universiteit Utrecht en staatsraad/raadshoer advocaat-generaal voor het bestuursrecht. De titel van deze bijdrage wordt toegeschreven aan Gottlob Leopold Immanuel Schefer (Ausgewählte Werke. Band 11. Berlin: Veit und Comp., 1845. S. 64): ‘Wer wünscht und hofft, der lebt schon in der Zukunft’.

2 *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure* 2014 en 2015, beide te vinden op <http://www.reneual.eu>. De *Model Rules* (versie 2015) zijn in print gepubliceerd in P. Craig, H. Hofman, J.-P. Schneider & J. Ziller (red.), *Model Rules on EU Administrative Procedures*, Oxford: Oxford University Press 2017.

3 *European Parliament resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration* (2016/2610 (RSP)). Zie eerder Resolutie EP 15 januari 2013, met aanbevelingen aan de Europese Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/20024 (INI)).

4 Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde. VAR-reeks 165*, Den Haag: Boom Juridisch 2021. Voor de VAR-leden is het rapport in te zien en te downloaden op <https://verenigingbestuursrecht.nl>.

5 Hoogleraar bestuursrecht en goed bestuur Universiteit Utrecht.

6 Advocaat Pels Rijcken.

7 Hoogleraar bestuursrecht Universiteit van Amsterdam.

8 Raadadviseur ministerie van Justitie en Veiligheid en bijzonder hoogleraar wetgeving en reguleringvraagstukken Vrije Universiteit Amsterdam.

9 Advocaat Resolución en Visiting professor Global Administrative Law Tilburg University.

10 Staatsraad Raad van State.

11 Staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en bijzonder hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit van Amsterdam.

12 Hoogleraar Europees en vergelijkend publiekrecht Tilburg University.

13 Advocaat NautaDutilh.

14 Directeur Juridische Zaken ACM.

15 Hoogleraar staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit Amsterdam.

16 Hoogleraar staats- en bestuursrecht Radboud Universiteit Nijmegen.

17 Vanwege dezelfde reden wordt in deze bijdrage spaarzaam verwezen naar nadere (rechts)bronnen.

Europese Awb, namelijk de *Model Rules on EU Administrative Procedures* van het academische netwerk *ReNEUAL* (hierna: *ReNEUAL Model Rules*) en het voorstel voor een *Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies* van het Europese Parlement (hierna: EP-voorstel), als vertrekpunt te nemen.¹⁸ Die keuze is voornamelijk ingegeven door de wens om te komen tot een toekomstbestendig rapport. De voorstellen voor een Europese Awb zijn namelijk gebaseerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) en op rechtsvergelijkende studies, zodat zij – in het licht van de bredere europeaniseringstendensen – kunnen worden beschouwd als een Europese *best practice* voor het algemeen bestuursrecht.¹⁹ In het rapport staat daarom de vraag centraal in hoeverre het Nederlandse algemeen bestuursrecht, en in het bijzonder de Awb, inspiratie kan ontleen aan deze Europese *best practice*, en (omgekeerd) in hoeverre die voorstellen wat kunnen leren van de wijze waarop wij het algemeen bestuursrecht hebben geregeld in de Awb.²⁰

Beide voorstellen voor een Europese Awb, die in het rapport centraal staan, zijn voorlopig geen geldend recht. De *Model Rules* van *ReNEUAL* zijn niet meer dan een academisch initiatief, ook al hebben ze wel invloed gehad op het EP-voorstel. Dat laatste voorstel wordt vooralsnog niet omarmd door de Europese Commissie. Of, en zo ja, wanneer het de eindstreep gaat halen van het Europese wetgevingsproces, is dan ook onzeker. Bovendien is de reikwijdte van beide voorstellen grotendeels beperkt tot het bestuurlijk handelen van de Unierechtelijke instellingen, organen en instanties, en hebben zij – met uitzondering van boek 5 (*Mutual assistance*) en 6 (*Administrative Information Management*) van *ReNEUAL* – geen betrekking op het handelen van de lidstaten, ook niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Die beperking tot het bestuurlijke handelen van EU-instellingen en -instanties kan volgens de commissie worden gehandhaafd (vergelijk paragraaf 4). Dat neemt niet weg dat de Europese voorstellen hun schaduw vooruit kunnen werpen en dat onderdelen ervan sneller tot het in Nederland geldende recht zouden kunnen gaan behoren dan nu nog wordt verwacht.²¹ Dat zou kunnen geschieden doordat zij door de Europese wetgever als model worden gebruikt voor secundaire EU-regels waarmee onderdelen van het algemeen bestuursrecht in een specifieke sector worden gereguleerd. Bovendien kunnen elementen van die regels het Hof inspireren bij de nadere invulling van de Europese rechtsbeginselen, die aan de regels ten grondslag liggen.

De keuze om de voorstellen voor een Europese Awb als vertrekpunt te nemen, heeft als gevolg dat de onderwerpen waarop die voorstellen geen betrekking hebben, in het

rapport niet of slechts zijdelings aan de orde komen.²² Dat geldt bijvoorbeeld voor de rechtsbescherming en het bestuursprocesrecht, al komen aspecten daarvan hier en daar wel ter sprake, en ook voor het overheidsbegrip (ook al wordt dit begrip wel degelijk door het Unierecht geraakt). Daar staat tegenover dat belangrijke onderdelen van het algemeen bestuursrecht wel in het rapport worden besproken. Dit betreft kort gezegd beginselen die aan het Europese en internationale bestuursrecht ten grondslag liggen,²³ regelgeving,²⁴ overheidscontracten en schaarse publieke rechten,²⁵ voorbereiding van besluitvorming,²⁶ intrekking van besluiten²⁷ en internationale bestuurlijke bijstand.²⁸ Over elk van deze onderwerpen bevat het rapport een grondige analyse, waarin het Nederlandse bestuursrecht wordt geconfronteerd met de voorstellen voor een Europese Awb (en *vice versa*), die uitmondt in bijna veertig concrete aanbevelingen van de commissie aan de relevante actoren in Nederland (vooral de wetgever, soms het bestuur of de rechter) of aan *ReNEUAL*.²⁹ Zie hierover nader de volgende paragraaf.

Van diverse aanbevelingen zou men hopen dat zij vandaag – mede in het licht van de discussies over responsief bestuursrecht³⁰ en de kinderopvangtoeslagaffaire³¹ – al gerealiseerd waren. Dat geldt bijvoorbeeld voor de aanbevelingen om het burgerperspectief een veel duidelijker plaats te geven in de Awb, om de dienstbaarheid van de overheid te vergroten door de aanstelling van een zogeheten zaaksambtenaar en om voor complexe besluiten te voorzien in een voorbereidingsprocedure die ten volle voldoet aan de rechten van verdediging.³² Daarnaast zijn er voor de fijnproevers aanbevelingen voor een Awb-regeling over overheidscontracten,³³ de intrekking van besluiten³⁴ en internationale bestuurlijke bijstand.³⁵

3. Conclusies en aanbevelingen

3.1 Inleiding

De commissie is gezamenlijk verantwoordelijk voor de inhoud van het rapport, ook al wil dat niet zeggen dat ieder individueel lid even enthousiast is over elk detail van elke aanbeveling. Wel bestaat er een brede consensus over de kansen die de Europese ontwikkelingen bieden voor een verdere verrijking van het Nederlandse algemeen

18 Vergelijk nader over deze voorstellen voor een Europese Awb, paragraaf 2.6 van het rapport.

19 Vergelijk hoofdstuk 2 van het rapport: *state of the art*.

20 Vergelijk hoofdstuk 1 van het rapport voor de opzet, verantwoording en beperkingen.

21 Vergelijk paragraaf 1.3 en hoofdstuk 9 van het rapport.

22 De commissie heeft verder uiteindelijk geen apart hoofdstuk gewijd aan een onderwerp dat wel deel uitmaakt van de *ReNEUAL Model Rules*, namelijk *Administrative Information Management*. Binnen de commissie bestond over dit onderwerp onvoldoende deskundigheid.

23 Hoofdstuk 3 van het rapport.

24 Hoofdstuk 4 van het rapport.

25 Hoofdstuk 5 van het rapport.

26 Hoofdstuk 6 van het rapport.

27 Hoofdstuk 7 van het rapport.

28 Hoofdstuk 8 van het rapport.

29 De conclusies en aanbevelingen zijn samengevat in hoofdstuk 10 van het rapport.

30 Vergelijk hierover alleen al het themanummer van *NTB* 2018, nr. 5.

31 Vergelijk hierover alleen al het themanummer van *NTB* 2021, nr. 3.

32 In het bijzonder hoofdstuk 3 en 6 van het rapport.

33 Hoofdstuk 5 van het rapport.

34 Hoofdstuk 7 van het rapport.

35 Hoofdstuk 8 van het rapport.

bestuursrecht. Met de herhaling van de aansporing om het gehele rapport te lezen, geven wij hieronder de conclusies en aanbevelingen weer, soms voorafgegaan door een korte inleiding.³⁶ De meeste zijn gericht tot de Nederlandse wetgever, de rechter en het bestuur, sommige tot de opstellers van de voorstellen voor een Europese Awb, in het bijzonder *ReNEUAL*.

3.2 Hoofdstuk 2 – State of the art

Hoofdstuk 2 van het rapport schetst de *state of the art* voor wat betreft de Europeanisering van het algemeen bestuursrecht, in vier golven, de inkadering door de zogeheten *Rewe*-beginselen (golf 1), de Europeanisering door algemene rechtsbeginselen en fundamentele rechten (golf 2), Europeanisering door sectorale EU-regelgeving, zoals de Dienstenrichtlijn en de Aarhus-regelgeving (golf 3), en de nakende Europeanisering door Europese algemene regels (golf 4). Hoewel hoofdstuk 2 van het rapport naar zijn aard niet de meest geschikte bron voor aanbevelingen is, kunnen op basis hiervan toch twee algemene aanbevelingen worden gedaan.

- Het verdient om redenen van rechtseenheid en ter voorkoming van omgekeerde discriminatie aanbeveling dat de Nederlandse wetgever en rechter EU-concepten die een aanwinst zijn voor het Nederlandse bestuursrecht, vrijwillig voorschrijven of toepassen in louter nationale situaties. Een goede kandidaat voor deze vrijwillige adoptie is het Europese evenredigheidsbeginsel. In paragraaf 4 van deze bijdrage komen wij hierop terug.
- Omdat de Europeanisering van het algemeen bestuursrecht inmiddels vaak plaatsvindt door middel van sectorale EU-regelgeving op zeer omvangrijke terreinen, zoals de Dienstenrichtlijn en de Aarhus-richtlijn, dienen de Awb-wetgever (en de ambtelijke verantwoordelijken) en de beoefenaren van het algemeen bestuursrecht de totstandkoming van die regelgeving kritisch te volgen en, zo mogelijk, te beïnvloeden.

3.3 Hoofdstuk 3 – Beginselen van Europees en internationaal bestuursrecht

Beide voorstellen voor een Europese Awb zijn gebaseerd op beginselen van Europees en internationaal bestuursrecht, in het bijzonder het beginsel op goed bestuur. Door deze oriëntatie bestaan er belangrijke conceptuele verschillen tussen de voorstellen en de Nederlandse Awb, vooral omdat in die voorstellen subjectieve burgerrechten en het burgerperspectief centraal staan, terwijl de Awb de beginselen formuleert als bestuurlijke gedragsnormen en de inhoud ervan definieert vanuit bestuurlijk perspectief. Vanuit het gezichtspunt van de Europese en internationale beginselen kunnen diverse aanbevelingen worden geformuleerd.

- Het recht op goed bestuur dient expliciet in de Grondwet te worden opgenomen.
- Het verdient aanbeveling om in lijn met de Unierechtelijke ontwikkelingen en een Grondwettelijke erkenning

van het recht op goed bestuur hoofdstuk 2 Awb normatief te versterken. Hier dienen – onverminderd alle andere (nadere) wettelijke uitwerkingen van genoemd recht – de algemene rechten van burgers in relatie tot het bestuur een plaats te krijgen. Te denken valt aan de erkenning van: een recht op een integer en transparant bestuur; een recht op een participatief en responsief bestuur; een recht op een dienstbaar bestuur; een recht op een begrijpelijk en benaderbaar bestuur.

- De huidige codificaties en uitwerkingen van beginselen van goed bestuur in de Awb (in hoofdzaak algemene beginselen van behoorlijk bestuur) dienen vanuit een Unierechtelijk en burgerperspectief te worden geëvalueerd en waar nodig te worden aangescherpt. Hierbij dient vooral te worden gezien of naast bestuurlijke gedragsinstructies ook specifieke subjectieve burgerrechten kunnen worden geformuleerd, bijvoorbeeld het recht op hoor en wederhoor, het recht op contra-expertise, het recht op inzage *et cetera*.
- De wetgever dient in de (algemene en specifieke) wetgeving steeds aandacht te besteden aan de uitwerking van het recht op goed bestuur. De rechter dient meer dan tot dusverre voorop te lopen bij de interpretatie en toepassing van genoemd recht en deelaspecten daarvan en dit ook gestructureerd in zijn uitspraken tot uitdrukking te brengen. Op Europees en internationaal niveau worden bijvoorbeeld al veel vaker toepassingen van het transparantiebeginsel, het participatiebeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het mensenrechtenbeginsel in relatie tot het besluitvormingsrecht aange troffen.
- Het bestuur dient (beleidsmatig en *in concreto*) meer dan nu het geval is gericht verantwoordelijkheid af te leggen met het oog op de verschillende deelaspecten van 'goed bestuur'. De ministers van Justitie en Veiligheid en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties dienen hieromtrent meer kennis te verzamelen en vervolgens op basis daarvan voorlichting te verstrekken aan de bestuursorganen op (de)centraal niveau.
- De wisselwerking tussen rechtsbeginselen op nationaal en Unierechtelijk niveau dient te worden bevorderd. Van de algemene beginselen van bestuursrecht op het nationale niveau die in het internationale recht meer betekenis zouden moeten krijgen, kan worden gedacht aan het specialiteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Omgekeerd zouden vanuit het internationale en het Europees recht vooral het transparantiebeginsel, het participatiebeginsel en het verzorgingsbeginsel een positieve bijdrage kunnen leveren aan vooral de democratische dimensie van de algemene rechtsbeginselen.
- De nationale rechtsbeginselen dienen in de rechtspraktijk niet langer louter 'nationaal' te worden (door) ontwikkeld. De verdere ontwikkelingen, verfijningen en vernieuwingen dienen – onder meer om fricties te voorkomen en rechtseenheid te bevorderen – steeds te worden gezien in de Unierechtelijke context. Dit bindt ook de betrokken rechtsorden.

³⁶ Zoals opgenomen in hoofdstuk 10 van het rapport.

3.4 Hoofdstuk 4 – Regelgeving

Boek II van *ReNEUAL* bevat een beperkt aantal *Model Rules* over het op EU-niveau reguleren van bestuursregelgeving. Over de inspiratie van deze regels voor de Awb oordeelt de commissie als volgt.

- De *ReNEUAL Model Rules* voor de voorbereiding en totstandkoming van bestuursregelgeving kunnen qua reikwijdte niet zonder meer worden overgenomen in Nederland. Ten eerste is de reikwijdte van de *ReNEUAL Model Rules* daarvoor te beperkt, omdat zij uitsluitend van toepassing zijn op bestuurswetgeving en dus niet op wetten in formele zin en ook niet op beleidsregels. Ook voor het overige zijn de normen uit boek II niet geschikt om rechtstreeks en in ongewijzigde vorm in de Nederlandse context te worden toegepast. Wel kan de regeling op onderdelen inspiratie bieden.
- In de eerste plaats zou de wijze waarop wordt omgegaan met de effectbeoordeling, zoals voorzien in de *ReNEUAL Model Rules*, op transparantere wijze in de toelichting kunnen worden verwoord. Uit de toelichting zou duidelijk moeten blijken hoe de uiteindelijk gemaakte keuzes zich verhouden tot de analytische bevindingen uit de effectbeoordeling. Overigens kan ook in de EU-context nog winst worden geboekt op dit punt, zodat er een betere aansluiting ontstaat tussen beide.
- In de tweede plaats bieden de *ReNEUAL Model Rules* inspiratie voor het *finetunen* in Nederland van consultatieprocessen, waardoor deze processen gebruiksvriendelijker worden en daarmee mogelijk ook effectiever.
- Ten slotte kan de Nederlandse aanpak, waarbij in een beperkt aantal gevallen geheel kan worden afgezien van bekendmaking en consultatie en daarnaast kan worden gekozen voor een versnelde procedure waarbij een regeling kan worden vastgesteld maar consultatie *ex post* alsnog moet plaatsvinden, tot voorbeeld strekken voor de *ReNEUAL Model Rules* die uitsluitend voorzien in een versnelde procedure. Soms zal een consultatie *ex post* immers niet zinvol zijn.

3.5 Hoofdstuk 5 – Overheidscontracten en schaarse publieke rechten

Boek IV van *ReNEUAL* bevat een groot aantal *Model Rules* voor overheidscontracten die door de EU worden gesloten. Over de inspiratie die het Nederlands recht daaraan zou kunnen ontleen, oordeelt de commissie als volgt.

- De *ReNEUAL Model Rules*-regeling van overheidscontracten kan niet worden overgenomen in het Nederlandse recht, zelfs niet op onderdelen. Wel biedt zij inspiratie om de bestaande Nederlandse regels aan te vullen met een Awb-regeling voor de bevoegdhedenovereenkomst, omdat die overeenkomst de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid betreft. Tegen het in de Awb opnemen van een regeling voor privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten bestaan ernstige bezwaren.

- In de definitie van bevoegdhedenovereenkomst dient tot uitdrukking te komen dat zij uitsluitend betrekking heeft op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid en dat zij – zoals ook is bepaald in de *ReNEUAL Model Rules* – ‘schriftelijk’ is.
- Conform de *ReNEUAL Model Rules* moet voor een Awb-regeling van de bevoegdhedenovereenkomst gelden dat de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op de beslissing van een bestuursorgaan om haar aan te gaan. Dat vloeit in hoofdlijnen al voort uit art. 3:1, tweede lid, Awb. Omdat de feitelijke positie van derden bij de uitvoering van de overeenkomst door middel van besluiten wordt verzwakt, moeten derden, voor zover zij worden gehoord bij het nemen van die besluiten, ook worden gehoord voorafgaand aan het sluiten van die overeenkomst. Om dat te bereiken, kan de regeling van afdeling 4.1.2 Awb van overeenkomstige toepassing worden verklaard.
- De bekendmakingsregeling van de art. 3:41 en 3:42 Awb dient van overeenkomstige toepassing te worden verklaard op bevoegdheidsovereenkomsten. Afhankelijk van de bevoegdheid waarover wordt gecontracteerd en vooral van de betrokkenheid van derden bij toepassing van die bevoegdheid, geldt in dat geval een meer of minder ruime mate van bekendmaking.
- In lijn met de gedachte achter de *ReNEUAL Model Rules* kan de Awb bepalen dat een bestuursorgaan overeenkomstig een bevoegdhedenovereenkomst handelt, tenzij zwaarwegende algemene belangen zich daartegen verzetten. Aansluitend bij de in het Unierecht ontwikkelde criteria dient het van de overeenkomst afwijkend handelen noodzakelijk en evenredig te zijn in het licht van die algemene belangen. Bovendien moet de Awb-regeling een voorziening bevatten volgens welke de overheid de door niet-nakoming veroorzaakte schade van de wederpartij moet vergoeden.
- In boek III *ReNEUAL Model Rules* wordt de regeling van overheidscontracten van overeenkomstige toepassing verklaard op de verdeling van schaarse publieke rechten. Om redenen van rechtszekerheid verdient een wettelijke regeling van de bekendmaking en selectieprocedures van schaarse publieke rechten in de Awb aanbeveling, waarbij de *ReNEUAL Model Rules* deels als inspiratiebron kunnen dienen. Daarbij valt vooral te denken aan de regels inzake wijziging van bestaande besluiten waarbij een schaars recht is toegekend (kort gezegd: substantiële wijzigingen worden beschouwd als nieuwe toekenning) en aan de *stand still*-periode van veertien dagen tussen de toekenning en daadwerkelijk verstrekking van een schaars publiek recht. Die periode biedt andere potentiële gegadigden de mogelijkheid om bezwaren tegen de verlening naar voren te brengen.

3.6 Hoofdstuk 6 – Voorbereiding van de besluitvorming

Boek III van *ReNEUAL* en het EP-voorstel voorzien in een stevig opgetuigde procedure voor de totstandkoming van

EU-besluiten voor individuele gevallen (*single case decision-making*). Deze algemene regels raken ook aan kwesties van toezicht en handhaving. In de voorstellen ziet men de – hiervoor onder paragraaf 3.3 genoemde – oriëntatie op het beginsel van goed bestuur en op het burgerperspectief terug. Hoofdstuk 6 van het rapport leidt tot aanbevelingen voor zowel de Awb-wetgever als voor de opstellers van beide voorstellen voor een Europese Awb.

- In hoofdstuk 2 Awb dient, conform de *ReNEUAL Model Rules*, te worden bepaald dat het bestuur aanvragen niet onnodig formeel behandelt en administratieve lasten beperkt.
- Conform de *ReNEUAL Model Rules* moet de Awb voorzien in de aanwijzing van een zaaksambtenaar. Deze is een persoonlijk aanspreekpunt voor de burger, verleent bijstand indien noodzakelijk, bewaakt de voortgang van de procedure en naleving van de procedurele rechten en is bijvoorbeeld ook verantwoordelijk voor de inhoud van het dossier.
- In de Awb moet een gedifferentieerde regeling van de voorbereiding van de besluitvorming *in primo* worden opgenomen. Voor complexe besluiten moet een regeling gelden die voldoet aan de Unierechtelijke verdedigingsrechten, zoals gecodificeerd in de *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel. Als een besluit deze procedure heeft doorlopen kan de bezwaarprocedure worden overgeslagen. Voor massabesluiten volstaat de voorbereidingsprocedure van afdeling 4.1.2 Awb en worden de EU-rechten van verdediging volledig gerealiseerd in de bezwaarprocedure. Als een belanghebbende bezwaar maakt, moet ook het bestuursorgaan de bevoegdheid hebben om de werking van het besluit op te schorten.
- In de procedure voor complexe besluiten moeten de rechten van verdediging ten volle worden gerealiseerd. Dit betekent onder meer dat belanghebbenden het recht hebben om te worden gehoord over het voorgenomen besluit, dat zij ter voorbereiding daartoe inzage hebben in het dossier voor zover dat ten grondslag ligt aan het voorgenomen besluit, dat zij voldoende tijd hebben om de hoorzitting voor te bereiden, dat zij getuigen en deskundigen kunnen meenemen en dat getuigen en deskundigen verplicht zijn om te verklaren. De regels zouden de mogelijkheid moeten bieden voor een beperkte inzage van bedrijfsvertrouwelijke informatie.
- De Europese modelregels bieden inspiratie voor een Awb-hoofdstuk over bewijs in de bestuurlijke fase. Onderwerpen die daarin een plaats zouden kunnen krijgen, zijn: de burgerplicht om medewerking te verlenen bij de feitenvergaring; de mogelijkheid van het vragen van een *opinion* over de aan te leveren gegevens; getuigen en deskundigen als bewijsmiddel; de bewijsuitsluiting bij schending van het zwijgrecht.
- In de Awb zou, conform de *ReNEUAL Model Rules*, kunnen worden bepaald dat een toezichthouder zijn bevoegdheden pas kan uitoefenen na schriftelijke notificatie van de redenen van het toezicht en dat hij van

zijn bevindingen rapport opmaakt. In titel 5.2 Awb zou de verzegelingsbevoegdheid als standaardbevoegdheid van een toezichthouder kunnen worden opgenomen.

- De Awb zou kunnen voorzien in de rechterlijke mogelijkheid om bij massaprocedures een collectieve vertegenwoordiger aan te wijzen. Bovendien moet een regeling worden opgenomen voor zinloze aanvragen en voor aanvragen die kunnen worden aangemerkt als misbruik van recht.
- De *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel moeten procedurele rechten in de voorbereidingsprocedure niet slechts toekennen aan de *party*, maar – conform de Awb – aan de belanghebbenden, inclusief rechtspersonen die een algemeen of collectief belang behartigen.
- De *ReNEUAL Model Rules* moeten worden aangevuld met een boek over bestuurlijke sancties.

3.7 Hoofdstuk 7 – Intrekking van besluiten

Boek III van *ReNEUAL* en het EP-voorstel voorzien in een standaardregeling voor de intrekking van besluiten, een onderwerp dat nog steeds niet is opgenomen in de Awb. Over de inspiratie van deze regeling voor de Awb oordeelt de commissie als volgt.

- De *ReNEUAL Model Rules* en het EP-voorstel over de intrekking van besluiten vormen een goede aanleiding voor de Nederlandse wetgever om een algemene regeling voor de intrekking in de Awb tot stand te brengen met het oog op de beginselen van legaliteit, rechtszekerheid en vertrouwen. Bovendien lijkt het ons efficiënt wanneer de bijzondere wetgever kan terugvallen op een algemene intrekkingregeling in de Awb. Een dergelijke regeling voorkomt dat bijzondere wetgevers los van elkaar het wiel proberen uit te vinden. Wat betreft de inhoud van een intrekkingregeling in de Awb bieden de twee voorstellen zeker inspiratie.
- Wel is voor een Awb-regeling nadere doordenking noodzakelijk, omdat de voorstellen voor een Europese wet bestuursrecht op dit onderwerp summier zijn. In dat verband pleiten wij ervoor dat in de Awb in ieder geval voor discretionaire intrekkingbevoegdheden wordt gekozen, dat de gronden voor intrekking expliciet worden gemaakt, dat per intrekkingbevoegdheid wordt bepaald in hoeverre bestuursorganen de ruimte hebben om te beslissen of een intrekkingbesluit al dan niet terugwerkende kracht heeft, dat aandacht bestaat voor de mogelijkheden om compensatie toe te kennen, dat ook geadresseerden om intrekking van begunstigende besluiten mogen verzoeken, dat voor intrekking van onrechtmatige begunstigende besluiten een vervaltermijn geldt en om een afzonderlijke regeling te treffen voor gevallen waarin het EU-recht tot intrekking verplicht.

3.8 Hoofdstuk 8 – Internationale bestuurlijke bijstand

Binnen de Europese rechtsruimte vindt steeds vaker transnationale samenwerking plaats tussen de EU-lidstaten en tussen lidstaten en de EU-instellingen. Deze samenwerking

wordt ten dele algemeen geregeld in boek V van *ReNEUAL*. Voor de commissie is dit boek aanleiding om de thematiek van de internationale bestuurlijke samenwerking – dat is de samenwerking en bijstand binnen de EU én met landen buiten de EU – in de Awb een eigen plaats te geven. Daartoe worden de volgende aanbevelingen gedaan.

- Het beginsel van loyale samenwerking zou ook in de Awb moeten worden opgenomen. Dit beginsel vormt de basis voor bestuurlijke bijstand binnen de Unie en wordt in steeds meer sectorale EU-regelingen aan nationale organen voorgeschreven. Daarom ligt algemene regeling ervan in de Awb in de rede.
- In de Awb moet een facultatieve standaardregeling voor internationale bestuurlijke bijstand worden opgenomen, die door de bijzondere wetgever van toepassing wordt verklaard op terreinen waarop die bijstand aan de orde is. De regeling geldt voor zowel de bestuurlijke samenwerking binnen de EU, als voor de internationale bestuurlijke samenwerking op grond van een verdrag. In de regeling kunnen, mede gelet op boek V van de *ReNEUAL Model Rules*, de volgende onderwerpen worden geregeld:
 - Nederlandse bestuursorganen als om bijstand vragende organen (bevoegdheid, inhoud en motivering van verzoek, wijze van verzending van het verzoek, de intrekking ervan, het gebruik van verkregen informatie);
 - Nederlandse bestuursorganen als bijstand verlenende organen (loyale uitvoering, weigeringsgronden);
 - waarborgen en rechtsbescherming;
 - de grensoverschrijdende communicatie van bestuursorganen met justitiabelen.
- Titel 5.2 Awb moet worden aangevuld met enige voorzieningen voor extraterritoriaal toezicht (toezicht houden op de naleving van buitenlandse wetgeving, de aanwijzing van buitenlandse toezichthouders die toezicht uitoefenen in Nederland, het gebruik van buitenlands bewijs).
- De *ReNEUAL Model Rules* zouden moeten worden aangevuld met een modelregeling voor in elk geval de transnationale oplegging en effectuering van bestuurlijke boeten en de transnationale inning van publiekrechtelijke geldschulden.

4. Verdere Europeanisering *top-down* of *bottom-up*?

Een kwestie waaraan het rapport op diverse plaatsen aandacht besteed is op welke wijze de Europeanisering van het Nederlandse algemeen bestuursrecht in de toekomst moet plaatsvinden. Is dat *top-down* doordat de voorstellen voor een Europese Awb van toepassing worden verklaard op het handelen van de lidstaten (al dan niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht)? Of zou dat beter *bottom-up* kunnen geschieden door middel van vrijwillige adoptie van de Europese beginselen en concepten in louter nationale zaken?

De *top-down* vraag wordt door de commissie uitvoerig besproken in hoofdstuk 9 van het rapport. Die bespreking leidt tot de volgende conclusies.

- De voorstellen voor een Europese Awb moeten niet van toepassing zijn in de lidstaten, ook niet als (organen van) die lidstaten handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht.³⁷ Dit zou leiden tot complexiteit en rechtsverscheidenheid binnen de lidstaat. Bovendien bestaat daarvoor geen noodzaak, houden deze regels onvoldoende rekening met rechtsculturele verschillen tussen de lidstaten en zijn zij te inflexibel. Wel zou de EU door middel van aanbevelingen enige niet-bindende sturing kunnen geven aan het nationale uitvoeringsrecht.
- De commissie is wel voorstander van algemene EU-regels voor grensoverschrijdende situaties, die ook betrekking hebben op de lidstaten. Dergelijke regels zijn al opgenomen in vooral boek V (wederzijdse bijstand) en VI (bestuurlijk informatiemanagement) van *ReNEUAL*. In *ReNEUAL 2.0* zijn dergelijke regels te verwachten over *International and Transnational Administrative Law*.

Over (verdere) *bottom-up* Europeanisering door middel van vrijwillige adoptie is de commissie enthousiast.³⁸ Van vrijwillige adoptie is sprake wanneer een lidstaat zonder dat het Unierecht daartoe dwingt, Unierechtelijke concepten of beginselen toepast in en dus exporteert naar nationale zaken die geen enkel verband hebben met het Unierecht. Vrijwillige adoptie bevordert de rechtseenheid binnen de nationale rechtsorde en tussen de nationale en de Europese rechtsorde, en daarmee de ontwikkeling van een *ius commune* binnen de Europese Unie. Bovendien voorkomt zij omgekeerde discriminatie van louter nationale situaties.

Vrijwillige adoptie kan geschieden door de wetgever. Van een dergelijke legislatieve vrijwillige adoptie is bijvoorbeeld sprake als de wetgever de tot hem gerichte aanbevelingen van de commissie zou overnemen. Vrijwillige adoptie kan ook plaatsvinden door de rechter. De – in paragraaf 3.2 vermelde – wens van de commissie om het Europese evenredigheidsbeginsel vrijwillig te adopteren, is primair gericht tot de rechter. Deze wens lijkt inmiddels al deels verhoord en dit wordt hierna geïllustreerd met een recent voorbeeld.

Na inhoudelijke afronding van het rapport in september 2020 heeft de grote kamer van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) uitspraak gedaan in een geschil tussen de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en Greenpeace over de handhaving

37 Op de frase 'handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht' wordt uitvoerig ingegaan in hoofdstuk 2 van het rapport.

38 In het rapport worden meerdere voorbeelden van vrijwillige adoptie besproken. Vergelijk voor een Belgisch voorbeeld, de vrijwillige adoptie van de *Köbler*-maatstaf, Grondwettelijk Hof 30 juni 2014, ECLI:NL:XX:2014:901, AB 2016/157, m.nt. Ortlep.

van de Europese Houtverordening.³⁹ In die uitspraak was de vraag aan de orde of een bestuursorgaan bij de heroverweging in bezwaar van herstelsancties nieuwe feiten en omstandigheden zou mogen betrekken. Op deze plaats is van belang dat de Afdeling voorop stelt dat 'het resultaat van de heroverweging moet leiden tot een doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige handhaving van de desbetreffende norm'. Daarbij, zo vervolgt zij, 'sluit de Afdeling in algemene zin, *dus ook voor herstelsancties die uitsluitend worden beheerst door nationaal recht* [onze cursivering], aan bij de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie (zie punt 24 van het arrest van 21 september 1989, Commissie/Griekenland, ECLI:EU:C:1989:339)'.

Met deze overweging promoveert de Afdeling in het kader van de heroverweging in bezwaar van herstelsancties de Europese normen voor de handhaving van Unierecht uit de zaak *Griekse maïs* tot nationale handhavingnormen die ook hebben te gelden als de zaak geen Unierechtelijke dimensie heeft, maar uitsluitend wordt beheerst door het nationale recht. Daarom is voor de vraag of bij die heroverweging nieuwe feiten en omstandigheden kunnen worden betrokken in alle zaken bepalend dat deze leidt tot een wijze van handhaving van de overtreden norm, die voldoet aan de Europese eisen van doeltreffendheid, afschrikwekkendheid en evenredigheid. In het vervolg van de uitspraak geeft de Afdeling aan wat deze eisen betekenen voor de heroverweging in bezwaar. Daarbij geeft zij hieraan invulling op een wijze die qua resultaat aansluit bij de algemene rechtspraak van het Hof over deze eisen, die erop neerkomt dat de lidstaten daadwerkelijk moeten optreden tegen overtredingen van het Unierecht en daarbij sancties moeten toepassen die overtreders van de regels ervan kunnen weerhouden om het Unierecht (opnieuw) te schenden.⁴⁰

Hoewel de aansluiting door de Afdeling bij de EU-handhavingseisen in louter nationale zaken strikt genomen alleen de heroverweging in bezwaar van herstelsancties betreft, kan worden betoogd dat de Afdeling deze handhavingseisen in algemene zin heeft geadopteerd als normatief kader voor de rechtshandhaving in Nederland. Dat is in elk geval het advies van staatsraad advocaat-generaal Wattel, die door de Afdeling grotendeels wordt gevolgd, en die omwille van rechtszekerheid wat betreft handhavingseisen zoveel mogelijk concordantie bepleit tussen zaken binnen en buiten de werkingssfeer van het Unierecht.⁴¹ Aldus lijkt ook het Europese evenredigheidsbeginsel in het kader van de bestuurlijke oplegging en rechterlijke beoordeling van herstelsancties al vrijwillig te zijn geadopteerd.

5. Slotopmerking

Het rapport is een gezamenlijk resultaat van de commissie, dat er alleen heeft kunnen komen door de inzet en betrokkenheid van de leden. Daarvoor bedanken wij hen van harte. Met het rapport komt er een einde aan een periode van goede en vruchtbare samenwerking. De problematiek van de Europeanisering van het algemeen bestuursrecht zal naar onze overtuiging overigens op de agenda van de VAR blijven staan. De *Model Rules* van *ReNEUAL* zijn namelijk aanbouwwetgeving en op dit moment werkt dat netwerk al enige tijd aan *ReNEUAL 2.0*, waarin regels betreffende *Common European Principles of Administrative Law and Good Administration, Digitalized Public Administration in the EU*, en *International and Transnational Administrative Law* zijn voorzien. Dat zijn ook voor het Nederlandse bestuursrecht belangrijke onderwerpen. Om ervoor te zorgen dat de Nederlandse bestuursrechtelijke gemeenschap over deze onderwerpen sneller dan nu een standpunt formuleert, zou het bestuur van de VAR al op korte termijn een nieuwe commissie kunnen instellen. Daarin kunnen leden van de huidige commissie zitting hebben, maar is aanvulling met experts op de genoemde terreinen zeker aangewezen.

³⁹ ABRvS 28 oktober 2020 (Greenpeace), ECLI:NL:RVS:2020:2571.

⁴⁰ Vergelijk de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738, punt 5.10.

⁴¹ Conclusie van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738, punt 5.17 en 5.18. Die concordantie- of rechtseenheidsgedachte ligt reeds ten grondslag aan CBb 15 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ8708, waarin het College de Nederlandse beginselplicht tot handhaving uitlegt conform de doelgebonden handhavingplicht van het arrest *Griekse maïs*.