

## Een zaadje voor meer burgerperspectief is geplant, maar let op cultuur- en contextcheck

NTB 2021/144

Er is mij gevraagd om vanuit mijn ervaring en expertise te reflecteren op het rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht (hierna: commissie). Hoewel de commissie vier jaar de tijd had om dit indrukwekkende en inspirerende rapport op te stellen, is mij een periode van negen dagen gegund om daarop te reflecteren. Toch grijp ik graag deze mogelijkheid aan. Het scheelt daarbij dat ik als advocaat in feite dagelijks reflecteer op de Awb en de toepassing van het Europese recht, zij het op een beperkt aantal onderwerpen: milieurecht, bouwrecht, waterrecht en mededingingsrecht. Binnen deze onderwerpen focus ik mij op toezicht en handhaving. Vanuit dat perspectief zal ik dan ook voornamelijk reflecteren.

Om te beginnen bij het begin: het startpunt van het rapport lijkt mij goed. Er komt voorlopig geen Europese Awb en dit is ook niet wenselijk.<sup>2</sup> Het herbeziën van de Nederlandse regels, met daarbij de Europese ontwikkelingen als voornaamste inspiratiebron, kan echter nooit kwaad. Een deel van de aanbevelingen ziet hier ook op; waar ik mij goed in kan vinden. Ter illustratie:

- *Het verdient om redenen van rechtseenheid en ter voorkoming van omgekeerde discriminatie aanbeveling dat de wetgever en rechter EU-concepten die een aanwinst zijn voor het Nederlandse bestuursrecht, vrijwillig voorschrijven of toepassen in louter nationale situaties. Een goede kandidaat voor vrijwillige adoptie is het Europese evenredigheidsbeginsel (paragrafen 2.2 en 2.5).*
- *De wisselwerking tussen rechtsbeginselen op nationaal en Unierechtelijk niveau dient te worden bevorderd (paragraaf 3.3).*
- *Omdat de Europeanisering van het algemeen bestuursrecht inmiddels vaak plaatsvindt door middel van sectorale EU-regelgeving op zeer omvangrijke terreinen, zoals de Dienstenrichtlijn en de Aarhus-regels, dienen de Awb-wetgever (en de ambtelijke verantwoordelijken) en de beoefenaren van het algemeen bestuursrecht de totstandkoming van die regelgeving kritisch te volgen en, zo mogelijk, te beïnvloeden (paragrafen 3.5 en 3.6).*

De aandacht voor het Europese recht en de wisselwerking met het Nederlandse recht is een onderwerp dat niet vaak genoeg kan worden benadrukt – dit merk ik ook in mijn praktijk. Ik kan mij dus goed vinden in deze aanbevelingen,

maar zou willen stellen dat indien de Awb kritisch wordt geëvalueerd het aantal inspiratiebronnen kan worden uitgebreid. Naast de Europese inspiratiebronnen waar deze studie zich op heeft gericht, kan bijvoorbeeld ook inspiratie worden gezocht binnen andere lidstaten en binnen de meer bijzondere rechtsgebieden uit ons eigen rechtssysteem.<sup>3</sup> De commissie refereert zelf ook aan dit laatste voor de aanbevolen verzegelingsbevoegdheid (paragraaf 6.7.2.4). Zoals de commissie aangeeft op pagina 162 van haar rapport, wordt deze bevoegdheid sinds jaar en dag al toegepast in mededingingsrechtelijke onderzoeken en sinds de oprichting van de ACM ook voor andere toezichtsgebieden van de ACM. De inspiratiebronnen hoeven kortom – bij ingrijpende wijziging van de Awb – niet te worden beperkt tot EU-concepten.

Zoals benoemd in het rapport kunnen de EU-concepten die een aanwinst zijn voor het Nederlandse bestuursrecht door middel van vrijwillige adoptie worden overgenomen in het Nederlandse stelsel. Daarbij moet worden gewaakt voor de vanzelfsprekende aanname dat bij de adoptie van deze EU-concepten op nationaal niveau deze op dezelfde wijze zullen worden toegepast en hetzelfde effect zullen hebben als op EU-niveau. Het rapport lijkt hier (gedeeltelijk) aan voorbij te gaan. Zo doet de commissie diverse aanbevelingen voor de invoering van procedures, instrumenten en beginselen met de gedachte dat deze EU-concepten zullen functioneren binnen de Nederlandse context zoals deze functioneren op EU-niveau. Maar is dat terecht?

Een element dat bij een 'naïeve' toepassing van een *legal transplant* over het hoofd kan worden gezien, is dat een concept niet op zichzelf staat en dat het functioneren en het effect daarvan wordt beïnvloed door vele factoren, zoals de context waarbinnen het opereert en de rechtscultuur.<sup>4</sup> De introductie van een concept binnen rechtsorde A

<sup>1</sup> Annalies Outhuijse is advocaat bij Stibbe binnen de praktijkgroep bestuursrecht. Hiervoor heeft zij een proefschrift geschreven op het gebied van het mededingingstoezicht bij de Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>2</sup> Zie pagina 11 van het rapport.

<sup>3</sup> De commissie heeft twee voorstellen voor een Europese Awb (de *Model Rules on EU Administrative Procedures* van het academische netwerk ReNEUAL en het voorstel voor een *Regulation on the Administrative Procedures of the European Union's institutions bodies, offices and agencies* van het Europese Parlement) als vertrekpunt genomen voor haar analyse.

<sup>4</sup> De term *legal transplants* komt van Alan Watson. Zie A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press 1974. In het algemeen bestaat er veel discussie over onder welke voorwaarden een *legal transplant* succesvol kan zijn en zelfs over de mogelijkheid van *legal transplants*. Zie o.a. A. Watson, *Law in Books, Law in Action and Society*, University of Georgia School of Law 2006; S. Zongling, 'Legal transplant and Comparative Law', *Revue Internationale de Droit Comparé* 1996-4, p. 853-857; P. Legrand, 'The Impossibility of "Legal Transplants"', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997-2, p. 111-124. Daarnaast bestaan er diverse methodes voor de toepassing van een *legal transplant*. Context kan worden gedefinieerd als de omgevingscondities die invloed hebben op de uitkomst of een concept werkt en onder welke omstandigheden.

en rechtsorde B kan tot tegenovergestelde effecten leiden.<sup>5</sup> In het mededingingsrecht – het rechtsgebied dat bij uitstek een Europees rechtsgebied is en een goed voorbeeld vormt van vrijwillige adoptie zoals ook wordt benoemd in het rapport – zijn diverse voorbeelden hiervan zichtbaar.<sup>6</sup> Ik noem er één. In het kartelrecht worden veel procedures gestart door middel van de clementieprocedure. Dit houdt in dat één van de karteldeelnemers zelf het kartel bij de mededingingsautoriteit meldt in ruil voor een boetekorting of een volledige kwijtschelding van de boete.<sup>7</sup> De introductie van de procedure op het Europese niveau was een enorm succes: veel kartels werden gemeld en de Europese Commissie werd overladen met zaken. Dezelfde uitkomst was zichtbaar in andere landen, zoals het Verenigd Koninkrijk waar bijna elke zaak begint met een clementieverzoek.<sup>8</sup> Het instrument is inmiddels vrijwillig ingevoerd in de Europese lidstaten, maar niet overal met dezelfde effecten. In Bulgarije is de procedure in 2009 ingevoerd, maar tot op heden heeft geen enkele onderneming ooit een aanvraag ingediend voor clementie.<sup>9</sup> Als voornaamste reden wordt genoemd dat de ondernemingen geen vertrouwen hebben in wat de mededingingsautoriteit met de informatie zal doen en of de afspraken zullen worden nagekomen.<sup>10</sup> Hoewel dit een extreem voorbeeld lijkt, illustreert het goed hoe het functioneren van een procedure afhankelijk is van de context en rechtscultuur waarbinnen het opereert.<sup>11</sup> Bij de vraag of een concept al dan niet moet worden geadopteerd zal dus altijd een cultuur- en contextcheck moeten worden gedaan.

Verschillen in het functioneren van een concept hoeven niet enkel te bestaan tussen landen, maar kunnen zich ook binnen één land voordoen. Naast context en rechtscultuur is de mens immers een belangrijke beïnvloedende factor voor het functioneren van een concept.<sup>12</sup> De uitwerking van een concept kan afhankelijk zijn van een groep individuen en soms zelfs van een enkel individu. Uit diverse empirische data volgt dat binnen Nederland door vergelijkbare overheidsorganen dezelfde concepten voor dezelfde norm anders worden toegepast. Ik herken dit uit mijn eigen promotieonderzoek, maar verwijs ook graag naar het onderzoek van Paulien de Winter op het gebied van het sociale zekerheidsrecht en het onderzoek van Marc Wever op het gebied van de bezwaarprocedure.<sup>13</sup> Ook het WODC-onderzoek over de schorsende werking bij de bestuurlijke boete biedt een mooi voorbeeld.<sup>14</sup> Dit onderzoek laat ten eerste zien dat ambtenaren niet altijd de Awb volgen en zonder probleem een schorsende werking toepassen in bezwaar- en beroepsprocedures, ondanks artikel 6:16 Awb. Bovendien laat het onderzoek zien dat de keuze daartoe meermaals gebaseerd was op informeel beleid en in de handen lag van een groep van ambtenaren of zelfs een individuele ambtenaar.

Terugkomend op het rapport, de gedachte dat een concept een universele uitwerking heeft – los van context en toepassing door het individu – is een gedachte die ik ook gedeeltelijk proef in de aanbevelingen van de commissie. Hier vraag ik dan ook aandacht voor. Aanvullend mis ik in het rapport voldoende aandacht voor een empirische bestudering. Zo wordt vrij gemakkelijk gesteld dat bij complexe besluiten de besluitvormingsprocedure moet worden verstevigd en de bezwaarprocedure in deze gevallen kan worden afgeschaft. De versteviging houdt in dat de normadressaat in de gelegenheid wordt gesteld om een zienswijze te geven op het te nemen besluit. Kortom, een procedure die sterk zal lijken op de al in afdeling 5.4.2 Awb geregelde zware boeteprocedure (zie in het bijzonder artikel 5:53 Awb). De bezwaarprocedure kan worden overgeslagen na deze voorbereidingsprocedure, omdat dit slechts een herhaling van zetten zou zijn, aldus de commissie. Een verwijzing naar de empirische

5 Zie hierover in het bijzonder Pierre Legrand die kortgezegd stelt dat *legal transplants* hiertoe kunnen leiden en sterker nog, daadwerkelijke *legal transplants* in feite onmogelijk zijn. Zie noot 4 en ook P. Legrand, 'European legal systems are not converging', *International and Comparative Quarterly* 1996-1, p. 52-81. Zie ook J. Smits, 'On successful legal transplants in a future *Ius Commune Europaeum*', in: E. Özüncü & A. Harding (red.), *Summary Comparative Law in the 21st century*, Kluwer Law international 2002.

6 Zie pagina 21 van het rapport. Zoals eerder beschreven, er vindt binnen het mededingingsrecht een verschuiving plaats van vrijwillige adoptie naar verplicht voorgeschreven concepten, zoals een minimum aan onderzoeks- en sanctioneringsbevoegdheden als gevolg van de ECN+-richtlijn. Zie hierover A. Outhuijse, 'Top-down en bottom-up bevraging van de Awb in het handhavingsrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 469-478. Deze ontwikkeling is overigens ook zichtbaar binnen andere rechtsgebieden, zoals het financieel toezichtsrecht als gevolg van de MiFID-richtlijn.

7 De hoogte van de korting is afhankelijk van hoe snel een bedrijf zich meldt en hoe bruikbaar de informatie is.

8 A. Outhuijse, 'Effective public enforcement of cartels: Rates of challenged and annulled cartel fines in ten European Member States', *World Competition* 2019-2, p. 1-34.

9 Ibid.

10 Ook binnen Nederland moet de rol van vertrouwen niet worden onderschat. Zie H.D. Tolsma & P. de Winter (red.), *De wisselwerking tussen recht en vertrouwen bij toezicht en handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2017. Als voorbeeld: in deze bundel presenteren Willem Bantema en Heleen Weyers een positief verband tussen vertrouwen enerzijds en de motivatie van individuen om zich aan de regels te houden anderzijds.

11 De studies van Friedman zijn bijzonder interessant over de rol van rechtscultuur. Volgens Friedman is de rechtscultuur bepalend: "So defined, it is the legal culture which determines when, why, and where people use law, legal institutions, or legal process; and when they use other institutions, or do nothing. In other words, cultural factors are an essential ingredient in turning a static structure and a static collection of norms into a body of living law." Zie L.M. Friedman, *Law and Society: An Introduction*, Prentice-Hall 1977, p. 168.

12 Zie hierover bijvoorbeeld E. Niemeijer & C.M. Klein Haarhuis, 'Wet- en regelgeving', in: C. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 40 en in het bijzonder de verwijzing naar Nas e.a., *Interventies in uitvoering*, Den Haag: WODC 2011. Ook binnen één rechtsorde is de invloed van omgevingscondities op het functioneren van een concept erkend. Zie hierover C.M. Klein Haarhuis & E. Niemeijer, *Wet en werkelijkheid: Bevindingen uit evaluatie van wetten*, Den Haag: WODC 2008.

13 A. Outhuijse, 'The effective public enforcement of the prohibition of anti-competitive agreements: Which factors influence the high percentage of annulments of Dutch cartel fines?', *Journal of Antitrust Enforcement* 2020-8, p. 124-164; P. de Winter, *Tussen de regels: een rechtssociologische studie naar handhaving in de sociale zekerheid*, Groningen (dissertatie) 2019; M. Wever, 'Professionele rechtshulpverleners en geschiloplossing in bestuursrechtelijke bezwaarprocedures', *NJB* 2020/2727, p. 3058-3066; M. Wever, 'Bezwaarbehandeling door de overheid anno 2016: Vooral vernieuwing op papier?', *NJB* 2016/44, p. 3238-3246; M. Wever, 'De Awb bezwaarprocedure: gebruik, inrichting en functioneren vanuit empirisch perspectief', in: C. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 471-496.

14 H.E. Broring e.a., *Schorsende werking van rechtsmiddelen bij bestuurlijke boetes*, Den Haag: WODC 2020.

bestudering van de zaken waarbij deze procedure reeds wordt doorlopen, ontbreekt echter. Zo is voor kartelboetes, waarbij de zware boeteprocEDURE van paragraaf 5.4.2 Awb wordt gevolgd, in empirisch onderzoek vastgesteld dat de bezwaarprocedure toch voldoende voordelen heeft voor alle procespartijen en niet slechts een herhaling van zetten is.<sup>15</sup> Daarnaast leidt deze aanbeveling bij mij tot de vraag: waarom volledige afschaffing? Waarom geen verkenning van een alternatief, bijvoorbeeld een facultatieve procedure, waarbij het uitgangspunt is dat de bezwaarprocedure wordt overgeslagen tenzij de bezwaarmaker hier gemotiveerd om vraagt?<sup>16</sup>

Ik kan mij echter goed voorstellen dat de commissie zichzelf slechts tot doel heeft gesteld dat de lezers worden geprikkeld tot nadenken en het openen van een bredere discussie. Zoals uit de vorige alinea blijkt – zeker bij de mensen die mij persoonlijk kennen – heeft de commissie bij in ieder geval één persoon haar doel al bereikt. Ik kan mij ook voorstellen dat de commissie haar analyse slechts als een eerste opstap ziet, waarbij voor de daadwerkelijke invoering van de individuele aanbevelingen nog separate en uitgebreide analyses zullen worden gemaakt. Het is dan raadzaam om vorenstaande mee te nemen.

Kort en goed doe ik in deze reactie een oproep om niet alleen te bezien wat de krachten van de EU-concepten en zwaktes van bepaalde Awb-concepten zijn, maar tevens oog te hebben voor de voorwaarden waaronder deze krachten en zwaktes zichzelf presenteren. De volgende vragen moeten daarbij in ieder geval aan de orde komen:<sup>17</sup>

- Wat zijn de zwaktes van de Awb-concepten?
- Zijn deze zwaktes altijd zichtbaar of zijn er factoren die in een bepaalde context deze zwaktes triggeren en het functioneren van de concepten belemmeren?
- Wat zijn de krachten van de EU-concepten?
- Wat zijn de randvoorwaarden waaronder deze krachten tot hun recht komen?

Voor deze analyse van de concepten en daaropvolgende aanbevelingen moet eerst helder worden gemaakt welke doelen moeten worden behaald met het goed functioneren

15 A. Outhuijse, 'The effective public enforcement of the cartel prohibition: perceptions on the functioning of the objection procedure and the reality', *Recht der Werkelijkheid*, 2018-3, p. 38-58; J.H. Jans & A. Outhuijse, 'Advisory Objection Procedures in the Netherlands. A Case Study on its Usefulness in Dutch Competition Law', in: S. Comtois & K.J. de Graaf (red.), *On Judicial and Quasi-judicial independence*, Den Haag: Eleven Publishing 2013, p. 179-194.

16 Dit alternatief is in feite het omgekeerde van de regeling van rechtstreeks beroep ex artikel 7:1a Awb. Zie ibid en ook G.P. Roth, 'Bezwaar maken bij de AFM en DNB', *Ondernemingsrecht* 2018, p. 142-150. Het opwerpen van deze suggestie is bedoeld als oproep aan de commissie om de alternatieven te bezien. De suggestie is ook enkel gericht op handhavingszaken. Het onderzoek kan worden uitgebreid naar procedures waarbij momenteel afdeling 3.4 Awb wordt gevolgd. Vooralsnog lijkt een extra bezwaarprocedure daar gelet op de vele betrokken partijen en hun belangen niet direct wenselijk.

17 Dit is geen uitputtende opsomming van de te stellen vragen. Zo mag de vraag naar de alternatieven ook niet ontbreken.

van een concept.<sup>18</sup> Mooier nog zou zijn indien inzichtelijk wordt gemaakt welke waarden moeten worden nageleefd. Voor dit laatste biedt het rapport voldoende input, zie onder meer de volgende aanbevelingen:

- *Het recht op goed bestuur dient expliciet in de Grondwet te worden opgenomen (paragrafen 3.5 en 3.7).*
- *Het verdient aanbeveling om in lijn met de Unierechtelijke ontwikkelingen en een grondwettelijke erkenning van het recht op goed bestuur hoofdstuk 2 van de Awb normatief te versterken. Hier dienen – onverminderd alle andere (nadere) wettelijke uitwerkingen van genoemd recht – de algemene rechten van burgers in relatie tot het bestuur een plaats te krijgen. Te denken valt aan de erkenning van (paragrafen 3.4 en 3.7):*
  - *een recht op een integer en transparant bestuur;*
  - *een recht op een participatief en responsief bestuur;*
  - *een recht op een dienstbaar bestuur;*
  - *een recht op een begrijpelijk en benaderbaar bestuur.*

Het bovenstaande is overigens geen eenvoudige exercitie, maar kan voorkomen dat er een concept wordt ingevoerd met ongewilde – maar niet geheel onverwachte – effecten.<sup>19</sup> Een mooie taak voor een opvolgende commissie. Vanuit mijn achtergrond wijs ik nog op een aantal aanbevelingen die wat mij betreft in ieder geval verder mogen worden verkend:

- *De Awb moet voorzien in de aanwijzing van een zaaksambtenaar (paragrafen 6.4.2 en 6.6.2). Deze is een persoonlijk aanspreekpunt voor de burger, verleent bijstand indien noodzakelijk, bewaakt de voortgang van de procedure en naleving van de procedurele rechten en is bijvoorbeeld ook verantwoordelijk voor de inhoud van het dossier.*
- *De Europese voorstellen bieden inspiratie voor een Awb-hoofdstuk over bewijs in de bestuurlijke fase. Onderwerpen die daarin een plek zouden kunnen krijgen, zijn: de burgerplicht om medewerking te verlenen bij de feitenvergaring (paragraaf 6.5.2.3); de opinion over de aan te leveren gegevens (paragraaf 6.5.2.4), getuigen en deskundigen als bewijsmiddel (paragraaf 6.8.2) en de bewijsuitsluiting bij schending van het zwijgrecht (paragraaf 6.8.3).*
- *De Awb moet voorzien in de mogelijkheid van een collectieve vertegenwoordiger bij massaprocedures (paragraaf 6.4.3).*
- *In de Awb moet een regeling worden opgenomen voor zinloze aanvragen en voor aanvragen die kunnen worden aangemerkt als misbruik van recht (paragraaf 6.4.4).*

18 Zie hierover H.B. Winter, *Evaluatie in het wetgevingsforum: Een onderzoek naar de relatie tussen evaluatie en kwaliteit van wetgeving*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 1996; Niemeijer en Klein Haarhuis 2020, p. 33, 38 en 41.

19 Zoals door Bert Niemeijer en Carolien Klein Haarhuis beschreven is een wetevaluatie, zowel de *ex ante* als *ex post* analyse, maatwerk en een intensief proces. Zie Niemeijer en Klein Haarhuis 2020, p. 23-63.

Al met al, een zeer inspirerend rapport met voldoende stof tot nadenken. De commissie heeft een mooi zaadje geplant en nu kunnen we kijken of en hoe dit gaat groeien. Voor veel rapportages geldt dat deze in een la komen te liggen, maar dit is hopelijk voor dit rapport niet het geval. De toekomst van het rapport hangt af van diverse *stakeholders* – beroepsbeoefenaren (academici en praktijkjuristen), en daarbij in het bijzonder de wetgevingsjuristen, de politiek en de samenleving. Ik zie binnen deze groepen een potentiële positieve en een potentiële negatieve factor. De positieve factor is dat naar mijn gevoel de wereld van het recht openstaat voor deze ideeën, zeker na ontwikkelingen zoals de kinderopvangtoeslagaffaire waardoor ideeën zoals een dienstbare overheid, transparantie en evenredige handhaving kunnen prevaleren.<sup>20</sup> Dit is tegelijkertijd een beantwoording van de probleemstelling van het rapport:<sup>21</sup>

- *Hoe staan beoefenaren van het Nederlandse algemeen bestuursrecht tegenover de mogelijke verdere Europeanisering ervan door een Europese Awb?*

Een groep *stakeholders* die potentieel minder openstaat voor verdere Europeanisering is de huidige politieke samenstelling, met daarin partijen met grote weerstand richting Europa. Het toch succesvol doorvoeren kan echter een kwestie van *framing* zijn. Het presenteren van het idee als een verschuiving van een bestuurlijk perspectief naar een burgerperspectief in plaats van een verdere Europeanisering.<sup>22</sup> Wellicht loop ik nu voor de troepen uit. Het zaadje is in ieder geval geplant. We zullen zien wat de toekomst brengt.

20 Voor dit onderwerp kan naar veel literatuur worden verwezen. Ik beperk mij tot een greep uit de meest recente literatuur. Zie de bijdragen uit het recente themanummer van *NTB* over de toelagenaffaire (*NTB* 2021, nr. 3); A. Brenninkmeijer, "De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden" als 'verschrikkelijk ongeluk'. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur', *NJB* 2021/2; J. van den Brink & R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard', *NJB* 2021/353; M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter', *NTB* 2020/73. De genoemde ideeën zijn echter niet nieuw. Zie voor de dienstbare overheid bijvoorbeeld M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 20-22. Andere auteurs, zoals Leo Damen en Raymond Schlössels, hebben hiertoe ook reeds een oproep gedaan in diverse publicaties.

21 Zie pagina 23 van het rapport.

22 Zie p. 12, 19, 79-81 van het rapport over het bestuurlijk perspectief versus burgerperspectief.