



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Europeanisering door rechtsbeginselen

Op weg naar rechtseenheid en duidelijkheid of de bescherming van de Nederlandse burger in gevaar?

Brink, J.E. van den; den Ouden, W.

Publication date

2014

Published in

Europeanisering van het algemeen bestuursrecht, 75 jaar VAR

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Brink, J. E. V. D., & den Ouden, W. (2014). Europeanisering door rechtsbeginselen: Op weg naar rechtseenheid en duidelijkheid of de bescherming van de Nederlandse burger in gevaar? In *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht, 75 jaar VAR* (pp. 75-97). (VAR Vereniging voor Bestuursrecht). Boom juridisch.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Europeanisering van het algemeen bestuursrecht

75 jaar VAR

Henk Addink
Tom Barkhuysen
Jacobine van den Brink
Eric Daalder
Michiel van Emmerik
Janneke Gerards
Kars de Graaf
Jan Jans
Peter Kavelaars
Arnout Klap
Bert Marseille
Bernd van der Meulen
Anne Meuwese
Frank van Ommeren
Willemien den Ouden
Raymond Schlössels
Michiel Tjepkema
Rob Widdershoven

Onder redactie van:
Ben Schueler
Rob Widdershoven

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2014

Europeanisering door rechtsbeginselen

Op weg naar rechtseenheid en duidelijkheid of de bescherming van de Nederlandse burger in gevaar?

Jacobine van den Brink en Willemien den Ouden*

I Inleiding

In een bundel over de Europeanisering van het Nederlands bestuurs(proces)recht mag een bijdrage over de invloed van Unierechtelijke rechtsbeginselen natuurlijk niet ontbreken. Zoals al vaak is geconstateerd spelen de Unierechtelijke beginselen een bijzondere rol in de gedeelde rechtsorde. Door hun 'open karakter' zijn zij bijzonder geschikt voor de onderlinge afstemming van verschillende rechtsstelsels. Bovendien is het relatief jonge EU-recht vaak verre van af: gaten kunnen worden gevuld en tegenstrijdigheden kunnen worden gladgestreken met toepassing van flexibele beginselen.¹ Dat is in de rechtspraktijk goed zichtbaar. Met een zekere regelmaat benoemt het Hof van Justitie een nieuw rechtsbeginsel,² vaak aanvaardbaar met een zeer globale inhoud, om daar vervolgens steeds specifiekere regels uit af te leiden. Deze regels normeren dusdoende steeds gedetailleerder (ook) het handelen van nationale autoriteiten, althans wanneer deze binnen de werkingssfeer van het Unierecht handelen. Voor Nederlandse bestuursorganen vormen deze beginselen normen die zij bij hun besluitvorming in acht dienen te nemen; voor bestuursrechters zijn het toetsstenen aan de hand waarvan de rechtmatigheid van besluiten dient te worden beoordeeld.

In veel gevallen laat het Hof van Justitie zich voor de vormgeving en inhoud van de Unierechtelijke rechtsbeginselen inspireren door bestaande nationale rechtsbeginselen en de gemeenschappelijke elementen daarin.³ Gezien de uiteenlopende

* Mr. dr. J.E. van den Brink is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Vgl. C. Semmelmann, 'General Principles in EU Law between a Compensatory Role and an Intrinsic Value', *European Law Journal* 2013, p. 457-487; H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 71; J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 117 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, A.P.W. Duijkersloot, J.W. van de Gronden, B. Hessel & R. Ortley, *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht. De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 37 e.v.; J. Schwarze, *European Administrative Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2006, p. 65.

2 Zie hieromtrent ook R.J.G.M. Widdershoven, 'Naar een Europese harmonisatie van het nationale bestuursrecht?', *NTB* 2014/33.

3 Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 71-72; K. Lenaerts & J.A. Gutiérrez-Fonds, 'The constitutional allocation of powers and general principles of EU Law', *CMLRev* 2010, p. 1629-1669, p. 1629; T. Tridimas, *The general Principles of EU Law*, Oxford: Oxford EC Law Library 2006, p. 20 e.v.

invullingen van die rechtsbeginselen in de verschillende lidstaten, is het niet te voorkomen dat de inhoud en reikwijdte van Unierechtelijke beginselen en hun nationale broertjes en zusjes op punten uiteen gaan lopen. Bovendien is niet ieder Unierechtelijk rechtsbeginsel bekend in alle lidstaten en liggen aan dezelfde rechtsbeginselen in de verschillende nationale rechtsorden soms heel verschillende uitgangspunten ten grondslag. Daarbij komt dat het Hof niet schroomt om de uitleg van de verschillende rechtsbeginselen aan te passen aan de specifieke situatie van de EU, hetgeen resulteert in Unierechtelijke rechtsbeginselen met een eigen autonome inhoud.⁴

Het voorgaande betekent automatisch dat binnen de nationale rechtsorden vragen ontstaan rond de Unierechtelijke beginselen. In hoeverre is er bijvoorbeeld bij de implementatie en tenuitvoerlegging van EU-recht nog plaats voor de nationale varianten van rechtsbeginselen? En in hoeverre is het logisch, handig of wenselijk om de nationale varianten van rechtsbeginselen te laten toegroeien naar hun Unierechtelijke evenknieën?

Het verschijnsel van Europeanisering van het nationale bestuursrecht door Unierechtelijke beginselen is als gezegd niet nieuw, en zeker voor sommige Unierechtelijke rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, geldt dat hun beïnvloeding van het nationale recht al vergaand is uitgekristalliseerd. Wij willen een actuele en in omvang aanvaardbare bijdrage leveren aan deze bundel en kiezen in dat verband voor vier Unierechtelijke beginselen die in Nederland op dit moment stevig worden bediscussieerd. Eerst bespreken wij in dat kader het legaliteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, twee beginselen die in hun nationale variant worden 'bedreigd' door de jurisprudentie van het Hof van Justitie, in die zin dat de Europese rechtsbeginselen minder bescherming (lijken te) bieden voor burgers tegen ingrijpend handelen van nationale bestuursorganen op basis van het EU-recht. Vervolgens richten we de blik op twee rechtsbeginselen die als zodanig niet van oudsher in het Nederlands bestuursrecht voorkwamen en waarschijnlijk nog tot de nodige discussie aanleiding zullen geven,⁵ het verdedigingsbeginsel en het transparantiebeginsel. Deze beginselen lijken de Nederlandse burger juist verdergaande aanspraken te geven, wat zorgt voor een mooi contrast met de eerste twee beginselen die onderwerp van studie zijn.

Voor deze vier beginselen willen wij het Europeaniseringsproces bezien en de vraag stellen hoe dat te waarderen. Is de Europeanisering van het Nederlandse bestuursrecht via rechtsbeginselen een onvermijdelijke ontwikkeling die leidt tot rechtseenheid en rechtszekerheid in de Europese rechtsorde, of betekent deze ontwikkeling (ook of vooral) dat de rechtsbescherming van de Nederlandse burger steeds verder onder druk komt te staan in een uitdijend stelsel van gedeeld bestuur?⁶ Daarbij besteden wij bij ieder Unierechtelijk beginsel vanzelfsprekend (kort) aandacht aan de ontwikkeling daarvan in de jurisprudentie van het Hof van

4 Vgl. Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 72; Tridimas 2006, p. 23.

5 Zie ook R.J.G.M. Widdershoven, 'Back to the future: de Europese Unie en het algemeen bestuursrecht', *JBplus* 2012, p. 195-213, p. 201-202.

6 Veelzeggend is in dat kader de titel van de preadviezen van de Jonge VAR in 2009. Zie M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahtmann, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadviezen Jonge VAR 2009, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010.

Justitie,⁷ maar onze aandacht gaat vooral uit naar de interpretatie en implementatie daarvan door Nederlandse bestuursrechters. Welke aanpak kiezen zij om deze Europeanisering in de rechtspraktijk handen en voeten te geven? En kunnen zij dat ook in alle gevallen, of ligt hier ook een rol voor de Awb-wetgever?

2 De Europeanisering van rechtsbeginselen

2.1 Legaliteit

In de literatuur wordt algemeen aanvaard dat er een Europees legaliteitsbeginsel bestaat⁸ en dat blijkt ook uit de jurisprudentie.⁹ Het legaliteitsbeginsel leidt heel regelmatig tot discussies bij geschillen over besluiten genomen door Nederlandse bestuursorganen ter uitvoering van Unierecht. In die discussie ligt het accent op de betekenis van het Nederlandse legaliteitsbeginsel bij de uitvoering van Europese verordeningen. Dat de Europese wetgever in een Unierechtelijke verordening¹⁰ een bevoegdheidsgrondslag kan geven voor handelen van Nederlandse

-
- 7 Zie voor veel diepgaander bespreking van Europese aspecten van het legaliteitsbeginsel bijv. L. Besselink, F. Pennings & S. Prechal (red.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, voor het vertrouwensbeginsel bijv. N.A. de Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel. De betekenis van het Europese vertrouwensbeginsel voor de equivalente beginselen in Nederland, Frankrijk en België in het kader van een groeiend ius commune*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, voor het verdedigingsbeginsel Jans e.a. 2011, p. 180 e.v. en A.J.C. de Moor-van Vugt, 'The Ghost of the "Criminal Charge": the EU Rights of the Defense in Dutch Administrative Law', *REALaw* 2012, p. 5-16 (hierna: De Moor-van Vugt 2012A), en ten slotte, voor het transparantiebeginsel: A.W.G.J. Buijze, *The principle of transparency in EU law*, Den Bosch: BOXPress 2013 en de begin 2015 te verschijnen dissertatie over *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, van de hand van A. Drahmman.
- 8 Zie A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Administrative Sanctions in EU Law', *REALaw* 2012, p. 5-41 (hierna: De Moor-van Vugt 2012B), p. 15 e.v.; Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 148 e.v.; M.J.M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The Obligations of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2011, p. 155-163; H. Eberhard, 'Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht', *ZÖR* 2008, p. 49-116.
- 9 HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88 (*Hoehchst*), *Jur.* 1989, p. 2859, r.o. 19.
- 10 Wij beperken ons in deze bijdrage tot de discussie over bevoegdheidsgrondslagen in Europese verordeningen nu die het meest intensief is. Ook over bevoegdheidsgrondslagen in verdragen, richtlijnen en (vooral) besluiten wordt gediscussieerd, zie voor een overzicht van de discussie M.J.M. Verhoeven, 'Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadviezen Jonge VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 15-61; Jans e.a. 2011, p. 20-26; J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 229 e.v. en 551 e.v.; R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011, p. 50 e.v.; P.J. Huisman & N. Jak, 'Bevoegdheidsgrondslagen voor Awb-besluiten in internationaal en Europees recht', *NTB* 2010, p. 117-125 en i.h.b. over besluiten, Van den Brink & Den Ouden onder AB 2014/279 (ABRvS 20 november 2013 (SOMVAO)).

bestuursorganen, daarover lijkt iedereen het inmiddels wel eens.¹¹ Probleem is dat dat in theorie wel kan, maar in de praktijk vaak niet (volledig) gebeurt. In Europese regelgeving worden vrijwel nooit rechtstreeks Nederlandse bestuursorganen aangewezen als bevoegd gezag; het is gebruikelijk daarin te verwijzen naar ‘de lidstaat’, ‘de nationale autoriteiten’ of ‘de beheersautoriteit’, die moeten zorgdragen voor de tenuitvoerlegging van de Europese regels. Dat past geheel bij het leerstuk van de procedurele autonomie: het Unierecht geeft de norm en het is vervolgens aan de lidstaten zelf om te bepalen hoe daaruit voortvloeiende verplichtingen worden nagekomen, welke organen daarvoor worden aangewezen en welke procedures worden gevolgd.¹² Wel geldt dat wanneer een met de uitvoering van Unierechtelijke verplichtingen belaste nationale autoriteit in strijd handelt met het EU-recht de lidstaat daarvoor steeds aansprakelijk is.¹³

Een veel bediscussieerde vraag is wat er moet gebeuren op het moment dat de lidstaat verzuimt de bestuursorganen die feitelijk zijn belast met de uitvoering van Unierechtelijke verordeningen daartoe bij nationaal wettelijk voorschrift aan te wijzen en (voor zover nodig) daarvoor de nodige bevoegdheden toe te kennen. Die kwestie speelt in Nederland regelmatig en aanvankelijk oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de ABRvS of de Afdeling) dat in dat geval geen bevoegdheid tot het nemen van de nodige besluiten bestond waarna deze (deels) werden vernietigd.¹⁴

Echter, in een reeks van procedures rond Europese subsidies gefinancierd uit het Europees Sociaal Fonds (ESF) die volgens de Europese Commissie in strijd met bepalingen van Unierecht waren verstrekt en op grond van de toepasselijke verordening dus moesten worden teruggevorderd, kwam de ABRvS tot de conclusie dat een terugvorderingsbevoegdheid naar nationaal recht ontbrak. Gelet daarop, besloot zij de vraag wat nu rechtens was toch in een prejudiciële procedure voor te leggen aan het Hof van Justitie EU.¹⁵ Hoe kan aan de Unierechtelijke terugvorderingsver-

11 Dat een verordening een wettelijke grondslag kan vormen voor handelen van Nederlandse bestuursorganen valt inmiddels uit veel uitspraken af te leiden, vgl. bijv. HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3332, AB 2012/360, m.nt. Ortlep, CBB 7 januari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP0967, AB 2011/244, m.nt. Ortlep, CBB 6 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:103, AB 2014/86, m.nt. R. Ortlep. Ook Jans e.a. concluderen dat de doctrine en de rechtspraak bevestigen dat verordeningen, voor wat betreft het legaliteitsbeginsel, kunnen worden gelijkgesteld aan een wettelijk voorschrift (Jans e.a. 2011, p. 23). Al blijft het op het gebied van de belastingheffing een gevoelige kwestie nu in art. 104 Grondwet de bewoordingen ‘uit kracht van een wet’ worden gebruikt, vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:779, BNB 2014/147, m.nt. Van Casteren. Soms zijn overigens uitvoeringsmaatregelen van de lidstaten noodzakelijk om het bepaalde in een verordening te kunnen uitvoeren: in dat geval kan geen directe bevoegdheid gevonden worden in de verordening, vgl. HvJ EU 26 september 2013, C-509/11 (ÖBB-Personenverkehr), AB 2014/120, m.nt. Ortlep & Verhoeven.

12 Zie Jans e.a. 2011, p. 15 e.v.

13 Zie hieromtrent uitgebreid C. de Kruijf, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium ‘de veroorzaker betaalt’ in een veellagige rechtsorde*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-uitgevers 2012, p. 69 e.v.

14 Zie bijv. ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416, AB 2006/208, m.nt. W. den Ouden, Gst. 2006, 98, m.nt. Van den Tweel (ontbrekende bevoegdheid voor het vorderen van rente bij terugvordering staatssteun).

15 Zie ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007/241, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden (Cedris); ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007/240, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden onder AB 2007/241, JB

plichting worden voldaan als het Nederlandse recht daarvoor aan de uitvoerende bestuursorganen niet de nodige bevoegdheden biedt? Moet of kan die bevoegdheid dan wellicht in het Unierecht worden 'gevonden', ook wanneer in de desbetreffende Unierechtelijke bepalingen niet met zoveel woorden een terugvorderingsbevoegdheid aan nationale uitvoeringsautoriteiten wordt toegekend?

Het arrest dat volgde, had helaas niet bepaald tot gevolg dat de discussie over het legaliteitsvraagstuk verstomde.¹⁶ Het Hof van Justitie roept in herinnering dat verordeningen rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaten, om daarna te benadrukken dat er een resultaatsverplichting is voor de lidstaten om wanneer onregelmatigheden zijn geconstateerd tot terugvordering over te gaan. Over de vraag of een verplichting voor de lidstaten ook leidt tot een bevoegdheid voor nationale bestuursorganen is het Hof opvallend kort van stof waar het stelt dat 'art. 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen.'

Erg helder is dit antwoord niet. Dat op de lidstaten een terugvorderingsverplichting rust, was wel duidelijk. De vraag had daarom ook geen betrekking op de verplichting, maar op de daarvoor benodigde bevoegdheid van nationale bestuursorganen en de betekenis die in dat verband aan bepalingen in Europese verordeningen kan of moet worden toegekend. Op die vraag geeft het Hof echter geen (direct) antwoord. Over wat het Hof heeft bedoeld met de voormelde frase, die ook in latere arresten opduikt,¹⁷ verschillen de meningen. Wat wij hier willen bezien is wat de Nederlandse bestuursrechter ermee heeft gedaan.

In haar einduitspraken in de ESF-zaken loste de ABRvS het probleem dat het Hof op haar bordje laat liggen op door, na het citeren van de hierboven weergegeven summiere overweging van het Hof over het legaliteitspunt, te komen met een net zo summiere overweging: 'Deze bepaling [art. 23 Vo 4253/88, JEvdB en WdO] schept derhalve de grondslag voor de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering'.¹⁸ Vervolgens stelt zij dat 'nu de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering ingevolge het communautaire recht een gegeven is, de uitoefening van die bevoegdheid moet plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan.' De vraag welk bestuursorgaan de Unierechtelijke bevoegdheid voor de lidstaat Nederland concreet mag uitoefenen, wordt dus beantwoord aan de hand van het nationale recht. In latere jurisprudentie wordt vaker een Unierechtelijke verplichting voor een

2006/303, m.nt. AJB (*De Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant*) en ABRvS 30 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY7173 (*Gemeente Rotterdam*).

16 HvJ EG 13 maart 2008, AB 2008/207, m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104, m.nt. AJB, NJ 2008/349, m.nt. M.R. Mok, SEW 2010, p. 163 e.v., m.nt. Verhoeven & Widdershoven.

17 Zie bijv. HvJ EU 21 december 2011, C-465/10 (*Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*), AB 2013/86, m.nt. J.E. van den Brink, r.o. 41.

18 Zie ABRvS 24 december 2008, AB 2009/96, m.nt. W. den Ouden, JB 2009/53, m.nt. AJB (*Gemeente Rotterdam*); ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8283 (*Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant I*); ABRvS 24 december 2008, AB 2009/95 (*Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant II*), m.nt. W. den Ouden bij ABRvS 24 december 2008, AB 2009/96 en ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8291 (*Cedris*).

lidstaat én de daarbij behorende bevoegdheid voor een Nederlands bestuursorgaan gevonden in een Europese verordening.¹⁹

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College of het CBB) koos aanvankelijk, net als de Afdeling, een principieel standpunt inzake het legaliteitsvraagstuk dat aansluit bij de 'leer van de dubbele bevoegdheidsgrondslag'.²⁰ In een uitspraak van 22 december 2009²¹ oordeelde het College ambtshalve en expliciet dat een bestuursorgaan niet rechtstreeks een bevoegdheid aan een EU-verordening kan ontleen die de lidstaat tot iets verplicht, wanneer niet vaststaat welk concreet bestuursorgaan met de uitvoering van deze verplichting is belast. Dat zal dan in Nederlandse wetgeving geregeld dienen te worden.

Maar inmiddels lijkt het CBB minder streng in de leer. Wij wijzen in dat verband bijvoorbeeld op een CBB-uitspraak van 6 september 2013,²² waarin het College oordeelt dat het Productschap Tuinbouw terecht een erkenning van een coöperatieve telersvereniging als een producentenorganisatie voor telers heeft ingetrokken op basis van een bepaling in een Europese verordening die de lidstaten daartoe onder omstandigheden verplicht. Er worden geen woorden meer gewijd aan de vraag waaruit blijkt dat het productschap in Nederland met deze taak is belast en daartoe ook de nodige bevoegdheden toegekend heeft gekregen. In een uitspraak van 20 september 2013²³ komt de kwestie nog prangender naar voren. In die zaak oordeelt het College dat op grond van een bepaling in een Unierechtelijke verordening die bepaalt dat de lidstaten elke nog openstaande vordering verrekenen met nog uit te keren subsidies, voor de staatssecretaris van Economische Zaken een verrekeningsbevoegdheid en -verplichting oplevert, zonder dat daarover iets in het Nederlands recht is vastgelegd.

Zo lijkt de Nederlandse bestuursrechter niet te kiezen voor een ramkoers ten aanzien van uitvoeringsbesluiten van Nederlandse bestuursorganen waarvoor geen of een onduidelijk nationale wettelijke basis aanwezig is. De bestreden besluiten, die voor de burger vaak een ingrijpend karakter hebben, worden immers niet langer vernietigd wegens het gebrek aan een duidelijke Nederlandse bevoegdheid. Dat roept de vraag op hoe deze ontwikkeling moet worden beoordeeld. Aan Jans e.a. kan worden toegegeven dat deze tendens moeilijk valt te rijmen met de onderschikking van de uitvoerende macht aan de wetgevende macht, een van de ratio's achter het legaliteitsbeginsel en ook dat Nederlandse bestuursorganen nu eenmaal geen Unierechtelijke bestuursorganen zijn.²⁴ Toch ligt onze grootste zorg, althans vanuit het perspectief van de burger, niet daar. In veel van de hiervoor beschreven gevallen vloeien

19 Zie voor een recent voorbeeld: ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1930, AB 2014/280, m.nt. R. Ortlep.

20 Daarover Jans e.a. 2011, p. 21; W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', *Preadvies NJV over het onderwerp: Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 3-101, p. 34; Verhoeven 2010, p. 39; W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, 'Bezint eer ge begint! Spraakmakende hofjurisprudentie over Europese subsidies,' *NTB* 2008, p. 155-166, p. 161. Zie ook Huisman & Jak 2010, p. 123.

21 AB 2010/74, m.nt. R. Ortlep, JB 2014/3, m.nt. Tans.

22 AB 2014/86, m.nt. R. Ortlep.

23 AB 2014/298, m.nt. J.E. van den Brink.

24 Zie Jans e.a. 2011, p. 26.

de problemen namelijk voort uit het feit dat de Nederlandse wetgever zijn taak niet (voldoende zorgvuldig) heeft uitgevoerd. Had de laatste wel zijn werk gedaan, dan zou de burger met precies hetzelfde besluit zijn geconfronteerd. Ook de afnemende rechtszekerheid voor de burger zien wij niet als het grootste probleem. De overzichtelijkheid van zijn rechtspositie is immers ook niet optimaal in situaties waarin er in het nationale recht slechts een aanwijzingsbesluit is te vinden en de materiële regels uit de Unierechtelijke verordening volgen.

Wel zien wij een reëel gevaar van een zwaar belaste bestuursrechter die in een complexe situatie van gedeeld bestuur te snel meegaat in een betoog van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat beweert dat het op grond van een Unierechtelijke verordening tot het nemen van een bepaald besluit is verplicht. Wij zien in de rechtspraak namelijk met enige regelmaat gevallen waarin vermeende Unierechtelijke verplichtingen worden opgerekt, discutabel zijn of helemaal niet blijken te bestaan.²⁵ Zo bleek de verrekeningsverplichting waarop de staatssecretaris van EZ zich beriep in de laatst besproken uitspraak van 20 september 2013, niet in de Unierechtelijke regelgeving te zijn terug te vinden, althans niet voor het geval dat in die zaak aan de orde was. Wanneer dat niet door een bestuursrechter wordt onderkend ontstaat er een niet te rechtvaardigen nadeel voor de burger. Alleen door zorgvuldige controle van gestelde Unierechtelijke bevoegdheden en verplichtingen kan worden voorkomen dat bestuursorganen zich zelfstandig bevoegdheden toe-eigenen, met alle onnodige doorkruisingen van nationaal recht en vervelende consequenties voor de burger van dien.

2.2 De beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen

2.2.1 Onderscheid tussen de Unierechtelijke en Nederlandse uitleg van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen

In de literatuur is veel aandacht voor de Europeanisering van de Nederlandse beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen.²⁶ Dit wordt veroorzaakt door het feit dat de Unierechtelijke en de Nederlandse uitleg van deze beginselen uit elkaar lopen, wat

²⁵ Zie bijv. ABRvS 7 maart 2012, AB 2012/328, m.nt. W. den Ouden.

²⁶ Zie bijvoorbeeld R.G.J.M. Widdershoven, 'De uitvoering van het gemeenschapsrecht in de lidstaten en de toepassing van het vertrouwensbeginsel', NTB 1994, p. 1-13; M.P. Gerrits-Janssens, 'Het vertrouwensbeginsel in communautair perspectief: terugvordering van steun', JBplus 2001, p. 90-100; W. den Ouden, De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008; J.M. Davidson, 'The Full Effect of Community Law – An Increasing Encroachment upon National Law and Principles', REALaw 2008, p. 113-126; Den Ouden, Jacobs & Verheij 2008, p. 155-166; P.C. Adriaanse, 'Afzien van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun vanwege het rechtszekerheidsbeginsel', NTER 2008, p. 40-45; N.H.A. Gorissen, 'Het vertrouwensbeginsel in Nederland en de EU', NTFR-B 2009, p. 10-17; W. den Ouden, 'BUG – Alutechnik. De Europese invloed op het vertrouwensbeginsel bij terugvorderingszaken', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), AB Klassiek, Deventer: Kluwer 2009, p. 253-262; R. Ortlep, 'Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun', JBplus 2009, p. 81-105; J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale*

tot vragen kan leiden wanneer Nederlandse bestuursorganen binnen de werkingssfeer van het Unierecht handelen. In de eerste plaats blijkt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie dat bij de beoordeling van een beroep van de burger op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel omdat hij naar zijn mening vertrouwen heeft kunnen ontlenen aan een nationale regeling, een nationale uitvoeringspraktijk dan wel uitlatingen van een nationaal bestuursorgaan, als maatman de ‘professionele marktdeelnemer’ wordt gekozen.²⁷ Het Hof oordeelt in dat verband bijvoorbeeld dat de nationale rechter moet nagegaan of een oplettende en waakzame marktdeelnemer had kunnen ontdekken dat een nationaal bestuursorgaan onjuiste informatie heeft verstrekt over de uitleg van het EU-recht.²⁸ Daarbij wordt ervan uitgegaan dat deze burger het EU-publicatieblad nauwkeurig leest. Hoewel ook in Nederland een burger wordt geacht de wet te kennen, gaat dit niet zover dat in alle gevallen van hem wordt verwacht dat hij precies nagaat of het bestuursorgaan hem de juiste informatie heeft verstrekt. Er bestaat ruimte om bij de beoordeling van een beroep op het vertrouwensbeginsel het gedrag van bestuursorganen te betrekken en voorts is relevant hoe ingewikkeld de desbetreffende regelgeving is.²⁹

In de tweede plaats wijst het Hof van Justitie contra legem werking van het vertrouwensbeginsel stelselmatig af. Dit betekent dat het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling kan worden aangevoerd, en een daarmee strijdige gedraging van een met de toepassing van het Unierecht belaste nationale autoriteit bij een marktdeelnemer geen gewettigd vertrouwen op een met het Unierecht strijdige behandeling kan wekken.³⁰ In Nederland hebben bestuursrechters in sommige gevallen contra legem werking van het vertrouwensbeginsel wel toegestaan.³¹ Belangrijker nog is dat in Nederland het vertrouwensbeginsel voor bepaalde beleidsterreinen is gecodificeerd. Een voorbeeld hiervan biedt artikel 4:49 van de Awb; het terugkomen op een subsidie die door het bestuursorgaan is vastgesteld is slechts in een drietal gevallen mogelijk, gelet op het vertrouwen dat een subsidieontvanger aan deze vaststelling heeft kunnen ontlenen. Dit heeft tot gevolg dat ondanks het feit dat een besluit tot subsidievaststelling evident in strijd is met de wet, de subsidie niet altijd kan worden teruggevorderd. De Nederlandse wetgever was van mening dat een subsidieontvanger die te goeder trouw is, er op een zeker moment van uit mag gaan dat de subsidie rechtmatig is verstrekt. Dat moment ligt naar Nederlands recht veel eerder dan in het EU-recht; anders dan in de Subsidietitel van de Awb (titel 4.2) is het terugkomen op onrechtmatige beslui-

rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie, Preadviezen Jonge VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 63-139; De Vos 2011.

27 Zie voor een recent voorbeeld HvJ EU 14 maart 2013, C-545/11 (Neuzelle), r.o. 33.

28 HvJ EG 12 juli 1989, 161/88 (Binder), Jur. 1989, p. 2415.

29 Zie bijvoorbeeld CBb 9 mei 2006, JB 2006/203 en voor een recent, sprekend voorbeeld waarin op grond van het gedrag van het bestuursorgaan zelfs wordt geoordeeld dat een contra legem situatie nog enige tijd dient te worden voortgezet: CRvB 20 mei 2014, AB 2014/312, m.nt. Bruggeman.

30 Zie voor een recent voorbeeld HvJ EU 20 juni 2013, C-568/11 (Agroferm), AB 2014/270, m.nt. J.E. van den Brink & W. den Ouden.

31 Zie bijv. CRvB 18 februari 1975, AB 1976/243, m.nt. J.St. en HR 12 april 1978, NJ 1979, 533, m.nt. M.S., AB 1979/262, m.nt. F.H. v.d. B.

ten op het terrein van Europese subsidies en staatssteun niet beperkt tot bepaalde gevallen. Wel geldt op grond van het EU-recht een verjaringstermijn van in beginsel vier jaren in Europese subsidiezaken³² en van tien jaren in het staatssteunrecht,³³ maar beide verjaringstermijnen kunnen vrij eenvoudig worden gestuit.

2.2.2 *Van een ingekaderde nationale uitleg van het vertrouwensbeginsel naar toepassing van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel?*

Gelet op het verschil in uitleg van het vertrouwensbeginsel binnen de Europese rechtsorde enerzijds en in Nederland anderzijds, is het van belang vast te stellen welke uitleg door Nederlandse bestuursorganen en de bestuursrechter moet worden toegepast. Het is evident dat in zaken waarin het EU-recht niet relevant is, het vertrouwensbeginsel nationaal kan worden uitgelegd. Dit ligt anders in zaken waarin het gaat om de uitvoering van het EU-recht; in die gevallen lijkt het logisch dat het vertrouwensbeginsel Unierechtelijk moet worden uitgelegd.

De jurisprudentie van Europese rechters waarin de vraag aan de orde is welke uitleg van het vertrouwensbeginsel moet worden gehanteerd, ziet voor het merendeel op geschillen waarin het draait om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en staatssteun. In deze zaken vereisen de bescherming van de financiële belangen van de EU en het voorkomen van concurrentievervalsing intrekking en terugvordering van respectievelijk onrechtmatig verkregen Europese subsidies en staatssteun. Aan de andere kant staat echter het belang van de ontvangers van de Europese subsidie c.q. staatssteun. Zij stellen in de meeste gevallen dat zij vertrouwen mochten ontlenen aan de besluiten van nationale bestuursorganen die de Europese subsidie dan wel staatssteun hebben verstrekt. Oorspronkelijk was het Hof van Justitie van mening dat nationale bestuursorganen in sommige gevallen ruimte hadden om toepassing te geven aan nationale algemene rechtsbeginselen.³⁴ Deze ruimte was echter niet ongelimiteerd. In de eerste plaats oordeelde het Hof van Justitie dat in sommige situaties de intrekking en terugvordering van Europese subsidies is geëuropeaniseerd (de zogenoemde directe toepassing); in dat geval bestaat alleen ruimte voor toepassing van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel.³⁵ Deze jurisprudentie ziet op de intrekking en terugvordering van Europese landbouwsubsidies en wordt door het CBB doorgaans strikt toegepast.³⁶ In de tweede plaats

32 Zie artikel 3, eerste lid, van de Verordening nr. 2988/95 inzake de bescherming van de financiële belangen van de EU. Deze termijn begint te lopen op het moment dat zich een onregelmatigheid voordoet.

33 Zie artikel 15, eerste lid, van de Verordening nr. 659/99 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-verdrag. Op grond van het tweede lid van dit artikel gaat deze termijn in op de dag waarop de onrechtmatige steun als individuele steun of in het kader van een steunregeling aan de begunstigde is verleend.

34 Zie bijv. HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205/82-215/82 (*Deutsche Milchkontor*), Jur. 1983, p. 2633.

35 Zie HvJ EG 15 december 1982, 5/82 (*Maizena*), Jur. 1982, 4601 en HvJ EG 26 april 1988, 31/68 (*Krücken*), Jur. 2213.

36 Zie bijv. CBB 14 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU4524. Let wel, in een uitspraak van 9 mei 2012 past het CBB desondanks het nationale vertrouwensbeginsel toe. Zie CBB 9 mei 2012, AB 2013/202, met annotatie onder AB 2013/203, m.nt. J.E. van den Brink & S. Pereth.

oordeelde het Hof van Justitie in zaken waarin het gaat om de terugvordering van EU-subsidies met behulp van het nationale recht (de zogenoemde indirecte toepassing van EU-recht) dat op grond van het nationale vertrouwensbeginsel alleen van terugvordering mag worden afgezien indien de ontvanger te goeder trouw was en ten volle rekening wordt gehouden met het belang van de Gemeenschap.³⁷ In de derde plaats oordeelde het Hof van Justitie in staatssteunzaken dat een beroep op het nationale vertrouwensbeginsel in zaken waarin ontvangers van onrechtmatige staatssteun opkwamen tegen een nationale terugvorderingsbeschikking niet kan slagen in gevallen waarin deze ontvangers niet hebben geverifieerd of de staatssteun daadwerkelijk door de steunverlenende overheid was aangemeld bij de Europese Commissie.³⁸

Anno 2014 echter lijkt het Hof van Justitie in Europese subsidiezaken geen ruimte meer te bieden aan voormelde – ingekaderde – toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel. Het Hof gaf hiervoor een belangrijke aanzet in het ESF-arrest,³⁹ dat door de ABRvS al zodanig is geïnterpreteerd dat het vertrouwensbeginsel in terugvorderingsgeschillen Unierechtelijk moet worden uitgelegd.⁴⁰ Ondanks het feit dat verschillende auteurs bezwaar maakten tegen deze uitleg⁴¹ leidde dat tot vele uitspraken waarin de intrekking en terugvordering van Europese subsidies werd geaccordeerd, waar dat met toepassing van het Nederlandse vertrouwensbeginsel niet mogelijk zou zijn geweest.⁴² Dat de Afdeling het bij het juiste eind had, valt naar onze smaak te lezen in het arrest *Agroferm*.⁴³ In dit arrest oordeelt het Hof, kort gezegd, dat hoewel de in de Unierechtelijke verordening neergelegde terugvorderingsverplichting een verwijzing bevat naar het *nationale recht*, de rechtsgrondslag voor de terugvordering is neergelegd in het EU-recht en daarom het vertrouwensbeginsel Unierechtelijk moet worden uitgelegd. In dat verband verwijst het Hof naar jurisprudentie waarin het gaat om gevallen waarin de intrekking en terugvordering van Europese subsidies is geëuropeiseerd.

Wij hebben reeds in andere bijdragen aangegeven deze ontwikkeling in de jurisprudentie te betreuren.⁴⁴ Wij hebben begrip voor de (financiële) belangen van de EU en de wens om het Unierecht in de lidstaten uniform toegepast te krijgen. Maar naar onze smaak wordt het gewicht van die belangen in de besproken jurispru-

37 Zie bijv. HvJ EG 19 september 2002, C-336/00 (*Huber*) Jur. 2002, p. I-7699.

38 HvJ EG 20 september 1990, C-5/89 (*BUG-Alutechnik*), Jur. 1990, p. I-3437, AB 1993/143, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1993, 134 en SEW 1991, 10, m.nt. T.R. Ottevanger. Zie hieromtrent ook Den Ouden 2009.

39 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06-C-385/06 (ESF), Jur. 2008, p. I-1561, AB 2008/207, m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104, m.nt. AJB, NJ 2008, 349, m.nt. M.R. Mok.

40 Zie ABRvS 24 december 2008, AB 2009/96, m.nt. W. den Ouden, JB 2009/53, m.nt. AJB (*Gemeente Rotterdam*); ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8283 (*Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant I*); ABRvS 24 december 2008, AB 2009/95 (*Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant II*), m.nt. W. den Ouden bij ABRvS 24 december 2008, AB 2009/96 en ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8291 (*Cedris*).

41 Zie bijv. Ortlep 2009 en Van den Brink 2012, p. 844 e.v.

42 Een meest in het oog springend voorbeeld betreft naar onze mening ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1146 (*Oliver*).

43 HvJ EU 20 juni 2013, C-568/11 (*Agroferm*), AB 2014/270, m.nt. J.E. van den Brink & W. den Ouden.

44 Zie de hiervoor genoemde annotatie onder het *Agroferm*-arrest.

dentie te zwaar aangezet, waardoor feitelijk geen ruimte meer bestaat voor een belangenafweging. Dit gaat soms ten koste van burgers die te goeder trouw hebben gehandeld naar de aanwijzingen van deskundige nationale bestuursorganen. Daarmee heeft het vertrouwensbeginsel in dit soort zaken feitelijk geen betekenis meer.

Een belangrijke vraag die nog onbeantwoord is gebleven, is in hoeverre deze jurisprudentie voor alle zaken met een EU-rechtelijk tintje betekent dat geen ruimte meer bestaat voor toepassing van de Nederlandse uitleg van het vertrouwensbeginsel. Naar ons idee valt er veel voor te zeggen dat voormelde jurisprudentie specifiek ziet op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en staatssteun en niet per definitie ook geldt voor andersoortige zaken. In de zaak *Agroferm* zegt advocaat-generaal Kokott dat in haar conclusie ook met zoveel woorden. Zij spreekt daar expliciet over geschillen over terugvordering van Unierechtelijk geregelde geldbedragen.⁴⁵ Dergelijke geschillen hebben om twee redenen een bijzonder karakter. In de eerste plaats betekent in Europese subsidiezaken een honorering van een beroep op het vertrouwensbeginsel vaak dat onrechtmatig verkregen Europese subsidies niet zouden hoeven te worden terugbetaald. Dat kan de financiële belangen van de EU schaden, terwijl de bescherming van die belangen nu juist hoog op de Europese agenda staat.⁴⁶ Bovendien kan het verschillend toepassen van het vertrouwensbeginsel in de lidstaten tot mededingingsverstoringen leiden. Dat speelt met name bij staatssteun, maar ook bij Europese subsidies.⁴⁷ Op andere rechtsterreinen spelen deze factoren niet steeds een rol; het staat dus niet vast dat de strenge jurisprudentielijn inzake het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel ook geldt op andere rechtsterreinen.

Dit lijkt ook de opvatting van het CBB. Een voorbeeld biedt de uitspraak van het CBB in de zaak *de Groene Vlieg*.⁴⁸ In dit geschil rond de foutieve aanwijzing van een laboratorium in het kader van de Unierechtelijke bestrijding van aardappelmoeheid, past het CBB de Nederlandse beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen toe. Deze uitspraak is geweest nadat het ESF-arrest was gepubliceerd: kennelijk achtte het College de daarin ontwikkelde jurisprudentielijn niet automatisch ook van toepassing op het aanwijzingsbesluit dat in die casus ter discussie stond.⁴⁹

In het licht van het voorgaande is opvallend te noemen dat de ABRvS in een uitspraak van 13 november 2013 de *Agroferm*-lijn zonder meer toepast in een geschil over een handhavingsbesluit tot het in bewaring nemen van 25.200 planten. Dit lijkt

⁴⁵ Zie de conclusie van Kokott van 24 januari 2013 in de zaak *Agroferm* (C-568/11), paragraaf 46.

⁴⁶ Dit blijkt onder meer uit een voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt ((COM(2012)363 final) en een voorstel voor een verordening van de Raad tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie (COM(2013)534 final). Het op te richten OM zal tot taak hebben strafbare feiten die de financiële belangen van de Unie schaden, te bestrijden. Ondanks een gele kaart van 19 nationale parlementen wegens strijd met het subsidiariteitsbeginsel heeft de Europese Commissie besloten het voorstel te handhaven (zie COM(2013)851 final). Dat ook het Hof van Justitie de bescherming van de financiële belangen hoog op de agenda heeft staan blijkt uit een recent arrest van 2 oktober 2014 (C-525/13 (*Van den Broeck*), zie in het bijzonder r.o. 32 en 33).

⁴⁷ Zie ook de conclusie van Kokott van 24 januari 2013 in de zaak *Agroferm* (C-568/11), paragraaf 48.

⁴⁸ CBB 27 juni 2008, AB 2008/282, m.nt. Ortlep.

⁴⁹ Zie de annotatie van Ortlep bij CBB 27 juni 2008, AB 2008/282; Van den Brink 2010, p. 236 e.v.; De Vos 2011 p. 326.

erop te duiden dat de Afdeling de strekking van het *Agroferm*-arrest breed ziet; kennelijk ziet zij als relevante ‘context’ voor toepassing van dat arrest niet dat het moet gaan om een geschil over terugvordering van Unierechtelijk geregelde geldbedragen. Voldoende is dat er op grond van het Unierecht een verplichting tot handhaving bestaat voor een Nederlands bestuursorgaan.

Wij hebben eerder opgemerkt dat het gevolg hiervan is dat het *Agroferm*-arrest op veel meer rechtsterreinen een doodsteek voor het Nederlandse vertrouwensbeginsel kan betekenen.⁵⁰ In heel veel Unierecht wordt immers aan de lidstaten een handhavingsverplichting opgelegd. Onzes inziens gaat de Afdeling te gemakkelijk uit van een ruim toepassingsbereik van het *Agroferm*-arrest, met alle nadelen van dien. De vergaande beperking van de mogelijkheid om belangen af te wegen verspreidt zich zodoende vanuit de rechtsterreinen van staatssteun en Europese subsidies naar veel andere rechtsgebieden, zonder dat duidelijk is of het Hof dat ook verlangt.

2.3 Beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging

2.3.1 Het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging in de Unierechtelijke en Nederlandse rechtsorde

Het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging – kort gezegd: het verdedigingsbeginsel – is door het Hof van Justitie in 1974 erkend.⁵¹ Op Unierechtelijk niveau heeft het beginsel zich aanvankelijk vooral ontwikkeld op het terrein van het mededingingsrecht in oordelen over geschillen tussen de Europese Commissie en ondernemingen.⁵² Uit de bekende arresten *Dokter* en *Sopropé* volgt echter dat het beginsel ook geldt voor nationale overheden van de lidstaten die besluiten nemen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen.⁵³ In het recente arrest *Kamino en Datema* heeft het Hof van Justitie geëxpliciteerd dat belanghebbenden zich voor de nationale rechter rechtstreeks op het verdedigingsbeginsel moeten kunnen beroepen.⁵⁴ Wanneer het specifieke EU-recht niet regelt hoe aan het verdedigingsbeginsel vorm moet worden gegeven – bijvoorbeeld: wat is de termijn voor de uitoefening van de rechten van de verdediging – en wat de gevolgen van een schending van dat beginsel moeten zijn, dan geldt het bekende beginsel van procedurele autonomie. Dat zijn dan kwesties van nationaal recht,⁵⁵ zij het dat natuurlijk wel moet worden voldaan aan de eveneens bekende beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.⁵⁶

50 Zie onze noot bij het arrest *Agroferm*: HvJ EU 20 juni 2013, C-568/11, AB 2014/270.

51 HvJ EG 23 oktober 1974, 17/74 (*Transocean Maritime Paint Association (TMP)*), Jur. 1974, p. 1063.

52 Jans e.a. 2011, p. 180-181. Andere deelaspecten zijn: het recht om inlichtingen te ontvangen; een toereikende termijn om de verdediging voor te bereiden; het verbod van zelfincriminatie; legal professional privilege en het recht op rechtsbijstand. Zie Jans e.a. 2011, p. 183 e.v.

53 HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (*Dokter e.a.*), AB 2006/390, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), AB 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

54 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), nog niet gepubliceerd, r.o. 34.

55 HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), AB 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 38 en HvJ EU 10 september 2013, C-383/13 PPU (*M.G. en N.R.*), AB 2013/404, m.nt. A.M. Reneman, r.o. 35. Zie omtrent het beginsel van procedurele autonomie Jans e.a. 2011, p. 36 e.v.

56 Zie hieromtrent Jans e.a. 2011, p. 37 e.v. Zie omtrent het effectiviteitsbeginsel in de context van het verdedigingsbeginsel T. Duijkersloot, ‘Consequences of the Violation by Administrative

Het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel bestaat uit verschillende deelaspecten. Voor deze bijdrage focussen wij op één kernaspect, namelijk het recht om te worden gehoord.⁵⁷ Dit recht ontstaat vanaf het moment waarop een bestuursorgaan voornemens is een bezwarend besluit ten opzichte van een bepaalde persoon vast te stellen⁵⁸ en houdt in dat de adressaten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken, in staat worden gesteld naar behoren hun standpunt kenbaar te maken over de elementen waarop het bestuursorgaan zijn besluit wil baseren.⁵⁹ Het recht om te worden gehoord geldt ook in gevallen waarin de toepasselijke Unierechtelijke of nationale regeling niet in een verplichting tot horen voorzien.⁶⁰

Inmiddels is het verdedigingsbeginsel deels in het Handvest van de Grondrechten gecodificeerd.⁶¹ Het recht om te worden gehoord is ook terug te vinden in Book III van de Draft Model Rules on EU Administrative Procedure die zijn vastgesteld door het academische Research Network on EU Administrative Law.⁶² In artikel III-23, eerste lid, is het volgende neergelegd: 'Every party to the proceedings has the right to be heard by a public authority before a decision, which would affect him or her adversely, is taken.' Bijzonder is dat dit recht in artikel III-24 ook van toepassing wordt verklaard op de lidstaten in gevallen dat sprake is van zogenoemde 'composite procedures between the EU and the Member States'⁶³ en de Model Rules in sector-specifieke EU-regelgeving van toepassing zijn verklaard. In andere gevallen gelden de nationale regels, die moeten voldoen aan het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. Of deze Model Rules ooit rechtskracht zullen krijgen, moet worden afgewacht.

Authorities of the Right to be heard under EU Law: the Case M.G. and N.R.', *REALaw* 2014, p. 81-96, p. 91-93.

57 Duijkersloot 2014, p. 89; Jans e.a. 2011, p. 182; Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 206.

58 HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), AB 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 36. Zie ook HvJ EU 26 september 2013, C-418/11 (*Texdata*), r.o. 83 en HvJ EU 22 oktober 2013, C-276/12 (*Sabou*), nog niet gepubliceerd, r.o. 38.

59 HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), AB 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 37.

60 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), nog niet gepubliceerd en HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), AB 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

61 Zie artikel 47 en 48 wat betreft de toepasselijkheid van het verdedigingsbeginsel in gerechtelijke procedures. Zie artikel 41, tweede lid, van het Handvest wat betreft de toepasselijkheid van het verdedigingsbeginsel in administratieve procedures. Laatstgenoemde bepaling geldt formeel alleen voor de Europese instellingen en niet voor (bestuursorganen in) de lidstaten (dit volgt uit HvJ EU 21 december 2011 (*Cicala*), AB 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven). In het arrest *H.N.* (HvJ EU 8 mei 2014, C-604/12, JB 2014/147, m.nt. L.J.M. Timmermans) benadrukt het Hof van Justitie echter dat het in artikel 41 van het Handvest neergelegde recht op behoorlijk bestuur een afspiegeling vormt van een algemeen beginsel van het Unierecht. Dit heeft tot gevolg dat de normen die voortvloeien uit artikel 41 van het Handvest, waaronder het verdedigingsbeginsel, ook voor de lidstaten gelden in de administratieve procedures voor zover deze binnen het toepassingsgebied van het Unierecht vallen. Zie hieromtrent Duijkersloot 2014, p. 90 en Widdershoven 2014.

62 Zie over deze Draft Model Rules F.J. van Ommeren & C.J. Wolswinkel, 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU', *NTB* 2014, p. 189-196; G.H. Addink, 'Europees bestuursrecht in ontwikkeling: op weg naar een Europese Awb', *NTB* 2014, p. 197-206 en Widdershoven 2014.

63 Het gaat hier blijkens paragraaf 27 van Book I van de Draft Model Rules on EU Administrative Procedure, general provisions, om 'complex forms of integrated administrative procedures' waarbij het mogelijk is dat de uiteindelijke beslissing door de EU ofwel een autoriteit van de lidstaat wordt genomen.

In Nederland kennen wij geen equivalent van het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel. Het verdedigingsbeginsel is weliswaar in zaken zonder Unierechtelijke connotatie als beginsel van behoorlijke rechtspleging door de Nederlandse bestuursrechter erkend, maar beperkt zich tot de rechterlijke fase in een bestuursrechtelijk geschil.⁶⁴ De bestuursrechter is terughoudend met het toepassen van het beginsel op de bestuurlijke voorfase.⁶⁵ In de Nederlandse Awb zijn slechts bepaalde deelaspecten van het beginsel gecodificeerd. Zo verwoordt artikel 2:1 van de Awb het recht op rechtsbijstand voor een ieder in het verkeer met bestuursorganen. Verder bevat afdeling 4.1.2 van de Awb een regeling omtrent het horen voorafgaand aan het nemen van een besluit.

In de Nederlandse juridische literatuur is meermalen gesignaleerd dat de hoorregeling zoals die is neergelegd in afdeling 4.1.2 van de Awb waarschijnlijk niet door de Unierechtelijke beugel kan.⁶⁶ Unierechtelijk luidt immers de hoofdregel dat degene tot wie een bezwarend besluit zich richt voorafgaand aan het nemen van dat besluit moet worden gehoord. Weliswaar kan het verdedigingsbeginsel – en meer in het algemeen een grondrecht – wel worden beperkt, maar dergelijke beperkingen dienen werkelijk te beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.⁶⁷ In het arrest *Dokter* kwam het Hof tot het oordeel dat de bescherming van de volksgezondheid een van de doelen is die een rechtvaardiging kunnen vormen voor dergelijke beperkingen. Uit het arrest *Kamino en Datema*, een douanezaak, kan worden afgeleid dat bij de beoordeling of een beperking van het recht om te worden gehoord gerechtvaardigd is, ook het algemeen belang van de Unie dient te worden betrokken en in casu met name het belang dat zij heeft bij een snelle inning van haar eigen middelen.⁶⁸

De Awb-wetgever heeft deze kwestie heel anders benaderd. Dat wordt direct duidelijk uit de vele uitzonderingen op de hoorplicht die in de Awb zijn opgenomen. Zo kan het bestuursorgaan het horen achterwege laten wanneer de vereiste spoed zich daartegen verzet (art. 4:11, aanhef en onder a, Awb). De hoorplicht geldt in beginsel evenmin wanneer het gaat om een beschikking die strekt tot het vaststellen van een financiële verplichting of aanspraak (art. 4:12 Awb). Het verschil tussen het Unierecht en het Nederlandse bestuursrecht laat zich verklaren door de verschillende uitgangspunten die aan de hoorplicht ten grondslag liggen. Terwijl de Unierechtelijke hoorplicht primair zijn oorsprong vindt in de effectieve bescherming van de burger/

64 Zie D.W.M. Wenders, 'Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures en de harde knip van de bestuursrechter', *JBplus* 2011, p. 159-184.

65 Zie hieromtrent Wenders 2011.

66 Zie Jans e.a. 2011, p. 190-191; Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 82-83. Zie voor een andere opvatting G.J. van Slooten, 'Over Sopropé en het horen in de Awb als regeling van aanvullend recht', *WFR* 2013.

67 Zie HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (*Dokter e.a.*), AB 2006/390.

68 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), nog niet gepubliceerd, r.o. 54.

onderneming,⁶⁹ is de hoorregeling die is neergelegd in de Awb vooral bedoeld om het bestuursorgaan in staat te stellen om op een zorgvuldige wijze feiten en gegevens te vergaren.⁷⁰

Een ander probleem is dat in gevallen waarin de Awb-hoorplicht wel geldt, maar deze wordt geschonden, daaraan door de bestuursrechter zelden de consequentie wordt verbonden dat het desbetreffende besluit wordt vernietigd. De gedachte is dat het schenden van de hoorplicht voorafgaand aan het nemen van het primaire besluit wordt gerepareerd wanneer de betrokkene in bezwaar alsnog is gehoord.⁷¹ Deze opvatting is ook in de literatuur verdedigd.⁷² In belastingzaken die raken aan het Unierecht oordeelt de Nederlandse rechter overigens anders; in diverse uitspraken komt de rechter tot het oordeel dat schending van het verdedigingsbeginsel tot gevolg heeft dat het besluit moet worden vernietigd.⁷³ In bewaringszaken in het vreemdelingenrecht beoordeelt de Afdeling of de met de bewaring of de verlenging van de bewaring gediende belangen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van de onregelmatigheid en de daardoor geschonden belangen.⁷⁴ Deze aanpak vindt zijn oorzaak in het feit dat tegen de bewaring of een verlenging daarvan geen bezwaar openstaat,⁷⁵ met als gevolg dat het niet-horen voorafgaand aan het opleggen van de bewaring dan wel de verlenging daarvan niet in bezwaar kan worden hersteld.

Het Hof denkt daar anders over. Terwijl het in sommige arresten een strikte benadering hanteert en tot het oordeel komt dat schending van het recht om te worden gehoord leidt tot nietigverklaring van het besluit,⁷⁶ wordt in andere arresten een

69 Zie HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), AB 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 49 en HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), nog niet gepubliceerd, r.o. 38.

70 Vergelijk A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Hobbels bij de rechtshandhaving. De rol van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de handhaving van het gemeenschapsrecht', in: J.A.E. Vervaele (red.), *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van het gemeenschapsrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 1993, p. 83-105, p. 91; Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 81; Jans e.a. 2011, p. 190; De Moor-van Vugt 2012A, p. 12-13.

71 Op basis van de artikelen 7:2 Awb. e.v. Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 september 2005, AB 2006/155, m.nt. N. Verheij. Zie echter ook CRvB 24 januari 2013, AB 2013/106, m.nt. M.B. de Witte-van den Haak waarin de Raad tot het oordeel komt dat de hoorplicht op zodanig ernstige wijze is geschonden dat dit niet hersteld kon worden in de bezwarenprocedure. Volgens de Raad heeft de rechtbank in eerste aanleg het beroep van betrokkene dan ook terecht gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd.

72 Zie bijvoorbeeld A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Hobbels bij de rechtshandhaving. De rol van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de handhaving van het gemeenschapsrecht', in: J.A.E. Vervaele (red.), *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van het gemeenschapsrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 1993, p. 83-105, p. 93. Widdershoven neemt een genuanceerder standpunt in. Zie hieromtrent punt 6 van zijn noot bij HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (*Dokter e.a.*), AB 2006/390; punt 2 van zijn noot bij Rb. Haarlem 3 april 2009, AB 2009/326. Volgens hem kan, wanneer er geen rechtvaardiging op grond van een algemeen belang bestaat, een beperking van het hoorrecht in de bezwarenprocedure alleen worden gerepareerd als het besluit niet ten uitvoer wordt gelegd voordat op het bezwaar is beslist.

73 Rb. Haarlem 3 april 2009, AB 2009/326, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

74 Zie omtrent deze jurisprudentie uitgebreid ABRvS 5 juli 2013, JV 2013/292.

75 Dit volgt uit de artikelen 93 e.v. van de Vreemdelingenwet 2000.

76 Zie bijv. HvJ EG 24 oktober 1996, C-32/95P (*Lisretal/Commissie*), Jur. 1996, p. I-5373, r.o. 45; HvJ EG 21 september 2000, C-462/98P (*Mediocurso/Commissie*), Jur. 2000, p. I-7183, r.o. 48-50 en HvJ EU

soepeler benadering gekozen. In laatstgenoemde arresten komt het Hof tot het oordeel dat een schending van het recht te worden gehoord slechts dan tot nietigverklaring van het besluit leidt, wanneer deze procedure zonder de onregelmatigheid een andere afloop gehad had kunnen hebben.⁷⁷ Lange tijd was niet duidelijk welke benadering in de visie van het Hof van Justitie de voorkeur verdient;⁷⁸ duidelijk was wel dat de benadering van het Hof een andere was dan die van de Nederlandse bestuursrechter.

Het vorenstaande laat zien dat de Nederlandse hoorregeling in de Awb en de Nederlandse jurisprudentie van de bestuursrechter ten aanzien van de gevolgen van het niet-horen voorafgaand aan het nemen van een besluit in nationale gevallen, niet in de pas lopen met de eisen die het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel stelt.⁷⁹ Deze discrepantie wordt in veel gevallen door de Nederlandse bestuursrechter opgevangen; in zaken die raken aan het Unierecht kiest de Nederlandse bestuursrechter voor een EU-conforme interpretatie.⁸⁰ Vrij recent echter heeft zowel de Hoge Raad in de voormelde douanezaak als de Afdeling in een vreemdelingenzaak prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over de toepassing van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel.⁸¹

2.3.2 De arresten *Kamino en Datema* en *M.G. en N.R.*

Naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad en de Afdeling heeft het Hof van Justitie recentelijk twee arresten gewezen waarin meer duidelijkheid is gekomen over de vraag in hoeverre de hoorregeling in de Awb en de toepassing daarvan door de Nederlandse bestuursrechter zich verdragen met het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel en de vraag wat het gevolg moet zijn wanneer dat beginsel is geschonden. In de eerste plaats heeft het Hof in het arrest *Kamino en Datema*⁸² zich naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad uitgelaten over herstel in de bezwaarfase. Kan een beperking van het verdedigingsbeginsel omdat een betrokkene niet voorafgaand aan het nemen van een primair bezwarend besluit is gehoord, ongedaan worden gemaakt door het feit dat diegene zijn standpunt alsnog kenbaar kan maken in de bezwaarfase?⁸³ Een dergelijke beperking van het

1 oktober 2009, C-141/08P (*Foshan Shunde/Commissie*), Jur. 2009, p. I-9147, r.o. 115. Zie Duijkersloot 2014, p. 93-94; Jans e.a. 2011, p. 187.

77 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 10 juli 1980, 30/78 (*Distillers Company/Commissie*), Jur. 180, p. 2229, r.o. 26; HvJ EG 14 februari 1990, C-301/87 (*Frankrijk/Commissie*), Jur. 1990, p. I-307, r.o. 31; HvJ EG 5 oktober 2000, C-288/96 (*Duitsland/Commissie*), Jur. 2000, p. I-8237, r.o. 101; HvJ EG 2 oktober 2003, C-194/99P (*Thyssen Stahl/Commissie*), Jur. 2003, p. I-10821, r.o. 31. Zie Duijkersloot 2014, p. 94; Jans e.a. 2011, p. 187.

78 Zie hieromtrent ook Jans e.a. 2011, p. 187.

79 Vergelijk Jans e.a. 2011, p. 192.

80 Zie Rb. Haarlem 3 april 2009, AB 2009/326, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. In deze zaak komt de belastingrechter tot het oordeel dat het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel is geschonden en dientengevolge het besluit moet worden vernietigd. Zie verder bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 6 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP1057.

81 ABRvS 5 juli 2013, JV 2013/292.

82 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), nog niet gepubliceerd.

83 In deze zaken was van horen afgezien op grond van artikel 4:12 van de Awb.

verdedigingsbeginsel lijkt weinig problematisch in gevallen waarin het bezwarende besluit door het maken van bezwaar automatisch wordt opgeschort.⁸⁴ Is dat geen automatisch gevolg van het maken van bezwaar, zoals in de casus van Kamino en Datema, waarin om opschorting moest worden verzocht door de geadresseerde, dan ligt het ingewikkelder. Het Hof stelt, in een uiterst moeizaam geformuleerd antwoord, vast dat in zo'n geval automatische opschorting door het maken van bezwaar niet per definitie is vereist om voldoende recht te doen aan de rechten van de verdediging,⁸⁵ om vervolgens in te zoomen op de specifieke rechten die Kamino en Datema in dit geval konden ontlenen aan het communautair douanewetboek.

Dat maakt het lastig te beoordelen hoe breed de betekenis van dit arrest is. Voorlopig houden wij het erop dat een schending van het verdedigingsbeginsel door het niet horen voorafgaand aan het nemen van een bezwarend besluit, niet automatisch kan worden gerepareerd door alsnog in de bezwaarprocedure te horen. Weliswaar kan het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel worden beperkt, maar de algemene uitzonderingen op de hoorplicht zoals die zijn neergelegd in de artikelen 4:11 en 4:12 van de Awb staan naar onze mening op gespannen voet met de eisen die het Hof aan zo een beperking stelt. Immers, volgens vaste jurisprudentie van het Hof dienen beperkingen op grondrechten, waaronder het verdedigingsbeginsel, werkelijk te beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduldbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast. Deze eisen vergen een afweging per beleidsterrein en laten naar onze mening geen ruimte voor de algemene uitzonderingen die zijn neergelegd in de Awb. Dit heeft naar onze mening tot gevolg dat de hoorregeling zoals die is neergelegd in artikel 4:7 e.v. van de Awb aanpassing behoeft.⁸⁶

In de tweede plaats heeft het Hof van Justitie in de zaak *M.G en N.R.* duidelijk gemaakt dat in gevallen waarin op EU-niveau niet is geregeld wat de gevolgen van de schending van het verdedigingsbeginsel moeten zijn, deze gevolgen een aangelegenheid zijn van nationaal recht. Daarbij geldt wel dat aan de voormelde voorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit moet zijn voldaan. Het Hof schrijft in dat kader een precies criterium voor dat de lidstaten dienen te hanteren: schending van het verdedigingsbeginsel leidt slechts tot nietigverklaring van het bestreden besluit indien de procedure zonder deze schending een andere afloop had kunnen hebben.⁸⁷ Het is aan de nationale rechter om dit aan de hand van de specifieke

84 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), nog niet gepubliceerd, r.o. 66.

85 Advocaat-generaal Wathelet zag dat anders (zie paragraaf 74 van zijn conclusie), hij vond dit een doorslaggevend element.

86 Hiervoor werd al eerder gepleit. Zie punt 5 van de noot van Widdershoven bij HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), AB 2009/29; Widdershoven e.a. 2007, p. 82-84; punt 7 van de noot van Widdershoven bij HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (*Dokter e.a.*), AB 2006/390; Zie hieromtrent ook Jans e.a. 2011, p. 192.

87 HvJ EU 10 september 2013, C-383/13 PPU (*M.G. en N.R.*), AB 2013/404, m.nt. A.M. Reneman. Deze overweging is herhaald in het *Kamino en Datema*-arrest. Zie hieromtrent uitgebreid Duijkersloot 2014, p. 92-93.

feitelijke en juridische omstandigheden van het geval na te gaan. Het is overigens de vraag of reeds op basis van de arresten *M.G. en N.R.* en *Kamino en Datema* kan worden geconcludeerd dat het Hof hiermee afstand doet van de strikte benadering in zijn jurisprudentie waarbij het besluit wegens schending van het verdedigingsbeginsel wordt vernietigd. Het Hof verwijst in beide arresten niet naar deze strikte jurisprudentielijn en geeft dus geen antwoord op de vraag of deze lijn helemaal is verlaten.⁸⁸ Wat hier ook van zij, opvallend is dat het Hof van Justitie het doet voorkomen of de vraag wat de gevolgen moeten zijn van een schending van het verdedigingsbeginsel een aangelegenheid is van nationaal recht, maar vervolgens teruggrijpt op een Unierechtelijk criterium⁸⁹ dat door de lidstaten moet worden gehanteerd. Ook hier zien wij dus een Europeaniseringstrent met als keerzijde van de medaille een verdere uitholling van de procedurele autonomie.⁹⁰ Dit betekent dat in gevallen waarin de Nederlandse bestuursrechter in Unierechtelijke zaken constateert dat het verdedigingsbeginsel is geschonden, hij niet langer kan volstaan met de beoordeling of deze schending in bezwaar is gerepareerd, dan wel met de voormelde belangenafweging in bewaringszaken.

2.4 Het transparantiebeginsel

In vergelijking met de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen en het verdedigingsbeginsel, is het transparantiebeginsel als Unierechtelijk rechtsbeginsel pas laat tot ontwikkeling gekomen.⁹¹ Bij transparantievereisten gaat het om de beschikbaarheid, toegankelijkheid en duidelijkheid van informatie over overheidshandelen.⁹² In relatie tot de lidstaten heeft het beginsel vooral betekenis bij de verdeling van schaarse publieke rechten.⁹³ Voor deze rechten geldt dat het aantal inschrijvers/aanvragers groter is dan het aantal beschikbare dan wel beschikbaar gestelde

88 Vergelijk Duijkersloot 2014, p. 94.

89 Dit criterium is immers terug te vinden in arresten waarin het gaat om geschillen tussen de Europese Commissie en lidstaten/ondernemingen.

90 Vergelijk Duijkersloot 2014, p. 92-93.

91 Vergelijk Jans e.a. 2011, p. 192. Zie over het Unierechtelijk transparantiebeginsel verder Buijze 2013; A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', NTER 2011, p. 240-248; A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 589-607; A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadvies Jonge VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-196; S. Prechal, 'De emancipatie van het algemene transparantiebeginsel', SEW 2008, p. 316-322; S. Prechal & M.E. de Leeuw, 'Transparency: A General Principle of EU Law?', in: U. Bernitz, J. Nergelius & C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Reports from a conference in Stockholm, 23-24 March 2007, organised by the Swedish Network for European Legal Studies, Kluwer Law International 2008, p. 207-248; S. Prechal & M.E. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?', REALaw 2007, p. 51-62; Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 85-93.

92 Buijze & Widdershoven 2012, p. 203; F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', NJB 2011, p. 1858-1866.

93 Zie Widdershoven 2012, p. 203; F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', NJB 2011, p. 1858-1866.

rechten; in dat geval dient het aantal beschikbare rechten te worden verdeeld.⁹⁴ Deze verdeling kan bijvoorbeeld plaatsvinden door middel van een loting, een veiling, een tenderprocedure of een verdeling op volgorde van binnenkomst.⁹⁵ Door het beperkte aantal beschikbare rechten ontstaat er een vorm van competitie tussen de verschillende inschrijvers/aanvragers.⁹⁶

Het transparantiebeginsel wordt in het kader van de verdeling van schaarse publieke rechten gezien als een uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling.⁹⁷ Om te bewerkstelligen dat inschrijvers/aanvragers gelijke kansen hebben op het verwerven van een schaars publiek recht, is het nodig dat zij inzicht hebben in de te volgen procedure. Alleen zo kunnen zij controleren of het gelijkheidsbeginsel is nageleefd door de verstreckende overheid.⁹⁸ In eerste instantie werd het beginsel van toepassing verklaard bij de verdeling van overheidsopdrachten. Echter, het Hof van Justitie heeft de werking van het transparantiebeginsel steeds verder uitgebreid,⁹⁹ waardoor het steeds meer het karakter krijgt van een algemeen beginsel van Unierecht.¹⁰⁰ Ook in Unierechtelijke wetgeving wordt het transparantiebeginsel in toenemende mate van toepassing verklaard.¹⁰¹ Zo vallen thans ook de verdeling van concessies¹⁰² en Europese subsidies¹⁰³ onder de werking van dit beginsel. In de zaak *Betfair* heeft het Hof van Justitie bovendien uitgemaakt dat het transparantiebeginsel ook van toepassing is op de procedure inzake het toekennen van een vergunning in een éénvergunningstelsel.¹⁰⁴

94 Zie over schaarse publieke rechten bijvoorbeeld C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd', *NTB* 2014, p. 58-66.

95 Vergelijk A. Drahmman, 'Hoe kunnen transparantieplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?', *NTB* 2014, p. 86-95, p. 87. Zie meer in het bijzonder over de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

96 Vergelijk Drahmman 2014, p. 87.

97 Vergelijk Jans e.a. 2011, p. 192-193.

98 Zie bijv. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*), *Jur.* 2000, p. I-10745, r.o. 62.

99 Zie Buijze 2013, p. 207 e.v.

100 Vgl. Widdershoven 2012, p. 203; Buijze 2011.

101 In artikel 59, eerste lid, van de Verordening nr. 966/2012 inhoudende het financieel reglement is expliciet neergelegd dat de lidstaten bij de verdeling van Europese subsidies het transparantiebeginsel in acht moeten nemen.

102 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 9 september 2010, C-64/08 (*Engelmann*), *Jur.* 2010, p. I-8219. Zie omtrent dit arrest H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel', *NTER* 2011, p. 77-87. Naar aanleiding van deze jurisprudentie is inmiddels ook een richtlijn inzake concessies vastgesteld, namelijk Richtlijn 2014/23 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten. Zie over deze richtlijn en de andere nieuwe aanbestedingsrichtlijnen M.J.J.M. Essers, R.S. Damsma & C.G. van Blaaderen, 'De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen: werk aan de winkel of kan de wetgever op zijn lauweren rusten?', *NTER* 2014, p. 147-157.

103 Zie omtrent de verdeling van Europese subsidies en de daarvoor geldende eisen meer in het bijzonder Van den Brink 2012, p. 341 e.v. en J.E. van den Brink, 'Europeesrechtelijke eisen aan de verdeling van schaarse Europese subsidies', *NALL* 2012 april-juni, DOI: 10.5553/NALL.000003.

104 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (*Betfair*), *AB* 2011/17, m.nt. A. Buijze, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel, *NJ* 2010, 40, m.nt. M.R. Mok onder *NJ* 2010, 491, *SEW* 2011, p. 82-84, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt.

Het Unierechtelijk transparantiebeginsel eist dat de verdeling van schaarse publieke rechten 'doorzichtig' is. Dit betekent in de eerste plaats dat de overheid op een passende wijze¹⁰⁵ moet bekendmaken dat er een opdracht, concessie, vergunning of Europese subsidie te vergeven is.¹⁰⁶ In de tweede plaats moet duidelijk zijn welke verdeelprocedure zal worden gevolgd en wat de voorwaarden zijn om voor het schaarse publieke recht in aanmerking te komen.¹⁰⁷ Deze voorwaarden moeten bovendien zodanig zijn geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en zorgvuldige aanvrager ze op dezelfde manier zal interpreteren.¹⁰⁸ Voorts mogen de voorwaarden tijdens de procedure niet worden gewijzigd,¹⁰⁹ moeten zij gedurende de hele procedure op dezelfde wijze worden uitgelegd¹¹⁰ en dienen zij bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze te worden toegepast op alle aanvragers.¹¹¹ Ook moet er een uiterste datum worden vastgesteld voor het indienen van aanvragen.¹¹² In de derde plaats moeten de binnengekomen aanvragen gelijk worden behandeld. Dit betekent onder meer dat ingekomen aanvragen in beginsel niet mogen worden gewijzigd.¹¹³ Ten vierde moet het voor aanvragers mogelijk zijn om te controleren dat het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling daadwerkelijk zijn nageleefd. Dit betekent dat degenen wier aanvraag is afgewezen moeten worden geïnformeerd over de redenen van afwijzing en ook over de redenen waarom andere aanvragen zijn gehonoreerd.¹¹⁴ Ten slotte mag een besluit waarbij een schaars recht is toegekend in een latere fase niet zomaar worden gewijzigd.¹¹⁵

In de Nederlandse Awb zijn het transparantiebeginsel, noch de daaruit voortvloeiende eisen gecodificeerd. Evenmin kennen we een ongeschreven transparantiebeginsel. In de literatuur is echter wel betoogd dat het transparantiebeginsel grotendeels gedekt wordt door de bestaande Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het verbod van vooringenomenheid en het gebod van fair play, het formele rechtszekerheidsbeginsel, het willekeurverbod en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, het formele zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel

105 Wat een passende mate van openbaarheid is, hangt af van de opdracht; zie hieromtrent Buijze & Widdershoven 2010, p. 594.

106 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall), Jur. 2010, p. I-2815, r.o. 36 en HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria), Jur. 2000, p. I-10745, r.o. 62. Zie omtrent deze vereisten ook Drahmman 2014, p. 88 en Buijze & Widdershoven 2010, p. 594.

107 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 29 april 2004, C-496/99P (Succhi di frutta), Jur. 2004, p. I-3801, r.o. 111.

108 Zie HvJ EG 29 april 2004, C-496/99P (Succhi di frutta), Jur. 2004, p. I-3801, r.o. 111 en HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (SIAC), Jur. 2001, p. I-7725, r.o. 42.

109 HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (Wienstrom), Jur. 2003, p. I-14527, r.o. 93.

110 HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (Wienstrom), Jur. 2003, p. I-14527, r.o. 92; HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (SIAC), Jur. 2001, p. I-7725, r.o. 43.

111 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 4 december 2003, C-384/07 (Wienstrom), Jur. 2003, p. I-14527, r.o. 48; HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (SIAC), Jur. 2001, p. I-7725, r.o. 44.

112 HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (Waalse bussen), Jur. 1996, p. I-2043, r.o. 55.

113 Zie HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (Waalse bussen), Jur. 1996, p. I-2043, r.o. 56.

114 Dit volgt wat betreft het aanbestedingsrecht uit artikel 55, tweede lid, van de Richtlijn 2014/24 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18.

115 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall), Jur. 2010, p. I-2815, r.o. 37-38 en HvJ EG 29 april 2004, C-496/99P (Succhi di frutta), Jur. 2004, p. I-3801, r.o. 117.

en het gelijkheidsbeginsel.¹¹⁶ Het is echter de vraag of deze beginselen alle Unierechtelijke transparantievereisten dekken,¹¹⁷ nog afgezien van het feit dat het werken met één overkoepelend transparantiebeginsel misschien wel zo overzichtelijk is.¹¹⁸

Uiteraard dienen Nederlandse overheden het Unierechtelijk transparantiebeginsel in acht te nemen wanneer zij schaarse publieke rechten verdelen die binnen de werkingssfeer van het EU-recht vallen. Voor veel van dergelijke verdelingsprocedures geldt echter dat weliswaar duidelijk is dat het transparantiebeginsel moet worden nageleefd, maar dat niet in EU- of Nederlandse wet- en regelgeving is vastgelegd wat dat nu precies betekent.¹¹⁹ Uiteraard kunnen bestuursorganen en ook de bestuursrechter¹²⁰ de uit het transparantiebeginsel voortvloeiende eisen uit zichzelf toepassen. Het is echter de vraag of dit voldoende gebeurt, waardoor strijd kan ontstaan met het EU-recht. Dit roept de vraag op of het transparantiebeginsel niet ook voor andere verdeelprocedures dan de aanbestedingsprocedure zou moeten worden gecodificeerd. Er gaan in dat kader stemmen op om het transparantiebeginsel, dan wel de eisen die het beginsel stelt, in de Awb te codificeren.¹²¹

Een algemene codificatie in de Awb zou tot gevolg hebben dat het transparantiebeginsel en de daaruit voortvloeiende eisen niet alleen betekenis hebben voor zaken die raken aan het Unierecht, maar ook voor zogenoemde 'zuiver interne situaties'.¹²² Het is de vraag of dat bezwaarlijk is: het neemt discussies over of er werkelijk sprake is van een zuiver interne situatie weg.¹²³ De verdeling van schaarse subsidies raakt

116 Drahmman 2014, p. 88 e.v.; Jans e.a. 2011, p. 198-199; Buijze & Widdershoven 2010, p. 605; Widdershoven & Verhoeven 2007, p. 91.

117 Vergelijk Drahmman 2014, p. 91; Buijze & Widdershoven 2010, p. 605; Prechal 2008, p. 322; Widdershoven & Verhoeven 2007, p. 91-92; Van Ommeren 2004, p. 49-52.

118 Vergelijk Widdershoven & Verhoeven 2007, p. 91.

119 Een uitzondering bestaat voor het aanbestedingsrecht, voor zover het gaat om opdrachten boven de drempel (zie de Richtlijn 2014/24 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18) en inmiddels ook voor concessieovereenkomsten (zie de Richtlijn 2014/23 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten).

120 Zie bijvoorbeeld CBb 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460, r.o. 5.4. Toch lijkt de bestuursrechter terughoudend om het transparantiebeginsel als zodanig te benoemen. Zie Widdershoven 2012, p. 204; F.J. Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 235-265; A. Drahmman, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 267-292.

121 Buijze & Widdershoven 2010, p. 606-607. Zie ook Jans e.a. 2011, p. 199; Widdershoven & Verhoeven 2007, p. 91-92. Drahmman is voorstander van het codificeren van bepaalde concrete onderdelen van het transparantiebeginsel in de Awb, wanneer blijkt dat de transparantieplichting onvoldoende in het Nederlandse bestuursrecht wordt toegepast. Zie Drahmman 2014, p. 95. Zie over het codificeren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de Awb in algemene zin R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht; tevreden met een codificatie "light"?' *JBplus* 2012, p. 87-100 en J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 787-807.

122 Vergelijk Drahmman 2014, p. 92; A. Drahmman, 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?', *JBplus* 2013, p. 141-170, p. 144-145.

123 Zie in dat verband de prejudiciële vragen van de ABRvS van 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488.

immers al snel aan het Europese staatssteunrecht en de verdeling van schaarse vergunningen al snel aan het vrij keer van diensten. Bovendien is een terechte vraag wat erop tegen is dat de overheid die schaarse rechten verdeelt, zich in alle gevallen houdt aan het transparantiebeginsel en de eisen die daaruit voortvloeien.

3 Conclusie

Uit de voorgaande paragrafen komt het beeld naar voren van Europese rechtsbeginselen die het Nederlandse bestuursrecht steeds fijnmaziger beïnvloeden. Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen Unierechtelijke beginselen die een Nederlandse evenknie hebben enerzijds en de voor Nederland relatief nieuwe Unierechtelijke beginselen anderzijds.

Om met de eerste categorie te beginnen; het Hof legt in de jurisprudentie over het legaliteits- en vertrouwensbeginsel steeds meer de nadruk op de effectieve tenuitvoerlegging van het EU-recht. Het Hof zegt niet met zoveel woorden dat de nationale beginselen niet mogen worden toegepast, maar ontwijkt de vraag en benadrukt tegelijkertijd dat lidstaten hun verplichtingen moeten nakomen of zegt dat deze beginselen Unierechtelijk moeten worden uitgelegd. Voor zover op papier nog ruimte aan de nationale varianten wordt geboden, lijkt het noemen van die ruimte niet meer dan een plichtmatige formaliteit. Zo wordt linksom of rechtsom hetzelfde resultaat bereikt; burgers die geraakt worden door besluiten van nationale bestuursorganen ter uitvoering van EU-recht kunnen nog maar zelden bescherming ontlenen aan het legaliteits- en vertrouwensbeginsel. Dat geldt in het bijzonder in geschillen waarin Unierechtelijk geregelde geldbedragen aan de orde zijn. De consequentie van deze jurisprudentie is dat er in de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter van ieder beginsel twee varianten zijn te ontwaren; in zuiver interne situaties worden de nationale beginselen toegepast, terwijl in zaken die raken aan het Unierecht de beginselen Unierechtelijk worden uitgelegd en toegepast. Die conclusie roept de al vaker gestelde vragen naar rechtseenheid en rechtszekerheid in de gedeelde rechtsorde op.¹²⁴ Naar onze mening is het geen oplossing om deze beginselen dan ook maar in interne situaties (meer) Unierechtelijk toe te passen. Dit zou immers betekenen dat rechtseenheid wordt bereikt door rechtsbescherming voor burgers op te offeren.

De genoemde vragen naar rechtseenheid en rechtszekerheid in de gedeelde rechtsorde spelen minder in het geval van de tweede categorie Unierechtelijke beginselen, in deze bijdrage besproken in de vorm van het verdedigings- en transparantiebeginsel. In dat geval bestaat immers geen nationale variant, maar moet het Unierechtelijke beginsel in acht worden genomen bij de uitvoering van het Unierecht. Toch zien we ook hier de nodige 'aanvaringen'¹²⁵ tussen de Unierechtelijke beginselen en het Nederlandse bestuursrecht, nu het Hof steeds minder ruimte biedt voor het beginsel van procedurele autonomie en het Nederlandse bestuursrecht moet wijken. Een

¹²⁴ Zie hierover ook T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

¹²⁵ Widdershoven 2012, p. 202.

verschil met het legaliteits- en vertrouwensbeginsel is echter dat de Unierechtelijke beginselen van verdediging en transparantie de burger doorgaans meer bescherming bieden dan het Nederlandse bestuursrecht. In dat opzicht zou het wat ons betreft minder problematisch zijn om de rechtseenheid en rechtszekerheid te vergroten door deze Unierechtelijke beginselen ook toe te passen in zuiver interne situaties. Wat daar ook van zij, in beide categorieën zien we zodoende voortschrijdende Europeanisering van het bestuursrecht door Unierechtelijke beginselen.

Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt dat de bestuursrechter deze ontwikkeling niet uit de weg gaat. De Hof-jurisprudentie wordt nauwlettend gevolgd en in veel gevallen zonder al te veel morren toegepast.¹²⁶ Wat betreft het legaliteits- en vertrouwensbeginsel zijn wij van mening dat de Nederlandse bestuursrechters wel erg proactief zijn, ook daar waar dat (nog) niet noodzakelijk is. Voor de andere twee beginselen geldt dat de bestuursrechter nog meer in de aftastende fase zit. Dat komt waarschijnlijk ook doordat minder duidelijk is wat deze Unierechtelijke beginselen precies vragen van het Nederlandse bestuursrecht. Wij verwachten echter dat naarmate het Hof van Justitie op deze terreinen meer duidelijkheid biedt, de Nederlandse bestuursrechter ook deze beginselen loyaal zal toepassen.

Is deze faciliterende rol van de Nederlandse bestuursrechter ten aanzien van de doorwerking van Unierechtelijke rechtsbeginselen voldoende, of is hulp van de Awb-wetgever nodig of wenselijk? Het antwoord op die vraag ligt genuanceerd. In het algemeen ontstaat de indruk dat de bestuursrechter zich prima redt. Doordat de Europeanisering van het bestuursrecht door rechtsbeginselen vooral via de jurisprudentie gestalte krijgt, leidt dit echter wel tot een onoverzichtelijk en versnipperd geheel, hetgeen doet denken aan het pre-Awb-tijdperk. Bovendien bestaat het risico op uiteenlopende jurisprudentie van de verschillende bestuursrechters. Dit komt de rechtszekerheid van de burger niet ten goede. Om actief optreden van de Awb-wetgever te vragen lijkt het ons echter, op een enkele uitzondering na,¹²⁷ nog te vroeg, gelet ook op de ontwikkeling van een meer uniform Europees bestuursrecht. Het lijkt een kwestie van tijd dat deze toekomstige Unierechtelijke wetgeving ook betekenis zal hebben voor nationale bestuursorganen die het EU-recht uitvoeren.¹²⁸ Gelet op de toch al overbelaste Awb-wetgever kunnen deze Unierechtelijke ontwikkelingen naar onze mening beter worden afgewacht.

126 Daar waar fel bekritiseerde arresten volgens de bestuursrechter duidelijk zijn, ziet men geen reden voor het stellen van (nieuwe) prejudiciële vragen. Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 december 2009, AB 2010/283, m.nt. J.E. van den Brink & W. den Ouden.

127 Het lijkt bijvoorbeeld hoog tijd voor de behandeling van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun. Zie daarover M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht?', NALL, januari 2014, DOI:10.5553/NALL.000017 en P.C. Adrijaanse & J.R. van Angeren, 'De Awb en staatssteunvragen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 669-686. Ook de subsidietitel van de Awb (titel 4.2) is wat betreft de uitvoering van Europese subsidieregelingen achterhaald, zie daarover Van den Brink 2012, p. 519 e.v.

128 Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit de hiervoor besproken Draft Model Rules, in het bijzonder waar het gaat om composite procedures. Zie ook Widdershoven 2014 en Van Ommeren & Wolswinkel 2014, p. 196.