



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De invloed van het Europese recht op de eenheid van het Nederlandse bestuursrecht

Barkhuysen, T.; Schlössels R.J.N. [et al.]

Citation

Barkhuysen, T. (2007). De invloed van het Europese recht op de eenheid van het Nederlandse bestuursrecht. In *In eenheid: Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht* (pp. 81-104). Den Haag: Sdu. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12676>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12676>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De invloed van het Europese recht op de eenheid van het Nederlandse bestuursrecht

Prof.mr. T. Barkhuysen

1. Inleiding

Uniformering van het bestuursrecht staat in Nederland al weer geruime tijd op de agenda. Als een reactie op de grote mate van versnipperdheid van het materiële en procedurele bestuursrecht, is met name met de tranchegewijze invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een grote operatie ingezet die voor een belangrijk deel gericht is op een dergelijke uniformering. Er wordt daarmee dus – om aan te sluiten bij het thema van deze bundel – gestreefd naar eenheid binnen het bestuursrecht. Ook buiten de Awb zien we deze tendens, bijvoorbeeld, met de invoering van de nieuwe Wet op het financieel toezicht en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Natuurlijk zijn er ook tegengeluiden gericht op het behoud van complete bijzondere wetten zoals de (oude) Mededingingswet. Betoogd wordt dat de grote nadruk op uniformering ook afbreuk kan doen aan de kenbaarheid van het recht omdat men niet meer toe kan met het raadplegen van één nationale wet, maar daarbij ook steeds de Awb moet betrekken. Ook de bruikbaarheid van het bestuursrecht zou onder druk staan, waar met een algemene regeling voor bepaalde bijzondere rechtsgebieden op maat gesneden regels het veld moeten ruimen.¹ Wat daarvan ook zij, in ieder geval kan worden geconstateerd dat het streven naar rechtseenheid nog dominant is en dat het harmonisatieproject nog lang niet als afgerond wordt beschouwd. Het debat daarover zal de komende jaren dan ook voortgaan.

Wanneer wordt nagedacht over uniformering van, of rechtseenheid in het bestuursrecht en de wenselijkheid daarvan, kan het Europese recht – het EG-recht en het EVRM – tegenwoordig niet meer buiten beeld blijven. Dit recht doet immers zijn invloed gelden op vele terreinen van het bestuursrecht, zowel in materiële als in procedurele zin. Ook het bestuursrecht maakt tegenwoordig deel uit van een veellagige rechtsorde waarin nationaal en Europees (en internationaal) recht naast elkaar bestaan en in steeds sterkere mate interfereren. Het Europese recht draagt enerzijds bij aan uniformering en rechtseenheid, waar het (en dan met name artikel 6 EVRM), bijvoorbeeld, uniforme (minimum)eisen stelt aan de rechtsbescherming tegen de overheid. Anderzijds kan het Europese recht ook grenzen stellen aan het streven van de nationale wetgever naar uniformering van het bestuursrecht. Een voorbeeld daarvan biedt het douanerecht waar het Communautaire Douanewetboek, dat moet worden uitgevoerd op een specifiek materieel deelterrein van het Nederlandse bestuursrecht, uitgaat van een ander beschikkingsbegrip dan de Awb kent.²

1 Vgl. J.E.M. Polak & W. den Ouden, *Harmonisatie van bestuursrecht, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Deventer 2004.

2 Daarover R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb, Derde evaluatie van de Awb 2006*, Den Haag 2007, p. 56.

Ook anderszins kan het Europese recht de eenheid van het bestuursrecht bedreigen, bijvoorbeeld omdat een Europese rechter als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) besluiten tot uitzetting van asielzoekers veel indringender blijkt te toetsen dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat mede op basis van algemeen bestuursrechtelijke uitgangspunten gewoon is te doen.³

Alle reden dus om in deze bundel over rechtseenheid in het bestuursrecht ook in te gaan op de invloed van het Europese recht terzake. In deze bijdrage staat de vraag centraal wat de invloed is van het Europese recht op de eenheid van het Nederlandse bestuursrecht. Daarbij moet ik mijzelf beperken. In de eerste plaats spits ik deze bijdrage vooral toe op het procedurele bestuursrecht (de rechtsbescherming) en het overheidsaansprakelijkheidsrecht (soms ook wel alleen met rechtsbescherming aangeduid). Daarnaast zal ik primair ingaan op het EVRM en in mindere mate op het EG-recht (meer specifiek daaraan is de bijdrage van Nico Verheij in deze bundel gewijd). Uitgangspunt voor mijn beschouwingen is – mede op uitdrukkelijk verzoek van de redactie van deze bundel – mijn Leidse oratie die juist de problematiek van eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde centraal stelt.⁴

Binnen dit kader komen achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan de orde. In de tweede paragraaf wordt – nu daarover al relatief veel is geschreven – kort ingegaan op de uniformerende werking van het Europese recht. Daarna wordt de blik gericht op de andere kant van de Europese medaille, namelijk de bedreigingen die van het Europese recht uitgaan voor de eenheid van het bestuursrecht (paragraaf 3). In de vierde paragraaf wordt vervolgens bezien of deze bedreigingen al dan niet als een probleem moeten worden gezien en, zo ja, hoe daaraan het hoofd te bieden. Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 5).

2. De uniformerende werking van het Europese recht

2.1. *Introductie*

Over de uniformerende werking van het Europese recht is relatief veel geschreven en zelfs zoveel dat de aandacht daarvoor hier relatief beperkt kan blijven. Vaak gaat het daarbij om de convergentie die onder invloed van het Europese recht optreedt tussen het (bestuurs)recht van verschillende Europese landen. Daaraan wordt in paragraaf 2.2 kort aandacht besteed. De uniformerende werking van het Europese recht doet zich echter ook gevoelen binnen het nationale recht en heeft aldus invloed op de rechtseenheid in dat verband, het centrale thema van de bundel waarin deze bijdrage is opgenomen. In paragraaf 2.3 wordt deze invloed kort geschetst met

3 EHRM 11 januari 2007, Salah Sheekh t. Nederland, AB 2007, 76, m.nt. Vermeulen (het verzoek van de Nederlandse regering om verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer [intern appel] is afgewezen). Vgl. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep, Derde evaluatie van de Awb 2006*, Den Haag 2007.

4 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, oratie Leiden, Deventer 2006. Belangrijke delen van deze bijdrage zijn ontleend aan deze oratie.

een focus op de invloed van het Europese recht op de rechtseenheid binnen het Nederlandse bestuursrecht.

2.2. *Convergentie van het bestuursrecht van diverse staten*

Lubach laat in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking zien op welke wijze het EG-recht en het EVRM bijdragen aan het naar elkaar toegroeien van het bestuurs(proces)recht van verschillende lidstaten.⁵ Hoewel de beïnvloeding vanuit Europa vooral het materiële recht betreft, kan op dit moment worden vastgesteld dat ook het procedurele recht (besluitvorming door de overheid en rechtsbescherming) belangrijke invloed ondergaat, hetgeen leidt tot convergentie van dit recht van de diverse betrokken staten.⁶ Lubach geeft overigens aan dat deze convergentie niet alleen het gevolg is van de werking van het EG-recht en het EVRM maar dat ook voor alle lidstaten min of meer gemeenschappelijke maatschappelijke ontwikkelingen een rol spelen. Hij wijst daarbij op horizontalisering van de verhouding overheid-burger, de grotere mondigheid van die laatste en de mede daarmee verband houdende individualisering. De daaruit voortvloeiende groei van individuele rechtsbescherming heeft voorts ook weer in diverse staten tegengeluiden opgeroepen over de te vergaande bemoeienis van de rechter met het openbaar bestuur.⁷ Hoewel de diverse landen daarvoor binnen hun eigen rechtstelsysteem een oplossing moeten vinden, vertonen de wegen waarlangs bestuursrechtelijke rechtsbescherming verloopt en de resultaten daarvan volgens Lubach sterk convergerende tendensen. Het Europese recht blijkt daarbij een belangrijke rol te vervullen.⁸

Convergerende tendensen zijn ook waarneembaar in het overheidsaansprakelijkheidsrecht van Europese staten. Van Dam laat dat zien in zijn uitgebreide rechtsvergelijkende studie naar het onrechtmatige daadsrecht in Europa. Daarbij speelt het Europese recht een niet te onderschatten rol.⁹ Ook het recente proefschrift van Van Roosmalen illustreert dit. Zij analyseert de ontwikkeling van het Engelse en het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht en toont aan dat beide systemen – hoewel ze zeer verschillende uitgangspunten kennen – met name door de invloed van het EG-recht en het EVRM convergeren.¹⁰

5 D.A. Lubach, *Convergerende tendensen in het Europees bestuursrecht (?)*, Preadvies NVvR, Deventer 2003, p. 237-279 (met verwijzing naar veel relevante bronnen).

6 Zie ook R.J.G.M. Widdershoven, *Naar een bestuurs(proces)rechtelijk ius commune in Europa*, Preadvies VAR, Alphen aan den Rijn 1996; R. Seerden & F. Stroink (eds.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Antwerpen: Intersentia 2002; J. Schwarze, *European administrative law*, London 2006.

7 Lubach 2003, p. 241-243.

8 Lubach 2003, p. 245-279.

9 C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2006 (met name hoofdstuk 18). Vgl. D. Fairgrieve, *State Liability in Tort, A Comparative Law Study*, Oxford 2003; J. Bell & A. Bradley (eds.), *Governmental Liability: A Comparative Study*, London 1991.

10 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, diss. Leiden, Den Haag 2007.

Hoe ver deze convergentie nu precies gaat en waar nog verschillen bestaan, gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Het gaat mij er alleen maar om hier – op basis van reeds eerder verricht onderzoek – expliciet te constateren dat het Europese recht bijdraagt aan deze convergentie.

2.3. *Uniformering binnen het nationale bestuursrecht*

Het Europese recht draagt ook bij aan uniformering binnen het nationale bestuursrecht. Buiten op een specifiek deelterrein gerichte regels, trekt het Europese recht zich waar het de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen betreft namelijk al weinig aan van grenzen tussen diverse delen van het nationale recht (straf-, civiel- of bestuursrecht), laat staan dat het zich veel gelegen laat liggen aan grenzen tussen deelterreinen van het bestuursrecht. Dit betekent voor het bestuursrecht dat de algemene (minimum)eisen die het EG-recht en het EVRM stellen aan de rechtsbescherming tegen de overheid alsmede aan de inrichting van het systeem van overheidsaansprakelijkheid in beginsel gelden voor alle deelterreinen daarvan.¹¹ Daarbij gaat het om diverse vereisten als effectieve rechtsbescherming, toegang tot de rechter, onafhankelijkheid en onpartijdigheid, eerlijke en openbare behandeling, beroepsgerechtigden, beroepstermijnen, verplichte procesvertegenwoordiging en rechtsbijstand, omvang van de toetsing, redelijke termijn, spoedprocedures, motivering en het aantal beschikbare instanties.¹²

Van de gelding van deze Europeesrechtelijke randvoorwaarden gaat daarmee – zeker in potentie – een bepaalde uniformerende werking uit. In ieder geval worden deelterreinen die niet aan de Europese minimumvereisten voldoen gedwongen zich daaraan aan te passen of daar niet (alsnog) onder te gaan zitten. Natuurlijk bestaat dan de ruimte een bovenminimale aanpak te kiezen, maar de ervaring leert dat vaak toch de Europese standaard wordt overgenomen of dat men zich daarop op zijn minst oriënteert. Een aantal voorbeelden ter illustratie.

Een klassiek voorbeeld van de uniformerende werking van het EVRM biedt de Benthem-uitspraak. Deze uitspraak leidde tot de afschaffing van het destijds nog voor bepaalde geschillen bestaande Kroonberoep wegens strijd met het vereiste van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van artikel 6 EVRM. Zij vormde de opmaat voor het in alle deelgebieden van het bestuursrecht invoeren van beroep op een rechterlijke instantie.¹³ Een ander voorbeeld biedt het vereiste van behandeling

11 Vgl. A.M.L. Jansen, *Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht*, Preadvies NVvR, Deventer 2004; J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen 2002; R.J.G.M. Widdershoven, De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak, *JBplus* 2006, p. 26-47.

12 Vgl. VAR-Commissie Rechtsbescherming (Commissie-Polak), *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: 2004, p. 47-66; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM, *TMA* 2006, p. 130-142.

13 EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland, *AB* 1986, 1, m.nt. Hirsch Ballin. Zie nader T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, 50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, Leiden 2000, p. 327-408.

binnen een redelijke termijn op grond van artikel 6 EVRM. Onder invloed van Europese jurisprudentie zien we dat de diverse Nederlandse bestuursrechters daar toewerken naar een uniform systeem voor het bepalen van de redelijkheid van de behandelingstermijn.¹⁴ Uniformerende invloed van artikel 6 EVRM was ook waarneembaar in het proces dat uiteindelijk heeft geleid tot het door de Afdeling bestuursrechtspraak loslaten van de gronden- en bewijstrechter tussen bezwaar en beroep.¹⁵ Een dergelijke invloed van artikel 6 EVRM zien we ook op het terrein van de bestuurlijke boetes. Daar is sprake van uniformering van waarborgen op diverse deelterreinen van het bestuursrecht, eerst via jurisprudentie en bijzondere regelingen en in de toekomst in het kader van de vierde tranche van de Awb. Tegelijkertijd zorgt artikel 6 EVRM er voor dat het klassieke strafrecht en het – naar goed Rotterdams gebruik zo te noemen – ‘bestuursstrafrecht’ wat deze waarborgen betreft in ieder geval niet te ver uit elkaar groeien.¹⁶

3. Bedreigingen voor de eenheid in de veellagige Europese rechtsorde

3.1. *Introductie*

Het Europese recht heeft echter niet alleen een uniformerende, eenheidsbevorderende werking, maar kan daaraan juist ook afbreuk doen. In mijn reeds aangehaalde Leidse oratie onderscheid ik ten minste vier bronnen van bedreiging van de eenheid en coherentie op het terrein van de rechtsbescherming, waaronder begrepen de overheidsaansprakelijkheid. Deze vier bronnen zal ik hierna behandelen aan de hand van een aantal voorbeelden.¹⁷

3.2. *Het Europese recht stelt bijzondere eisen aan de nationale rechtsbescherming*

Een eerste bron van bedreiging van die eenheid en coherentie vloeit voort uit het feit dat het Europese recht onder omstandigheden bijzondere eisen stelt aan nationale rechtsbescherming. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen het EG-recht en het EVRM. Beiden komen afzonderlijk aan de orde.

14 Zie daarover A.M.L. Jansen & D.W.M. Wenders, Kroniek van de redelijke termijn, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1091-1127.

15 Zie Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 133. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2004/05, 29 421, nr. 11, over de aanpassing van (de toelichting bij) art. 6:13 Awb.

16 A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Deventer 1998; C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, Balanceren op de magische lijn?*, diss. Maastricht, Den Haag: Sdu 2002; P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten, in: E. Ankaert e.a., *Europeesrechtelijke vereisten bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Alphen aan den Rijn 2006, p. 99-157.

17 Zie uitgebreider met meer voorbeelden Barkhuysen 2006, p. 11-29.

3.2.1. EG-recht

Op veel terreinen ontbreekt het de EG aan bevoegdheden om procesregels (geheel) te harmoniseren in welk geval het EG-recht zich blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het eerste gezicht relatief terughoudend lijkt op te stellen ten aanzien van de aan de nationale rechtsbescherming te stellen eisen.¹⁸ Leidend is het beginsel van procesrechtelijke autonomie, dat met name is ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie (de Rewe/Comet-jurisprudentie).¹⁹ Dit houdt in dat ten aanzien van EG-claims in beginsel het normale nationale procesrecht kan worden gebruikt. Daarmee respecteert het Hof nationale constitutionele en procesrechtelijke tradities. Wel geldt als voorwaarde dat deze procesrechtelijke regels voldoen aan de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming.²⁰

Daarop voortbouwend is het Hof van Justitie nog een stap verder gegaan en heeft het daadwerkelijk communautaire rechtsmiddelen gecreëerd die uniform en zonder tussenkomst van de nationale wetgever in het nationale recht moeten worden toegepast. Een voorbeeld daarvan bieden de uitspraken *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur*, waaruit volgt dat overheden onder bepaalde voorwaarden op nationaal niveau aansprakelijk moeten kunnen worden gehouden voor schendingen van het gemeenschapsrecht en dat schadevergoeding moet kunnen worden verkregen.²¹

Dit systeem impliceert dat het nationale recht moet voorzien in rechtsmiddelen waarmee de naleving van gemeenschapsrecht op nationaal niveau bij de rechter kan worden afgedwongen. Ook moet daar zo nodig schadevergoeding kunnen worden verkregen. Waar deze rechtsmiddelen ontbreken, moet de wetgever deze creëren of moet de rechter zoveel mogelijk het gat in de rechtsbescherming vullen. Op de nationale rechter wordt een extra druk gelegd nu het Hof van Justitie op vordering van de Commissie Italië in 2003 heeft veroordeeld wegens een stelselmatige schending van het EG-recht door de hoogste nationale rechter in dat land.²²

Deze op het eerste gezicht relatief terughoudende jurisprudentie van het Hof van Justitie houdt toch bedreigingen in voor de eenheid en coherentie van rechtsbescherming omdat het EG-recht, ondanks het uitgangspunt van de nationale procesrechtelijke autonomie, onder bepaalde omstandigheden voor zichzelf toch een voor-

18 Widdershoven 1996, p. 97-200; E.M. Vermeulen, *Nederlandse rechtsbescherming in communautaire context*, diss. Tilburg, Den Haag 2001; Jans e.a. 2002; M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, diss. Maastricht, Maastricht 2004.

19 HvJ EG 16 december 1977, Zaak 33/76, *Rewe*, *Jur.* 1976, p. 1989; HvJ EG 16 december 1976, Zaak 45/76, *Comet*, *Jur.* 1976, p. 2043.

20 HvJ EG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Johnston*, *Jur.* 1986, p. 1651; HvJ EG 15 oktober 1987, Zaak 222/86, *Heylens*, *Jur.* 1987, p. 1651, *AA* 1989, p. 288, m.nt. Timmermans; HvJ EG 3 december 1992, Zaak C-97/91, *Borelli*, *Jur.* 1992, p. I-6313.

21 HvJ EG 19 november 1991, Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich*, *Jur.* 1991, p. I-5357, *AB* 1994, 482, m.nt. FHvdB; HvJ EG 5 maart 1996, Gevoegde zaken C-46/93 en C-48-93, *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, *Jur.* 1996, p. I-1029, *AB* 1996, 249, m.nt. FHvdB.

22 HVJ EG 9 december 2003, Zaak C-129/00, Commissie t. Italië, *AB* 2004, 59, m.nt. RW, *JB* 2004/71 m.nt. MC.

keurspositie opeist. Als gevolg daarvan ontstaat het risico dat ten aanzien van zuiver nationaalrechtelijke claims voor de nationale rechter minder rechtsbescherming wordt geboden dan met betrekking tot claims gebaseerd op EG-recht. Een aantal voorbeelden ter illustratie.

Op grond van de uitspraak van het Hof van Justitie inzake Köbler uit 2003 moet op nationaal niveau ook vergoeding van schade kunnen worden verkregen die wordt veroorzaakt door schending van het gemeenschapsrecht door de nationale rechter.²³ Deze uitspraak stelt ons nationale recht voor problemen. De Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van onrechtmatige rechtspraak is tot nu toe namelijk zeer terughoudend. Slechts indien sprake is van een schending van zeer fundamentele rechtsbeginselen, zodanig dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onafhankelijke behandeling van een geschil, wordt volgens vaste jurisprudentie aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak aangenomen.²⁴ Reden hiervoor is dat het met name vanwege de rechtszekerheid onwenselijk wordt geacht wanneer geschillen, nadat deze tot in hoogste instantie zijn uitgeprocedeerd, in het omhulsel van een onrechtmatigedaadsactie tegen de staat opnieuw aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Dit is overigens een argument dat voor het Hof van Justitie in de zaak Köbler wel werd aangevoerd, maar waarvoor het Hof zich niet gevoelig betoonde in zijn wens om de effectieve werking van het gemeenschaprecht te verzekeren. De Köbler-uitspraak eist nu een aanpassing van de terughoudende nationale jurisprudentie: deze moet zodanig worden bijgesteld dat kennelijke schendingen van gemeenschapsrecht door de nationale rechter tot aansprakelijkheid van de staat kunnen leiden.²⁵

Dat de eenheid en coherentie van de rechtsbescherming als gevolg van de Köbler-uitspraak onder druk komt te staan is evident. Immers, ten aanzien van kennelijke schendingen van EG-recht door de nationale rechter moet aansprakelijkheid van de staat worden aangenomen, terwijl deze eis niet geldt ten aanzien van schending van zuiver nationaalrechtelijke bepalingen en van veel EVRM-bepalingen. Dit is des te opvallender omdat veel – zo niet de meeste – bepalingen van EG-recht een fundamenteel, laat staan grondrechtelijk, karakter ontberen en veelal op een lijn kunnen worden gesteld met normale nationale regelgeving, zoals bijvoorbeeld op het terrein van de belastingen of het omgevingsrecht. De nationale rechter die beide aansprakelijkheidsregimes moet toepassen raakt daarmee in een lastig parket. Hoe immers deze ongelijke behandeling te rechtvaardigen, zeker in zaken waarin het rechtsbelang beschermd door de regel van EG-recht minder groot is dan het rechtsbelang beschermd door het nationale recht of het EVRM? Ook vanuit het perspectief van de rechtszoekende is dit om dezelfde reden problematisch. Daar komt bij

23 HvJ EG 30 september 2003, Zaak C-244/01, Köbler, AB 2003, 429, m.nt. RW, JB 2004/41 m.nt. MC.

24 Vaste jurisprudentie sinds HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, m.nt. GJS. Vgl. HR 29 april 1994, NJ 1995, 727, met noten CJHB en EAA.

25 Dit wordt onderstreept door HvJ EG 13 mei 2006, Zaak C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA, AB 2006, 248, m.nt. Steyger. Zie daarover R. Ortlep, Het arrest Traghetti en een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, NTER 2006, p. 227-230.

dat als gevolg van deze uitspraak ook het, in ieder geval vanuit nationaal perspectief weliswaar terecht niet kritiekloos gebleven,²⁶ maar wel goed verdedigbare uitgangspunt van zeer beperkte aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak onder druk komt te staan.²⁷ Een belangrijk verstorend bijeffect is voorts dat de burgerlijke rechter in Nederland zich ook moet gaan buigen over mogelijke schendingen van het EG-recht door de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven en dat de Hoge Raad zich moet gaan buigen over door hemzelf veroorzaakte schendingen van gemeenschapsrecht.²⁸

Ook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin het de nationale procesrechtelijke autonomie benadrukt, vloeien bedreigingen voor de eenheid en coherentie van de rechtbescherming voort. In het kader van deze jurisprudentie is de zogenaamde 'bevoegdheid is verplichting'-doctrine ontwikkeld. Deze houdt in dat daar waar het bestuur of de rechter in het nationale recht een bepaalde discretionaire procesrechtelijke bevoegdheid heeft, er een verplichting bestaat deze te gebruiken met betrekking tot vorderingen gebaseerd op het gemeenschapsrecht.²⁹ Zo beoogt het Hof van Justitie met behoud van de nationale procesrechtelijke autonomie de effectieve doorwerking van het EG-recht optimaal te bevorderen.

In de uitspraak Kühne & Heitz uit 2004 past het Hof van Justitie deze doctrine toe in een Nederlandse zaak. Het maakt daarin van de *bevoegdheid* van het bestuur om een na uitputting van alle beschikbare rechtsmiddelen onaantastbaar geworden besluit te heroverwegen, een *verplichting* wanneer EG-recht in het spel is.³⁰ Uitgangspunt naar Nederlands recht is dat besluiten van het bestuur na het ongebruikt laten verstrijken van een bezwaar- of beroepstermijn of nadat daartegen vergeefs tot in hoogste rechterlijke instantie is opgekomen, in beginsel onaantastbaar worden. Deze besluiten krijgen, met andere woorden, formele rechtskracht.³¹ De ratio hiervan is vergelijkbaar met die van het kracht van gewijsde van rechterlijke uitspraken: eens moet zo definitief mogelijk kunnen worden vertrouwd op de rechtmatigheid van een besluit, bijvoorbeeld omdat er, zoals in het geval van een bouwvergunning, letterlijk op gebouwd moet kunnen worden. In het verlengde hiervan ligt artikel 4:6

26 Vgl. met nadere verwijzingen V. van den Brink, Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, *NJB* 2000, p. 789-795 en recent V.V.R. van Bogaert, *De rechter beoordeeld*, diss. Groningen, Antwerpen/Apeldoorn 2005.

27 Zeer kritisch is P.J. Wattel, Köbler, Cilfit and Weltgrove: We can't go on meeting like this, *CMLR* 2004, p. 177-190. Vgl. ook P.J. Wattel, Staatsaansprakelijkheid voor EG-rechtelijk onrechtmatige hoogste rechtspraak, *WPNR* 2003, p. 840-845.

28 Vgl. Widdershoven e.a. 2007, p. 164-165.

29 Vgl. J.H. Jans, *Doorgeschooten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, oratie Groningen, Groningen 2005, p. 9.

30 HvJ EG 13 januari 2004, Zaak C-453/00, Kühne & Heitz, *AB* 2004, 58, m.nt. RW, *JB* 2004/42 m.nt. NV. Vgl. daarover T. Barkhuysen & H.M. Griffioen, Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie, De zaak Kühne & Heitz nader beschouwd, *NJB* 2004, p. 2132-2140.

31 Zie nader Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag 2005, p. 586-590 en p. 669-680; N. Verheij, *Relatief onaantastbaar*, oratie Maastricht, n.g. 2005.

Awb, dat bestuursorganen toestaat om een verzoek om terug te komen van een besluit dat formele rechtskracht heeft simpelweg af te wijzen onder verwijzing naar dat eerdere besluit indien er geen nieuwe feiten en omstandigheden aan dat heroverwegingsverzoek ten grondslag liggen. Het bestuur is alleen verplicht inhoudelijk te heroverwegen wanneer er nova worden gesteld waarmee wordt bedoeld op nieuwe of nieuw gebleken informatie die niet eerder had kunnen worden ingebracht en waarvan niet op voorhand vaststaat dat deze geen afbreuk kan doen aan het oorspronkelijke besluit. Nieuwe rechtspraak waarin terzake van een besluit met formele rechtskracht toegepaste rechtsregels een andere uitleg krijgen, wordt volgens vaste jurisprudentie niet als novum aangemerkt en impliceert dus geen heroverwegingsplicht.³² Het bestuur is anderzijds ook wanneer er geen nova aan de orde zijn, wel steeds bevoegd om terug te komen op een besluit met formele rechtskracht. Daarvan wordt echter vanwege de rechtszekerheid in de regel slechts spaarzaam gebruik gemaakt. Verder kan de weigering te heroverwegen in zaken waarin geen nova aan de orde zijn in feite ook niet in rechte worden aangetast. Dit geldt temeer nu de Centrale Raad van Beroep, in navolging van de Afdeling bestuursrechtspraak, dergelijke weigeringen in stand lijkt te laten, zelfs wanneer dat zou leiden tot het van kracht blijven van een evident onredelijk besluit.³³

Het Hof van Justitie knoopt in de zaak Kühne & Heitz aan bij de bestuursbevoegdheid om ondanks het ontbreken van nova toch te heroverwegen en maakt daar onder bepaalde voorwaarden een heroverwegingsverplichting van. Van een dergelijke verplichting is sprake indien er tegen het oorspronkelijke besluit tot de hoogste nationale instantie is doorgeprocedeerd, deze instantie geen prejudiciële vraag heeft gesteld aan het Hof van Justitie, de uitspraak van de nationale instantie naar blijkt uit latere jurisprudentie van dit Hof berust op een onjuiste interpretatie van het EG-recht en de betrokkene onmiddellijk na kennisname van de latere uitspraak een verzoek om heroverweging heeft ingediend.

Weliswaar zijn dit relatief zware eisen voor het aannemen van een heroverwegingsverplichting, maar hoe dan ook kan worden geconstateerd dat het Hof van Justitie met deze uitspraak het EG-recht, en met name zijn eigen uitspraken, een voorkeurspositie geeft boven het nationale recht, boven uitspraken van de hoogste nationale rechters en zelfs boven het EVRM en uitspraken van het EHRM. Ten aanzien van deze laatste geldt immers nog steeds geen verplichting tot heroverweging, maar slechts een bevoegdheid. Dit kan leiden tot – gelet op de betrokken rechtsbelangen – moeilijk te rechtvaardigen verschillen in processuele behandeling. Dit blijkt al uit de zaak Kühne & Heitz zelf waarin het nota bene ging om een geschil over de uitleg van een gemeenschapsrechtelijke belastingregel met betrekking tot kippen. Daarmee komt de eenheid en coherentie van de rechtsbescherming onder druk te staan.

32 CRvB 18 december 1997, *AB* 1998, 124 m.nt. HBr (malus II); CRvB 15 januari 1998, *AB* 1998, 188.

33 ABRvS 4 april 2003, *AB* 2003, 315 m.nt. BPV; CRvB 4 december 2003, *AB* 2004, 125 m.nt. HBr. Vgl. A.T.Marseille, Verzoeken om heroverweging van rechtens onaantastbaar geworden besluiten in Nederland en Duitsland, *JBplus* 2006, p. 162-174.

De bijzondere eisen van het gemeenschapsrecht aan de nationale rechtsbescherming hebben daarmee niet direct gevolgen voor zuiver nationaalrechtelijke of EVRM claims, maar brengen, zoals de voorbeelden laten zien, wel het risico met zich van omgekeerde (processuele) discriminatie. Dat wil zeggen dat het streven van het Hof van Justitie naar het voorkomen van discriminatie van EG-claims en effectieve rechtsbescherming terzake, in bepaalde gevallen kan leiden tot achterstelling van niet op dat recht gebaseerde claims, een achterstelling die vaak niet of moeilijk te rechtvaardigen is. Daar komt nog bij dat de overheid zich in bepaalde geschillen met particulieren ten aanzien van EG-recht kan beroepen op de eis van effectieve doorwerking van gemeenschapsrecht om zo, normaal gesproken ter bescherming van partijen geldende, procesrechtelijke regels opzij te zetten. Zo is er, hoewel er op veel terreinen formeel sprake is van procedurele autonomie, in feite een procedurele voorrang van EG-recht gecreëerd waarmee vaak nationale procesrechtelijke tradities onder druk worden gezet, tradities die soms dienen ter bescherming van de rechtszekerheid van betrokken partijen. Dat laatste laat ook zien dat het rechtsbeschermingsniveau zoals gesuggereerd door het Hof van Justitie ten aanzien van EG-claims niet simpelweg als hoger en daarmee als beter en navolgenswaardig kan worden gekwalificeerd. Het Hof van Justitie heeft zich daarbij tot op heden niet erg gevoelig getoond voor de nadelige effecten hiervan voor de eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de lidstaten.³⁴

3.2.2. EVRM

Ook het EVRM stelt eisen aan de nationale rechtsbescherming ten aanzien van EVRM-rechten, maar deze zijn bescheidener dan onder het EG-recht. Het EHRM richt zich daarbij – kort gezegd – nog sterker op het resultaat: schendingen van het EVRM in de nationale rechtsorde moeten worden voorkomen en als ze toch optreden moeten aan de betrokkenen op grond van artikel 13 EVRM rechtsmiddelen op nationaal niveau ter beschikking staan om deze schending te redresseren. Door toezicht te houden op het bestaan van deze nationale rechtsmiddelen en de verplichting op grond van artikel 35 EVRM om beschikbare effectieve nationale rechtsmiddelen te gebruiken wordt voorkomen dat zaken direct aan het EHRM worden voorgelegd. Daardoor kan het Straatsburgse Hof een subsidiaire rol spelen. Op

34 Daarvoor waarschuwen o.m. ook W. van Gerven, Bridging the gap between community and national laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies, *CMLR* 1995, p. 679-702; F. Schoch, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrecht, *Juristenzeitung* 1995, p. 109-123; I.C. van der Vlies, Rechtseenheid als monoliet of open constructie, *AA* 1996, p. 293-300; K. Lenaerts, Prejudiciële uitlegging van gemeenschapsrecht met het oog op toepassing van nationaal recht, in: D.C. Buijs (red.), *Mok-Aria*, Deventer 2002, p. 173-183; J.S. Delicostopoulos, Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems, *ELJ* 2003, p. 599-613; Wattel 2003, p. 845; J. Komárek, Federal elements in the community judicial system: building coherence in the community legal order, *CMLR* 2005, p. 9-34; Jans 2005.

grond van artikel 13 EVRM heeft het Hof een pakket eisen aan de nationale rechtsbescherming geformuleerd.³⁵

Desalniettemin vloeien er uit artikel 13 EVRM bedreigingen voort voor de eenheid en coherentie van rechtsbescherming zoals de uitspraak van het EHRM in de zaak Kudla tegen Polen laat zien. Daaruit volgt dat er op grond van artikel 13 EVRM ten aanzien van overschrijdingen van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de rechter op nationaal niveau rechtsbescherming moet bestaan. Daarbij kan worden gedacht aan schadevergoeding, maar ook aan meer preventieve rechtsmiddelen.³⁶ Eerder was het EHRM altijd zeer terughoudend met het stellen van eisen aan de nationale rechtsbescherming ten aanzien van schendingen van het EVRM door de rechter. Reden om deze eis te stellen is de enorme hoeveelheid zaken over trage rechtspraak die in Straatsburg ligt te wachten op behandeling. Het EHRM denkt dat aantal met deze nieuwe eis terug te kunnen brengen. Ondanks belangrijke aanzetten van de Centrale Raad van Beroep ontbreekt deze rechtsbescherming nog in Nederland, onder meer vanwege de hiervoor geschetste terughoudende jurisprudentie over onrechtmatige rechtspraak.³⁷

Wat daarvan ook zij, er moet nu in Nederland een rechtsmiddel worden gecreëerd ten aanzien van schendingen van de redelijke termijn door de rechter.

Daarvoor valt op zich veel te zeggen, maar het roept vanuit het oogpunt van eenheid en coherentie van rechtsbescherming wel meteen de vraag op waarom dat alleen zou moeten ten aanzien van de redelijke termijn. Waarom alleen dat aspect van de eisen die op grond van het EVRM aan het rechterlijk handelen of nalaten worden gesteld? En als we de eisen van deze EHRM-uitspraak inzake Kudla combineren met die van het Hof van Justitie in de zaak Köbler ontstaat een nog complexere situatie. Bij de Kudla-aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak wegens overschrijding van de redelijke termijn geldt immers niet de Köbler-eis dat er sprake moet zijn van een kennelijke schending.

Ook artikel 6 EVRM stelt eisen aan de nationale rechtsbescherming en daar doet zich een deels vergelijkbare problematiek voor.³⁸ Dit artikel – en meer precies lid 1 daarvan – eist om te beginnen ten aanzien van geschillen over ‘civil rights and obligations’ toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige nationale rechter die binnen een redelijke termijn een bindende uitspraak doet. Onder het toepassingsbereik daarvan vallen vrijwel alle geschillen over – kort gezegd – op geld waardeerbare kwesties.

Hoewel deze net zo goed op geld waardeerbaar zijn, heeft het EHRM geschillen ten aanzien van de toelating van vreemdelingen, ambtenaren die typisch publieke

35 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad 1998.

36 EHRM 26 oktober 2000, Kudla t. Polen, AB 2001, 275 m.nt. LV; NJ 2001, 594 m.nt. EAA; NJCM-Bulletin 2001, p. 71 e.v., m.nt. Barkhuysen. Zie ook de nadere uitleg in EHRM 11 september 2002, Mifsud t. Frankrijk, EHRC 2002, 92 m.nt. A.M.L. Jansen; EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië, AB 2006, 294 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

37 Vgl. CRvB 8 december 2004, AB 2005, 73 m.nt. HBr, USZ 2005, 56 m.nt. Barkhuysen.

38 Vgl. over art. 6 EVRM o.a. Jansen 2004.

taken verrichten en belastingen (met uitzondering van fiscale boetes) buiten het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM gehouden.³⁹ Vanuit het EVRM bezien bestaat er in dit soort kwesties dus geen recht op toegang tot de rechter die aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet. Wanneer echter vanuit het rechtsbelang wordt geredeneerd dat voor een betrokkene op het spel staat, is deze uitzondering vrijwel niet te rechtvaardigen.

Nu gaat het hier slechts om een potentiële bedreiging van de eenheid en coherentie van rechtsbescherming, die bovendien waar het de EVRM-rechten betreft deels wordt gecompenseerd door de werking van artikel 13 EVRM. De Nederlandse wetgever heeft er, gebruikmakend van zijn vrijheid onder artikel 53 EVRM om meer bescherming te bieden dan het EVRM vereist, namelijk voor gekozen om ook toegang tot de rechter te bieden in de door het EHRM van de werking van artikel 6 EVRM uitgezonderde geschillen. Het EVRM laat echter wel de mogelijkheid dat de wetgever daarvan terugkomt en bovendien laat de jurisprudentie van, bijvoorbeeld, de Centrale Raad van Beroep voorbeelden zien van zaken waarin ambtenaren het recht wordt ontzegd op een procedure binnen een redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM.⁴⁰

Artikel 6 EVRM (leden 1, 2 en 3) en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM en nationale rechters stellen extra eisen aan de rechtsbescherming als er sprake is van een 'criminal charge'.⁴¹ Daarbij moet worden gedacht aan een volle toets op de evenredigheid van een sanctie en strengere eisen ten aanzien van de feitenvaststelling. Bovendien geldt onder meer een zwijgrecht zodat personen niet gedwongen worden aan hun veroordeling mee te werken. Een 'criminal charge' is niet alleen aan de orde als er sprake is van een serieuze strafvervolgning naar nationaal recht met een procedure voor de strafrechter. Het EHRM neemt aan dat daarvan ook sprake is wanneer er een zeer lichte bestuurlijke boete is opgelegd. Benaderen we dit systeem vanuit de optiek van eenheid en coherentie van rechtsbescherming, dan komt de vraag op hoe te rechtvaardigen dat een lichte bestuurlijke boete voorwerp is van zeer strikte rechtsbescherming en, bijvoorbeeld, het verbeuren van een dwangsom van 100.000 Euro wegens het bouwen van een kantoor in strijd met het bestemmingsplan alleen de 'normale' rechtsbescherming geniet van de 'civil rights and obligations'-poot van artikel 6 EVRM. Nog schrijnender wordt het wanneer hier de vergelijking met de vreemdeling zou worden gemaakt die in het geheel geen artikel 6 EVRM bescherming geniet. Verder lijkt het er soms op dat de wetgever bepaalde zeer ingrijpende maatregelen bewust bestuursrechtelijk en niet strafrechtelijk regelt en daarbij ook nog eens betoogt dat deze niet 'criminal' van aard zijn om

39 EHRM 8 december 1999, Pellegrin t. Frankrijk, AB 2000, 195 m.nt. LV; NJ 2001, 131 m.nt. EAA (ambtenaren); EHRM 5 oktober 2000, Maaouia t. Frankrijk, AB 2001, 80 m.nt. Battjes; NJ 2002, 424 (vreemdelingen); EHRM 12 juli 2001, Ferrazzini t. Italië, AB 2004, 400 m.nt. TB, NJ 2004, 435 m.nt. EAA (belastingen).

40 CRvB 11 december 2003, JB 2004, 88, m.nt. AMLJ.

41 Vgl. T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, Preadvies VAR, Den Haag 2004, p. 61-64 met nadere verwijzingen.

zo bepaalde waarborgen te omzeilen. Een recent voorbeeld daarvan biedt het voorstel van de Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid op grond waarvan, onder meer, is voorzien in objects-, persoons- en gebiedsverboden, meldplichten en de mogelijkheid om de aanvraag van diverse begunstigende beschikkingen af te wijzen dan wel dergelijke beschikkingen in te trekken.⁴²

Gelet op de spanning die de huidige uitleg en toepassing veroorzaakt in het systeem van rechtsbescherming heeft Den Houdijker in haar recente preadvies voor de Jonge VAR, deels in navolging van Blomberg in haar VAR-preadvies, terecht het EHRM en de nationale rechter en wetgever opgeroepen om – anders dan nu gebeurt – te gaan differentiëren en de eisen van rechtsbescherming meer af te stemmen op de aard en zwaarte van het geschonden rechtsbelang in kwestie.⁴³ Het navolgen van hun suggesties zou kunnen bijdragen aan het herstel van eenheid en coherentie van rechtsbescherming op dit terrein. De recente uitspraak van het EHRM in de zaak Jussila t. Finland lijkt daarvoor een eerste opening te bieden.⁴⁴

3.3. *Uiteenlopende nationale en Europese rechtsbescherming*

Een tweede bron van spanning voor de eenheid en coherentie van rechtsbescherming is het verschil dat bestaat tussen het niveau van rechtsbescherming dat wordt geboden door de hoogste nationale rechters en de rechtsbescherming die wordt geboden op het Europese niveau. Dit is met name aan de orde met betrekking tot de verhouding tussen de Straatsburgse en de nationale procedure. Voordat in Straatsburg kan worden geprocedéerd moeten immers altijd de beschikbare nationale procedures worden benut.

Een voorbeeld daarvan zijn de verschillen in de wijze van toetsing in asielzaken tussen het EHRM en de Afdeling bestuursrechtspraak.

De Afdeling toetst in deze zaken kort gezegd marginaal of de feitenvaststelling door de Minister van Vreemdelingenzaken en Integratie door de beugel kan. Deze toets heeft een *ex tunc* karakter. Dat wil zeggen dat wordt gekeken naar de feitelijke omstandigheden zoals deze waren ten tijde van de uitspraak van de rechtbank (die wel *ex nunc* mag toetsen). Verder houdt de Afdeling geen rekening met bewijsmateriaal dat de vreemdeling in een eerdere fase van de procedure naar voren had kunnen brengen en kent zij overwegende waarde toe aan ambtsberichten van het ministerie van Buitenlandse Zaken.⁴⁵

42 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566, nr. 1-4. Zie daarover kritisch C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?, *NJB* 2006, p. 2522-2530.

43 F.M.J. den Houdijker, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?*, *Preadvies Jonge VAR*, Den Haag 2006; A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM-grenzen*, *Preadvies VAR*, Den Haag 2004, p. 187-188. In deze zin ook Adriaanse e.a. 2006.

44 EHRM 23 november 2006, *AB* 2007, 51 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

45 Zie daarover met uitgebreide verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur T.P. Spijkerboer & B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, Nijmegen 2005, p. 203-313.

Het EHRM kiest een voor het bestuur veel strengere benadering wanneer het, zoals in veel asielzaken, gaat om een mogelijke schending van zeer fundamentele rechten als het recht op leven en het verbod van foltering.⁴⁶ In dit soort zaken vindt een intensieve toets van de feitenvaststelling plaats. Verder is er als de betrokken persoon nog niet is uitgezet sprake van een toetsing *ex nunc*, zodat ook feitelijke omstandigheden van na de uitspraak van de rechtbank en Afdeling kunnen worden meegenomen. Ten slotte schroomt het Hof niet om kennis te nemen van diverse vormen van bewijsmateriaal ongeacht of dit al dan niet eerder in de nationale procedure had kunnen worden ingebracht. In de recente zaak N. tegen Finland reisde zelfs een delegatie van het EHRM naar Finland om de betrokken asielzoeker nader te horen.⁴⁷

Dit verschil in wijze van toetsing kan leiden tot (extra) verschillen in de oordelen van de Afdeling bestuursrechtspraak en het EHRM over de rechtmatigheid van een uitzetting. Het zet bovendien veel asielzoekers aan om door te procederen in Straatsburg. In de praktijk doet dit effect zich ook voor. Dit blijkt onder meer uit de zaak Said waarin Nederland is veroordeeld voor een schending van artikel 3 EVRM wegens de voorgenomen uitzetting van een asielzoeker naar Eritrea en de vele andere vreemdelingenrechtelijke zaken die op de Straatsburgse rol staan.⁴⁸ Deze uitspraak gaf de Afdeling geen aanleiding haar jurisprudentie aan te passen. Wel werd de eigen benaderingswijze uitvoerig gemotiveerd om te concluderen dat deze in overeenstemming met het EVRM zou zijn.⁴⁹ Daarna volgde echter wederom een veroordeling van Nederland wegens een schending van artikel 3 EVRM in een asielzaak waarbij het EHRM nog scherper dan daarvoor benadrukte dat zijn toetsingswijze afwijkt van die van de Afdeling.⁵⁰

De opstelling van het EHRM is vanuit de aard van de betrokken rechtsbelangen goed te verdedigen maar roept toch vragen op. Om te beginnen leidt een en ander tot een aantasting van de eenheid en coherentie van de rechtsbescherming. Vanuit dat oogpunt ligt het namelijk juist voor de hand er voor te zorgen dat op het nationale niveau op zijn minst hetzelfde niveau van rechtsbescherming wordt geboden als in Straatsburg. Dit betekent dat de Afdeling bestuursrechtspraak haar overigens mede door de Vreemdelingenwet 2000 ingegeven toetsing moet aanpassen aan de wijze waarop Straatsburg toetst of omgekeerd.⁵¹ In dat kader is voorts de vraag van

46 Vgl. Barkhuysen 2004, p. 44-45 en p. 101.

47 EHRM 26 juli 2005, N. t. Finland, AB 2005, 370, m.nt. BPV & HBa.

48 EHRM 5 juli 2005, Said t. Nederland, AB 2005, 369 m.nt. HBa & BPV, JV 2005, 304 m.nt. TS, NJCM-Bulletin 2005, p. 831 e.v. m.nt. Van Bennekom.

49 ABRvS 15 juni 2006, AB 2006, 295 m.nt. Battjes.

50 EHRM 11 januari 2007, Salah Sheekh t. Nederland, AB 2007, 76 m.nt. Vermeulen.

51 De hiervoor aangehaalde annotatoren wijzen daar ook op in hun noten onder de uitspraak van het EHRM inzake Said, zij het dat geen van hen lijkt te kiezen voor een bijstelling van het Straatsburgse niveau van rechtsbescherming aan het huidige Nederlandse niveau. K.F. Bolt, *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht*, diss. Groningen, Den Haag 2005, p. 213-250, pleit voor een aanpassing in de richting van Straatsburg waar het betreft de *ex nunc*-toetsing. Vgl. ook Barkhuysen, Damen e.a. 2007.

belang of het Straatsburgse Hof zijn eigen mogelijkheden om de feiten vast te stellen niet overschat, zeker wanneer het net als de nationale rechter jaarlijks vele duizenden zaken inhoudelijk moet afhandelen. Opmerkelijk is overigens dat het EHRM in de beide zaken geen schending van artikel 13 EVRM constateerde waarmee het eigenlijk het signaal afgeeft dat de nationale rechtsbescherming adequaat is. Een en ander doet – zoals onder anderen Battjes en Vermeulen terecht constateren – afbreuk aan het subsidiaire karakter van de Straatsburgse procedure en het Hof loopt daarmee extra risico op een aanzienlijke verhoging van de werklast.⁵²

Een ander terrein waarop een zeker gevaar bestaat van verstoring van de eenheid en coherentie van rechtsbescherming is dat van de schadevergoeding. Het EHRM kan bij een geconstateerde schending van het EVRM de klager op grond van artikel 41 EVRM een schadevergoeding toekennen. De nationale rechter kan en moet dat op grond van artikel 13 EVRM in zekere zin ook en kan daarmee voorkomen dat een klager doorprocedeert in Straatsburg.

Daarbij is het van groot belang dat de nationale rechter zich oriënteert op de Straatsburgse schadevergoedingspraktijk en op zijn minst even ruimhartig is als het EHRM. Het Straatsburgse Hof hanteert namelijk de lijn dat een klager die op nationaal niveau naar aanleiding van een daar geconstateerde schending van het EVRM een schadevergoeding krijgt die duidelijk ontoereikend is in het licht van zijn eigen standaarden, bij het EHRM verder kan procederen ter verkrijging van een aanvullende vergoeding. Een mooi voorbeeld daarvan biedt de uitspraak inzake Scordini t. Italië over vergoeding van materiële en immateriële schade voor overschrijding van de redelijke termijn.⁵³

Oriënteert de nationale rechter zich niet op Straatsburg, dan is de kans groot dat betrokkenen onder het motto ‘niet geschoten is altijd mis’ zullen proberen bij het EHRM meer schadevergoeding te verkrijgen. Dat geldt ten aanzien van schendingen van het redelijke termijnvereiste, maar ook van andere EVRM-rechten. Daarbij lijkt met name de Straatsburgse praktijk met betrekking tot de vergoeding van immateriële schade relevant. Het Hof benadrukt geregeld – onder meer onder verwijzing naar artikel 13 EVRM – dat er op nationaal niveau een effectieve procedure moet bestaan om dit soort schade vergoed te krijgen.⁵⁴ Een en ander vereist anderzijds van het Straatsburgse Hof dat het meer dan nu inzicht geeft in zijn eigen schadevergoedingsbeleid onder artikel 41 EVRM. Dat gebeurt nu nog te weinig terwijl de jurisprudentie van het Hof op dit vlak vaak erg casuïstisch en onvoldoende gemotiveerd is.

Ook omgekeerd moet Straatsburg zich, al dan niet via de procesvertegenwoordigers van de staat, meer oriënteren op de Nederlandse schadevergoedingspraktijk, omdat aldaar in het gelijk gestelde klagers anders een nationale vervolprocedure starten om alsnog adequate schadevergoeding te krijgen. Dit laatste moet gezien de daarmee gepaard gaande tijd en moeite zoveel mogelijk worden voorkomen. Een

52 Zie de reeds aangehaalde noot van Vermeulen en Battjes in *AB* 2005, 369.

53 EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië, *AB* 2006, 294 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

54 Vgl. EHRM 17 maart 2005, Bubbins t. Verenigd Koninkrijk.

recent arrest van de Hoge Raad in de zaak post-Van Mechelen onderstreept het belang hiervan: anders dan sommigen hadden verwacht, blijkt daaruit dat het feit dat het EHRM in het kader van artikel 41 EVRM al oordeelde over de schadevergoeding een nadere nationale compensatie op grond van artikel 6:162 BW niet uitsluit.⁵⁵

Ten slotte kan worden gewezen op de mogelijke spanning tussen de manier waarop het EHRM toetst of een verdragsstaat heeft voldaan aan zijn uit artikel 2 EVRM voortvloeiende verplichting om burgers tegen bedreigingen van hun leven te beschermen en de formele rechtskracht van bepaalde vergunningen als gevolg waarvan de nationale rechter in bepaalde gevallen eventuele fouten bij de vergunningverlening niet meer in zijn beoordeling kan betrekken. Een voorbeeld daarvan biedt de uitspraak van de Haagse rechtbank in de Enschedese vuurwerkkrampzaak, waarin eventuele schade veroorzaakt door de vergunning vanwege de regel van formele rechtskracht niet meer aan de orde kon komen.⁵⁶ Wanneer een dergelijke zaak naar Straatsburg zou worden gebracht, zou het EHRM zich met het oog op de effectieve bescherming van verdragsrechten waarschijnlijk niets gelegen laten liggen aan het – procedurele – leerstuk van de formele rechtskracht, zeker waar het recht van artikel 2 EVRM aan de orde is. Het Hof zou los daarvan beoordelen of de staat als geheel een verwijt zou kunnen worden gemaakt, waarbij ook fouten terzake van de vergunningverlening en de inhoud daarvan kunnen worden betrokken.⁵⁷ Het is beter wanneer de Nederlandse rechter daarmee rekening zou houden bij zijn toetsing.

3.4. *Tegenstrijdige eisen op grond van het EG-recht en het EVRM*

Een derde bron van bedreiging van de eenheid en coherentie van rechtsbescherming is de mogelijke tegenstrijdigheid tussen de eisen op grond van het EG-recht en de eisen op grond van het EVRM. Lawson heeft in zijn proefschrift aandacht gevraagd voor het probleem dat de EG formeel niet direct is gebonden aan het EVRM en het Hof van Justitie niet onderworpen is aan de rechtsmacht van het EHRM. Daardoor ontstaat het gevaar van het uiteenlopen van het niveau van mensenrechtenbescherming tussen Straatsburg en Luxemburg.⁵⁸

Dit kan ook op het terrein van de rechtsbescherming tot complexe situaties leiden. Een voorbeeld daarvan biedt de Emesa-zaak waarin de Haagse rechtbank prejudiciële vragen had gesteld aan het Hof van Justitie. De betrokken partij wordt door het Hof van Justitie echter niet in de gelegenheid gesteld om te reageren op de conclusie van de Luxemburgse Advocaat-Generaal. Een beroep op de Borgers-

55 HR 18 maart 2005, *NJ* 2005, 201 m.nt. EAA. Vgl. ook HR 31 oktober 2003, *NJ* 2005, 196, m.nt. EAA (post-Lorsé).

56 Rb. Den Haag, Sector Civiel, 24 december 2003, *JB* 2004/69 m.nt. Albers, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 698-722, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

57 Vgl. EHRM 30 november 2004, Öneriyildiz t. Turkije II, *AB* 2005, 43 m.nt. Woltjer, *NJ* 2005, 210 m.nt. EAA. Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving, *O&A* 2005, p. 76-88.

58 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen*, diss. Leiden, Deventer 1999.

jurisprudentie van het EHRM⁵⁹ waaruit volgt dat artikel 6 EVRM een dergelijke mogelijkheid wel eist, mocht niet baten.⁶⁰

De Haagse rechtbank raakte daardoor in een lastig parket. Op grond van het EG-recht moest het enerzijds rekening houden met de op deze conclusie van de AG gebaseerde uitspraak van het Hof van Justitie. Artikel 6 EVRM stond daaraan anderzijds in de weg.

In het belang van de eenheid en coherentie van rechtsbescherming verdient het de voorkeur dat dergelijke verschillen niet bestaan, hetgeen zou kunnen worden verzekerd indien de EG/EU partij wordt bij het EVRM. Daarvoor bestaat temeer aanleiding nu het EHRM een klacht van Emesa niet-ontvankelijk verklaarde en daarbij de principiële kwestie uit de weg ging.⁶¹

Een voorbeeld van een ander probleem op dit punt is dat het EHRM de duur van de beantwoording van prejudiciële vragen niet meetelt bij het beantwoorden van de vraag of een nationale rechterlijke procedure binnen een redelijke termijn is afgerond.⁶² Het is de vraag of dat een aanvaardbaar resultaat is. Het praktische belang van deze kwestie wordt ondertussen steeds groter nu prejudiciële procedures steeds langer duren.⁶³

3.5. *Het versnipperde stelsel van nationale rechtsbescherming*

Een vierde en laatste bron van bedreiging vormt het versnipperde stelsel van nationale rechtsbescherming. In het bestuursrecht zijn maar liefst vier hoogste rechters actief.

Als gevolg daarvan is het risico groter dat binnen de nationale rechtsorde afhankelijk van het soort zaak en de daarvoor competente rechter verschillende uitleg en toepassing wordt gegeven aan nationale maar ook aan Europeesrechtelijke procesregels.⁶⁴

Zo was er bijvoorbeeld sprake van een verschillende benadering van het vraagstuk van de ambtshalve toetsing aan het EG-recht, waar de lijn van de belastingkamer van de Hoge Raad afweek van die van de Afdeling bestuursrechtspraak.⁶⁵ De CRvB ging op zijn beurt anders dan de overige bestuursrechters weer over tot

59 EHRM 30 oktober 1991, *Borgers t. België*, NJ 1992, 73 met noten EAA en ThWvV.

60 HvJ EG, 4 februari 2000, *Emesa Sugar NV*, AB 2000, 101 m.nt. FHvdB, NJ 2001, 75 m.nt. DA.

61 EHRM 13 januari 2005, *Emesa Sugar NV t. Nederland*, EHRC 2005, 42 m.nt. Gerards.

62 EHRM 26 februari 1998, *Pafitis t. Griekenland*, NJ 1999, 109 m.nt. DA.

63 Vgl. de cijfers genoemd in S. Prechal, R.H. van Ooik, J.H. Jans & K.J.M. Mortelmans, *Europeanisation of the law: consequences for the Dutch judiciary*, Rapport t.b.v. de Raad voor de Rechtspraak, 2005, p. 25-26; T. Barkhuysen, De inpassing van de prejudiciële procedure in het Nederlandse bestuursrecht, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn 2007, p. 325-350.

64 Zie ook J. van Erp, M. Schadé, S. Verberk, Ph.M. Langbroek & R.J.G.M. Widdershoven, *Eenheid van rechtspraak, Verslag van een eerste meting in het bestuursrecht*, Den Haag 2001. Vgl. M. Scheltema, Omgangsvormen tussen hoogste rechters, NTB 2005, p. 288-289.

65 Vgl. HR 7 april 1996, *RAwb* 1996, 76; Vz. ABRvS 17 februari 1998, *RAwb* 1998, 99.

ambtshalve toetsing aan het EVRM.⁶⁶ Ook de coördinatie tussen de verschillende rechters bij het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over kwesties die het algemene bestuursrecht betreffen blijkt problematisch te zijn.⁶⁷

4. Het belang van rechtseenheid en remedies voor de bedreiging daarvan

4.1. Het belang van rechtseenheid

Terecht wordt vaak benadrukt dat rechtseenheid meer een middel is dan een doel op zichzelf.⁶⁸ Door eenheid en coherentie van recht na te streven worden de legitimatie en acceptatie van het recht en de rechtspraak bevorderd. Dit effect kan optreden doordat het nastreven van rechtseenheid bijdraagt aan het verwezenlijken van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en de doorzichtigheid van het recht en zelfs de efficiency daarvan vergroot. Naar mijn oordeel impliceert dit niet dat eenheid voor alles gaat, maar wel dat differentiatie legitimatie behoeft. Deze legitimatie achten wij in de Nederlandse rechtsorde bijvoorbeeld tot op zekere hoogte aanwezig voor bepaalde – horizontale – verschillen tussen rechtsgebieden als het strafrecht, het civiele recht en het staats- en bestuursrecht, zij het dat daarover steeds debat plaatsvindt.⁶⁹ Bij dat laatste kan worden gedacht aan de huidige discussie over verschillen in het bewijs- en het schadevergoedingsrecht tussen het civiele recht en het bestuursrecht.⁷⁰ Ook binnen één rechtsgebied – verticaal – accepteren wij bepaalde verschillen, bijvoorbeeld binnen deelgebieden, ook al ontstaat daarover al snel nog meer discussie. Zo is in het bestuursrecht de vraag actueel in hoeverre er verschillend procesrecht zou mogen gelden voor tweepartijengeschillen en geschillen waarbij ook nog een of meer derdepartijen zijn betrokken.⁷¹ Steeds is daarbij aan de orde of er een legitimatie bestaat voor optredende verschillen. Het is echter maar zeer de vraag of een dergelijke toets ook steeds voldoende wordt toegepast ten aanzien van verschillen die ontstaan als gevolg van de invloed van het Europese recht.⁷²

66 CRvB 25 februari 1998, *JB* 1998/61.

67 Barkhuysen 2007.

68 Vgl. J.M. Polak. *Eenheid van recht*, oratie Wageningen, Zwolle 1958; A.R. Bloembergen, De eenheid van privaatrecht en administratief recht, *WPNR* 1977, p. 1-5 (deel 1), p. 17-23 (deel 2), p. 33-36 (deel 3), p. 49-54 (deel 4); A.F.M. Brenninkmeijer, Rechtseenheid, in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht, Opstellen aangeboden aan prof.mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer 2001, p. 49-70; M.A. Loth, Rechtseenheid in veelvoud, *AA* 2005, p. 676-683; H.J. Snijders, Inleiding: vermogensrecht en rechtsoneenheid in verscheidenheid, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer 2005, p. 1-22.

69 Vgl. de bijdragen aan R.H. Happé e.a. (red.), *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag 2003.

70 Zie bijv. L. di Bella & Y.E. Schuurmans, Schade als gevolg van een onrechtmatig besluit: vergoeding via het burgerlijk of het bestuursprocesrecht?, *O&A* 2006, p. 88-105; C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, diss. Urecht, 2006; Barkhuysen, Damen e.a. 2007.

71 Vgl. het rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming uit 2004.

72 Zie ook de bijdrage van L.J.M. Timmermans, De bestuursrechter aan de ketting van de rechtseenheidskamer, in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer 2003, p. 109-138.

Uit de hiervoor (in paragraaf 3) besproken voorbeelden van bedreigingen van de eenheid en coherentie van rechtsbescherming blijkt dat het juist de rechtsgelijkheid, de rechtszekerheid en de doorzichtigheid en efficiency van het recht zijn die in het gedrang komen in de huidige veellagige Europese rechtsorde. Daarvan gaat – zo kan dan worden vastgesteld – een gevaar uit voor de acceptatie van het recht.

Hieruit volgt dat het van groot belang is te streven naar het wegnemen van de bedreigingen van de eenheid en coherentie van rechtsbescherming. Natuurlijk is het ook hier een kwestie van maatvoering. Leijten heeft terecht gesteld dat te veel nadruk op rechtseenheid kan leiden tot oplossingen die in de bijzondere omstandigheden van een concreet geval juist niet passend zijn.⁷³

4.2. *Hoe aan bedreigingen van de rechtseenheid het hoofd te bieden?*

In mijn oratie onderscheid ik zeven mogelijke oorzaken van de bedreiging van de eenheid en coherentie van rechtsbescherming en suggereer voor elk daarvan remedies.

Een eerste diepere oorzaak van het probleem is naar mijn waarneming de relatief *eenzijdige gerichtheid* van het Hof van Justitie van de EG en de overige Europese instellingen op het verzekeren van de effectieve doorwerking van het Europese recht. Gelet hierop is het belangrijk dat de Europese instellingen in situaties waarin het belang van effectieve (door)werking van Europees recht in meer of mindere mate botst met andere belangen, tot een meer evenwichtige afweging komen. Dit is niet altijd gemakkelijk, maar in ieder geval zal overtuigender moeten worden gemotiveerd waarom differentiatie ten opzichte van reeds geldende nationale procesrechtelijke regels nodig is. Waar differentiatie niet per se nodig is en wel leidt tot verstoringen van de eenheid en coherentie van rechtsbescherming, moet er van worden afgezien.⁷⁴

Een tweede enigszins daarmee verwante oorzaak is dat er vanuit *Europa* misschien nog te weinig oog is voor het feit dat het EG-recht en het EVRM-recht niet als een afzonderlijk systeem kan worden toegepast, maar dat het Europese recht met het nationale recht onderdeel uitmaakt van *één samenhangend systeem*. Als gevolg van het te veel denken in afzonderlijk systemen bestaat het risico dat de bedreigingen voor de eenheid en coherentie van het totale systeem te veel buiten het gezichtsveld blijven van de rechtsvormende Europese instanties.

Hieruit volgt dat er op Europees niveau veel meer dan tot nu toe gebeurt, moet worden nagegaan hoe een nieuw te ontwikkelen Europeesrechtelijk concept ‘landt’ in de diverse nationale rechtsorden en hoe het zich verhoudt tot het overige Euro-

73 J.C.M. Leijten, De droom der gerechtigheid, in: *Eenheid van recht*, Studiedag J.M. Polak, Deventer 1988, p. 49-57.

74 Vgl. A.W. Heringa, *Constitutionele partners*, oratie Maastricht, Deventer 1996.

pese recht.⁷⁵ De eenheid en coherentie van het totale samenhangende systeem van rechtsbescherming moeten daarbij uitgangspunt zijn.⁷⁶

Een derde oorzaak ligt op *nationaal niveau*, waar de betrokken actoren – wetgever, bestuur en rechter – een vergelijkbaar verwijt kan worden gemaakt. Ook op nationaal niveau wordt te weinig beseft dat de Europese veellagige rechtsorde moet worden beschouwd als *één samenhangend systeem* en dat het om de eenheid en coherentie daarbinnen te waarborgen noodzakelijk is dat te onderkennen en actiever deel te nemen aan het Europese rechtsvormingsproces. Veelzeggend in dat verband is dat wij in Nederland vaak jarenlang elke punt en komma bediscussiëren van een ondergeschikte wijziging in de Algemene wet bestuursrecht, maar dat eenzelfde aandacht ontbreekt bij de rechtsvorming door Europese rechters, terwijl die soms een veel grotere impact heeft.

Een vierde hiermee nauw verwante oorzaak is gelegen in het ontbreken van een duidelijk *juridisch kader* waarmee processuele ongelijkheden die hoe dan ook ontstaan in de veellagige Europese rechtsorde kunnen worden beoordeeld en zonodig weggenomen. Zo kan uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie worden afgeleid dat de benadeling van zuiver nationale claims ten opzichte van EG-claims – de zogenaamde omgekeerde discriminatie – niet in strijd is met het EG-recht.⁷⁷ Een beroep op het EG-recht ter opheffing van deze benadeling lijkt daarmee niet kansrijk. Verder is de Nederlandse rechter – anders dan bijvoorbeeld het House of Lords in het Verenigd Koninkrijk⁷⁸ – niet bereid geweest een ongelijke processuele behandeling van zuiver nationale claims op te heffen naar aanleiding van een beroep op gelijke behandelingsnormen.⁷⁹

75 Daarbij kan rechtsvergelijking een belangrijke rol spelen. Zie daarover K. Lenaerts, *Interlocking legal orders in the European Union and comparative law*, *ICLQ* 2003, p. 873-906.

76 Vgl. Komárek 2005 die op p. 30 e.v. spreekt van 'judicial deliberative supranationalism'. Zie ook P.A. Nollkaemper, *Internationalisering van nationale rechtspraak*, *Preadvies NVIR*, Den Haag 2005, p. 1-68, die op p. 65 aangeeft dat de internationale rechtsorde meer 'sensitief' moet worden voor de nationale rechtsorde.

77 Vgl. HvJ EG, Zaak 115/78, Knoors, *Jur.* 1979, p. 399. Wel is het zo dat de aanwezigheid van een miniem aanknopingspunt met het gemeenschapsrecht voldoende lijkt om het discriminatieverbod te activeren, zoals blijkt uit HvJ EG, Zaak C-60/00, Carpenter, *Jur.* 2002, p. I-6279, *JV* 2002, 290 m.nt. PB.

78 House of Lords, *M v Home Office* [1993] 3 All ER. Vgl. daarover M. Claes & B. de Witte, *Het Britse recht en de Europese Unie*, *AA* 1998, p. 521-533. Uit deze bijdrage volgt overigens dat de rechter in het Verenigd Koninkrijk niet altijd bereid is tot een dergelijke gelijktrekking, zoals blijkt uit zaken over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel.

79 Zie bijv. CRvB 24 december 1996, *AB* 1997, 243 m.nt. FP, waarin een beroep op de zgn. *Emmott*-jurisprudentie van het HvJ EG (HvJ EG, Zaak C-208/90, *Jur.* 1991, p. I-4269, *AB* 1992, 1 m.nt. Meij, over de verschoonbaarheid van termijnoverschrijdingen in geval van niet (juiste) omzetting van richtlijnen) t.a.v. een claim o.g.v. art. 26 IVBPR werd afgewezen. Zie ook CRvB 5 augustus 1998, *RSV* 1999, 34. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, *Interne harmonisatie binnen de Nederlandse rechtsbescherming onder invloed van de Europese rechtspraak*, *RegelMaat* 1999, p. 84-98.

Naar mijn oordeel is het van belang dat er zowel op Europees als op nationaal niveau wel een juridisch kader wordt gecreëerd.⁸⁰ Zowel de wetgever als de rechter heeft hier een taak. Het veellagige Europese systeem van rechtsbescherming zou door de wetgever via een integrale evaluatie periodiek op eenheid en coherentie moeten worden gecontroleerd.⁸¹ Op basis daarvan kan dan zo nodig actie worden ondernomen. Resterende problemen zou de nationale rechter in eerste instantie moeten kunnen aanpakken.

Een voorbeeld van een correctie in dit kader biedt het vervolg op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in de zogenaamde Lochemse-recreatiewoning zaak uit april 2004.⁸² De Afdeling maakte daarin tot ieders verrassing uit dat, mede gelet op artikel 13 EVRM, met voor het eerst in appel aangevoerde aan het EVRM ontleende beroepsgronden rekening kan worden gehouden. Ten aanzien van EVRM-gronden gold de zogenaamde grondentrichter tussen eerste aanleg en appel dus niet meer. Deze trechter gold echter wel nog steeds voor andere beroepsgronden. Op deze uitspraak kwam veel commentaar. Betoogd werd dat het gemeenschapsrechtelijke gelijkwaardigheidsvereiste er toe zou nopen de grondentrichter ook af te schaffen ten aanzien van EG-rechtelijke gronden.⁸³ Daarnaast werd – onder meer door Albers & Schlössels en Nico Verheij – terecht gesteld dat het nu ook moeilijk wordt om de grondentrichter te handhaven ten aanzien van zuiver nationaalrechtelijke gronden. Dit te meer omdat het verschil tussen EVRM-gronden en andere gronden vaak moeilijk te maken zou zijn als gevolg van de vergaande verfijning van de mensenrechtenbescherming die maakt dat veel belangen – ook de niet echt fundamentele – kunnen worden vertaald in de vorm van EVRM-rechten.⁸⁴ Uiteindelijk lijkt de Afdeling zich gevoelig te hebben betoond voor deze argumenten toen zij in een serie uitspraken in 2006 duidelijk maakte dat de grondentrichter

80 Een aanzet binnen de context van het EG-recht biedt mogelijk het idee van AG Poiares Maduro in zijn conclusie in zaak 72/03, Carbonati Apuani Sri t. Commune di Carrera. Hij wil discriminatie die ontstaat als gevolg van de toepassing van EG-recht in niet door dit recht bestreken kwesties, onderwerpen aan het algemene rechtsbeginsel van gelijke behandeling (het ging in deze zaak overigens om een materiële kwestie). Vgl. daarover Jans 2005, p. 23-24.

81 Een voorbeeld hiervan biedt de notitie van minister Donner naar aanleiding van de HvJ EG uitspraken inzake Köbler en Kühne & Heitz (Rechtsstaat en Rechtsorde, Brief van de minister over de introductie van schending van mensenrechten als herzieningsgrond m.b.t. rechterlijke uitspraken in het civiele recht en in het bestuursrecht, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28). Daarin is o.m. de vraag aan de orde of dat wat op grond van deze uitspraken voor het EG-recht geldt, niet ook voor het EVRM zou moeten gelden; de positie van zuiver nationaalrechtelijke claims blijft echter buiten beeld. Vgl. M. Scheltema, De wisselwerking tussen Europees en nationaal bestuursrecht, *AA* 1996, p. 77-86.

82 ABRvS 28 april 2004, *AB* 2004, 276 m.nt. RW, *JB* 2004/213 m.nt. CLGFHA, *JB* 2004/239 m.nt. NV.

83 Zie de noot van Widdershoven in *AB* 2004, 276; R. Ortlep, De fuikendynastie: van afbraak tot verbouwing, *NTB* 2005, p. 1-5.

84 Zie C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, De omvang van het bestuursrechtelijk geding: het Europese recht als paard van Troje? Over de (on)toelaatbaarheid van procestechnische trechters en ambtshalve rechtstoepassing, *Gst.* 2005, 7224, p. 91-94, i.h.b. p. 93 en de noot van N. Verheij in *JB* 2004/239.

tussen beroep en hoger beroep (weer) geldt, ook wanneer het EVRM of EG-gronden betreft.⁸⁵

Als vijfde oorzaak kan worden genoemd het ontbreken van *afstemmingsmechanismen*. Waar op nationaal niveau via rechtsmiddelen of al dan niet formele rechts-eenhedenvoorzieningen vaak afstemming kan plaatsvinden tussen bij de rechts-vorming betrokken rechterlijke instanties, ontbreken deze nog te veel in de veellagige Europese rechtsorde. In Nederland is de afstemming – ondanks periodiek overleg – bovendien suboptimaal als gevolg van het feit dat er veel verschillende hoogste be-stuursrechters actief zijn.

In dat licht is het om te beginnen belangrijk dat nationale rechters nog meer dan nu het geval is Europese jurisprudentie gaan bijhouden en zich daarnaar richten. Op hun beurt moeten Europese rechters meer kijken naar nationale praktijken en daarmee meer rekening houden. Het ontstaan van Europese netwerken van rechters waarover Hirsch Ballin schreef, moet dan ook positief worden gewaardeerd.⁸⁶

Waar het betreft de dreigende verschillen tussen het Hof van Justitie en het EHRM op het terrein van de grondrechten moet een klassieke rechtsmiddeloplos-sing soelaas bieden. De EG moet toetreden tot het EVRM zodat een Luxemburgse uitspraak in Straatsburg kan worden getoetst.

Daarnaast verdient het aanbeveling om de afstemming binnen het nationale sys-teem van rechtsbescherming te verbeteren. Alkema heeft met het oog hierop het praktisch en politiek wellicht meest haalbare voorstel gedaan, namelijk het instel-len van een bijzonder college met bijzondere internationaal- en Europeesrechtelijke expertise waaraan andere rechters kwesties kunnen voorleggen.⁸⁷ Mijn voorkeur zou echter uitgaan naar het versimpelen van het huidige bestuursrechtelijke rechts-beschermingssysteem door – conform het voorstel van wijlen prof. P. De Haan⁸⁸ – er voor te kiezen om de diverse bijzondere hoogste bestuursrechters onder te brengen bij de gerechtshoven (om zo een concentratie van specialistische kennis te behouden) en daarboven cassatieberoep bij de Hoge Raad open te stellen, waarbij dan wel een oplossing zou moeten worden gevonden om te voorkomen dat zaken te lang gaan duren (wellicht zou een verlofstelsel in de rede liggen). Een en ander zou als bij-komend voordeel hebben dat er tevens meer afstemming mogelijk is met het straf-recht en het civiele recht, op welke terreinen het Europese recht toenemende invloed heeft. Een alternatief zou kunnen zijn het instellen van één aparte hoogste bestuurs-rechter.

Een zesde en zevende oorzaak, ten slotte, liggen bij de *opleiding* van juristen en bij de *doctrine*.⁸⁹ Daarin zijn de problemen die ontstaan als gevolg van de veel-

85 Zie in het bijzonder ABRvS 12 juli 2006, AB 2006, 338 m.nt. RW.

86 E.M.H. Hirsch Ballin, Europese bestuursrechters, NTB 2004, p. 265-266.

87 Zie E.A. Alkema, *Over implementatie van internationaal recht – de internationale rechtsorde is de onze nog niet*, oratie Leiden, n.g. 2005.

88 NTB 2005, p. 215-220 met grotendeels instemmende reacties uit wetenschap en praktijk in NTB 2005, nummer 8 (met naschrift van De Haan op p. 286-287 van het laatstgenoemde nummer).

89 Zie ook het al aangehaalde rapport t.b.v. de Raad voor de Rechtspraak van Prechal e.a. uit 2005, p. 48-49.

lagige rechtsorde te lang niet voldoende serieus genomen en hebben ook onvoldoende aandacht gekregen. Dit kan voor Nederland deels verklaard worden door het feit dat onze regels met betrekking tot rechtsbescherming niet direct in scherp conflict kwamen met de Europese eisen. Een ander deel van de verklaring ligt mogelijk in het feit dat de beoefenaren van Europees recht en nationaal procesrecht vaak in nogal gescheiden circuits opereerden. Bij de beoefenaren van Europees recht was er daarbij te weinig oog voor de nationaalrechtelijke implicaties en overheerste bovendien vaak de wens het Europese recht zo effectief mogelijk te laten doorwerken. De beoefenaren van het nationale recht doorzagen op hun beurt vaak niet of te laat de implicaties van het Europese recht.

Gelukkig is hierin, bijvoorbeeld, met de opkomst van het Europese bestuursrecht, de laatste jaren enige verandering gekomen.⁹⁰ Dit is een lijn die voortzetting verdient. Het is te hopen dat in dat kader niet alleen de aandacht op het EG-recht wordt gericht maar dat er ook voldoende aandacht is voor de andere belangrijke laag van de Europese veellagige rechtsorde, namelijk het EVRM. Verder is het van belang dat het Europese recht daarbij als integraal onderdeel wordt gezien van de diverse bijzondere nationale rechtsgebieden.

5. Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat het Europese (EVRM en EG-) recht serieuze invloed heeft op de eenheid van het Nederlandse bestuursrecht.

Enerzijds bevordert het Europese recht deze eenheid doordat het minimum-eisen stelt aan de rechtsbescherming en de overheidsaansprakelijkheid die werken over de grenzen van de deelgebieden van het bestuursrecht heen. In deze zin draagt het Europese recht zelfs bij aan het naar elkaar toegroeien van het Nederlandse strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht en zelfs van het recht van de diverse lidstaten. In ieder geval blokkeert het in bepaalde omstandigheden het verder uit elkaar groeien daarvan.

Anderzijds leidt de toepassing van het Europese recht tot serieuze bedreigingen van de eenheid en coherentie van het Nederlandse bestuursrecht. Een eerste bron van bedreiging vormen de bijzondere eisen die het Europese recht stelt aan de nationale rechtsbescherming ten aanzien van bepaalde claims. Daarnaast vormen de verschillen in het niveau van de rechtsbescherming die wordt geboden door de hoogste nationale rechters enerzijds en in het kader van Europese vervolgproucedures anderzijds een bedreiging voor deze eenheid en coherentie. Voorts kan worden gewezen op verschillen die bestaan tussen de eisen die het EG-recht stelt aan natio-

90 Vgl. bijv. de preadviezen voor de VAR-jaarvergadering van 1996 van Steyger, Widdershoven en Meij, *Europees recht en het Nederlands bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1996; E.M. Vermeulen, *Nederlandse rechtsbescherming in communautaire context*, diss. Tilburg, Den Haag 2001; Jans e.a. 2002; Jans 2005. Zie ook F.C.M.A. Michiels, *De betekenis van de grondwet voor Europa voor het Nederlands bestuursrecht*, Rede van de voorzitter, VAR-jaarvergadering 2004, *VAR-reeks 133*, Den Haag 2005, p. 7-12.

nale rechtsbescherming en de eisen op grond van het EVRM. Ten slotte kan als vierde bron van bedreiging worden genoemd het versnipperde stelsel van de Nederlandse rechtsbescherming tegen de overheid.

Deze bedreigingen voor de eenheid en coherentie van het bestuursrecht vanuit het Europese recht verdienen serieuze aandacht omdat daarmee de rechtsgelijkheid, de rechtszekerheid en de doorzichtigheid en efficiency van het recht in het geding zijn. In deze bijdrage zijn remedies terzake voorgesteld uitgaande van de basisgedachte dat de rechtsbescherming (inclusief de overheidsaansprakelijkheid) binnen de veel-lagige Europese rechtsorde één samenhangend systeem is waarbinnen veranderingen in de ene laag direct gevolgen kunnen hebben of vragen oproepen in andere lagen.

Een en ander impliceert dat het nadenken over de eenheid en coherentie van het Nederlandse bestuursrecht niet alleen mag plaatsvinden binnen de kaders van het nationale recht, maar dat daarbij steeds ook het Europese recht moet worden betrokken. Daarbij zou eenheid van recht niet boven alles moeten gaan. Wel is het – zeker in het Awb-tijdperk waarin harmonisatie wordt nagestreefd – belangrijk dat steeds wordt gezien welke effecten het Europese recht heeft voor de eenheid van het Nederlandse bestuursrecht en dat wordt nagegaan of er een rechtvaardiging bestaat voor eventuele ‘rechtsoneenheid’.⁹¹

91 Zie voor deze term Snijders 2005, p. 1-22.