

Naar een Europese Awb(?)

Enkele opmerkingen over het slaan van piketpaaltjes, rechterlijke dialoog en harmonisatie via de achterdeur

J.H. Jans*

I Inleiding

'Naar een Europese Awb' was de titel die de redactie suggereerde voor mijn bijdrage aan deze bundel. Het is niet gemakkelijk om in een paar woorden de essentie van de Algemene wet bestuursrecht samen te vatten. Heel bondig geformuleerd kan de Awb wellicht gekarakteriseerd worden als een (poging tot) codificatie van het 'algemeen deel' van het Nederlands bestuursrecht.

Wat de redactie precies voor ogen stond met een 'Europese Awb' is nog minder gemakkelijk te duiden: gaat het om een codificatie van het algemeen deel van het Europese bestuursrecht? En wat moet dan wel onder dat 'Europese bestuursrecht' worden verstaan?¹ Hierbij zou gedacht kunnen worden aan het 'interne' Europese bestuursrecht. Het recht dat de bestuursrechtelijke relaties beheerst tussen de Unie-instellingen en hun rechtssubjecten. Gedacht kan dan worden aan de eisen die het Unie-recht stelt aan het optreden van de Commissie bij subsidiebesluiten op grond van de Europese structuurfondsen, of bij *landmark* beslissingen in het mededingingsrecht, etc. Over dit *interne* Europese bestuursrecht wil ik het thans niet hebben. De publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen de Europese instellingen en de Europese burger vallen buiten het bestek van deze bijdrage.

* Prof. mr. J.H. Jans is hoogleraar bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij dankt G.J. Harry van voor zijn assistentie bij de voorbereiding van dit artikel.

1 Boeken en artikelen met 'Europees bestuursrecht' o.i.d. in de titel gaan dan ook slechts zelden over het zelfde verschijnsel. Zie bijvoorbeeld A. Meuwese, Y. Schuurmans & W. Voermans, 'Towards a European Administrative Procedure Act', *Review of European administrative law* 2009, p. 3-35; H.C.H. Hofmann, 'Seven Challenges for EU Administrative Law', *Review of European administrative law* 2009, p. 37-59; M.P. Chiti, 'Forms of European Administrative Action', *Law and Contemporary Problems* 2004, p. 37-60; J.-B. Auby & J. Dutheil de la Rochere (eds.), *Droit Administratif Européen*, Bruxelles: Bruylant 2007; M.P. Chiti & G. Greco (eds.), *Trattato di diritto amministrativo comunitario* Vol. I, II, Milano: Giuffrè 2007; P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006; H.C.H. Hofmann & A. Türk (eds.), *EU Administrative Governance*, Cheltenham: Elgar Publishing 2006; E. Schmidt-Assmann & B. Schöndorf-Haubold (eds.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Tübingen: Mohr 2005 en natuurlijk J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002 en de Engelse versie *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Waar ga ik het nog meer niet over hebben. De lezer van deze bundel zal genoegzaam bekend zijn met het feit, dat een groot deel van het *materiële* bestuursrecht, zoals o.a. het milieurecht, het agrarisch recht, het vreemdelingenrecht, het vervoersrecht en het economisch bestuursrecht, van Europese origine is. Dit materiële recht, veelal vervat in Unie-richtlijnen, is omgezet in nationale wetgeving en wordt toegepast door onze eigen bestuursorganen. Op zichzelf is het denkbaar dat zowel *binnen* de zojuist genoemde rechtsgebieden, als *daartussen* gemeenschappelijke karaktertrekken te ontwaren zijn, die voor codificatie in aanmerking komen. Deze vorm, wat ik zou willen aanduiden, als *interne harmonisatie*² van *materieel*-bestuursrechtelijke normen, laat ik hier onbesproken.

Waar ga ik het dan wel over hebben? De lezer dezes weet eveneens dat het aldus geharmoniseerde materiële bestuursrecht wordt toegepast en gehandhaafd door nationale bestuursorganen. De lidstaten hebben in beginsel zelf de bevoegdheid (en verantwoordelijkheid) om de toepasselijke procedures en de inrichting daarvan te bepalen. Het uitgangspunt bij de toepassing van dit van origine Europese recht door Nederlandse bestuursorganen is dat deze toepassing geschiedt op de voet en onder de voorwaarden van het nationale (dus Nederlandse) recht. Met andere woorden, het Europese recht bemoeit zich in beginsel niet met de wijze waarop het Europese recht in de Nederlandse rechtsorde wordt toegepast. Dit uitgangspunt staat in het Europese recht bekend als het beginsel van procedurele autonomie. 'In beginsel' is er procedurele autonomie, maar er zijn wel uitzonderingen. Procedurele autonomie, als uitdrukking van het subsidiariteitsbeginsel, impliceert immers een zekere mate van verscheidenheid in de wijze van toepassing van het materiële Europese recht in de lidstaten van de Europese Unie.³ Wanneer deze verschillen door de Europese wetgever te groot worden geacht, kan deze beslissen om wetgevend op te treden en de nationale wetgeving op dit punt te harmoniseren. In die gevallen wordt dus niet enkel het toe te passen materiële recht geharmoniseerd, maar ook de wijze waarop dit in de lidstaten moet worden toegepast.

Tegen deze achtergrond wil ik enkele opmerkingen maken over de noodzaak tot harmonisatie van niet-materieel bestuursrecht, welke vorm die harmonisatie zou moeten hebben en welke actoren hier de hoofdrol zouden moeten vervullen.

2 Is er behoefte aan (algemene) harmonisatie van niet-materieel nationaal bestuursrecht?

Als mede-auteur van *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* heb ik reeds stelling genomen in het debat over de wenselijkheid van harmonisatie van het formele

2 Met *interne harmonisatie* doel ik op het volgende, en dat moet worden onderscheiden van 'gewone' harmonisatie. Het gaat bij *interne harmonisatie* niet om het op elkaar afstemmen van nationale wetgeving van de lidstaten door middel van richtlijnen en/of verordeningen, maar om het onderling op elkaar afstemmen van (i.c. bepalingen van) Unie-wetgeving. Zie J.H. Jans & M. de Jong, 'Interne harmonisatie van rechtsbeschermingsclausules in het secundaire gemeenschapsrecht', *Regelmaat* 1999, p. 73-83.

3 Zie voor kritiek op deze procedurele autonomie: de Nijmeegse oratie van Anne-Marie van den Bossche, *Europees recht in de kering: over winterbedding, potpolder en schorre*, Antwerpen: Kluwer 2001.

nationale bestuursrecht.⁴ Mijn gedachten hebben zich de afgelopen jaren niet wezenlijk veranderd. Naar mijn mening is het belangrijk om in te zien dat de invloed van het Europees recht op het algemeen deel van het Nederlands bestuursrecht een fundamenteel ander karakter heeft dan de beïnvloeding van de functionele en materiële, met name sociaal-economische, delen van het bestuursrecht.

De invloed 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 Unie-recht op functionele terreinen ten uitvoer te leggen. Met andere woorden, de beïnvloeding van het algemeen deel van nationaal bestuursrecht door het Unie-recht 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 Unie-recht. Naar mijn 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 Unie-recht noodzakelijk is. Immers, een algemene bevoegdheid tot harmonisatie van het nationale bestuursrecht is in de Verdragen, ook niet in de artikelen 197 en/of 352 Werkingsverdrag, nog steeds niet gegeven.

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 Unie-recht te garanderen) en anderzijds het belang om niet nodeloos inbreuk te maken op een nationaal rechtssysteem (het perspectief van de institutionele c.q. procedurele nationale autonomie).

Dit betekent echter niet dat er in het geheel geen harmonisatie van bestuursrecht plaatsvindt door de Europese wetgever. Die harmonisatie is er wel, maar is verbrokken en fragmentarisch van karakter.

3 Harmonisatie by bits and pieces

Aan de andere kant hebben o.a. Barkhuysen en Scheltema gewezen op het belang van rechtseenheid.⁵ 'Zonder rechtseenheid geen gelijkheid van rechtstoepassing en voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken', aldus Scheltema. Dat geldt natuurlijk ook voor het bestuursrecht.

4 J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002. Zie met name hoofdstuk 9 van deze tweede druk uit 2002. Een derde druk is in voorbereiding.

5 Zie o.a. de Utrechtse oratie van Scheltema bij de aanvaarding van de Wiarda-leerstoel, M. Scheltema, *Het recht van de toekomst: de gevolgen van de internationalisering van het recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 6-8 en de oratie van Barkhuysen in Leiden, T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2006, p. 31 e.v.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat daar waar de divergentie in het formele bestuursrecht, naar het rechtspolitieke oordeel van de Europese wetgever, te zeer uiteen loopt, zij optreedt. Dit optreden is echter niet algemeen, maar fragmentarisch van karakter. Harmonisatie van algemene leerstukken van nationaal bestuursrecht heeft dan ook, om een beeldspraak van Curtin te gebruiken, het karakter van harmonisatie *by bits and pieces*.⁶ De Europese wetgevingspraktijk weerspiegelt zich in deze beeldspraak. Voorbeelden zijn te vinden in het aanbestedingsrecht, het telecomrecht, het douanerecht en het milieurecht. Aan de hand van een enkel voorbeeld wil ik proberen een aantal gedachten te ontwikkelen over de aard en wenselijkheid van harmonisatie van algemeen bestuursrechtelijke leerstukken.

Het voorbeeld betreft Richtlijn 2003/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 tot voorziening in inspraak van het publiek in de opstelling van bepaalde plannen en programma's betreffende het milieu en, met betrekking tot inspraak van het publiek en toegang tot de rechter, tot wijziging van de Richtlijnen 85/337/EEG en 96/61/EG van de Raad, de zogenoemde Aarhus-implementatierichtlijn.⁷ Die richtlijn heeft ten doel bij te dragen tot de uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit het Verdrag van de VN/ECE betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden (het Verdrag van Aarhus), o.a. door de inspraakprocedures te verbeteren en bepalingen betreffende toegang tot de rechter op te nemen. Deze richtlijn wijzigt o.a. de zogenoemde IPPC-richtlijn, waar de volgende bepaling wordt opgenomen:

'Artikel 15 bis (Toegang tot de rechter)

De lidstaten zorgen ervoor dat, in overeenstemming met het toepasselijke nationale rechtsstelsel, leden van het betrokken publiek die:

- a) een voldoende belang hebben, dan wel
- b) stellen dat inbreuk is gemaakt op een recht, wanneer het bestuursprocesrecht van een lidstaat dit als voorwaarde stelt,

in beroep kunnen gaan bij een rechtbank of een ander bij wet ingesteld onafhankelijk en onpartijdig orgaan om de materiële of formele rechtmatigheid van enig besluit, handelen of nalaten vallend onder de bepalingen betreffende de inspraak van het publiek van deze richtlijn aan te vechten.

De lidstaten bepalen in welk stadium de besluiten, handelingen of nalatigheden kunnen worden aangevochten.

Wat een voldoende belang dan wel een inbreuk op een recht vormt, wordt bepaald door de lidstaten in het licht van de doelstelling om het publiek een ruime toegang tot de rechter te verlenen. Te dien einde wordt het belang van een niet-gouvernementele

6 D. Curtin, 'The Constitutional Structure of the Union: a Europe of Bits and Pieces', *Common Market Law Review* 1993, p. 17-69.

7 Pb. 2003 L 156/17.

organisatie die voldoet aan de vereisten van artikel 2, punt 14, geacht te voldoen aan punt a) van dit artikel. Tevens worden die organisaties geacht rechten te hebben waarop inbreuk kan worden gemaakt in de zin van punt b) van dit artikel.

De bepalingen van dit artikel sluiten een toetsingsprocedure in eerste instantie bij een bestuursrechtelijke instantie niet uit en doen niet af aan de eis dat de bestuursrechtelijke toetsingsprocedures doorlopen moeten zijn alvorens beroep bij een rechterlijke instantie kan worden ingesteld, wanneer die eis bestaat naar nationaal recht.

Een dergelijke procedure moet eerlijk, billijk en snel zijn en mag niet buitensporig kostbaar zijn.

Ter verhoging van de effectiviteit van het bepaalde in dit artikel dragen de lidstaten er zorg voor dat het publiek praktische informatie wordt verstrekt over toegang tot beroepsprocedures bij bestuursrechtelijke en rechterlijke instanties.’

Uit onderzoek⁸ is gebleken dat in de Europese Unie het vraagstuk van toegang tot de rechter tegen overheidsbeslissingen in het milieurecht aanmerkelijke verschillen toont:

- verschillen in beroepstermijnen;
- verschillen in de ontvankelijkheid van derde-belanghebbenden, in het bijzonder betreffende de positie van milieu-organisaties;
- verschillen in de duur van de procedure;
- verschillen in rechterlijke toetsingsintensiteit;
- verschillen in kosten, etc. etc.

Het bovenstaande voorbeeld uit de Aarhus-implementatierichtlijn maakt een aantal zaken duidelijk. In de eerste plaats illustreert deze bepaling het respect van de Unie voor de procedurele autonomie van de lidstaten. Dit respect reflecteert zich o.a. in de zinsnede ‘in overeenstemming met het toepasselijke nationale rechtstelsel’ uit de aanhef van de bepaling. In de tweede plaats leert het ons iets over de aard, het karakter van harmonisatie. De Aarhus-implementatierichtlijn heeft betrekking op een aantal bestuursrechtelijke leerstukken:

- de toegang tot de rechter tegen besluiten (vgl. art. 8:2 Awb);
- het belanghebbende-begrip, zowel in algemene zin (vgl. art. 1:2, eerste lid, Awb) als dat van algemeen-belang organisatie (art. 1:2, derde lid, Awb) en mogelijk zelfs van bestuursorganen (art. 1:2, tweede lid, Awb);
- de aard van de toetsing door de rechter (formele en materiele rechtmatigheid);
- relatie met bezwaar- en administratief beroepsprocedures;
- finale geschilbeslechting (een dergelijke procedure moet [...] snel zijn);
- kostenveroordeling (een dergelijke procedure [...] mag niet buitensporig kostbaar zijn);
- *Rechtsmittelbelehrung* (vgl. art. 3:45 Awb).

8 Zie bijvoorbeeld *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs; Empirical Findings and Legal Appraisal*, Nicolas de Sadeleer, Gerhard Roller & Miriam Dross (eds.). Groningen: Europa Law Publishing 2005, The Avosetta Series (6).

Met andere woorden, de Aarhus-implementatierichtlijn verplicht de lidstaten tot harmonisatie van hun bestuursprocesrecht op een flink aantal niet onbelangrijke aspecten. De wijze waarop dit geschiedt in de richtlijn verschilt echter wezenlijk van de wijze waarop wij in de Awb met deze aspecten zijn omgegaan.

In de Aarhus-implementatierichtlijn 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 richtlijn wordt dus geen Europese 'artikel 1:2 Awb-achtige' definitie van het belanghebbende-begrip neergelegd, die 'ons'⁹ art. 1:2 Awb gaat vervangen. De bepaling over kosten (een dergelijke procedure [...] mag niet buitensporig kostbaar zijn) is ook illustratief voor de wijze waarop de Unie zich met het nationale bestuursrecht bemoeit en in de toekomst zal gaan bemoeien. Er komt geen uniforme Europese regeling over griffierecht in bestuursrechtelijke procedures. Wel stelt het grenzen aan excessen in sommige nationale rechtstelsels.¹⁰ Of om het wat 'netter' uit te drukken: de Europese wetgever zorgt met de Aarhus-implementatierichtlijn voor een zekere convergentie van het nationaal bestuursrecht, zonder te willen streven naar volledige uniforme harmonisatie. Naar mijn opvatting wordt op deze wijze een gezonde balans gevonden in het hierboven gesignaleerde spanningsveld waarbij enerzijds een uniforme toepassing van Unierecht moet worden gegarandeerd en anderzijds niet nodeloos inbreuk moet worden gemaakt op een nationaal rechtssysteem.

4 Harmonisatie door rechterlijke dialoog en concurrentie¹¹

Harmonisatie 'by bits and pieces' en 'een zekere convergentie', 'is that all there is?'¹² Mijn verwachting is dat dit niet het geval is. Juist het 'open ended' karakter van bepalingen als die in de Aarhus-implementatierichtlijn zullen zorgen voor continue vragen in de rechtspraktijk over waar de grenzen nu precies getrokken zijn door de Europese wetgever. Thans is al zichtbaar dat bestuursrechters in verschillende landen

9 Waarbij ik, terzijde, wil opmerken dat ik een discussie over de Europeanisering van het bestuursrecht in termen van 'wij' en 'zij' en waarbij nationaal recht en rechtsbeginselen 'verdedigd' moeten worden tegen 'uitholling' door het Europese recht, weinig gelukkig vind. Maar dat is voor een andere bijdrage om uit te werken.

10 Wie denkt dat de bepaling 'een dergelijke procedure [...] mag niet buitensporig kostbaar zijn' tandeloos is, moet maar eens de discussie gaan volgen die thans, mede onder invloed van het Sullivan-report (*Ensuring access to environmental justice in England and Wales. Report of the Working Group on Access to Environmental Justice*), in het Verenigd Koninkrijk gaande is over de kostenproblematiek aldaar in milieurechtelijke procedures. Het rapport is te vinden op < http://www.ucl.ac.uk/laws/environment/docs/working_party_report_access_to_justice_2008.pdf>.

11 Delen van deze paragraaf zijn ontleend aan mijn bijdrage in het Liber Niels Koeman, 'Vloeibare rechtsbescherming; Enkele opmerkingen over bestuursprocesrecht, de Crisis- en herstelwet en het Verdrag van Aarhus', in M.N. Boeve en R. Uylenburg (red.), *Kansen voor het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 329-342.

12 'Is That All There Is?' geschreven door Jerry Leiber en Mike Stoller en voor het eerst opgenomen door Peggy Lee in november 1969.

geconfronteerd worden met argumenten van partijen die betogen dat onderdelen van hun nationaal procesrecht in strijd zijn met de Aarhus-implementatierichtlijn. Mijn inschatting is dat we in de toekomst veelvuldig te maken krijgen met iets wat kan worden aangeduid als ‘rechterlijke dialoog’ en ‘rechterlijke concurrentie’ en zal zorgen voor een verdergaande convergentie van het nationaal bestuursrecht dan op het eerste gezicht uit de geschreven richtlijnteksten voortvloeit. Nationale rechters zullen naar elkaars uitspraken verwijzen, instemmend of anderszins.¹³ Zelfs is niet uit te sluiten dat er een nieuwe vorm van precedentwerking aan het ontstaan is. Van Harten heeft het verschijnsel van ‘autonomous interpretations of European law by national courts that set precedents for future cases in a certain field of law’ aangeduid met het begrip ‘national European law precedent’.¹⁴ Rechtsvinding kan dan ook niet langer plaatsvinden in het isolement van het nationale recht.¹⁵ Backes stelde in zijn oratie dan ook de terechte vraag of 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.¹⁶

Bepalingen zoals die in de Aarhus-implementatierichtlijn zorgen voor een meer indringende verbinding en vervlechting van het nationaal bestuursrecht in de lidstaten. De discussie over de door de Aarhus-implementatierichtlijn bestreken bestuursrechtelijke leerstukken zal daardoor ‘de-nationaliseren’ en de deelnemers aan de discussie kunnen niet langer volstaan met een interne op het lokale recht georiënteerde visie. Ik zal met enkele voorbeelden proberen duidelijk te maken wat ik daarmee bedoel.

Een recente uitspraak van het Hof van Justitie laat zien hoe, via de Aarhus-implementatierichtlijn, het Nederlandse bestuursprocesrecht verbonden raakt met het Zweedse recht.¹⁷ Die zaak betreft een verzoek om een prejudiciële beslissing van de *Högsta domstol*, die zich afvraagt of de Aarhus-implementatierichtlijn toestaat dat een nationale wetgeving uitsluitend aan niet-gouvernementele milieuorganisaties met minstens tweeduizend leden de toegang tot de rechter garandeert. Tevens was de vraag aan de orde of de toegang tot de rechter beperkt mag worden op grond dat

13 Zie reeds de hierboven aangehaalde oratie van Scheltema, die op p. 8 enkele voorbeelden bespreekt. Zie over het verschijnsel van ‘rechterlijke concurrentie’ in brede zin: N. Lavranos, *Judicial Competition; Selected Cases in International and European Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2009.

14 H. van Harten, ‘National Judicial Autonomy; The Example of National European Law Precedents in the Dutch Case-Law on the Free Movement of Services and the Freedom of Establishment’, *Review of European administrative law* 2009, p. 135-153, in het bijzonder p. 139-140.

15 Zie ook M. Scheltema, ‘Staatsrecht zonder staat?’, *NJB* 2006, 161, p. 192-196, op 196.

16 C.W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (2008, november 14). Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, paragraaf 2.2. Vgl. ook M. Scheltema, ‘De toekomst van de rechtsbescherming’, in: A.W. Heringa e.a., *Het bestuursrecht beschermd*, Den Haag 2006, p. 289 e.v., op p. 293.

17 HvJ EG 15 oktober 2009, nr. C-263/08 (*Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsörening/Stockholms kommun genom dess marknämnd*), door mij geannoteerd in *Men R* 2009, p. 656-663 (m.nt. JJ). Vergelijk ook het verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door *Högsta domstolen* op 19 januari 2009, nr. C-24/09 (*Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsörening/AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad*).

de betrokkenen reeds hun standpunt hebben kunnen geldend maken tijdens de inspraakfase van de besluitvormingsprocedure. M.b.t. dit laatste stelt het Hof van Justitie in de centrale rechtsoverwegingen 35 en 38 het volgende:

‘Uit dezelfde tekst [artikel 10 bis van richtlijn 85/337 zoals gewijzigd door richtlijn 2003/35; JHJ] volgt ook, dat een niet-gouvernementele organisatie die zich voor milieubescherming inzet en voldoet aan de eisen van nationaal recht, de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 85/337 in samenhang met artikel 10 bis daarvan gestelde criteria vervult van betrokken publiek dat in beroep kan gaan.’

‘[...] Verder onderscheidt de inspraak in de milieubesluitvormingsprocedure onder de voorwaarden van de artikelen 2, lid 2, en 6, lid 4, van richtlijn 85/337 zich van het beroep in rechte en heeft zij een ander doel, aangezien laatstgenoemd beroep in voorkomend geval kan worden ingesteld tegen de beslissing die na afloop van die procedure is genomen. *Die inspraak heeft derhalve geen invloed op de voorwaarden om in beroep te kunnen gaan.*’ [cursivering toegevoegd; JHJ]¹⁸

Wat heeft nu deze uitspraak met het Nederlandse bestuursprocesrecht te maken? Door de zelfstandige rol en functie van de rechtsbescherming te benadrukken en deze los te koppelen, ook naar doel, van de inspraak, rijst natuurlijk ook de vraag in hoeverre artikel 6:13 Awb, althans voor zover het betrekking heeft op het indienen van zienswijzen, zich verdraagt met de Aarhus-implementatierichtlijn. Uit deze uitspraak lijkt te kunnen worden afgeleid dat de vraag of een organisatie aan inspraak heeft meegedaan niet van belang is bij de toegang tot de rechter. Met betrekking tot de ‘2000-leden-grens’ oordeelt het Hof van Justitie dat deze eveneens niet aanvaardbaar is. Het Hof benadrukt dat de zinsnede ‘... voldoen aan de eisen van nationaal recht ...’ het weliswaar aan de nationale wetgevers overlaat om te bepalen onder welke voorwaarden milieuorganisaties toegang tot de rechter kunnen hebben, maar ook moeten die ‘nationale regels enerzijds “een ruime toegang tot de rechter” waarborgen en anderzijds nuttige werking verlenen aan de bepalingen van richtlijn 85/337 betreffende het recht om in beroep te gaan bij de rechter. En komt het Hof tot de conclusie:

‘Derhalve mogen die nationale regels niet het gevaar inhouden voor uitholling van de communautaire bepalingen volgens welke degenen die een voldoende belang hebben om een project aan te vechten en op wier rechten door dit project inbreuk wordt gemaakt, waaronder de verenigingen voor milieubescherming, in beroep moeten kunnen gaan bij de bevoegde rechterlijke instanties.’

Binnen de beoordelingsmarge van de lidstaat valt dat het mag verlangen dat de milieuo-organisatie een op natuur- en milieubescherming gericht maatschappelijk doel heeft en

18 Zie verder rechtsoverweging 48 van de uitspraak waaruit blijkt, dat een beperking van de mogelijkheden om in beroep te gaan niet is toegestaan op de grond dat de betrokken personen reeds hun standpunt hebben kunnen geldend maken tijdens inspraakfase van de besluitvormingsprocedure, niet geoorloofd is.

'kan niet worden uitgesloten dat de voorwaarde dat een vereniging voor milieubescherming een minimaal aantal leden moet hebben, relevant kan blijken te zijn om zich ervan te vergewissen dat deze werkelijk bestaat en werkelijk actief is. Het vereiste aantal leden kan echter bij de nationale wet niet zo hoog worden vastgesteld dat het ingaat tegen de doelstellingen van richtlijn 85/337, met name tegen het doel om de rechterlijke toetsing van de daaronder vallende projecten te vergemakkelijken.'

Daarmee was het oordeel over het '2000-leden-criterium' geveld:

'De Zweedse regering, die erkent dat thans slechts twee verenigingen minstens 2 000 leden hebben en dus voldoen aan de voorwaarde van hoofdstuk 16, § 13, van de milieuwet, heeft aangevoerd dat plaatselijke verenigingen zich tot een van die twee verenigingen kunnen wenden en hun kunnen verzoeken om in beroep te gaan. Alleen deze mogelijkheid kan echter niet voldoen aan de vereisten van richtlijn 85/337, omdat enerzijds deze verenigingen die in beroep mogen gaan, niet hetzelfde belang kunnen hebben om zich met een werkzaamheid van beperkte omvang bezig te houden, en anderzijds het gevaar zouden lopen met vele soortgelijke verzoeken te worden overstelpt waaruit zij noodzakelijkerwijs een selectie zouden moeten maken volgens criteria waarop geen enkele controle bestaat. Ten slotte zou een dergelijk systeem naar de aard ervan zorgen voor een filtering van de beroepen in milieuaangelegenheden, die rechtstreeks in strijd is met de geest van die richtlijn die, zoals in punt 33 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, tot doel heeft het Verdrag van Aarhus uit te voeren.'

Ook op dit punt bestaan raakvlakken met het Nederlandse bestuursprocesrecht. De lezer van deze bundel zal ongetwijfeld op de hoogte zijn van de zogenoemde '1 oktober rechtspraak' van de Afdeling bestuursrechtspraak.¹⁹ In die jurisprudentie is door de Afdeling overwogen dat 'het louter in rechte opkomen tegen besluiten als regel niet kan worden aangemerkt als feitelijke werkzaamheden in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Awb'. Milieuorganisaties die enkel juridische actie voeren, kunnen derhalve niet langer als *belanghebbende* worden beschouwd. Nu gaat het er mij in deze bijdrage niet om de vraag of deze rechtspraak nu wel of niet met de Aarhus-implementatierichtlijn in strijd is. Het gaat er mij wel om te laten zien dat via deze richtlijn het Nederlandse en Zweedse bestuursprocesrecht met elkaar in verbinding komen te staan en dat er een juridische dialoog ontstaat over de grenzen die het Europees recht stelt bij het beperken van de toegang tot de

19 De Afdeling deed op 1 oktober 2009 uitspraken in drie zaken waarvan de relevante overwegingen min of meer identiek luiden, zie *LJN* BF3913, BF3912 en BF3911 en daarover *AB* 2008, 348 m.nt. Michiels, *JB* 2008/239 m.nt. Schlössels, *NJB* 2008, p. 2380, nr. 1872, *ABkort* 2008, 433, *M & R* 2008/10, nr. 105 m.nt. Jans & De Graaf, *JM* 2008/130 m.nt. Tolsma. Zie ook A.T. Marseille, 'Bestuurs(proces)recht', *AAkatern* 2008/109, p. 6145; B.J. Schueler, 'Het verschil tussen een milieuorganisatie en een procedeerclub', *M & R* 2008/9, p. 543; L.J.A. Damen, "'Beroepsklagers" verjaagd uit de heilige tempel van het bestuursrecht aan het Lange Voorhout?', *AA* 2009, p. 51-59.

rechter van algemeen belangorganisaties, zoals milieuorganisaties. Voor bestuursrechtelijke rechtsvergelijking breken inderdaad goede tijden aan.²⁰

Deze dialoog beperkt zich niet tot bovenstaande twee aspecten (rol van inspraakprocedures bij de toegang tot de rechter en de ontvankelijkheid van milieuorganisaties). In de zaak *Janecek* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de plicht tot het opstellen van actieplannen op het terrein van de luchtkwaliteit rechtstreekse werking heeft en dat 'natuurlijke personen of rechtspersonen die rechtstreeks worden getroffen door een dreigende overschrijding van de grenswaarden of alarmdrempels, moeten kunnen bewerkstelligen, in voorkomend geval door beroep in te stellen bij de bevoegde rechterlijke instanties, dat de bevoegde autoriteiten, wanneer zich een dergelijke dreiging voordoet, een actieplan opstellen'.²¹ Naar Duits bestuursprocesrecht kon *Janecek*, woonachtig in München in een wijk waar de Europese luchtkwaliteitsnormen met grote regelmaat werden overschreden, niet als belanghebbende worden beschouwd. Immers, bij het bepalen van de ontvankelijkheid van een appelland, staat daar niet de *feitelijke getroffenheid* door een besluit centraal, maar de vraag of door het besluit *zijn rechten zijn geschonden*.²² De uitspraak van het Hof brengt echter met zich mee dat de Duitse bestuursrechter wel een inhoudelijk oordeel over *Janecek's* stellingen moet geven. Daarmee verplicht het Hof, klaarblijkelijk, de Duitse bestuursrechter een ruimer belanghebbende-begrip toe te passen dan naar Duits recht gebruikelijk is. Meer principieel is dat door zo'n uitspraak een meer fundamentele dialoog ontstaat over het belanghebbende-begrip. Daarbij komt dat blijkens de uitspraak niet alleen *natuurlijke personen* maar ook *rechtspersonen* die rechtstreeks getroffen zijn, in staat moeten worden gesteld om voor de nationale rechter een beroep op de richtlijn te doen. Vallen hieronder ook gevallen als bedoeld in art. 1:2 lid 3 Awb? Met andere woorden, is een milieuorganisatie 'rechtstreeks' geraakt als een besluit de algemene belangen raakt die zij krachtens haar statutaire doelstellingen en feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen? In dat geval zou het Hof in deze zaak, via de achterdeur, wel heel erg ingrijpend, althans voor Duitsland, maar mogelijk ook voor Oostenrijk (en wie weet Nederland), het nationale bestuursprocesrecht hebben geharmoniseerd. Elders heb ik deze wijze van harmonisatie aangeduid als harmonisatie 'via the backdoor'.²³

Tenslotte, nog een voorbeeld uit de rechtspraak ter zake van het motiveringsbeginsel. Moet een beslissing van een bestuursorgaan over de vraag of het project onder de milieueffectrapportage-plicht valt nu wel of niet gemotiveerd worden,

20 Vgl. ook R. Caranta, *Pleading for European Comparative Administrative Law; What is the Place for Comparative Law in Europe? Review of European administrative law* 2009, p. 155-173 en C.W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (2008, november 14), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, met name paragraaf 2.2.

21 HvJ EG 25 juli 2008, nr. C-237/07, AB 2008, 283 (m.nt. ChB) *M & R* 2008/8, nr. 75 (m.n. JJ).

22 Zie over het Duitse recht J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), Den Haag: BJU 2003.

23 J.H. Jans, 'Harmonisation of National Procedural Law Via the Back Door? Preliminary Comments on the ECJ's Judgment in *Janecek* in a Comparative Context', in: M. Bulterman e.a. (eds.), *Views of European Law from the Mountain: Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 267-275.

was de simpele vraag die gesteld werd aan het Hof van Justitie in de zaak *Mellor*.²⁴ Het Engelse recht verlangt enkel motivering bij een positief besluit en niet bij een negatief besluit.²⁵ Het Hof spaart een beetje de kool en de geit. Het knoopt aan bij eerdere rechtspraak en komt tot de conclusie dat de beslissing van een bestuursorgaan of een project ‘bemerd’ moet worden ‘voorzien moet zijn of vergezeld moet gaan van alle gegevens aan de hand waarvan kan worden getoetst of het besluit’ met de richtlijn in overeenstemming is, maar ‘[n]och uit richtlijn 85/337, noch uit de rechtspraak van het Hof, [...] volgt echter dat het besluit om een project niet aan een MEB te onderwerpen, *zelf* de redenen moet bevatten op grond waarvan de bevoegde autoriteit heeft besloten dat een beoordeling niet noodzakelijk was.’ De motiveringsplicht voor dit soort zogenoemde negatieve screeningsbeslissingen is vooral noodzakelijk, zo blijkt uit deze uitspraak, om belangen van derden te beschermen. Zij moeten zich ervan kunnen vergewissen of het bestuursorgaan inderdaad rechtmatig heeft gehandeld, ‘zonodig via de rechter’. Opmerkelijk is dat het Hof niet alleen in generieke zin over ‘derden’ spreekt, maar in aanvulling daarop ook expliciet ‘belanghebbende bestuursorganen’ daarbij betreft. Over de boeg van een uitspraak over het motiveringsbeginsel lijkt derhalve ook hier, eveneens via de achterdeur, een uitspraak te zijn gedaan over de toegang tot de bestuursrechter voor, in dit geval, bestuursorganen. Ook Nederlandse bestuursrechters zullen door deze uitspraak de dialoog met het Hof van Justitie moeten aangaan wanneer zij geconfronteerd worden met beperkingen van het beroepsrecht van bestuursorganen, zoals bijvoorbeeld die in art. 1.4 Crisis- en herstelwet.

Verder is er op dit moment een aantal prejudiciële procedures aanhangig dat van grote invloed kan zijn op centrale leerstukken van Nederlands bestuursprocesrecht. In zaak C-115/09 heeft een Duitse bestuursrechter de vraag gesteld of het milieu-organisaties moet worden toegestaan om de schending van rechtsregels aan te kunnen voeren die bedoeld zijn om de belangen van het algemene publiek te dienen en niet althans mede ter bescherming van de rechtsbelangen van individuele personen? Hier speelt uiteraard de problematiek van het relativiteitsvereiste een rol. Weliswaar heeft het *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz* de positie van milieu-organisaties verbeterd, maar de wetgeving beperkt de beroepsmogelijkheid nog steeds in die zin dat zij uitsluitend schending van rechtsregels mogen aanvoeren die ‘*Rechte Einzelner begründen*’. Nu weet ik ook wel dat de context van het Duitse relativiteitsvereiste een andere is, dan die in Nederland. Desalniettemin zal deze zaak van groot belang kunnen zijn voor het relativiteitsvereiste zoals dat als vooruitprobersel in de Crisis- en herstelwet in Nederland is ingevoerd.

Ook kan gewezen worden op enkele Belgische zaken die thans bij het Hof van Justitie aanhangig zijn, o.a. zaak C-177/09. Daar komt o.a. de vraag aan de orde in hoeverre beroep bij de rechter zou moeten worden ingesteld tegen besluiten van de formele wetgever vallend binnen het bereik van de Aarhus-implementatierichtlijn.

24 Hof van Justitie EG 30 april 2009, zaak C-75/08.

25 Zie het commentaar van R. Macrory in ENDS Report 413, June 2009, p. 55-56, te vinden op < <http://www.endsreport.com> >, artikelen alleen toegankelijk voor abonnees.

5 Interne harmonisatie van algemeen bestuursrecht?

Hierboven heb ik het fragmentarische optreden op het terrein van het algemeen bestuursrecht door de Europese wetgever aangeduid als harmonisatie *by bits and pieces*. De Aarhus-implementatierichtlijn heb ik gebruikt als voorbeeld van Europese wetgeving ter nadere bepaling van de de lidstaten ter beschikking staande speelruimte bij het regelen van rechtsbescherming tegen milieubesluiten. Het is echter niet gezegd dat op andere bestuursrechtelijk relevante beleidsterreinen dit vraagstuk op eenzelfde, of zelfs maar vergelijkbare, wijze wordt geregeld. In een studie ruim 10 jaar geleden heb ik, samen met M. de Jong, onderzoek gedaan naar rechtsbeschermingsclausules in secundaire Europese wetgeving.²⁶ Rechtsbeschermingsclausules werden door ons gedefinieerd als bepalingen in, meestal, richtlijnen die de lidstaten verplichten de nodige wetgevende maatregelen te treffen om te garanderen dat de in die wetgeving ten behoeve van particulieren gecreëerde rechten, door hen ook daadwerkelijk in rechte gehandhaafd kunnen worden. In het bijzonder werd door ons de vraag besproken of er behoefte is aan enige mate van interne harmonisatie van dergelijke rechtsbeschermingsclausules. Het onderzoek toonde aan dat de Europese wetgeving op het punt van rechtsbeschermingsclausules in grofweg twee categorieën kan worden onderverdeeld. In de eerste plaats bestaat er een grote groep richtlijnen waarin door een vrij algemeen geformuleerde *standaardbepaling* de lidstaten wordt opgedragen de rechtsbescherming te garanderen. Die bepaling behelst de volgende elementen:

- Besluiten, waarbij Unie-rechten voor belanghebbenden in het geding zijn, moeten worden gemotiveerd.
- Besluiten moeten ter kennis van belanghebbenden worden gebracht.
- Besluiten moeten een ‘rechtsmiddelerwijzing’ bevatten.

Opmerkelijk is dat deze standaardbepaling meestal geen expliciete opdracht aan de lidstaten bevatte om voor rechtstoegang te zorgen.

In de tweede plaats bestaat er een veel minder grote groep van richtlijnen waar de Europese wetgever een *bijzondere*, vaak meer gedetailleerde, regeling heeft gecreëerd. De Aarhus-implementatierichtlijn valt in deze tweede categorie. Het viel ons in 1999 op dat de Europese wetgever dergelijke bijzondere rechtsbeschermingsclausules nauwelijks van enige inhoudelijke motivering voorziet. Wel bemerkten wij dat, ook al zijn de verschillen hier aanzienlijk, er wel enige structuur in te ontdekken viel. Naar aanleiding van onze bevindingen bepleitten wij meer aandacht voor interne harmonisatie. We zijn nu ruim tien jaar verder en de noodzaak voor meer interne harmonisatie lijkt er niet minder om te zijn geworden. Deze poging tot interne harmonisatie zou zich dan overigens niet moeten beperken tot het vraagstuk van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, maar zou ook overige ‘algemeen deel-achtige’ onderwerpen kunnen betreffen.

26 J.H. Jans & M. de Jong, ‘Interne harmonisatie van rechtsbeschermingsclausules in het secundaire gemeenschapsrecht’, *Regelmaat* 1999, p. 73-83.

6 Interne harmonisatie: ja, maar hoe?

In ons artikel uit 1999 dachten wij nog aan het opstellen van een aantal ‘modelbepalingen’ die dan in een ‘wetgevingsrichtlijn’ zou kunnen worden opgenomen. Vervolgens zou dan de Europese wetgever telkens naar deze meta-richtlijn kunnen verwijzen en op deze wijze voor consistentie kunnen zorgen. Als alternatief suggereerden wij om deze modelbepalingen in een soort van *Aanwijzingen voor de Europese wetgever* op te nemen. Dit zijn wat mij betreft nog steeds bespreekbare instrumenten. Maar de belangrijkste vraag blijft natuurlijk: hoe moeten die modelbepalingen luiden en hoe komen die tot stand?

Op dit punt zou ik graag twee processen willen bespreken die voor het opstellen van modelbepalingen in het bestuursrecht van belang kunnen zijn. In de eerste plaats kunnen de bestuursrechtjuristen op dit punt wel iets leren van onze privaatrechtelijke broeders en zusters. In de tweede plaats zou ik in het kort aandacht willen schenken aan de zogenoemde *Open Method of Coordination*.

6.1 Een bestuursrechtelijk Draft Common Frame of Reference (DCFR)?

Kunnen bestuursrechtjuristen iets leren van privatisten? Zij zijn immers in staat gebleken een groot aantal definities, grondbeginselen en modelbepalingen op het gebied van het Europees privaatrecht op te stellen, de zogenoemde *Draft Common Frame of Reference*.²⁷ Een van de doeleinden van dit door academici opgestelde Draft Common Frame of Reference (DCFR) is dat het kan dienen als model voor eventuele verdere regelgeving door de Europese instellingen.

Als vertrekpunt voor het ontwikkelen van dit DCFR kunnen de verschillende resoluties van het Europees Parlement, reeds vanaf 1989, worden genoemd waarin het EP op harmonisatie van Europees burgerlijk recht heeft aangedrongen.²⁸ In zijn resoluties vroeg het Europees Parlement aandacht voor de werkzaamheden van de *Commission on European Contract Law* (Commissie Lando) die toentertijd reeds bezig was met het verrichten van onderzoek naar gemeenschappelijke beginselen van Europees privaatrecht.²⁹ Belangrijke impuls was verder de Europese Raad in oktober 1999 te Tampere die zich uitsprak voor het uitvoeren van een studie over de noodzaak om wetgeving van lidstaten op het terrein van het burgerlijk recht te harmoniseren. Op 11 juni 2001 publiceerde de Europese Commissie een Mededeling over Europees Verbintenissenrecht.³⁰ De mededeling vormde een eerste stap tot een studie zoals bedoeld door de Europese Raad. In de Mededeling schetst de

27 Het DCFR bestaat uit Algemene bepalingen (Boek I), Overeenkomsten en andere rechtshandelingen (Boek II), Verbintenissenrecht in het algemeen (Boek III), Bijzondere overeenkomsten (Boek IV), Zaakwaarneming (Boek V), Onrechtmatige daad (Boek VI), Ongerechtvaardigde verrijking (Boek VII), Verkrijging en verlies van roerende zaken (VIII), Zekerheden op roerende zaken (Boek IX) en Trusts (Boek X).

28 Resolutie Europees Parlement A2-157/89 (*PbEG* 1989, C 158/400), A3-0329/94 (*PbEG* 1994, C 205/518).

29 Zie hieromtrent E. Hondius, *Beginselen van europees privaatrecht*, *TvPr* 1994, p. 1455-1459.

30 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht van 11 juni 2001, COM (2001) 398 (*PbEG* 2001, C 255). Zie ook het Advies van het Economisch en Sociaal Comité over deze Mededeling (*PbEG* 2002, C 241/1-7).

Europese Commissie vier mogelijke scenario's voor EU-regelgeving op het gebied van het contractenrecht, en verzoekt zij het bedrijfsleven, juristen, academici en consumentengroepen om een reactie op deze vier scenario's. De vier scenario's:

- het oplossen van de problemen overlaten aan de markt (i.e. geen actie ondernemen);
- het opstellen van *Restatements* (Principles);
- het verbeteren van het *aquis*;
- het goedkeuren van een nieuw instrument.

Uit de vele reacties op de Mededeling blijkt dat over de gehele linie het afzien van verdere regelgeving niet wenselijk werd geacht en dat gebruik van *soft law* en verdergaande communautaire regelgeving de meeste steun genieten.³¹

Vervolgens publiceerde de Commissie in 2003 een actieplan voor een coherent Europees contractenrecht.³² In dit actieplan werden de conclusies van de Commissie naar aanleiding van haar Mededeling d.d. 11 juni 2001 uiteengezet en nader toegelicht. Als maatregelen stelde de Commissie voor:

- de coherentie van het EG-aquis op het terrein van het verbintenissenrecht te verbeteren;
- het opstellen van contractbedingen voor de gehele EU te bevorderen;
- verder te onderzoeken of problemen op het gebied van Europees verbintenissenrecht eventueel niet-sectorspecifieke oplossingen vereisen, zoals een optioneel instrument.

Vervolgens bracht de Europese Commissie in 2004 een Mededeling met verdere maatregelen uit, waarin zij nader inging op de wijze waarop de in het actieplan gesignaleerde problemen zouden worden opgelost.³³ Als belangrijkste maatregel werd genoemd het verbeteren van het huidige en het toekomstige *aquis*. Hiertoe zou een *Common Frame of Reference* dienen te worden opgesteld. Een ontwerp daarvoor (*Draft Common Frame of Reference*) zou moeten worden opgesteld door een daartoe opgericht netwerk van voornamelijk academische deskundigen. De Commissie zou zich overigens niet gebonden achten aan dit DCFR, dat, vanwege de academische origine, ook wel de *Academic Common Frame of Reference* wordt genoemd. Te onderscheiden van het op basis van dit DCFR op te stellen Political CFR, de versie opgesteld door de Europese Commissie. Om verzekerd te zijn van de input van belanghebbenden en waarborgen te bieden voor de betrokkenheid van diezelfde belanghebbenden besluit de Commissie om een *Network of Member State Experts* op te richten. Hierin nemen overheidsdienaren van verschillende EU-lidstaten plaats. Tevens werd een netwerk opgericht waarin juristen van ondernemingen en gerechten en andere organisaties plaatsnemen (*CFR-net*).³⁴

31 M.B.M. Loos, 'Europees Contractenrecht', *NTER* 2002, p. 19.

32 Een coherenter Europees verbintenissenrecht: een actieplan, COM (2003) 68 def. (*PbEG* 2003, C-63/01).

33 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het *aquis*: verdere maatregelen, COM 2004 (651) definitief, p. 13 e.v.

34 Zie de website van de Europese Commissie over het Common Frame of Reference, <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/common_frame_ref_en.htm>.

Naar aanleiding van deze Mededeling van de Europese Commissie is in mei 2005 het *Joint Network on European private law – Network of Excellence (CoPECL)*³⁵ opgericht. Dit betreft een groep van verschillende universiteiten, instanties en andere organisaties, waaronder de Study Group on a European Civil Code (o.l.v. Von Bar). Het netwerk is gefinancierd binnen het Zesde Kaderprogramma voor onderzoek en technologische ontwikkelingen van de Europese Gemeenschap.³⁶ Dit netwerk heeft in december 2007 een Draft Common Frame of Reference aangeboden aan de Europese Commissie. In januari 2008 werd het DCFR aan het EP voorgelegd. In december 2008 werd het definitieve *Academic Common Frame of Reference* aan de Commissie aangeboden.

De Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement³⁷ hebben reeds aandacht besteed aan het DCFR. In oktober 2008 heeft Frankrijk als EU-voorzitter een conferentie georganiseerd met als thema: 'Which European contract law for the European Union?'³⁸ In de eerder aangehaalde Mededeling³⁹ schetst de Europese Commissie de verdere procedure tot vaststelling van een CFR. Deze procedure bestaat uit de volgende stappen:

1. de Europese Commissie onderwerpt het DCFR aan een bruikbaarheidstest;
2. de Commissie stelt een CFR op;
3. over dit CFR worden het Europees Parlement, de Raad en de lidstaten geraadpleegd;
4. een open raadpleging in de vorm van een witboek, waaraan ook de belanghebbers een bijdrage kunnen leveren;
5. vaststelling CFR.

De Commissie is thans doende om het door CoPECL opgeleverde academische CFR te beoordelen. De Commissie is tevens verwickeld in informele consultaties met de Raad en het Europees Parlement. Men verwacht dat een CFR opgesteld door de Commissie, het zogenaamde political CFR, in 2010 zal kunnen worden aangenomen.⁴⁰ Ondertussen wordt het DCFR in de gehele Europese Unie uitvoerig becommentarieerd.

In het licht van bovenstaande ontwikkelingen in het Europees privaatrecht kan men zich terecht de vraag stellen in hoeverre een *Common Frame of Reference* een geschikt middel vormt om de harmonisatie van het bestuursrecht in Europa te

35 Naar dit netwerk wordt doorgaans verwezen met de afkorting van de Common Principles of European Contract Law, CoPECL. Deze 'principles' maken deel uit van het DCFR. De website van het netwerk, <www.copecol.org>, bevat uitgebreide informatie over de werkzaamheden van het netwerk.

36 Besluit nr. 1513/2002/EG (*PbEG* 2002, L 232).

37 Resolutie Europees Parlement van 3 september 2008, P6_TA-PROV(2008)0397 (te raadplegen op <www.eu-roparl.europa.eu>).

38 Zie de website van het Franse voorzitterschap, <http://www.ue2008.fr/PFUE/lang/en/accueil/PFUE-10_2008/PFUE-23.10.2008/quel_droit_europeen_des_contrats_pour_l_union_europeenne.html>.

39 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het aquis: verdere maatregelen, COM 2004 (651) definitief, p. 13 e.v.

40 Mededeling van 10 juni 2009 van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, SEC(2009) 767 definitief.

bewerkstelligen. Deze vraag werd onlangs op een congres van 18 juni 2009 tot en met 20 juni 2009 te Osnabrück besproken.⁴¹

Uit het verslag van het congres leid ik af dat de deelnemers de volgende kanttekeningen maakten bij het mogelijk ontwikkelen van een bestuursrechtelijk CFR. Zo werd door sommigen de wenselijkheid van codificatie betwijfeld, gelet op de inbreuk die dit voor de procedurele autonomie van de lidstaten met zich zou brengen. Codificatie zou in het bijzonder problematisch zijn voor die lidstaten zoals bijvoorbeeld Groot-Brittannië en Frankrijk, waar het nationale bestuursrecht niet gecodificeerd is. Tevens ontstond discussie omtrent de vraag of de Europese Unie überhaupt bevoegd is om tot codificatie van het administratief recht over te gaan. Tenslotte werd aandacht besteed aan enkele positieve ervaringen van lidstaten waar met succes bestuursrechtelijke codificatie heeft plaatsgevonden (Polen, Nederland). Tijdens de afsluiting van de conferentie kwam aan de orde dat de wetgever alleen niet tot een structurering in staat zal zijn, om welke reden het aan de wetenschap is om zich aan deze taak te wijden. Daartoe werd de oprichting van een wetenschapsnetwerk voor Europees administratief recht bepleit.

6.2 De Open Method of Coordination als mogelijke methode voor interne harmonisatie c.q. codificatie

De *Open Method of Coordination* (OMC) werd voor het eerst als zodanig genoemd in de Conclusies van de Europese Raad van Lissabon in 2000.⁴² De Europese Raad introduceerde in Lissabon als nieuw strategisch doel: 'de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie van de wereld te worden die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang'. Dit zou gerealiseerd moeten worden via gebruikmaking van een zogenoemde *open coördinatiemethode* op alle niveaus. De hoeveelheid literatuur over deze OMC is inmiddels aanzienlijk.⁴³

De Open Method of Coordination dient te worden geplaatst in de context van de binnen de EU bestaande tendens om minder gebruik te maken van de geëigende, meer hiërarchische vormen van regelgeving zoals verordeningen en richtlijnen (*hard law*) en meer gebruik te maken van andere instrumenten, welke wel worden gerangschikt onder de term *new governance* en *soft law*.⁴⁴ Op de achtergrond is een

41 Zie voor het verslag N. Marsch, A Common Frame of Reference on European Administrative Procedural Law? *Tage des Europäischen Rechts 2009 der Universitäten Münster und Osnabrück*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2009, p. 1430-1432.

42 Conclusies van de Europese Raad van Lissabon, 23 en 24 maart 2000, te vinden op <http://europa.eu/european-council/index_nl.htm>.

43 Zie voor een overzicht V. Hatzopoulos, 'Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU', *ELJ* 2007, p. 309-310.

44 P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 144. Zie voor een vergelijking tussen de ideaal-typische *hard law* en de ideaal-typische OMC B. ter Haar, 'Open Method of Coordination: A New Stepping Stone in the Legal Order of International and European Relations', *NJIL*, p. 244.

discussie gaande waarin velen zich kritisch uitlaten over het gebruik van verschillende vormen van new governance.⁴⁵

Opvallend is dat de Europese Raad de begrippen ‘open’ en ‘coordination’ niet definieert. Uit de omschrijving van het doel van de OMC blijkt in ieder geval wel dat het niet is bedoeld als middel om tot harmonisatie te komen, maar dat lidstaten het kunnen gebruiken om hun eigen beleidsterreinen te ontwikkelen en om coördinatie te bereiken. De OMC verschaft geen harde regels die in de lidstaten moeten worden geïmplementeerd, maar verschaft slechts gemeenschappelijke doelen en de middelen om van elkaar te leren hoe deze doelen kunnen worden bereikt. Aldus is zij gericht op convergentie, waarbij een bepaalde mate van divergentie is toegestaan. De Open Method of Coordination dient om *best practices* te verspreiden en grotere convergentie in de richting van de belangrijkste doelen van de EU te realiseren, aldus de Europese Raad. Voorts is de OMC bedoeld om de lidstaten te helpen hun eigen beleid te ontwikkelen. De OMC bestaat uit een viertal elementen,⁴⁶ inhoudende dat:

- a. voor de EU richtsnoeren worden bepaald met specifieke tijdschema's voor het bereiken van de doelen die zij voor korte, middellange en lange termijn hebben vastgesteld;
- b. waar zulks opportuun is, kwantitatieve en kwalitatieve indicatoren en *benchmarks* worden vastgesteld, die aan de beste ter wereld zijn getoetst en op de behoeften van de verschillende lidstaten en sectoren zijn toegesneden, als middel om *best practices* onderling te vergelijken;
- c. die Europese richtsnoeren in nationaal en regionaal beleid worden vertaald door specifieke doelstellingen vast te stellen en maatregelen te treffen, waarbij nationale en regionale verschillen in acht worden genomen;
- d. gebruik wordt gemaakt van periodieke monitoring, evaluatie en *peer reviews* als wederzijdse leerprocessen.

Hoewel de hierboven weergegeven omschrijving van de OMC – in navolging van de omschrijving van de Europese Raad – doet lijken alsof sprake is van één bepaalde methode, is in de praktijk veeleer sprake van een kookboek bestaande uit verschillende recepten.⁴⁷ De toepassing van de verschillende recepten waaruit het kookboek OMC bestaat verschilt dus naar gelang het desbetreffende beleidsterrein de toevoeging of juist weglating van eventuele additieven verlangt. Deze omstandigheid maakt duidelijk dat de OMC een flexibel middel vormt om te komen tot een grotere convergentie binnen de EU op een bepaald beleidsterrein. Het voordeel hiervan is dat met de elementen waaruit de OMC bestaat een op het specifieke terrein afgestemde methode kan worden gehanteerd. Volgens João Rodrigues,

45 Zie voor de discussie in Nederland o.a. L.J. Brinkhorst & H. van Meerten, ‘Terug naar de bron’, *NJB* 2006, p. 2465-2468 en als reactie op deze bijdrage L.A.J. Senden, ‘Europees “zacht recht” is ook nodig’, *NJB* 2007, p. 564. De discussie vormde ook onderwerp van debat tijdens de Jaarvergadering van de NJV in 2006, zie B.J. Drijber, ‘Europese integratie: Bottom up of top down?’, Verslag van de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging, *NJB* 2006, p. 1418-1422 en n.a.v. dit verslag L. Verhey, ‘Governance: voer voor juristen’, *NJB* 2006, p. 1207.

46 Conclusies van de Europese Raad van Lissabon, 23 en 24 maart 2000, t.a.p., punt 37.

47 F. Vandenbrouke, *The EU and social protection: What should the European Convention propose?*, MPIfG Working Paper 02/6, June 2002, te vinden op < <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp02-6/wp02-6.html> >.

de persoon die wordt gezien als de architect van het verschijnsel OMC, moet de OMC worden gecombineerd met andere beschikbare methoden, naar gelang de desbetreffende kwestie dit vereist.⁴⁸ Deze flexibiliteit bergt ook een nadeel in zich, namelijk dat het in de praktijk lastiger is om de juiste methode te bepalen, juist omdat er niet één methode is.

De *Open Method of Coordination* wordt voornamelijk toegepast op complexe en politiek gevoelige beleidsterreinen waarbij een grote mate van onzekerheid bestaat ten aanzien van de vraag welke oplossing het meest in aanmerking komt om de verlangde resultaten te bewerkstelligen.⁴⁹ De OMC is onder andere reeds toegepast op de beleidsterreinen informatiemaatschappij, MKB-ondernemingen, economische hervormingen, educatie, onderzoek en ontwikkeling (O&O) en sociale insluiting.⁵⁰ Wat opvalt is dat de OMC wordt toegepast binnen verschillende gebieden waar de EU geen of beperkte wetgevingsbevoegdheden bezit. Het is om deze reden dat Senden de OMC ziet als een noodzakelijke aanvulling op harde Europese wetgeving.⁵¹ Het lijkt me de moeite waard om te onderzoeken in hoeverre de OMC kan worden gebruikt om *best practices* in het bestuursrecht te ontwikkelen. Mogelijke onderwerpen die zich voor *benchmarking* lenen: kosten van procedures, duur van besluitvormingsprocedures, rol van hoger beroepsinstanties.

7 Conclusies

Een *Europese Awb*, wat daar ook precies onder mag worden verstaan, zal er wel niet snel komen. En die is ook niet nodig. Een algemene codificatie en harmonisatie van het bestuursrecht van de lidstaten is op korte en middellange termijn niet te verwachten.

Dat betekent niet dat er überhaupt geen harmonisatie plaatsvindt. Die harmonisatie is echter niet algemeen, maar fragmentarisch en door mij aangeduid als harmonisatie *by bits and pieces*. Ook is opgemerkt dat deze geharmoniseerde regels niet zozeer de bedoeling hebben om te dienen als kant-en-klare vervangers van nationale regels, maar kunnen worden beschouwd als ‘piketpaaltjes’ waarbinnen het nationale bestuursrecht zich kan blijven manifesteren. Vervolgens heb ik de verwachting uitgesproken dat dergelijke piketpaaltjes zich heel goed zullen lenen voor rechterlijke dialoog en rechterlijke concurrentie en dat via deze ‘achterdeur’ nadere convergentie van het bestuursrecht van de EU lidstaten zal plaatsvinden. Tenslotte heb ik de vraag besproken of er ook niet via de voordeur behoefte is aan ‘interne harmonisatie’ van die Europese *bits and pieces*? En heb daarbij kort stilgestaan bij initiatieven ter harmonisatie van het Europees privaatrecht (DCFR) en bij de potentiële mogelijkheden die wellicht de *Open Method of Coordination* hier heeft te bieden.

48 M. João Rodrigues, ‘The Open Method of Coordination as a New Governance Tool’, in: M. Telò (red.), *L'evoluzione della governance europea*, Europa/Europe (speciale uitgave), Rome, nr. 2-3, 2001, p. 103.

49 M. Trubek, P. Cottrell & M. Nance, ‘“Soft Law”, “Hard Law” and EU Integration’, in: G. de Búrca & J. Scott, *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford: Hart, p. 78.

50 M. João Rodrigues t.a.p., p. 102.

51 L.A.J. Senden t.a.p., p. 564.