

University of Groningen

Slotbeschouwingen

Prechal, S.; Widdershoven, R.J.G.M.; Jans, J.H.

Published in:
Inleiding tot het Europees bestuursrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Prechal, S., Widdershoven, R. J. G. M., & Jans, J. H. (2017). Slotbeschouwingen. In S. Prechal, & R. J. G. M. Widdershoven (editors), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* (4 redactie, blz. 469-476). Ars Aequi Libri.

Copyright

Other than for strictly personal use, 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), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Hoofdstuk VIII

SLOTBESCHOUWINGEN

S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, J.H. Jans

1 **Beïnvloeding *top down*, *bottom up* en een beetje horizontaal ...**

Dit boek heeft als titel ‘Inleiding tot het Europees bestuursrecht’. Echter, zoals al opgemerkt werd in hoofdstuk I, paragraaf 3, het begrip ‘Europees bestuursrecht’ heeft vele gedaantes. Boeken en artikelen met ‘Europees bestuursrecht’ of iets dergelijks in de titel gaan dan ook lang niet altijd over hetzelfde verschijnsel. Dit boek gaat niet primair over het ‘interne’ Europese bestuursrecht, het recht dat de directe bestuursrechtelijke relatie beheerst tussen de Unie-instellingen en hun rechtssubjecten. Het boek gaat ook niet over de inmiddels talrijke terreinen van het *materiële* bestuursrecht dat in sterke mate Europees bepaald is. Dit materiële recht, zoals het milieurecht, het waterrecht, het agrarisch recht, het vreemdelingenrecht, het vervoersrecht en het economisch bestuursrecht, is veelal vervat in Europese richtlijnen, die zijn omgezet in nationale wetgeving en worden toegepast door onze eigen bestuursorganen. Deze aspecten zijn in dit boek alleen zijdelings aan de orde gekomen.

Waar gaat dit boek dan wel over? Het gaat vooral over de verhouding tussen het Unierecht en het algemeen deel van het Nederlands bestuursrecht. Bestudeerd is de invloed die het Unierecht heeft op de algemene leerstukken van bestuursrecht. Daarbij is, zoals in hoofdstuk 1, paragraaf 2 gesteld, primair voor een *top down*-benadering gekozen. Deze benadering heeft noodzakelijkerwijs tot gevolg dat het beeld over de verhouding tussen het Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht enigszins vertekend over kan komen. Immers, via de *top down*-benadering komen vooral de gevolgen van het Europees recht voor het Nederlands bestuursrecht naar voren, terwijl mogelijkerwijs aanwezige vormen van *bottom up*-beïnvloeding van het Unierecht door het nationaal bestuursrecht onderbelicht blijven. Niettemin blijkt uit het onderzoek dat er wel degelijk sprake is van wederzijdse beïnvloeding van Europees recht en nationaal bestuursrecht.

Zo is bijvoorbeeld de rechtspraak van het Hof van Justitie over het evenredigheidsbeginsel duidelijk beïnvloed door het Duitse bestuursrecht (zie hoofdstuk IV, paragraaf 4), terwijl bij het ontwikkelen van de rechtspraak betreffende de overheidsaansprakelijkheid voor schending van Unierecht geput is uit de algemene beginselen die de verschillende nationale rechtsstelsels gemeen hebben (hoofdstuk VII). Verder kan erop worden gewezen dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming volgens het Hof is terug te voeren op constitutionele tradities van de lidstaten, alsmede op artikel 6 en 13 EVRM (hoofdstuk II, paragraaf 2.4), en dat aspecten van het verdedigingsbeginsel – zoals het *legal professional privilege* – ontleend zijn aan de *common law*-traditie (hoofdstuk IV, paragraaf 6).

De keuze voor deze *top down*-benadering hebben wij in hoofdstuk I, paragraaf 2 wetenschappelijk verantwoord met een verwijzing naar het voorrangsbeginsel. Behalve door de verzekering van het voorrangsbeginsel kan de beïnvloeding van het nationaal bestuursrecht ook nog door andere factoren worden verklaard. Wij doelen hier op het verzekeren van rechtsaanspraken die individuen ontleen aan het materiële Unierecht, alsmede op de herhaaldelijk door het Hof van Justitie uitgesproken wens tot handhaving van een (vorm van) uniforme toepassing van het Unierecht. Belangrijk is echter om in te zien dat de beïnvloeding van het Europees recht op het algemeen deel van het Nederlands

bestuursrecht een fundamenteel ander karakter heeft dan de beïnvloeding van de functionele delen van het bestuursrecht.¹

De beïnvloeding van het materiële recht op functionele deelgebieden is ingegeven door het streven om de materiële doelstellingen van de Unie te realiseren. De leerstukken die moeten worden gerekend tot het algemeen deel van het bestuursrecht, zijn voor het realiseren hiervan vaak niet meer dan een instrument, een hulpmiddel om het materiële Unierecht op functionele terreinen ten uitvoer te leggen. Met andere woorden, de beïnvloeding van het algemeen deel van nationaal bestuursrecht door het Unierecht is niet primair ingegeven door de wens om deze algemene delen ‘als zodanig’ te harmoniseren, uniformeren of af te stemmen, maar is steeds gekoppeld aan de vraag in hoeverre dit noodzakelijk is ter verwezenlijking van een bepaalde mate van materieelrechtelijke harmonisatie en het garanderen van rechtsbescherming aan hen die aanspraken ontleen aan het materiële Unierecht. Naar onze opvatting is de Unie, ook in het post-Lissabon tijdperk, niet bevoegd om het algemeen deel van het nationale bestuursrecht verdergaand te harmoniseren dan ter verwezenlijking van de materiële doelstellingen van het Unierecht noodzakelijk is. Immers, een algemene bevoegdheid tot harmonisatie van het nationale bestuursrecht in een Europese Awb is in de Verdragen nog steeds niet gegeven.² Het daartoe wel aangevoerde artikel 298 VWEU, waarin is bepaald dat het EP en de Raad regels kunnen vaststellen betreffende een ‘open, doeltreffend en onafhankelijk Europees ambtenarenapparaat’, heeft volgens ons uitsluitend betrekking op de Europese administratie.³ Het ook wel genoemde 197 VWEU biedt evenmin een grondslag voor een Europese Awb, omdat de daarin voorziene Europese regelgevingsbevoegdheid alleen de (grensoverschrijdende) administratieve samenwerking tussen de lidstaten betreft en niet de toepassing van het Unierecht binnen één lidstaat.

Ook de toekomst zal derhalve gekenmerkt worden door een continue spanning tussen enerzijds de wens om algemene leerstukken als rechtsbescherming of handhaving in een bepaalde mate te harmoniseren (teneinde een uniforme toepassing van Unierecht te garanderen en effectieve rechtsbescherming te realiseren) en anderzijds het belang om niet nodeloos inbreuk te maken op een nationaal rechtssysteem (het perspectief van de institutionele *casu quo* procedurele nationale autonomie). Deze spanning is als een rode draad door het boek gevlochten.

Dit betekent uiteraard niet dat er in het geheel geen harmonisatie van bestuursrecht plaatsvindt. Die harmonisatie is er wel, maar is verbrokken en fragmentarisch van karakter. Zo hebben onder meer Barkhuysen en Scheltema gewezen op het belang van rechtseenheid.⁴ ‘Zonder rechtseenheid geen gelijkheid van rechtstoepassing en voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken’, aldus Scheltema. Dat geldt natuurlijk ook voor het bestuursrecht.

Bezien tegen de achtergrond van de imperatief van rechtseenheid is het dan ook niet verwonderlijk dat daar waar de divergentie in het formele bestuursrecht, naar het rechtspolitieke oordeel van de sectorale Europese wetgever, te zeer uiteen loopt, zij optreedt. Dit optreden is echter niet algemeen, maar fragmentarisch van karakter, harmonisatie *by bits and pieces*. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in het aanbestedingsrecht, het telecommunicatieright, het landbouwnrecht, het douanerecht, het vreemdelingenrecht en het milieurecht. Uit onderzoek, bijvoorbeeld op het terrein van

1 Jans 2010.

2 Vergelijk ook hoofdstuk II, paragraaf 5. Zie Eliantonio 2009; Widdershoven 2014a. Zie over de grondslagendiscussie uitvoerig het Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL), Model Rules on EU Administrative Law 2014, paragraaf IV van de Introduction, alsmede Craig 2013a.

3 Aldus ook overweging 15 van de considerans bij het voorstel van het Europees Parlement voor een Verordening voor ‘the Administrative Procedure of the European Union’s institutions, bodies, offices and agencies’ (DV\1081253EN.doc). Zie hierna, paragraaf 3.

4 Zie Scheltema 2005, p. 6-8; Barkhuysen 2006, p. 31 e.v..

het milieurecht,⁵ is gebleken dat in de lidstaten van de Europese Unie het vraagstuk van toegang tot de rechter tegen overheidsbeslissingen aanmerkelijke verschillen kan vertonen:

- verschillen in beroepstermijnen;
- verschillen in de ontvankelijkheid van derde-belanghebbenden, in het bijzonder betreffende de positie van milieuorganisatie;
- verschillen in de duur van de procedure;
- verschillen in rechterlijke toetsingsintensiteit;
- verschillen in kosten, *et cetera*.

We zien dan ook dat in dergelijke gevallen de Europese wetgever gaat optreden en tot harmonisatie of zelfs uniformering overgaat waarbij een groot aantal belangrijke algemeen-bestuursrechtelijke leerstukken kunnen zijn betrokken, zoals de toegang tot de bestuursrechter, de intensiteit van rechterlijke toetsing, kosten van de procedure, rechtsmiddelverwijzing *et cetera*.⁶ Uniformering vindt plaats door middel van verordeningen op terreinen als landbouw en douane. Op andere terreinen worden de lidstaten door middel van richtlijnen verplicht tot *harmonisatie* van hun bestuursprocesrecht op diverse niet onbelangrijke aspecten. De wijze waarop dit geschiedt in de richtlijn kan daarbij wezenlijk verschillen van de wijze waarop wij in de Awb met deze aspecten zijn omgegaan.

In deze richtlijnen worden niet zozeer eenduidige uniforme *hard and fast rules* neergelegd, maar worden, om maar weer eens een beeldspraak te gebruiken, ‘piketpaaltjes’ geslagen waarbinnen de procedurele autonomie van de lidstaten zich kan blijven manifesteren. De richtlijn stelt nadere grenzen aan het recht van de lidstaten en bepaalt als het ware de bandbreedte van die procedurele autonomie. In de richtlijnen wordt dus geen Europese ‘artikel 1:2 Awb-achtige’ definitie van het belanghebbendebegrip neergelegd, die ‘ons’ artikel 1:2 Awb gaat vervangen. Wel stelt men grenzen aan excessen in sommige nationale rechtstelsels. Of om het wat ‘netter’ uit te drukken: de Europese wetgever zorgt met dergelijke richtlijnen voor een zekere convergentie van het nationale bestuursrecht, zonder te willen streven naar volledige uniforme harmonisatie. Naar onze opvatting wordt op deze wijze een gezonde balans gevonden in het hierboven gesignaleerde spanningsveld waarbij enerzijds een uniforme toepassing van Unierecht en anderzijds het belang om niet nodeloos inbreuk te moeten maken op een nationaal rechtstelsel moet worden gegarandeerd.

Een vergelijkbaar streven naar evenwicht vinden wij ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie. In de benadering van het Hof zijn Europese concepten als voorrang, rechtstreekse werking, conforme uitleg en aansprakelijkheid vooral van belang voor de doorwerking van het materiële Unierecht. Voor de algemene leerstukken van bestuursrecht die ten behoeve van de doorwerking worden ingezet, geldt als Europese ondergrens de algemene eis, dat de nationale rechtsorde moet voorzien in een stelsel van effectieve rechtsbescherming. Deze eis is inmiddels ook neergelegd in artikel 47 Handvest. Binnen een dergelijk stelsel moet de mogelijkheid bestaan om een voorlopige voorziening te vragen (*Factortame*) alsook om de overheid aansprakelijk te stellen voor schendingen van Unierecht (*Francovich*, *Brasserie du Pêcheur en Factortame*). Daarentegen vereist het Hof niet dat de lidstaten moeten voorzien in een zelfstandig beroep tegen nationale wettelijke regels die onverenigbaar zijn met het Unierecht, in ieder geval niet zolang er in de nationale rechtsorde andere – indirecte – rechtswegen bestaan waarin deze onverenigbaarheid incidenteel kan worden beoordeeld (*Unibet*). Hiermee respecteert het Hof de keuzes die in vele continentale rechtstelsels zijn gedaan. Het Hof is echter weer wel bereid om wat hardhandiger in te grijpen indien de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de

5 Zie De Sadeleer, Roller & Dross (eds.) 2005. Zie ook Eliantonio e.a. 2013; Grashof 2016.

6 Zie Richtlijn 2003/35, Aarhus-implementatierichtlijn, Pb. 2003 L 156/17. Zie voor andere voorbeelden Widdershoven e.a. 2007a, p. 7-10, Craig 2013a, Widdershoven 2014a.

lidstaten in het gedrang komt (*Lucchini*), of de aan artikel 267 VWEU ontleende bevoegdheid van de nationale rechter om prejudiciële vragen te stellen (*Cartesio, Elchinov*).⁷

Binnen deze Europese randvoorwaarden kan zich op grond van het uitgangspunt van de zaak *Rewe* – het beginsel van procedurele autonomie binnen de grenzen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid – een grote diversiteit aan nationaal bestuursrecht manifesteren. Een belangrijk gegeven vormt in deze context ook de – al dan niet expliciete toepassing – van de ‘procedurele *rule of reason*’.⁸ Door het daarin besloten afwegingsmechanisme kunnen de belangrijke nationale beginselen gelding blijven behouden (*Van Schijndel, Van der Weerd, Heemskerk en Schaap*). Een vergelijkbaar balanceren vindt inmiddels ook plaats in het kader van de toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming/artikel 47 Handvest, dat immers, net zoals artikel 6 EVRM, onder omstandigheden beperkt kan worden (*Alassini*).

Een derde ontwikkeling die zich voorzichtig begint af te tekenen heeft betrekking op de rol van de nationale rechter. Het vaak *open ended* karakter van (rechtsbeschermings- en handhavings)bepalingen in de Europese richtlijnen zorgt continu voor vragen in de rechtspraktijk over waar de grenzen nu precies zijn getrokken door de Europese wetgever. Vergelijkbare problemen doen zich voor met betrekking tot de rechtspraak van het Hof, die weliswaar richtinggevend is, maar tegelijkertijd en onvermijdelijk de nationale rechter veelal nog de nodige toepassings- en interpretatievrijheid laat. Wanneer is precies sprake van een ‘voldoende gekwalificeerde schending’ van Unierecht die moet leiden tot aansprakelijkheid? Onder welke omstandigheden biedt een nationaal beginsel van procesrecht een voldoende rechtvaardiging voor een procesrechtelijke belemmering van de effectuering van het Unierecht? Welke nationale vordering is precies gelijkwaardig met een Unierechtelijke vordering? Tot welke uitkomst leidt de toepassing van het beginsel van evenredigheid in het concrete geval? *Et cetera*. Dergelijke vragen zullen in een individuele zaak door de nationale rechter zelf moeten worden beantwoord, waarbij de rechtspraak van het Hof natuurlijk wel de nodige aanknopingspunten biedt. Aldus kan er een nieuwe vorm van precedentwerking ontstaan, waarbij de autonome interpretatie van het Europese recht door de nationale gerechten precedenten kan scheppen voor toekomstige zaken op een bepaald rechtsterrein.⁹ Deze ‘precedentwerking’ ziet men binnen een lidstaat – wanneer bijvoorbeeld de rechtbanken zich aansluiten bij de interpretatie die de Afdeling aan een bepaalde uitspraak van het Hof heeft gegeven – maar zal naar onze inschatting steeds vaker ook tussen de lidstaten (horizontaal) werken.

In dit verband is van groot belang het ontstaan van diverse netwerken, zoals de Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters, waarin mede aan de hand van nationale rechtspraak wordt gesproken over de consequenties van belangrijke uitspraken van het Hof en die ook op reguliere basis contact hebben met het Hof.¹⁰ Soms onderhouden deze netwerken een database met (samenvattingen van) nationale uitspraken waarin de nationale rechter uitspraak doet in een Europese zaak waarin niet prejudicieel is verwezen. Een dergelijke (overigens niet uitputtende) database wordt ook onderhouden door het Hof.¹¹ Deze informele vormen van rechterlijke samenwerking of

7 Zie voor deze zaken hoofdstuk VI, paragraaf 6.4 (*Lucchini*) en paragraaf 3.3 (*Cartesio, Elchinov*).

8 Vergelijk hoofdstuk II, paragraaf 4.

9 Van Harten 2009; Van Harten 2011.

10 Van Haersolte 2010; Van Harten 2011, p. 240-248, met verwijzing naar de diverse websites. Zie Biernat e.a. (eds.) 2008, voor een studie van de Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters naar de gevolgen van de zaak *Kühne & Heitz* in diverse lidstaten.

11 Vergelijk ook de recente instelling van het Réseau judiciaire de l’UE bij het Hof, een overleggenium van het Hof met de hoogste nationale gerechten (voor Nederland de HR, de ABRvS, de CRvB en het CBB), waarbinnen documenten zullen worden uitgewisseld zoals alle prejudiciële verwijzingen, de nationale follow up ervan, andere voor het EU-recht relevante nationale uitspraken *et cetera*.

rechterlijke dialoog kunnen tot een verdergaande convergentie van de nationale bestuursrechten leiden.¹² Bovendien maakt deze ontwikkeling duidelijk dat rechtsvinding niet langer kan plaatsvinden in het isolement van het nationale recht.¹³ Backes stelt in zijn Maastrichtse oratie uit 2008 dan ook de terechte vraag of nationale rechters niet verplicht moeten worden geacht te motiveren indien hun interpretatie van het Europees recht afwijkt van die van buitenlandse rechters, tenminste als het gaat om buitenlandse rechtscolleges die in hoogste instantie oordelen.¹⁴ Ook zouden Nederlandse hoogste rechters – zoals nu al regelmatig gebeurt door het Duitse *Bundesverfassungsgericht* en de Franse Raad van State – belangrijke nationale uitspraken in Europese zaken vaker in het Engels moeten vertalen.

2 Betekenis voor het Nederlands bestuursrecht

Tot welke meer algemene conclusies heeft onze studie nu geleid? Allereerst moet de conclusie worden getrokken dat het Nederlands bestuursrecht niet zonder meer een rustig bezit is. Zo is de laatste jaren het aantal secundaire EU-regelingen dat het algemeen deel van Nederlands bestuursrecht direct raakt fors toegenomen, waarbij vooral de Procedurerichtlijn (herschikking) 2013/12 en in minder mate ook de Aarhusrichtlijn 2003/35 serieuze consequenties hebben gehad.¹⁵ Daarnaast is er de meer ‘sluipende’ beïnvloeding via de rechtspraak van het Hof van Justitie, maar ook in een dialoog met andere nationale bestuursrechters. Het gaat hier om een dynamisch proces, niet per definitie hiërarchisch van karakter, maar veeleer pluralistisch. Daarbij moet worden opgemerkt dat de uitkomsten van dit proces niet altijd even goed te voorspellen zijn.

Van Europeanisering van het Nederlands bestuursrecht is dus zeker sprake. Deze ontwikkeling zal, zo is onze verwachting, doorgaan. Al deze voorbeelden van Europese beïnvloeding kunnen ons inziens echter niet tot de conclusie leiden, dat de fundamentele van het Nederlands bestuursrecht en zijn structuur significant door het Europese recht zijn aangetast. Op grond van het beginsel van institutionele autonomie respecteert het Unierecht de grondstructuren van de verschillende nationale rechtsordes. In wezen blijkt het Europese recht aan de nationale rechtsordes voldoende ruimte te laten om de structuur van het nationale bestuursrecht zelf te bepalen. De Algemene wet bestuursrecht en de daaraan ten grondslag liggende gedachten over de verhouding bestuur-burger worden in onze visie niet wezenlijk beïnvloed door het Europese recht.¹⁶ Binnen de randvoorwaarden die het Europese recht stelt, kan nationaal bestuursrecht van heel verschillende aard functioneren. De verschillen tussen het Britse *public law* aan de ene kant en het Duitse *Verwaltungsrecht* aan de andere zijn aanzienlijk, maar kunnen toch, samen met het Nederlandse, Deense, Griekse, Hongaarse *et cetera* bestuursrecht blijven functioneren binnen die tegelijkertijd geïntegreerde (samengestelde) en gedeelde Europese rechtsorde.

Hoe is deze, weliswaar niet fundamentele, maar wel ingrijpende, beïnvloeding nu te waarderen? Hiervoor is reeds een aantal voorbeelden gegeven van terreinen waar die beïnvloeding heeft plaatsgevonden. Men zou kunnen zeggen dat het Europese recht een aantal interessante ‘nieuwigheden’ in ons bestuursrecht heeft geïntroduceerd. Het is bijvoorbeeld de vraag of het evenredigheidsbeginsel thans een even grote rol in ons bestuursrecht zou hebben gespeeld zonder het Europese recht. Ook al

12 Meij 2009.

13 Scheltema 2006 p. 196.

14 Backes 2008b, paragraaf 2.2. Zie ook Scheltema 2005 en Scheltema 2006.

15 Zie voor details hoofdstuk VI, paragraaf 4.3 (invloed van de Aarhusrichtlijn op artikel 6:13 en 6:22 Awb), paragraaf 5.4 (invloed Aarhusrichtlijn op artikel 8:69a Awb), paragraaf 6.4 (invloed Procedurerichtlijn op de heroverweging van definitieve besluiten) en paragraaf 7.2 (invloed Procedurerichtlijn op indringendheid rechterlijke beoordeling).

16 Zo ook Widdershoven e.a. 2007a, p. 202-204; Widdershoven 2015b.

kwam in hoofdstuk IV, paragraaf 4.3, naar voren dat die rol uitgebreider zou kunnen zijn, duidelijk is wel dat de verwijzing in de wetsgeschiedenis van de Awb naar het Europese recht laat zien dat de wetgever zich althans heeft willen laten inspireren door het Unierecht. In de discussie over het gedogen is, mede dankzij het Europees recht, het accent in toenemende mate komen te liggen op de *plicht*, meer dan op de *bevoegdheid* tot handhaving (hoofdstuk V, paragraaf 3.2.5). Inspiratie van het Unierecht ziet men ook bij de erkenning door de Nederlandse rechter van de bestuurlijke verplichting om ook in louter nationale zaken bij de verdeling van schaarse vergunningen reële mededinging en transparantie te garanderen (hoofdstuk IV, paragraaf 7.4) en bij de versoepeling (ook in louter nationale zaken) van de voorwaarden om definitieve besluiten te heroverwegen (hoofdstuk VI, paragraaf 6.3.4). Daarnaast heeft het Europese recht ervoor gezorgd dat een aantal bestuursrechtelijke en staatsrechtelijke axioma's weer ter discussie is gesteld. De plicht tot toepassing van rechtstreeks werkend Unierecht heeft zijn invloed gehad op de meer algemene discussie over de doorwerking van internationaal recht binnen de Nederlandse rechtsorde (hoofdstuk III, paragraaf 3.3). De *Francoovich*- en post-*Francoovich*-jurisprudentie heeft een nieuw debat veroorzaakt over de houdbaarheid van de doctrine van formele rechtskracht en over de heel beperkte mogelijkheid van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak (hoofdstuk VII, paragraaf 4.3.2). Met andere woorden, het Unierecht kan soms als breekijzer dienst doen. Het geeft aanleiding om bepaalde regels of uitgangspunten, ook wanneer zij volstrekt vanzelfsprekend lijken, ter discussie te stellen en eventueel onderuit te halen. Daarbij is het ter discussie stellen vaak belangrijker dan het onderuithalen.

Het Europese recht heeft er blijkens bovenstaande voorbeelden mede voor gezorgd dat het rechtssysteem, meer dan al het geval was, open staat voor externe beïnvloeding. De vensters van het Nederlands bestuursrecht zijn open komen te staan en er waait een frisse wind. Het Nederlandse bestuursrecht wordt daarmee meer, maar tegelijkertijd ook minder 'provinciaal'. Meer provinciaal, omdat ook het algemeen deel van het Nederlands bestuursrecht zich afspeelt binnen een, weliswaar ruim, maar toch bepaald Europeesrechtelijk kader. Minder provinciaal, omdat de opening die het Europese recht heeft gecreëerd, een import van nieuwe gedachten over de rol, functie en inhoud van het bestuursrecht, heeft gefaciliteerd. Ook moeten bestuursorganen en rechterlijke instanties hun blikveld verruimen.

3 Een *common playground* en het bestuursrechtelijk *Ius Commune*

Zoals gezegd, een exclusieve oriëntatie op het nationale recht voldoet niet langer. Niet alleen in Nederland maar ook elders in de andere lidstaten van de Unie. Door het Unierecht hebben juristen, of het nu wetgevingsjuristen, rechters, advocaten of academici zijn, in toenemende mate te maken met regels, instellingen, rechterlijke colleges, beginselen en concepten die in wezen gemeenschappelijk zijn. In een dergelijke omgeving is ook een wisselwerking tussen nationale normen van verschillende stelsels een voorspelbare consequentie. Dit heeft een rechtsvergelijkende impuls tot gevolg, die ook zijn uitwerkingen heeft op terreinen van het recht die niet zonder meer (of nog niet) door het Europese recht worden geraakt. In de woorden van Koopmans:

'[Lawyers] are more and more sharing a common experience, they even begin to look at each other's legal systems when trying to solve legal problems, whether by legislation or by new case law.'¹⁷

17 Koopmans 1991b, p. 54.

Een belangrijk gegeven is, in deze context, dat juristen uit verschillende Europese landen dankzij het Europese recht een gemeenschappelijke *playground* hebben. De al gesignaleerde wisselwerking en wederzijdse beïnvloeding, die zich langs verschillende assen voltrekt – horizontaal (van lidstaat tot lidstaat), verticaal (van EU tot lidstaten en *vice versa*) en diagonaal (lidstaat tot lidstaat over de band van de EU) – leidt ertoe dat de rechtstelsels van de lidstaten naar elkaar toegroeien. Er ontstaat een vruchtbare bodem voor de ontwikkeling van een *Ius Commune*.¹⁸ Bij een *Ius Commune* gaat het niet om het *en detail* uniformeren van het recht, in ons geval het algemene bestuursrecht. Anders gezegd, het gaat niet om het formuleren van uniforme regeltjes, doch veeleer om het formuleren van bestaande of toekomstige gemeenschappelijke uitgangspunten, concepten en grondslagen. Deze vormen als het ware een fundament waarop de verschillende rechtstelsels kunnen ‘doorbouwen’, met inachtneming van de specifieke omstandigheden van de betrokken rechtssystemen, nationaal of Europees. Dergelijke gemeenschappelijke uitgangspunten, concepten en grondslagen maken het voor juristen eveneens makkelijker om met elkaar over het recht te communiceren. Een dergelijk juridisch integratieproces brengt met zich dat het bestuursrechtelijke debat zal ‘de-nationaliseren’. Zoals wij al een aantal malen benadrukt hebben, kunnen de deelnemers aan de discussie niet langer volstaan met een interne op het lokale recht georiënteerde visie. Het proces gaat echter verder. Het vereist ook een actieve zoektocht naar het bestaan of juist ontstaan van gemeenschappelijke concepten en grondslagen van betrokken rechtstelsels.

Bij beide processen heeft ook de wetenschap een belangrijke rol te vervullen. In dit verband is op diverse plaatsen in dit boek melding gemaakt van het academisch *Research Network on European Administrative Law (ReNEUAL)*, dat in 2014 *Model Rules on EU Administrative Law* heeft gepubliceerd.¹⁹ De *Model Rules* bestaan uit zes boeken, die gedetailleerde regels bevatten over vrijwel elk onderdeel van het algemeen bestuursrecht, met uitzondering van de rechtsbescherming, te weten *Administrative Rule Making*, *Single Case Decision Making*, *Contracts*, *Mutual Assistance* en *Administrative Information Management*. De regels voor *Single Case Decision Making* hebben aan de basis gelegen van een voorstel voor een verordening betreffende *the Administrative Procedure of the European Union’s institutions, bodies, offices and agencies*, dat in 2016 tot stand is gebracht door het Europees Parlement.²⁰ Dit voorstel bevat algemene regels voor het nemen van besluiten, zowel ambtshalve als op aanvraag.

De *Model Rules* van *ReNEUAL* en het verordeningvoorstel van het EP zullen, als zij ooit geldend recht worden, van toepassing zijn op het directe bestuur door EU-instellingen, organen en instanties. Voor dit terrein voorzien beide regelingen in een duidelijke behoefte, omdat de voor dat bestuur geldende normen voor de burger vaak moeilijk toegankelijk zijn en bovendien leemten bevatten. Beide codificaties zijn grotendeels niet van toepassing op organen van de lidstaten, ook niet als zij ‘handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht’. Een uitzondering geldt op dit punt voor de *ReNEUAL*-boeken over *mutual assistance* en *information management*, die betrekking hebben op de samenwerking tussen EU- en nationale organen en in zoverre dus ook het handelen van nationale organen zullen regelen.

Dat de codificaties voor het overige niet gelden voor organen van de lidstaten lijkt ons principieel en uit het oogpunt van het Nederlands bestuursrecht een juiste keuze.²¹ Principieel, omdat er geen noodzaak is voor een dergelijke alomvattende unificatie van het nationale bestuursrecht, ook niet

18 Zie Gerbrandy 2009, p. 61 e.v., alsmede p. 494.

19 Vergelijk www.reneual.eu. Zie hierover, Hofmann e.a. 2014; Ruffert 2016; Widdershoven 2014a; Van Ommeren & Wolswinkel 2014; Addink 2014a; alsmede de diverse bijdragen in Schueler & Widdershoven (red.) 2014.

20 Voorstel voor een Verordening ‘on the Administrative Procedure of the European Union’s institutions, bodies, offices and agencies’ (DV\1081253EN.doc).

21 Scheltema 2014; Widdershoven 2014a.

als dat wordt ingezet voor de uitvoering van het Unierecht. Die uitvoering verloopt over algemeen immers bevredigend. Voor een land als Nederland zou de toepasselijkheid van de Europese algemene regels op het nationale handelen ‘binnen de werkingsfeer’ van het Unierecht, ertoe leiden dat Nederlandse bestuursorganen binnen dit omvangrijke terrein de Europese algemene regels zouden moeten toepassen en daarbuiten de Awb. De Europese regels en de Awb verschillen qua structuur en precieze inhoud, maar zijn even gedetailleerd en beogen grotendeels de bescherming van dezelfde waarden. Die tweesporigheid heeft tot gevolg dat het Nederlandse bestuur twee gedetailleerde maar uiteenlopende sets van algemene regels zouden moeten toepassen, soms in dezelfde zaak. Denk aan de situatie dat bij een omgevingsvergunning voor wat betreft het ene onderdeel (indirect) aan Europese milieunormen wordt getoetst (dan gelden de Europese algemene regels), en voor andere aan louter nationale normen (dan geldt de Awb). Dat is onwerkbaar. Om deze problemen te voorkomen, zou de Awb natuurlijk conform de Europese algemene regels kunnen worden aangepast – een aanpassing die dan ook zou gelden in louter nationale zaken – maar dat lijkt ons een operatie waarop niemand zit te wachten.

Dit betekent niet dat de Europese algemene regels voor Nederland irrelevant zijn. In de eerste plaats is het denkbaar dat delen ervan zullen worden voorgeschreven door sectorale secundaire EU-regels. Daarvoor is veel te zeggen, omdat beide coherente codificaties een goed alternatief zijn voor de huidige (fragmentarische) harmonisatie *by bits and pieces* door middel van dergelijke regelgeving – zie hiervoor – die vooral is ingegeven door de rechtspolitieke (en soms opportunistische) wensen van de sectorale Europese wetgever, en niet door een coherente visie op het bestuursrecht. In de tweede plaats zou de Nederlandse wetgever inspiratie kunnen ontleen aan de Europese algemene regels voor een verdere uitbouw van de Awb.²² De *ReNEUAL*-regels bevatten immers onderwerpen, die in de Awb niet of nauwelijks zijn uitgewerkt terwijl daaraan wel behoefte kan bestaan, zoals de regels voor *Administrative Rule Making* en *Contracts*. Hetzelfde geldt voor de regels in het EP-verordeningssvoorstel over het bewijsrecht in de bestuurlijk fase en de intrekking van besluiten. In dat geval zouden deze Europese algemene regels als een gezaghebbende *common frame of reference* fungeren.²³ Deze *bottom-up* inspiratie zou ook bijdragen aan een verdere ontwikkeling van een *Ius Commune* in Europa. Ook een boek als dit kan daaraan een, natuurlijk bescheiden, bijdrage leveren.

22 Widdershoven 2014a; Barkhuysen 2014.

23 In die zin al Meuwese, Schuurmans & Voermans. 2009, en Jans 2010.