

Article 25fa End User Agreement

This publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act. This article entitles the maker of a short scientific work funded either wholly or partially by Dutch public funds to make that work publicly available for no consideration following a reasonable period of time after the work was first published, provided that clear reference is made to the source of the first publication of the work.

Research outputs of researchers employed by Dutch Universities that comply with the legal requirements of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, are distributed online and free of cost or other barriers in institutional repositories. Research outputs are distributed six months after their first online publication in the original published version and with proper attribution to the source of the original publication.

You are permitted to download and use the publication for personal purposes. All rights remain with the author(s) and/or copyrights owner(s) of this work. Any use of the publication other than authorised under this licence or copyright law is prohibited.

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the University Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the University Library will, as a precaution, make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the University Library through email: copyright@ubn.ru.nl. You will be contacted as soon as possible.

University Library
Radboud University

Algemene wet bestuursrecht komt dan moeten we zorgen daar een stempel op te drukken. Wat willen we wel en wat willen we niet? De dieperliggende en belangrijke vraag is echter of een harmonisatie van het bestuursrecht Europa breed wenselijk is gelet op allerlei verschillen in bestuursrechtelijke tradities. Vooralsnog bleef deze vraag onbeantwoord.

Jasper Krommendijk⁴³

De Europeanisering van de beginselen van behoorlijk bestuur: een (Aw)beetje gas erbij

Het zal niemand zijn ontgaan dat het EU-recht veel invloed heeft op het Nederlandse bestuursrecht. In deze bijdrage zal ik ingaan op de vraag wat de invloed van art. 41 van het Handvest voor de Grondrechten is in de Nederlandse rechtsorde. De aanleiding voor deze vraag is driedelig. Ten eerste, een artikel van Harten en Grootelaar uit 2014 waarin zij vaststelden dat art. 41 Hv, naast vier andere Hv-bepalingen, het vaakst voor de Nederlandse rechter werd ingeroepen.⁴⁴ Deze bevinding is opmerkelijk omdat art. 41 Hv louter spreekt over een recht op behoorlijk bestuur vis-a-vis 'de instellingen, organen en instanties van de Unie' en niet zozeer nationale bestuursorganen. Een tweede aanleiding vormt een artikel van Schlössels over de constitutionalisering van behoorlijk bestuur.⁴⁵ Schlössels komt tot de conclusie dat de invloed van het Unierecht op het nationale leerstuk van behoorlijk bestuur beperkt *lijkt* te zijn. Hij signaleert echter groeimogelijkheden omdat er op Europees niveau 'onmiskkenbaar' sprake is van een constitutionalisering van het leerstuk en een transformatie in individueel afdwingbare rechten. De derde reden voor deze beschouwing is het groeiende belang van algemene rechtsbeginselen in de Nederlandse rechtspraak. In deze bijdrage zal ik ingaan op verscheidene Unierechtelijke beginselen die voor een groot deel worden beschouwd als elementen van het recht op behoorlijk bestuur in art. 41 Hv (zie linkerkolom tabel). Nationaalrechtelijke equivalenten zijn (deels) in de Awb gecodificeerd en uitgewerkt (rechterkolom tabel).

Algemeen beginsel van Unierecht/ a.b.b.b	Awb
verdedigingsbeginsel	hoorplichten (art. 4:7-4:12 Awb) & terinzagelegging en overlegging van nadere stukken (art. 7:4 Awb en art. 8:42 Awb)
evenredigheidsbeginsel	art. 3:4 lid 2, Awb
motiveringsbeginsel	art. 3:46 en 3:47 Awb
tijdigheidsbeginsel	verscheidene beslistermijnen, zoals art. 4:13 Awb)
transparantiebeginsel	raakt aan het onpartijdigheidsbeginsel in art. 2:4 Awb of het zorgvuldigheidsbeginsel in art. 3:2 Awb
vertrouwensbeginsel	-
rechtszekerheidsbeginsel	-

Zoals gezegd sluit een letterlijke lezing van art. 41 Hv uit dat het recht op een behoorlijk bestuur van toepassing is op nationale besluiten. In een enkele uitspraak, zoals *M.*, lijkt het Hof van Justitie erop te doelen dat art. 41 Hv ook van toepassing is op het handelen (of nalaten) van lidstaten.⁴⁶ Het hof is daar nu vanaf gestapt, zoals blijkt uit de Nederlandse *YS* zaak.⁴⁷ Dit neemt niet weg dat de rechten in art. 41 lid 2 Hv algemene beginselen van Unierecht zijn, zoals het hof ook in meerdere zaken heeft onderstreept.⁴⁸ Art 41 Hv is een codificatie van deze beginselen, zoals het verdedigingsbeginsel (lid 2, onder a), het inzagerecht (lid 2, onder b) en het motiveringsbeginsel (lid 2, onder c). Ook op een ander punt maakt het hof terugtrekkende bewegingen. Het hof haalde in het verleden nog wel eens een algemeen beginsel van Unierecht van stal als de verwijzende rechter uitsluitend naar art. 41 verwees in zijn vragen.⁴⁹ In recente uitspraken is het hof formeler en gaat het niet eigenstandig in op algemene beginselen.⁵⁰

43 Jasper Krommendijk is universitair hoofddocent internationaal en Europees Recht aan de Radboud Universiteit.

44 Naast art. 41 Hv gaat het om art. 7, 17, 24 en 47. H.J. van Harten & H.A.M. Grootelaar, 'Doorwerking van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in de Nederlandse rechtspraak: een kwantitatieve stand van zaken', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten/NJCM-Bulletin* (2014), p. 181-199.

45 R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2016/66.

46 Het HvJ stelt over art. 41 Hv enigszins ambigu: 'Vaststaat dat deze bepaling van algemene toepassing is'. HvJ 22 november 2012, C-277/11, (*M.*), punt 84. Vgl. Timmermans onder *JIN* 2014/181, randnr. 4-5.

47 HvJ 17 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*YS*), punt 68.

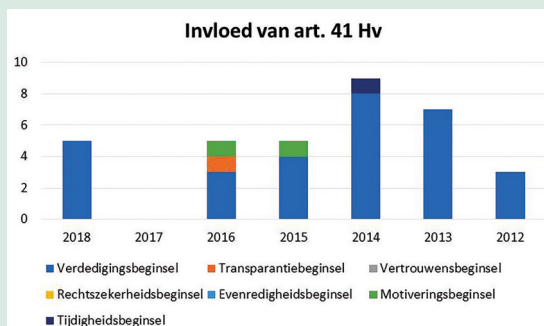
48 ECLI:EU:C:2014:2336 (*Mukarubega*), punten 42-45; HvJ 11 december 2014, C-249/13, ECLI:EU:C:2014:2431 (*Boudjlida*), punten 30-34; C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302 (*H.N.*), punt 49.

49 HvJ 9 november 2017, C-46/16, ECLI:EU:C:2017:839 (*LS Customs Service*), punt 39.

50 HvJ 17 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*YS*), punt 68; HvJ 13 september 2018 C-358/16, ECLI:EU:C:2018:715 (*UBS Europe*), punt 28.

1. De invloed van art. 41 Handvest

Ter voorbereiding van deze bijdrage heb ik gepoogd om te bekijken hoe het kwantitatief en kwalitatief staat met de invloed van art. 41. Ik heb op rechtspraak.nl met verscheidene zoektermen gezocht naar het expliciet genoemd worden van art. 41 in uitspraken gedaan in de periode 2012-2018.⁵¹ Met deze kwantitatieve benadering wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen de manier waarop art. 41 is aangehaald (nl. als geheel irrelevant of juist doorslaggevend). Ook blijven zo gevallen buiten het zicht van meer indirecte (en wellicht zelfs grotere) invloed. Een meer kwalitatieve duiding is dus eveneens belangrijk. Daarvoor moet in de uitspraken zelf worden gedoken alsmede de literatuur.



Zeker als de conclusies van A-G's in de HR en ABRvS niet worden meegerekend is de invloed van art. 41 Hv in kwantitatief opzicht beperkt. Er is bovendien sprake van een dalende trend, wellicht mede veroorzaakt door de terugtrekkende bewegingen van het hof. In bijna alle gevallen dat art. 41 genoemd wordt gaat het om het verdedigingsbeginsel en dan bijna uitsluitend in een belastingcontext. Het CBb en de CRvB hebben zich nog niet over art. 41 uitgelaten. De Afdeling besteedde in twee zaken aandacht aan art. 41 en zag zelfs aanleiding om prejudiciële vragen daarover te stellen, daartoe bewogen door vragen van een andere Nederlandse rechter. In *YS* stelde de Afdeling vragen over het inzage-recht van asielzoekers in hun 'minuten'.⁵² Deze vragen kwamen voort uit een verwijzing van een Middelburgse enkelvoudige kamer die twijfelde aan de lijn van de Afdeling.⁵³ De Afdeling werd ook 'uitgedaagd' door vragen van de belastingkamer in *Kamino en Datema* over de rechtsgevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel.⁵⁴ Met deze

vragen kwam de vaste rechtspraak van de Afdeling 'op losse schroeven' te staan.⁵⁵ De Afdeling besloot daarom eveneens vragen te stellen middels de PPU spoedprocedure om zo ook de relevante juridische verschillen tussen de douane- en vreemdelingencontext te benadrukken.⁵⁶

Nederlandse rechters gaan op verschillende manieren om met de vraag of art. 41 Hv van toepassing is op nationale besluiten. In sommige uitspraken wordt er geen probleem van gemaakt of wordt deze kwestie in het midden gelaten. De rechtbank Den Haag stelde bijvoorbeeld dat het verdedigingsbeginsel en/of art. 41 Hv een verplichting voor administratieve overheden oplevert, 'ook al voorziet de toepasselijke communautaire wetgeving niet uitdrukkelijk in een dergelijke formaliteit'.⁵⁷ De meeste andere rechters zijn terughoudender.⁵⁸ De HR is soms zo terughoudend dat hij zelfs niet ingaat op de in art. 41 verankerde algemene beginselen van Unierecht. Zo stelde de HR dat art. 41 Hv niet gericht is tot de lidstaten en noemt daarbij niet dat het tijdigheidsbeginsel ook een algemeen beginsel van Unierecht is en verankerd is in art. 47 Hv.⁵⁹ De Afdeling onderkent het verschil, maar erkent wel dat aan de in art. 41 Hv verankerende algemene beginselen kan worden getoetst voor zover de situatie binnen de reikwijdte van het EU-recht valt.⁶⁰ De manier waarop art. 41 een rol speelt in uitspraken varieert ook. In sommige uitspraken gaat het vooral om de toepassing van het algemene beginsel van Unierecht, met slechts een korte verwijzing naar art. 41.⁶¹ In andere zaken wordt er meer waarde toegekend aan art. 41 en wordt complementair⁶² of subsidiair (apart)⁶³ aan art. 41 getoetst. In enkele uitspraken is zelfs sprake van een (nagenoeg) zelfstandige toepassing van art. 41 Hv.⁶⁴

2. De invloed van algemene beginselen van Unierecht die samenhangen met de beginselen van behoorlijk bestuur

Naast art. 41 is er ook nog specifiek op algemene beginselen van Unierecht gezocht die samenhangen met behoorlijk bestuur. Voor deze analyse is aangehaakt bij de rechtsbeginselen die Schlössels in zijn artikel bespreekt. Waar sprake is van een dalende trend bij art. 41 Hv is er ten aanzien van de Unierechtelijke be-

51 Gezocht op rechtspraak.nl voor uitspraken tussen 1 januari 2012 en 31 december 2018 met de volgende zoektermen: handvest "behoorlijk bestuur" 41 (90 resultaten); "artikel 41 handvest" (10); "artikel 41 hv" (0); "art. 41 hv" (0).

52 HvJ 14 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*YS*). Voor een bespreking, zie J. Krommendijk & M. Loth, *Europese rechter in gesprek; Verhalende annotaties*, Den Haag: Bju 2018, p. 40-48.

53 Rb. Middelburg 15 maart 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BV8942; ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3309, r.o. 2.23 en 2.27.

54 HvJ 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13, ECLI:EU:C:2014:2041 (*Kamino en Datema*). De HR stelde later vragen over art. 47 Hv in HvJ 23 oktober 2014, C-437/13, ECLI:EU:C:2014:2318 (*Unitrading*).

55 Casteren onder *BNB* 2013/228, randnr. 2.

56 C.M. Wissels, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en de prejudiciële procedure: verantwoordelijkheid en regie', *SEW* 2015, afl. 11, p. 548-552, p. 551. Rb. Den Haag 18 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:4902, r.o. 16.1.

57 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4088, r.o. 4.27; Hof Amsterdam 17 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5074, r.o. 5.1.17.

58 HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2707, r.o. 3.3.2.

59 ABRvS 5 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:239, r.o. 14.

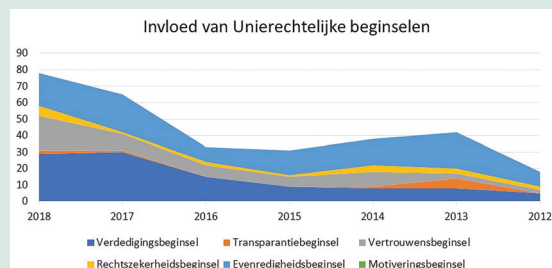
60 A-G Ettema, ECLI:NL:PHR:2016:1253, par. 5.1.

61 Rb. Gelderland 24 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1935, r.o. 50-52.

62 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6884, r.o. 4.17-19.

63 Zie bijv. Rb. Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3645, r.o. 6.

ginselen juist sprake van een duidelijke groeispurt, namelijk bijna een verviervoudiging ten opzichte van 2012 (van 18 naar 78 uitspraken met expliciete verwijzingen).



De (directe) invloed is beperkt tot slechts een paar rechtsbeginselen, namelijk het evenredigheidsbeginsel (114), het verdedigingsbeginsel (104), het vertrouwensbeginsel (58) en in mindere mate het rechtszekerheidsbeginsel (19)⁶⁵ en het transparantiebeginsel (10). De hoogste Nederlandse bestuursrechters hebben over een aantal van deze beginselen zelfs prejudiciële vragen gesteld.⁶⁶ Deze vragen illustreren dat Nederlandse rechters in beginsel openstaan voor receptie. Andere beginselen hebben tot op heden geen directe invloed gehad. Het 'service principle' of het beginsel van een dienende overheid is nog net zo 'dood' als Schlössels signaleerde.⁶⁷ Ook ten aanzien van het verbod van vooringenomenheid lijkt er geen sprake van (directe) invloed. Van een meer EU-rechtelijke geïnspireerde subjectiefrechtelijke invulling van art. 2:4 Awb, dat vooral gericht is op het bestuur, is dus zeker geen sprake, wellicht ook omdat de rechtspraak van het HvJ tot op heden eveneens beperkt is.⁶⁸ Uit de rechtspraakanalyse volgt dat er ook weinig verwezen wordt naar het Unierechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel.⁶⁹

2.1 Verdedigingsbeginsel

Van de EU-rechtelijke algemene beginselen die raken aan het behoorlijk bestuur heeft het verdedigingsbeginsel veruit de meeste invloed (gehad).⁷⁰ Dit is vooral het gevolg van de belangrijke HvJ uitspraak in *Sopropé* uit december 2008. Deze uitspraak wordt zelfs in 226 Nederlandse uitspraken genoemd.⁷¹ Alleen de CRvB heeft naar mijn weten nog niet verwezen naar *Sopropé* en/of het verdedigingsbeginsel. Het CbB in slechts twee zaken.⁷² Het CbB liep overigens voor de troepen uit door voor *Sopropé* in MKZ-zaken groot belang toe te kennen aan het verdedigingsbeginsel, mede als gevolg van zijn prejudiciële vragen van in *Dokter*.⁷³ Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel heeft duidelijk invloed gehad en dat is ook door velen gedocumenteerd.⁷⁴ Zo oordeelde de HR op grond van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel en vaste rechtspraak van het HvJ dat er een recht op toegang tot het dossier is in de fase voorafgaand aan het nemen van het bezwarende besluit.⁷⁵ Ook oordeelde hij dat een schending van de terinzageleggingsplicht voor de bezwaarfase, zoals geregeld in art. 7:4 Awb, een schending van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel oplevert.⁷⁶

De hoogste bestuursrechters laten soms een verwijzing naar het Unierechtelijke beginsel achterwege en noemen dan alleen het nationale beginsel.⁷⁷ De HR deed dit in een uitspraak over het overleggen van stukken in de bezwaarfase. Daarin werd uitsluitend verwezen naar art. 8:42 lid 1 Awb, terwijl A-G IJzerman naar het Unierechtelijke equivalent verwees.⁷⁸ Een ander voorbeeld is de *Hardenbergse* zaak waarin de Afdeling A-G Wattel om een conclusie had verzocht. In zijn conclusie baseerde Wattel zich op het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel voor zijn overweging dat de overtreders voorafgaand aan invordering of verhaal moet worden gehoord. De Afdeling nam deze aanbeveling over en oordeelde 'anders dan voorheen', en in afwijking van art. 4.12 Awb, dat het bestuursorgaan alvorens tot invordering over te gaan belanghebbende in de gelegenheid dient te stellen te worden gehoord.⁷⁹ De Afdeling verwees echter uitsluitend naar art. 4:8 Awb.

65 Het rechtszekerheidsbeginsel hangt nauw samen met het vertrouwensbeginsel en wordt vaak in een adem genoemd. Zie bv. HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:861. Gezocht op: "Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel" (2); "Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel" (15); "algemeen beginsel van behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "rechtszekerheidsbeginsel" (10).

66 Over het vertrouwensbeginsel: HvJ 13 maart 2008, zaak C-383/06, ECLI:EU:C:2008:165 (*ESF*); HvJ 9 september 2015, gevoegde zaken C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564 (*X. en van Dijk*); HvJ 18 december 2014, zaak C-599/13, ECLI:EU:C:2014:2462 (*Somvao*). Over 'het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting': HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Sporting Exchange*), AB 2011/17, m.nt. Buijze, JB 2010/171, m.nt. Wolswinkel; Over het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel, zie HvJ 11 juni 2009, gevoegde zaken C-155/08 en C-157/08, ECLI:EU:C:2009:368 (*Passenheim-van Schoot*), punten 77-86.

67 Gezocht op: "service beginsel" (0); "dienende overheid" (0).

68 "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "vooringenomen" (7); "artikel 2:4" "vooringenomen" "hof van justitie" (17); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "onpartijdig" (26); Schlössels 2016.

69 Uitzondering is CRvB 21 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4007, r.o. 4.9; Gezocht op: "Unierechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel" (1); "Unierechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel" (1); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "zorgvuldigheidsbeginsel" (129). "Unierechtelijke motiveringsbeginsel" (0); "Unierechtelijk motiveringsbeginsel" (0); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "motiveringsbeginsel" (37).

70 Gezocht op: "Unierechtelijk verdedigingsbeginsel" (30); "Unierechtelijke verdedigingsbeginsel" (62); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "verdedigingsbeginsel" (50). Aanvullend gezocht op: "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "hoor en wederhoor" (25).

71 Gezocht op 18 januari 2019.

72 Recentelijk ook meer impliciet, zie CbB 26 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:78, r.o. 4.1.3; CbB 17 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:391, r.o. 4.7; CbB 25 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK5737, r.o. 5.1.

73 HvJ 15 juni 2006, C-28/05, ECLI:EU:C:2006:408 (*Dokter*), punten 73-78.

74 Zie bijv. P. Fortuin, 'Het EU-rechtelijke verdedigingsbeginsel', *NTFR-B* 2016/8 en 10; J.M. van der Vegt, 'Krijgt het verdedigingsbeginsel tanden?', *MBB* (2015), p. 360-365.

75 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:384, r.o. 2.2.3.

76 HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:255, r.o. 2.3.2.

77 ABRvS 21 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2814, JV 2018/180, m.nt. Kuiper.

78 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672; ECLI:NL:PHR:2017:1081.

79 ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2956, r.o. 11.1; vgl. Gatzen onder PB 2018/5.



Jasper Krommendijk

Foto: André van Haasteren Fotografie

De hoogste bestuursrechters maken daarnaast een duidelijk onderscheid tussen het nationale en Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. Zo gaat de Afdeling voorbij aan het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel als het buiten het toepassingsbereik van het Unierecht valt.⁸⁰ Voor dezelfde benadering koos ook onlangs de belastingkamer, door het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel niet van toepassing te verklaren op de IB-aanslagen.⁸¹ Deze opstelling van de hoogste rechters is vanuit een formeel juridisch perspectief begrijpelijk wanneer het Unierecht niet van toepassing is. Het is ook verklaarbaar omdat het Unierechtelijke beginsel verder gaat dan de hoorplichten in art. 4:7 en 4:8 Awb, die met name gericht zijn op een zorgvuldige totstandkoming van besluiten en grondrechtenbescherming minder centraal stellen.⁸² Rechters houden zo wel de verdergaande bescherming van het Unierechtelijk beginsel buiten de deur. Dit is jammer vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming. De Nederlandse rechter zou reflexwerking kunnen toekennen aan het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. Het kan dit als bron van inspiratie gebruiken voor de verdere invulling van het nationale beginsel buiten de reikwijdte van het Unierecht. Dit laatste is in het bestuursrecht niet ongebruikelijk. Widdershoven noemt dit in de bundel 'vrijwillige adoptie of spontane harmonisatie'.⁸³

2.2 Het evenredigheidsbeginsel

Het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel wordt door de Nederlandse rechters eveneens in relatief veel uitspraken van stal gehaald.⁸⁴ Dit beginsel wordt niet alleen toegepast in belastingzaken, maar ook

in vreemdelingen- en legesaken.⁸⁵ Recentelijk oordeelde de Afdeling bijvoorbeeld dat de staatssecretaris in *alle* gevallen waarin het Nederlandschap wordt ingetrokken moet toetsen aan het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.⁸⁶

Naast deze directe invloed, speelt dit beginsel ook meer indirect een belangrijke rol. Meerdere auteurs wijzen erop dat de laatste jaren, mede als gevolg van het EU-recht, de intensiteit van de toetsing van discretionaire bevoegdheden is toegenomen.⁸⁷ Er wordt vaker gekozen voor een deels op het EU-recht geïnspireerde indringende evenredigheidstoets in plaats van de meer marginale toetsing op 'kennelijke onredelijkheid'.⁸⁸ Barkhuysen en Den Ouden hebben het in deze context zelfs over 'de opmars' en 'herontdekking' van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.⁸⁹ Widdershoven bepleitte in zijn advies over exceptieve toetsing eveneens voor dit beginsel een vrijwillige oriëntatie op het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.⁹⁰ De Unierechtelijke evenredigheidstoets heeft namelijk als voordeel dat deze gestructureerder en concreter is dan het nationaalrechtelijke equivalent vanwege de drie sub-elementen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *stricto sensu*.⁹¹ De prominentie van de evenredigheidstoets werd recent onderstreept door de *Appingedam*-uitspraak van het HvJ naar aanleiding van vragen van de Afdeling over de Dienstenrichtlijn en de evenredigheid van een branchebepaling in een bestemmingsplan. Deze zaak geeft wellicht een verdere impuls aan evenredigheidstoetsing omdat het de noodzaak onderstreept van een indringendere toetsing en uitgebreidere motivering dan het nationale recht vereist.⁹² Het belang van een uitgebreidere Unierechtelijke evenredigheidstoets blijkt ook uit de inbeddingsuitspraak van de Afdeling met de uitgebreide verwijzingen naar en (lange) citaten uit HvJ uitspraken.⁹³ Ook speelde evenredigheid een rol in de recente prejudiciële vragen van de Afdeling in de *LPG-zaak* over de rechtmatigheid van een definitief handhavingsbesluit met een vergunningsvoorschrift dat in strijd is met het EU-recht.⁹⁴

2.3 Het vertrouwensbeginsel

Het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel staat op een derde plaats met 58 verwijzingen.⁹⁵ Het EU-recht staat

80 ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3796, r.o. 6.2.

81 HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2082, r.o. 2.5.3.

82 Schlössels 2016, onder 4.3; ABRvS 25 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1365, AB 2018/236, m.nt. Stoepker, r.o. 5.

83 R. Widdershoven, 'De Awb binnen het Unierecht: geen rustig bezit', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (Deventer: Wolters Kluwer 2019), p. 459-468, 462.

84 Gezocht op: "Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel" (36); "Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel" (73); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "evenredigheidsbeginsel" (108).

85 Zie bijv. Rb. Den Haag 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11317.

86 ABRvS 8 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2678, r.o. 6.2.

87 R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter', *JBPlus* 2018/4.

88 R.J.N. Schlössels, 'Discretionaire dogmatiek... anders de Afdeling bestuursrechtspraak', *NTB* 2018/52.

89 T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2018/740; Widdershoven 2018, 465; vgl. R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2018/66.

90 ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*Wheermolen*).

91 *Idem*, r.o. 7.8 e.v.

92 Widdershoven 2018, 465.

93 ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, r.o. 12-13, AB 2018/246, m.nt. Nijmeijer.

94 ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:260.

95 Gezocht op: "Unierechtelijk vertrouwensbeginsel" (14); "Unierechtelijke vertrouwensbeginsel" (20); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "vertrouwensbeginsel" (135).

een terughoudende, beperkte toepassing van het vertrouwensbeginsel en een beroep daarop wordt slechts in uitzonderlijke gevallen gehonoreerd. Dit wordt nu, ondanks kritiek daarop in de literatuur, door Nederlandse rechters geaccepteerd. Zo gebruikt het CBB in meerdere uitspraken de volgende standaardoverweging, met verwijzing naar de HvJ uitspraak in *Agroferm*: ‘het vertrouwensbeginsel [kan] niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling worden aangevoerd en kan 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 opwekken’.⁹⁶ Ook de CRvB staat dezelfde lijn voor, blijkens een eerste uitspraak uit 2017 waarin die instantie ingaat op dit beginsel.⁹⁷ Hetzelfde geldt voor de Afdeling, die, ondanks wat strubbelingen in *ESF* en *Somvao*, trouwde lijn van het HvJ hanteert.⁹⁸ Desalniettemin lijkt het HvJ zijn strikte lijn iets te hebben afgezwakt met het *Demmer*-arrest uit 2015. Daarin bepaalde het HvJ dat een geslaagd beroep op het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel mogelijk is wanneer sprake is van ‘een administratieve praktijk’ waarbij bepaalde gevallen ‘systematisch als subsidiabel werden erkend’, hoewel dat in strijd is met het EU-recht.⁹⁹ Met deze uitspraak zette het HvJ de deur weer op een kier wat betreft een bredere toepassing van het vertrouwensbeginsel. Interessant genoeg werd deze opening door het CBB aangegrepen om een vraag aan Luxemburg over deze jurisprudentie te stellen.¹⁰⁰ De discussie is dus weer geopend. Vanuit het perspectief van effectieve rechtsbescherming meer dan welkom.¹⁰¹

2.4 Transparantiebeginsel

Het transparantiebeginsel is in zeven jaar slechts tien keer expliciet genoemd¹⁰² en dan alleen in de context van schaarse publieke rechten, aanbestedingen en concessies.¹⁰³ In die context wordt eerder verwezen naar het gelijkheids-, rechtszekerheids- of het zorgvuldigheidsbeginsel.¹⁰⁴ In de onderzochte tijdsperiode (2012–2018) zijn er geen uitspraken gevonden van de hoogste bestuursrechters waarin het *Unierechtelijke*

transparantiebeginsel in de rechtsoverwegingen wordt genoemd. Dit reflecteert de vaststelling van Wolswinkel in 2016 dat de Unierechtelijke transparantieplichting nog geen nadrukkelijke plek heeft in de nationale jurisprudentie.¹⁰⁵ Ook Timmermans merkt op dat de Afdeling terughoudend is om het transparantiebeginsel in het Nederlandse recht te incorporeren en dat het beginsel slechts als onderdeel wordt gezien van het gelijkheidsbeginsel.¹⁰⁶

Toch lijkt er langzaam iets te veranderen, mede als gevolg van twee conclusies van A-G Widdershoven.¹⁰⁷ Widdershoven stelde in *Speelautomatenhal Vlaardingen* voor om de transparantieplichtingen te erkennen als een Nederlandse norm die ook van toepassing is buiten het toepassingsbereik van het EU-recht.¹⁰⁸ De Afdeling volgde in grote lijnen dit advies zonder het overigens als beginsel van Nederlands recht te erkennen. Zij stelde slechts:

“Aldus is geen passende mate van openbaarheid betracht. Dat is in strijd met de transparantieplichting.”¹⁰⁹

Widdershoven verwacht dat een overkoepelend transparantiebeginsel mogelijk in de toekomst zal worden erkend, gelet op het feit dat het HvJ dit beginsel in een steeds bredere context erkent.¹¹⁰ Net als bij de eerdergenoemde beginselen is er dus ook hier qua inspiratie en reflexwerking iets te winnen.

3. Conclusie

Uit de voorgaande analyse komen twee voornamen bevindingen naar voren. Enerzijds, de beperkte rol van art. 41 Hv in de Nederlandse rechtspraktijk. Anderzijds, een toenemende directe en indirecte invloed van algemene Uniebeginselen. Dit laatste is een goede zaak wat mij betreft. Ik zou zelfs willen oproepen om een beetje gas erbij. De Nederlandse rechter zou (nog meer) inspiratie kunnen putten uit Unierechtelijke beginselen. Dit om twee redenen. Ten eerste vanuit het perspectief van effectieve rechtsbescherming en de groeiende “macht” van het bestuur. Ten tweede is het ook vanuit Unierechtelijke perspectief goed dat de rechtsorden van lidstaten nader tot elkaar komen. Dit

96 CBB 11 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:483, AB 2018/385, m.nt. Ortlep.

97 CRvB 10 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4014, AB 2018/33, m.nt. Ortlep, r.o. 4.3.

98 ABRvS 15 april 2–15, ECLI:NL:RVS:2015:1152, AB 2015/226, m.nt. van den Brink en den Ouden, randnr. 4–5.

99 HvJ 2 juli 2015, C-684/13, ECLI:EU:C:2015:439 (*Demmer*), punt 87.

100 CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:662, r.o. 26.

101 Van den Brink onder AB 2016/460, randnr. 1, 4–5.

102 Gezocht op: “Unierechtelijk transparantiebeginsel” (1); “Unierechtelijke transparantiebeginsel” (3); “behoorlijk bestuur” “hof van justitie” “transparantiebeginsel” (20). Aanvullend gezocht op: transparantiebeginsel “algemeen beginsel” (16).

103 Prechal onderscheidt nog twee verschijningsvormen, namelijk het transparantiebeginsel in verhouding tot het beginsel van behoorlijk bestuur en het rechtszekerheidsbeginsel. S. Prechal, ‘De emancipatie van ‘het algemene transparantiebeginsel’’, *SEW* 2008/145.

104 CBB 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009/373, m.nt. Wolswinkel.

105 Wolswinkel onder AB 2016/426, randnr. 14; vgl. A. Buijze, ‘Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht’., *JBPlus* 2016/4.

106 Timmermans onder JB 2017/1, randnr. 6.

107 Conclusie 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (*Windpark Zeewolde*); Conclusie 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

108 Widdershoven 2018, 463. Drahmman stelt echter dat de Afdeling ‘transparantie’ wel tot een rechtsnorm maakt. A. Drahmman, ‘Een klachtplicht in het kielzog van de transparantieplichting’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 489–498.

109 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

110 Widdershoven 2018, p. 464–465.

wordt gemakkelijker als gezamenlijke rechtsbeginselen een nog grotere rol gaan spelen.

De Awb was een enorme stap voorwaarts in de rechtsbescherming, maar zij is alweer 25 jaar oud. Het Handvest is van recenter datum en is op punten ook inhoudelijk moderner. Het biedt de burger intensievere bescherming tegen het bestuur. De Awb kan de komende 25 jaar nog aanzienlijk worden verbeterd, zonder overigens te suggereren dat er nu sprake is van strijdigheden, wanneer Unierechtelijke beginselen nog vaker als inspiratiebron worden gebruikt. Niet omdat dat van Luxemburg moet, maar omdat de nationale bestuursrechter of wetgever dat wíl... Namelijk, om de rechtsbescherming te verbeteren.

Hanna Sevenster¹¹¹

Internationale invloed op de Awb

Jasper Krommendijk en ik staan hier in verband met hoofdstuk IV van de bundel "Internationale invloed op de Awb". Internationaal, dat wil zeggen vooral Europees (maar zie de bijdragen van Jansen en Konijnenbelt), en dat is dan weer vooral EU-recht. Hoe groot is die invloed nu? Dat willen we graag weten, want hoe relevant is het eigenlijk om over dit onderwerp te praten?

Om te beginnen: de Awb is tot nog toe vrij "EU-proof" gebleken. Wij hebben een alleszins redelijk en verfijnd procesrecht, dat dus wel bestand is tegen een EU-stootje. Hier en daar leidt het EU-recht wel tot aanpassingen, zoals door het verdedigingsbeginsel in fiscale zaken of de nuances in de uitleg van art. 4:6 Awb onder invloed van het arrest *Kühne & Heitz*.

Jasper doet een prachtige voorzet om de invloed van het EU-recht, meer specifiek van de EU-rechtsbeginselen, in Nederland *kwantitatief* te meten. Dat is zeker behulpzaam, want als uit zijn onderzoek bijvoorbeeld zou zijn gebleken dat in geen enkele Nederlandse uitspraak een verwijzing naar die beginselen te vinden was, dan zegt dat wel iets. Aan de andere kant, en dat zegt Jasper natuurlijk zelf ook: kwantiteit zegt niet alles. Kwantiteit is wat mij betreft zeker ook geen doel op zich. Zolang de Awb gewoon EU-proof is, dan hoeft er van mij geen "gas bij".

De invloed van het EU-recht op ons bestuursprocesrecht zit hem wat mij betreft dan ook niet alleen in de *directe invloed*. Wat is dat: toepassing van EU-recht zoals een beginsel leidt tot een andere uitkomst in een zaak dan onder het nationale recht het geval zou zijn geweest. Ik noemde net al twee voorbeelden. Andere

voorbeelden zijn de evenredigheidstoets uit de Dienstenrichtlijn (Appingedam) of de individuele toets in het vreemdelingenrecht onder invloed van het evenredigheidbeginsel. Een mogelijk zeer invloedrijk "bommetje" zit er ook in de verwijzing door de Afdeling van de "LPG-zaak" door de vraag of onze uitgangspunten over formele rechtskracht in het kader van handhavingzaken wel sporen met het EU-recht. Allemaal voorbeelden van directe invloed. Deze directe invloed van het Unierecht is zonder meer belangrijk.



Hanna Sevenster

Foto: André van Haasteren Fotografie

Maar zeker zo belangrijk is de *indirecte invloed* en voor de bestuursrechtelijke discussie in Nederland misschien nog wel interessanter. Jasper en Rob Widdershoven noemen in dit verband voorbeelden van rechtspraak waarin het Unierecht indirect de uitleg heeft beïnvloed van Nederlands recht, zoals de Dienstenrichtlijn tot een eigen "Nederlandse" schaarse rechten doctrine leidde. Dit noemen we dan "*vrijwillige of spontan*" harmonisatie: EU-recht is niet van toepassing en verplicht dus tot niets, maar we trekken de lijn zelf door naar nationale zaken. Een soort reflexwerking dus. Ook de algehele herziening van de *ne bis in idem* rechtspraak naar aanleiding van de Procedurerichtlijn asiel is daarvan een voorbeeld. En misschien een nuancering van de formele rechtskracht in handhavingzaken straks ook wel? Deze vrijwillige overname kan dan weer *expliciet* in de uitspraak worden benoemd, zoals bij *ne bis*. Of *impliciet*: zoals in de Hardenberg zaak waarin de invloed van het verdedigingsbeginsel uitmondt in een andere uitleg van art. 4:8 Awb door de Afdeling, zonder dat dit in de uitspraak zo benoemd is (wel in de conclusie A-G). Nog een voorbeeld van impliciete indirecte invloed is het overgaan tot een meer indringende toetsing door de Afdeling, *mede* onder invloed van het EU-evenredigheidsbeginsel.

En ik zie tot slot in dit verband een nog meer indirecte invloed, laten we het "*reflectie-werking*" noe-

111 Mr. dr. H.G. Sevenster is staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.