

## Vrijwillige adoptie van Unierechtelijke beginselen en concepten in het Nederlands algemeen bestuursrecht

---

ROB WIDDERSHOVEN\*  
Universiteit Utrecht

**O**P 28 OKTOBER 2020 DEED de Grote Kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling of ABRvS) uitspraak in een geschil tussen de minister van LNV en Greenpeace over de handhaving van de Europese Houtverordening.<sup>1</sup> In de zaak was de vraag aan de orde of een bestuursorgaan bij de heroverweging in bezwaar van herstelsancties nieuwe feiten en omstandigheden zou mogen betrekken. Op het genuanceerde antwoord op de vraag kom ik hieronder (in par. 5) nog terug. Voor deze bijdrage van meer belang is dat de Afdeling voorop stelt dat '(...) het resultaat van de heroverweging moet leiden tot een doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige handhaving van de desbetreffende norm'.

\* Prof. dr. R.J.G.M. Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging, Universiteit Utrecht. Hij is daarnaast staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht.

<sup>1</sup> ABRvS 28 oktober 2020 (*Greenpeace*), ECLI:NL:RVS:2020:2571.

*Liber amicorum Besselink* (2021) p. 165–182    doi.org/10.5281/zenodo.5528718  
This work is licensed under CC BY 4.0.

Daarbij, zo vervolgt zij,

‘sluit de Afdeling in algemene zin, *dus ook voor herstelsancties die uitsluitend worden beheerst door nationaal recht* [cursivering RW], 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, maar wellicht ook daarbuiten (zie par. 5), 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.

Deze uitspraak biedt een mooi recent voorbeeld van de vrijwillige adoptie door een Nederlandse bestuursrechter van Unierechtelijke beginselen in louter nationale zaken. Van vrijwillige adoptie is sprake wanneer een lidstaat zonder dat het Unierecht daartoe dwingt, Unierechtelijke concepten of beginselen toepast in en dus importeert naar nationale zaken die geen enkel verband hebben met het Unierecht. Deze vorm van *bottom up* Europeanisering van het nationale recht staat naast de *top down* Europeanisering die wordt opgelegd door secundaire Unieregelgeving en door Unierechtelijke beginselen, zoals die zijn ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof of HvJEU). Vrijwillige adoptie bevordert de rechtseenheid binnen de nationale rechtsorde en tussen de nationale en de Europese rechtsorde, en vormt aldus een ideale brug tussen de Europese en nationale componenten van de samengestelde Europese rechtsorde. Daarmee past de thematiek van vrijwillige adoptie uitstekend in een *liber amicorum* voor de bruggenbouwer tussen rechtstelsels die Leonard Besselink altijd is geweest.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Vergelijk L.F.M. Besselink, *A Composite European Constitution* (Europa Law Publishing 2007), alsmede zijn Utrechtse *liber amicorum*, H.R.B.M. Kummeling e.a.

Deze bijdrage bevat verkennende beschouwingen over de vrijwillige adoptie van EU-rechtelijke concepten en beginselen in het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Daartoe bespreek ik eerst het waarom en wie van vrijwillige adoptie (par. 1). Vervolgens komen voorbeelden ervan aan de orde op het gebied van doorwerking van Unierecht (par. 2), rechtsbescherming (par. 3), EU-beginselen (par. 4) en rechtshandhaving (par. 5). Daarbij roep ik ook een aantal vragen op. De bijdrage wordt afgerond met samenvattende bevindingen (par. 6).

### 1. Europeanisering van bestuursrecht door vrijwillige adoptie: waarom en wie?

De door het Unierecht geschapen rechtsorde is een samengestelde rechtsorde.<sup>3</sup> Binnen die rechtsorde worden de materiële normen in toenemende mate en in steeds meer sectoren bepaald door het Unierecht, maar vindt de toepassing, handhaving en rechtsbescherming ervan in de regel plaats in de lidstaten door nationale bestuursorganen en rechters met behulp van het nationale recht, waaronder het algemeen bestuursrecht. Het Unierecht is voor zijn doorwerking dus in hoge mate afhankelijk van nationaal recht, dat daarbij echter wel al sinds de jaren zeventig door dat Unierecht wordt beïnvloed.

Deze europeanisering geschiedt in belangrijke mate *top down* en wel op twee manieren. In de eerste plaats door middel van door het Hof ontwikkelde Unierechtelijke beginselen, waaraan de lidstaten gebonden zijn als zij het Unierecht ten uitvoer brengen, casu quo als zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht. De ‘werkingssfeer van het Unierecht’ is een ruim begrip en omvat onder meer alle nationale toepassing en handhaving (inclusief sanctionering) van specifieke EU-verplichtingen en bevoegdheden, voorgeschreven

(ed.), *De samengestelde Besselink. Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht* (WLP 2012).

<sup>3</sup> S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* (Ars Aequi Libri 2017), p. 4-5; Besselink, *A Composite European Constitution*; Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR, *Europa en het algemeen bestuursrecht*, VAR-reeks 165 (Boom Juridisch 2021), p. 25-48.

door EU-richtlijnen en verordeningen.<sup>4</sup> De beginselen waaraan de lidstaten in dat kader gebonden zijn betreffen de aloude *Rewe*-beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid,<sup>5</sup> en de diverse EU-rechtsbeginselen zoals gelijkheid, evenredigheid, transparantie, goed bestuur en effectieve rechtsbescherming, beginselen die inmiddels ook geheel of gedeeltelijk zijn gecodificeerd als fundamenteel recht in het Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: Handvest). In de tweede plaats vindt *top down* beïnvloeding van het bestuursrecht plaats door secundaire, sectoraal geldende EU-regelgeving, zoals de Dienstenrichtlijn en de Aarhus-richtlijn.<sup>6</sup> Deze invloed geldt uiteraard alleen voor de sector waarop de desbetreffende EU-regeling betrekking heeft, maar de reikwijdte van zo'n regeling kan behoorlijk breed zijn.

Europeanisering van bestuursrecht kan, als gezegd, ook *bottom up* plaatsvinden, doordat een lidstaat een EU-concept of beginsel dat zij binnen de werkingsfeer van het Unierecht of van een specifieke sectorale richtlijn moet toepassen, vrijwillig toepast in louter nationale zaken buiten die werkingsfeer.<sup>7</sup> Tot vrijwillige adoptie van een EU-concept of beginsel kan de lidstaat overgaan om te voorkomen dat binnen de nationale rechtsorde twee verschillende sets van hetzelfde concept of beginsel gelden, één voor de omvangrijke groep van

<sup>4</sup> Zie preciezer, J.E. van den Brink e.a., 'Hoofdstuk IV - Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: Prechal & Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, p. 137-145; Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR, *Europa en het algemeen bestuursrecht*, p. 26-30.

<sup>5</sup> S. Prechal, 'Hoofdstuk II – Europeanisering van het nationale bestuursrecht in hoofdlijnen', in Prechal & Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, p. 35-64.

<sup>6</sup> Richtlijn 2006/123 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376/6; Aarhus-richtlijn 2003/35, tot implementatie van het Verdrag van Aarhus in de EU-lidstaten en tot wijziging van Richtlijn 85/337, betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (inmiddels opnieuw gecodificeerd in Richtlijn 2011/92) en de IPPC-richtlijn 96/91 (inmiddels opnieuw gecodificeerd in Richtlijn 2010/75, betreffende industriële emissies), *PbEU*, L 156.

<sup>7</sup> R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Wie wenst en hoopt leeft al in de toekomst. Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde', *NTB* 2021/138, afl. 5, p. 318-324, i.h.b. p. 323-324.

besluiten binnen de werkingssfeer van het Unierecht en een andere voor louter nationale besluiten. Aldus draagt vrijwillige adoptie bij aan rechtseenheid binnen de nationale rechtsorde en voorkomt zij omgekeerde discriminatie van louter nationale besluiten. Bovendien bevordert zij de rechtseenheid tussen de nationale en EU-rechtsorde en daarmee de ontwikkeling van een *Ius Commune* binnen de Unie.<sup>8</sup>

Verder reduceert vrijwillige adoptie de complexiteit van het recht en draagt zij aldus ook bij aan rechtszekerheid. In dit verband is van belang dat het lang niet altijd duidelijk is of een bepaalde situatie nog net wel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt of niet. Dat geldt bijvoorbeeld voor nationale regelgeving die meer bescherming biedt dan een richtlijn en die, afhankelijk van de wijze waarop de richtlijn de nationale bevoegdheid om meer bescherming te bieden heeft geformuleerd, soms wel, maar vaak niet binnen die werkingssfeer valt.<sup>9</sup> Bovendien kan het zo zijn dat bepaalde besluiten, bijvoorbeeld omgevingsvergunningen, vaak wel binnen die werkingssfeer vallen (als in zo'n vergunning Europese normen zijn opgenomen), maar soms niet (als dat niet het geval is). In al die situaties is het heel lastig en soms zelfs praktisch onmogelijk om met twee sets van concepten en beginselen te werken en ligt vrijwillige adoptie van de Europese concepten voor de hand.

Om zoveel mogelijk rechtseenheid en reductie van complexiteit te bereiken, is het wenselijk dat het vrijwillig geadopteerde EU-beginsel of concept (ook) in louter nationale situaties zoveel mogelijk wordt ingevuld conform de (vervolg)rechtspraak van het Hof van Justitie. Doet men dat niet, dan ontstaan er op den duur toch weer twee sets van beginselen, eentje binnen de werkingssfeer van het Unierecht en

<sup>8</sup> Vgl. R. Caranta, 'Judicial Protection against the Member States: a New *Ius Commune* Takes Shape', 32(3) *CMLRev* (1995), p. 703-726.

<sup>9</sup> Vgl. zaak C-609/17 en C-610/17 (*TNS & AKT*), ECLI:EU:C:2019:981, *AB* 2020/210, m.nt. Widdershoven, waaruit, kort gezegd, blijkt dat de nationale regeling *niet* binnen de reikwijdte van het Handvest valt als zij volgens de secundaire EU-regeling een nationaal *bebouden* bevoegdheid betreft en *wel* wanneer de bevoegdheid door de EU-regeling wordt verschaft en/of uitdrukkelijk toegestaan. Of sprake is van een nationaal behouden bevoegdheid of niet zal lang niet altijd gemakkelijk te bepalen zijn.

eentje erbuiten. Tegelijkertijd geschiedt de adoptie vrijwillig en heeft de nationale rechter natuurlijk de mogelijkheid om aspecten van de rechtspraak van het Hof, die hij in louter nationale zaken niet gewenst acht, niet te adopteren.<sup>10</sup> Daarvoor moeten dan wel goede redenen bestaan. In paragraaf 5 kom ik op dit punt terug. Verder kan vrijwillige adoptie van een EU-concept of beginsel worden beperkt door de nationale wet. Anders dan binnen de werkingssfeer van het Unierecht heeft het (geadopteerde) EU-beginsel of concept in louter nationale situaties immers geen voorrang. Mocht de toepassing ervan in een louter nationale situatie strijdig zijn met de formele wet, dan prevaleert de laatste.

Zoals blijkt uit de zaak *Greenpeace* van de Afdeling kan vrijwillige adoptie plaatsvinden doordat de rechter een Europees beginsel of concept van toepassing acht of verklaart in puur nationale situaties. Daarnaast komt het voor dat de wetgever een bijdrage levert of probeert te leveren aan vrijwillige adoptie. Dat laatste is bijvoorbeeld aan de orde bij artikel 3:4 Awb, dat volgens de regering zou kunnen worden ingevuld conform het EU-evenredigheidsbeginsel zoals dat is ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>11</sup> Verder kan het voorschrijven door een Unieregeling van een bepaald concept of

<sup>10</sup> Dit is trouwens niet mogelijk als het nationale recht het Unierecht ‘rechtstreeks en onvoorwaardelijk’ van toepassing heeft verklaard in zuiver interne situaties. In dat geval kan de nationale rechter in een puur nationale zaak prejudiciële vragen stellen over de uitlegging van het Unierecht, waarnaar het nationale recht verwijst, en ligt het, mede in het licht van beginsel van loyale samenwerking van art. 4 lid 3 VEU, voor de hand dat hij het nationale recht conform de rechtspraak van het Hof invult, zolang het nationale recht ‘rechtstreeks en onvoorwaardelijk’ naar het Unierecht verwijst. In Nederland wordt een Unierechtelijke regeling soms ‘rechtstreeks en onvoorwaardelijk’ van toepassing verklaard in een situatie die uitdrukkelijk buiten de werkingssfeer van de regeling valt, maar dat betreft nooit algemene EU concepten of beginselen, maar specifieke regels in een bepaalde sector. Zie voor een recent voorbeeld, gevoegde zaken C-381/18 en C-382/18, ECLI:EU:C:2019:1072 (*G.S. en V.G.*), waarin het Hof een bepaling van de gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86 uitlegt in een situatie buiten haar werkingssfeer, omdat de Nederlandse wetgeving de bepaling in die situatie rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing heeft verklaard.

<sup>11</sup> Zie voor de opvatting van de wetgever, *Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3*, in: *PG Awb I*, p. 211.

beginsel met een ruime reikwijdte voor de wetgever reden zijn om dat concept in algemene zin te regelen in het Nederlands recht. Dat laatst is aan de orde bij het systeem van de *silencio positivo* dat in artikel 13 lid 4 Dienstenrichtlijn als regel wordt voorgeschreven als ‘sanctie’ tegen het niet tijdig-beslissen op aanvragen van dienstenvergunningen. Dat de richtlijn deze rechtsfiguur voorschrijft voor de grote groep van dienstenvergunningen die onder die richtlijn valt, was voor de wetgever een reden om in paragraaf 4.1.3.3 Awb een algemene regeling op te nemen van de positieve fictieve beschikking bij niet-tijdig beslissen, die ook buiten het terrein van de richtlijn van toepassing kan worden verklaard.<sup>12</sup>

In het vervolg bespreek ik diverse voorbeelden van rechterlijke vrijwillige adoptie in het Nederlands algemeen bestuursrecht.

## 2. Rechtstreekse werking

Een eerste concept waarbij in Nederland tot op zeker hoogte sprake is van vrijwillige adoptie, is het doorwerkingsinstrument rechtstreekse werking. Volgens de rechtspraak van het Hof heeft een bepaling van Unierecht rechtstreekse werking als zij inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is.<sup>13</sup> In dat geval kan de nationale rechter deze bepaling toepassen, waarbij een strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing wordt gelaten.

De term ‘rechtstreekse werking’ en de EU-rechtelijke definitie ervan worden door de Hoge Raad en sinds kort ook de Afdeling toegepast om vast te stellen of een bepaling van internationaal recht ‘eenieder verbindend’ is in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet, zodat een daarmee strijdige bepaling van nationaal recht geen toepassing kan vinden. Sinds 2011 spreekt de Hoge Raad in dit verband in diverse arresten niet meer van een ‘eenieder verbindende bepaling’ van

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31579, 3, p. 47-49. Ook Duitsland en Frankrijk hebben de positieve fictieve beschikking bij niet-tijdig beslissen algemeen geregeld onder invloed van de Dienstenrichtlijn. Vergelijk K.J.M. de Graaf & N.G. Hoogstra, ‘Silence is golden? Tacit Authorizations in the Netherlands, Germany and France’, 6(2) *REALaw* (2013), p. 7-34.

<sup>13</sup> Zie reeds zaak 8/81 (*Becker*), ECLI:EU:C:1982:7.

internationaal recht, maar van een ‘rechtstreeks werkende bepaling’.<sup>14</sup> Van zo’n bepaling is volgens de Hoge Raad sprake als zij ‘onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te kunnen worden toegepast’.<sup>15</sup> Deze terminologie en definitie worden in een recente uitspraak van februari 2021 ook gevolgd door de Afdeling.<sup>16</sup> Aldus wordt de definitie van eenieder verbindend door zowel Hoge Raad als Afdeling afgestemd op die van het EU-begrip rechtstreekse werking. Dat is niet zo vreemd omdat beide begrippen dezelfde functie hebben, namelijk vaststellen welke bepalingen van hoger (Europees of internationaal) recht voorrang hebben op daarmee strijdig nationaal recht.

Tegelijkertijd gaat deze vrijwillig adoptie van het EU-begrip van rechtstreekse werking niet zo ver dat de Hoge Raad of Afdeling bij de invulling van het begrip ‘eenieder verbindend’ in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet expliciet toepassing geeft aan de rechtspraak van het Hof inzake het begrip rechtstreekse werking. Wel lijkt de rechtspraak van de Hoge Raad soms geïnspireerd door die rechtspraak. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij de oprekking van het begrip door de Hoge Raad in de zaak *Rookverbod*. Daarin overwoog de Hoge Raad dat ‘indien het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is omschreven, [...] de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet [belet] dat de bepaling rechtstreekse werking heeft’.<sup>17</sup> Deze overweging en de ratio erachter doen denken aan de oprekking van het Unierechtelijke begrip ‘rechtstreekse werking’ door het Hof in de zaak *Kraaijeveld*.<sup>18</sup> Daarin oordeelde het Hof dat

<sup>14</sup> HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044 (*SGP*); HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*). Vgl. M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat* (Wolters Kluwer 2017), p. 359-360.

<sup>15</sup> HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*).

<sup>16</sup> ABRvS 3 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:205.

<sup>17</sup> HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*).

<sup>18</sup> Zaak C-72/95 (*Kraaijeveld*), ECLI:EU:C:1996:404.



een bepaling van Unierecht die de lidstaat beleids- of keuzevrijheid laat toch rechtstreeks werkend kan zijn wat betreft de grenzen die het Unierecht aan die vrijheid stelt. Als die grenzen wel voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn en worden overschreden in het nationale recht, dan moet dat recht buiten toepassing worden gelaten. Hoewel beide zaken niet identiek zijn, wordt in beide wel met een vergelijkbare redenering erkend dat bepalingen van internationaal en EU-recht die een lidstaat keuze- of beleidsvrijheid laten onder omstandigheden toch rechtstreeks werkend kunnen zijn.

### 3. Rechtsbescherming

De nationale rechtsbescherming in Unierechtelijke zaken wordt *top down* geëuropeaniseerd door de *Rewe*-beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, het EU-beginsel van effectieve rechtsbescherming (inmiddels gecodificeerd in artikel 47 Handvest en artikel 19 lid 1 VEU), en door sectorale EU-regelgeving, zoals de Aarhusrichtlijn en de Procedurerichtlijn (herschikking),<sup>19</sup> die onderdelen van de rechtsbescherming op het gebied van milieurecht, respectievelijk asielrecht harmoniseren.<sup>20</sup> Een wat ouder, maar klassiek voorbeeld van vrijwillige adoptie op het gebied van rechtsbescherming biedt de Engelse zaak *M. v. Home Office* van het House of Lords uit 1993.<sup>21</sup> Daarin bepaalden de Lords dat de rechterlijke mogelijkheid om tegen de wetgever een voorlopige maatregel te treffen, die volgens het Hof van Justitie op grond van de EU-beginselen van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming moet bestaan in EU-zaken,<sup>22</sup> ook

<sup>19</sup> Aarhus-richtlijn 2003/35, ter implementatie van het Verdrag van Aarhus in de lidstaten, *PbEUL* 156; Richtlijn 2013/32/EU, betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *PbEUL* 180.

<sup>20</sup> Vgl. Prechal, 'Hoofdstuk II', p. 35-64; R.J.G.M. Widdershoven, 'National Procedural Autonomy and General EU Law Limits', 12(2) *REALaw* (2019), p. 5-34.

<sup>21</sup> House of Lords [1993] 3 All ER 537 (*M. v. Home Office*).

<sup>22</sup> In zaak C-213/89 (*Factortame*), ECLI:EU:C:1990:257, baseert het Hof dit vereiste nog op het beginsel van effectiviteit. In zaak C-432/05 (*Unibet*), ECLI:EU:C:2007:163, baseert het Hof dezelfde eis op het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

geldt in zuiver nationale zaken. Zij kwamen tot dit oordeel omdat het volgens hen onacceptabel is dat de rechtsbescherming van personen in nationale context slechter zou zijn dan wanneer de zaak een Europese dimensie heeft. Aldus biedt deze uitspraak een mooi voorbeeld van vrijwillige adoptie van een Unierechtelijk beginsel in zuivere interne zaken om omgekeerde discriminatie in die nationale zaken te voorkomen.

### 3.1 Heroverweging van definitieve besluiten

In Nederland komt vrijwillige adoptie van Unierechtelijke concepten in de sfeer van de rechtsbescherming niet heel veel voor. Het meest spectaculair is ongetwijfeld de verruiming van het heroverwegingskader van artikel 4:6 Awb.<sup>23</sup> Vóór juni 2016 hanteerde de Afdeling in zowel nationale als Unierechtelijke zaken het strikte *ne-bis-in-idem*-beoordelingskader. Dat kader kwam erop neer dat de bestuursrechter een beroep tegen de weigering om een definitief besluit te heroverwegen verwierp als nieuwe feiten en omstandigheden (*nova*) ontbraken, ook als het bestuursorgaan die weigering niet had gebaseerd op het ontbreken van *nova*, maar op inhoudelijk gronden. Deze lijn werd in juni 2016 door de Afdeling in asielzaken verlaten omdat zij in strijd was met de regeling voor herhaalde asielverzoeken uit de Procedurerichtlijn (herschikking), zoals die regeling in Nederland was omgezet.<sup>24</sup> Sindsdien en anders dan voorheen, toetst de Afdeling een beslissing waarbij de IND een tweede of later asielverzoek op inhoudelijk gronden heeft afgewezen, eveneens op inhoudelijk gronden als ware zij een eerste besluit en niet meer op het ontbreken van *nova*. Bovendien – maar dat staat los van de Procedurerichtlijn – kan volgens de nieuwe lijn zo'n afwijzing, ondanks het ontbreken van *nova*, onrechtmatig zijn als het eerste besluit evident onredelijk is. Deze stap zette de Afdeling niet alleen in zaken binnen de reikwijdte van de richtlijn, maar, om redenen van rechtseenheid, in alle zaken op

<sup>23</sup> Vgl. Commissie Europeanisering Algemeen bestuursrecht VAR, *Europa en het algemeen bestuursrecht*, p. 43-44.

<sup>24</sup> ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759.

grond van de Vreemdelingenwet en de Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers. Een half jaar later heeft de Afdeling deze lijn, wederom om redenen van rechtseenheid, doorgetrokken naar het gehele bestuursrecht, zodat het beoordelingskader bij herhaalde aanvragen thans over de hele linie is versoepeld.<sup>25</sup> De andere hoogste bestuursrechters hebben deze versoepeling gevolgd.<sup>26</sup> Aldus is een specifieke EU-regeling in een asielfrichtlijn voor de bestuursrechters aanleiding geweest om het strikte *ne-bis*-beoordelingskader dat zij gedurende tientallen jaren hebben gehanteerd, binnen een half jaar over de hele linie – en dus ook in zaken die geen enkel verband houden met het Unierecht – los te laten.

### 3.2 Procedurele fuiken

Een ander voorbeeld van vrijwillige adoptie van een Europees beginsel (het beginsel van doeltreffendheid) in Nederland op het terrein van rechtsbescherming dateert van wat langer geleden. Het betreft de afschaffing door de Afdeling in 2003 van de harde bedenkingenfuik,<sup>27</sup> op grond waarvan vóór die tijd in beroep bij de rechter geen gronden konden worden aangevoerd die niet reeds waren aangevoerd in een bedenking tegen een ontwerp-milieubesluit.<sup>28</sup> Deze afschaffing was ingegeven door de zaak *Peterbroeck*,<sup>29</sup> waarin het Hof had bepaald dat de combinatie van een dergelijke fuik tussen de bestuurlijke en rechterlijke fase met een beperkte ambtshalve toetsingsbevoegdheid van de bestuursrechter inzake aan het EU-recht ontleende gronden, in strijd was met het EU-beginsel van doeltreffendheid. De afschaffing van die fuik werd door de Afdeling niet beperkt tot aan het EU-recht ontleende gronden, maar strekte zich uit tot louter

<sup>25</sup> ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131.

<sup>26</sup> Vergelijk CRvB 20 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4872; CBB 24 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:190.

<sup>27</sup> ABRvS 20 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1206, AB 2003/391.

<sup>28</sup> Zie onder meer ABRvS 25 januari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6672, AB 2001/171. Deze lijn stond bekend als de Medembliklijn.

<sup>29</sup> Zaak C-312/93 (*Peterbroeck*), ECLI:EU:C:1995:437, zoals verduidelijkt in gevoegde zaken C-222/05 t/m 225/05 (*Van der Weerd*), ECLI:EU:C:2007:318.

nationale gronden. Aldus werkte de invloed van het beginsel van doeltreffendheid ook door buiten de werkingssfeer van het Unierecht, in zuiver interne zaken.

Iets vergelijkbaars is aan de orde als gevolg van de recente uitspraak van het Hof in de zaak *Varkens in Nood*.<sup>30</sup> In die zaak oordeelt het Hof onder meer dat de zienswijzefuik van artikel 6:13 Awb, op grond waarvan de ontvankelijkheid van een beroep tegen een besluit op de bestuursrechter afhankelijk is van het indienen van zienswijzen tegen het ontwerp-besluit in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, voor niet-gouvernementele organisaties (NGOs), die deel uitmaken van het ‘betrokken publiek’, in strijd is met artikel 9 lid 2 Verdrag van Aarhus. Deze strijdigheid geldt volgens de Afdeling, gelet op de overwegingen 58 t/m 60 van de uitspraak, niet alleen voor NGOs, maar voor ‘betrokken publiek in het algemeen’,<sup>31</sup> een groep die grosso modo alle belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb omvat. Bovendien acht de Afdeling het zo gecompliceerd om vast te stellen of een besluit al dan niet binnen reikwijdte van het Verdrag van Aarhus valt, dat zij heeft gekozen voor een uit het oogpunt van rechtsbescherming ruimhartige uitlegging van het verdrag, vooral ook om te verzekeren dat het uit het verdrag voortvloeiend recht op toegang tot de rechter niet een te beperkte invulling krijgt. Daarom wordt, aldus de Afdeling,<sup>32</sup> in alle gevallen waarin in omgevingsrechtelijke zaken de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure is toegepast, artikel 6:13 Awb niet meer aan belanghebbenden tegengeworpen. Daarmee is de zienswijzefuik ook in omgevingsrechtelijke zaken die niet binnen de werkingssfeer van Aarhus vallen verleden tijd. De wetgever is nu aan zet om artikel 6:13 Awb aan te passen aan *Varkens in Nood*. Een optie is daarbij is, aangezien de veruit belangrijkste toepassing van de fuik niet meer is toegestaan, om haar over de hele linie van het bestuursrecht te verlaten. Of het zover komt moet natuurlijk worden afgewacht.

<sup>30</sup> Zaak C-826/18 (*Varkens in Nood*), ECLI:EU:C:2021:7.

<sup>31</sup> ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, punt 4.4.

<sup>32</sup> ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, punt 4.8 en 4.9.

#### 4. Beginselen van Unierecht

Over het algemeen zijn de EU-rechtsbeginselen een vruchtbaar terrein voor *spill over* effecten door middel van vrijwillige adoptie ervan in louter nationale zaken.<sup>33</sup> In Nederland ziet men deze effecten bij de verdeling van schaarse vergunningen. Zoals bekend heeft de Afdeling in de zaak *speelautomatenhal Vlaardingen* (2016) een rechtsnorm erkend die die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.<sup>34</sup> Deze rechtsnorm is gebaseerd op het Nederlandse gelijkheidsbeginsel, dat in deze context ertoe strekt om gelijke kansen te bieden. Ter realisering ervan geldt voor het orgaan bovendien een transparantieplichting. De uitspraak is in hoge mate geïnspireerd door de rechtspraak die het Hof van Justitie over de verdeling van schaarse dienstenvergunningen heeft ontwikkeld op grond van artikel 49 en 56 VWEU en de Dienstenrichtlijn,<sup>35</sup> en door de invulling die het Hof daarin heeft gegeven aan de Unierechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie.<sup>36</sup> Aldus worden deze beginselen binnen de context van de verdeling van schaarse rechten tot op zekere hoogte door de Afdeling vrijwillig geadopteerd. Wel is de Afdeling tot nu toe (nog) niet zover gegaan dat zij het transparantiebeginsel als nationaal beginsel heeft erkend. Gelet op toe-

<sup>33</sup> Zie voor voorbeelden hiervan in Spanje en de Scandinavische landen, L. Aroyo Jimenez & G. Doménech Pascual, 'The Europeanisation of Administrative Law through the Principle of Legitimate Expectations', 13(2) *REALaw* (2020), p. 55-86; H. Wenander, 'Europeanisation of the Proportionality Principle in Denmark, Finland and Sweden', 13(2) *REALaw* (2020), p. 133-154.

<sup>34</sup> ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

<sup>35</sup> Vergelijk onder meer zaak C-203/08 (*Betfair*), ECLI:EU:C:2010:307, en gevoegde zaken C-340-341/14 (*Trijber & Harmsen*), ECLI:EU:C:2015:641. Dat de nationale norm is geïnspireerd door het genoemde Unierecht blijkt duidelijk uit de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, die op dit punt door de Afdeling is gevolgd.

<sup>36</sup> C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarste onder Unierecht en nationaal recht', 66(7/8) *SEW* (2018), p. 288-301, in het bijzonder p. 294.

nemende impliciete en expliciete toepassing van het beginsel in haar rechtspraak, lijkt die erkenning mij echter een kwestie van tijd.<sup>37</sup>

Een ander Europees beginsel waarvan de rechterlijke erkenning als Nederlands beginsel aanstaande lijkt, is het Europese evenredigheidsbeginsel.<sup>38</sup> De reden hiervoor is dat vooral als gevolg van de Dienstenrichtlijn het aantal Unierechtelijke zaken waarin de Nederlandse rechters het Unierechtelijke beginsel – en de daarin geïmpliceerde trits van geschiktheid (inclusief effectiviteit en coherentie), noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin – moeten toepassen, aanzienlijk is toegenomen. Deze zaken betreffen kernsectoren van het bestuursrecht, zoals het omgevingsrecht en de APV- en huisvestingsregulering, terreinen waarop niet alleen de centrale overheid maar juist ook decentrale overheden actief zijn. Daardoor is het aantal organen en personen dat het Europese evenredigheidsbeginsel moet toepassen aanzienlijk uitgebreid en lijkt er voldoende voedingsbodem voor een volgende stap te bestaan, namelijk de vrijwillige adoptie van Europese evenredigheid in Nederland over de hele linie van het overheidsoptreden door concrete en algemene besluiten. Dat zou aansluiten bij de al genoemde wens van de wetgever om de rechterlijke invulling van artikel 3:4 lid 2 Awb te oriënteren op het Europese beginsel (zie par. 1). Bovendien lijkt deze stap het logische vervolg op de vrijwillige adoptie van ook EU-rechtelijke evenredigheid in de context van herstelsancties in de zaak *Greenpeace* (zie par. 5).

## 5. Rechtshandhaving

Daarmee ben ik terug bij de aanleiding van deze bijdrage, de zaak *Greenpeace*, waarin de Afdeling binnen de context van de herover-

<sup>37</sup> Zie voor een vergelijkbaar pleidooi, R.J.G.M. Widdershoven, ‘De Awb binnen het Unierecht: geen rustig bezit’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (Wolters Kluwer 2019), p. 459-469, alsmede de in noot 36 vermelde conclusie.

<sup>38</sup> Vgl. voor een verdere uitwerking van deze verwachting en wens, R.J.G.M. Widdershoven & M. van Zanten, ‘De olievlekwerking van de Dienstenrichtlijn: naar een evenredigheidsbeginsel à l’Européenne?’, in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt* (Wolters Kluwer 2021), p. 241-253.

weging in bezwaar van herstelsancties zich in algemene zin, dus ook voor herstelsancties die uitsluitend worden beheerst door het nationale recht, aansluit bij de rechtspraak van het Hof in de zaak *Griekse maïs*.<sup>39</sup> 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 Unierechtelijke eisen van doeltreffendheid, afschrikwekkendheid en evenredigheid. In het vervolg geeft de Afdeling aan wat deze eisen betekenen voor de heroverweging in bezwaar van de weigeringen door de minister om op te treden tegen een aantal bedrijven die de Europese Houtverordening hebben overtreden. Daarbij beroept de Afdeling zich niet op rechtspraak van het Hof van Justitie waarin de Europese handhavingseisen worden toegepast in de context van heroverweging in bezwaar om de eenvoudige reden dat dergelijke rechtspraak niet bestaat. Wel geeft zij aan die eisen 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 Unierecht en daarbij sancties moeten toepassen die overtreders van de regels ervan kunnen weerhouden om het Unierecht (opnieuw) te schenden.<sup>40</sup>

Hoewel de aansluiting door de Afdeling bij de EU-handhavingseisen in louter nationale zaken strikt genomen alleen de heroverweging in bezwaar van herstelsancties betreft, vermoed ik 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 advocaat-generaal Wattel, die in *Greenpeace* door de Afdeling grotendeels wordt gevolgd, en die omwille van rechtszekerheid wat betreft handhavingseisen zoveel mogelijk concordantie pleit tussen zaken binnen en buiten de werkingsfeer van

<sup>39</sup> Zaak C-68/88 (*Commissie/Griekenland, Griekse maïs*), ECLI:EU:C:1989:339.

<sup>40</sup> Vgl. voor deze eisen, de conclusie van Advocaat-Generaal Wattel van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738, punt 5.10, alsmede uitvoeriger O. Essens, *Operationalising Effective Public Enforcement of Environmental Law in the European Union, with a focus on England, Germany and the Netherlands*, dissertatie Universiteit Utrecht 2019, p. 28-35.

het Unierecht.<sup>41</sup> Tegelijkertijd bepleit hij op één punt wel onderscheid tussen beide situaties, en wel voor wat betreft de beschermende werking van ongeschreven beginselen als het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel. De reden hiervoor is dat het Unierecht minder ruimte laat voor een geslaagd beroep op deze beginselen dan het Nederlandse recht, vooral in geval van ‘toerekenbare schijn van een toezegging, toerekenbare schijn van beleid of contra legem gewekt vertrouwen of gevoerd beleid’.<sup>42</sup> Binnen de werkingssfeer van het Unierecht is deze beperking met het oog op de uniforme toepassing van het Unierecht begrijpelijk, omdat de verregaande bescherming door deze beginselen alleen in enkele lidstaten wordt erkend en bovendien strijdig is met het belang van de Unie. In louter interne situaties speelt het belang van de uniforme toepassing niet en bestaat daarom in zoverre voor een analoge beperking van de beschermende werking van de genoemde beginselen geen reden.

Met de vrijwillige adoptie van de Europese handhavingseisen van *Griekse maïs* over de hele linie van de Nederlandse bestuurlijke handhaving en ook met de – door Wattel bepleitte – beperkte ruimte voor onderscheid kan mijn inziens worden ingestemd. Daarbij is voor mij ook van groot belang dat dan de Europese eis van evenredige sanctiëring zal gelden voor alle nationale bestuurlijke sanctiëring binnen en buiten de werkingssfeer van het Unierecht, ook als die sancties niet bestraffend zijn.<sup>43</sup> Europese evenredigheid biedt tegen deze sancties vermoedelijk meer bescherming en is sowieso preciezer uitge-

<sup>41</sup> Conclusie van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738, punt 5.17 en 5.18. Die concordantie- of rechtseenheidsgedachte ligt al 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 *Griekse maïs*.

<sup>42</sup> Conclusie van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738, punt 5.18.

<sup>43</sup> In dat geval stelt de Nederlandse bestuursrechtspraak al de eis dat de opgelegde bestraffende sanctie, in de praktijk altijd een bestuurlijke boete, ‘evenredig, passend en geboden’ is. Vgl. F.C.M.A. Michiels, ‘Passend en geboden. Over de betekenis van het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke sancties’, in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Beoorlijk bestuursprocesrecht*, Den Haag: BJu 2015, p. 363-383, i.h.b. p. 364-365, onder verwijzing naar ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8278; ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1288..



werkt dan de Nederlandse evenredigheid van artikel 3:4 lid 2 Awb.<sup>44</sup> Zij impliceert dat bestuurlijke sancties geschikt en noodzakelijk moeten zijn en bovendien dat bij de oplegging ervan rekening wordt gehouden met de aard en ernst van de onregelmatigheid, de aantasting van het betrokken algemeen belang, het toegekende of ontvangen voordeel en de mate van verwijtbaarheid.<sup>45</sup> Deze eisen lijken mij niet alleen relevant en geschikt voor niet-bestaftende sanctionering binnen de werkingssfeer van het Unierecht, maar ook voor dergelijke sancties buiten die werkingssfeer.<sup>46</sup>

## 6. Slot

In deze bijdrage zijn diverse voorbeelden van vrijwillige rechterlijke adoptie van Europese beginselen of concepten in het nationale algemeen bestuursrecht besproken. Sommige zijn geldend recht, andere zouden dat op afzienbare termijn kunnen worden. Het eerste geldt voor het begrip ‘rechtstreekse werking’ (par. 2), voor de versoepeling van de heroverweging van definitieve besluiten op grond van artikel 4:6 Awb (par. 3.1), voor de afschaffing van de bedenkingenfuik in een wat grijzer verleden (par. 3.2), voor het gelijkheidsbeginsel in de context van de verdeling van schaarse rechten (par. 4) en voor de Europese handhavingsnormen van *Griekse maïs* (par. 5). Tot de tweede groep, thema’s waarbij vrijwillige adoptie zich binnenkort zou kunnen voordoen, behoren de zienswijzefuik van artikel 6:13 Awb (par. 3.2) en het Europese transparantie- en evenredigheidsbeginsel (par. 4).

Vrijwillige adoptie kan positief worden beoordeeld, omdat zij de rechtseenheid binnen de nationale rechtsorde en tussen de nationale en Europese rechtsorde bevordert, en omgekeerde discriminatie van

<sup>44</sup> Zoals in paragrafen 1 en 4 aangegeven, is de invulling van artikel 3:4 lid 2 Awb conform het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel ook een wens van de wetgever

<sup>45</sup> J.E. van den Brink e.a., ‘Hoofdstuk IV’, p. 190-194, met verwijzing naar onder meer zaak C-210/10 (*Urbán*), ECLI:EU:C:2012:64, en zaak C-501/14 (*EL-EM-2001*), ECLI:EU:C:2016:77.

<sup>46</sup> Zie voor dit standpunt inmiddels ook de conclusie van advocaten-generaal Widdershoven & Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (Waadhoeke).

louter nationale vorderingen voorkomt (par. 1). Bovendien reduceert zij de complexiteit die het gevolg zou zijn van het werken met twee standaarden van het hetzelfde beginsel of concept, een voor nationale zaken binnen de werkingssfeer van het Unierecht en één in louter nationale zaken. Om die voordelen te realiseren is het van belang dat de nationale rechter het Europese beginsel of concept ook in louter nationale zaken zoveel mogelijk invult conform de (vervolg)rechtspraak van het Hof van Justitie. Tegelijkertijd is vrijwillige adoptie wel een keuze van de nationale rechter en geen Europese verplichting. Daarom kan hij in uitzonderlijke situaties ervoor kiezen om op onderdelen van het Europese concept of beginsel in louter nationale zaken een koers te varen die afwijkt van die van het Hof van Justitie. Een onderwerp waarvoor dat zou kunnen gelden zijn Nederlandse algemene rechtsbeginselen die meer bescherming bieden dan hun Unierechtelijke equivalenten, in het bijzonder het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel. Zij zouden de vrijwillig geadopteerde Europese handhavingsplicht in louter nationale zaken enigszins kunnen relativeren (par. 5). Voor zo'n 'eigen koers' is vooral reden als de Europese invulling sterk is ingegeven door de uniforme toepassing van het Unierecht, een belang dat in louter nationale situaties minder zwaar weegt.

Kort en goed, vrijwillige adoptie draagt *bottom up* bij aan Europese integratie en laat tegelijkertijd enige ruimte voor behoud van de eigen nationale identiteit. Ook daarom lijkt mij dit een instrument naar Leonard's hart.<sup>47</sup>



<sup>47</sup> Dat Leonard de constitutionele identiteit van de lidstaten hoog in het vaandel heeft, blijkt bijvoorbeeld uit zijn *FIDE 2012 General report: The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention (ECHR) and National Constitutions*, Reports from the XXVth FIDE Congress (Tartu University Press 2012).