

# DE GELAAGDE DOORWERKING VAN EUROPESE ADMINISTRATIEVE SOFT LAW IN DE NATIONALE RECHTSORDE

Hanneke Luijendijk, Linda Senden<sup>1</sup>

## Inhoudsopgave

- A. Inleiding
  - 1. Onderwerp en aanleiding
  - 2. Probleemstelling, doelstelling en afbakening
  - 3. Opzet en methoden van onderzoek
- B. Europese administratieve soft law: Europese beleidsregels
  - 1. De bredere context: geïntegreerde rechtsorde en gedeeld bestuur
  - 2. Het fenomeen ‘Europese beleidsregel’
    - 2.1 Interpretatieve en decisoire beleidsregels
    - 2.2 Voordelen en keerzijden
  - 3. De juridische fundering van Europese beleidsregels
    - 3.1 Geen geïnstitutionaliseerd fenomeen
    - 3.2 De Commissie als hoedster van de Verdragen
    - 3.3 De Commissie als bestuursorgaan
  - 4. De rechtsbescherming bij en juridische werking van Europese beleidsregels op EU-niveau
    - 4.1 De procedure wegens Verdragsschending
    - 4.2 Het beroep tot nietigverklaring
    - 4.3 De exceptie van onwettigheid
    - 4.4 De prejudiciële procedure
      - 4.4.1. Uitleggingsvragen
      - 4.4.2. Geldigheidsvragen
    - 4.5 Het niet-contractueel aansprakelijkheidsberoep
    - 4.6 De materiële toetsing
      - 4.6.1 Incidentele juridische verbindendheid
      - 4.6.2 Zelfbindende werking
      - 4.6.3 Interpretatiehulpmiddel
  - 5. Tussenconclusie
- C. EU-eisen ten aanzien van doorwerking van Europese beleidsregels in de nationale rechtsorde
  - 1. Welke verplichtingen voor de nationale wetgever?
    - 1.1 Op grond van de Verdragen en het beginsel van Unietrouw
    - 1.2 Op grond van secundair recht
  - 2. Europese beleidsregels als voorwerp van nationale rechterlijke toetsing
    - 2.1 Administratieve soft law en voorrang

---

<sup>1</sup> Dit preadvies is een coproductie van twee auteurs. De inleiding (hoofdstuk A) en conclusies en aanbevelingen (hoofdstuk F) zijn gezamenlijk geschreven. Het top-downdeel van het advies (hoofdstukken B en C) is geschreven door Linda Senden. Het bottom-updeel van (hoofdstukken D en E) is van de hand van Hanneke Luijendijk. De verantwoordelijkheid voor de inhoud van het advies berust bij beide auteurs. Zij zijn dank verschuldigd aan A. Prechal, K.J.M. Mortelmans en G.J.M. Evers voor de nuttige commentaren die zij van hen hebben ontvangen op een eerdere versie van dit preadvies, aan L. Parret, E. Manunza en P. Larouche voor hun opmerkingen met betrekking tot bepaalde specifieke sectoren en aan L.E.A. Thomsin voor haar jurisprudentieonderzoek. Mogelijke onjuistheden of onvolkomenheden komen uitsluitend voor rekening van de auteurs.

- 2.2 Inroepbaarheid in relatie tot directe werking
- 2.3 Inroepbaarheid in relatie tot – conforme - interpretatie
- 2.4 Inroepbaarheid in relatie tot staatsaansprakelijkheid
- 3. Tussenconclusie

D. Europese beleidsregels in de Nederlandse wetgevingspraktijk

- 1. Inleiding
- 2. Verkenning van de praktijk van verwijzen naar Europese beleidsregels
  - 2.1 Onderzoeksmethodiek
  - 2.2 Situaties van verwijzen en mate van binding
    - 2.2.1 Implementatiewetgeving
    - 2.2.2 Autonome wetgeving
  - 2.3 Methoden van verwijzen: overname, verwijzing, uitleg en inspiratie
  - 2.4 Motivering
- 3. Tussenconclusie

E. Europese beleidsregels in de Nederlandse rechtspraak

- 1. Inleiding
- 2. Verkenning van de praktijk van verwijzen naar Europese beleidsregels
  - 2.1 Onderzoeksmethodiek
  - 2.2 Typen beleidsregels
  - 2.3 Situaties van verwijzen: object van uitleg en wijze van gebruik
    - 2.3.1 Interpretatieve beleidsregels
    - 2.3.2 Decisoire beleidsregels
  - 2.4 Motivering
  - 2.5 Mate van binding
- 3. Tussenconclusie

F. Conclusies en aanbevelingen

- 1. Inleiding
- 2. Gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law
  - 2.1 Conclusies
  - 2.2 Aanbevelingen
- 3. Europese administratieve soft law in de Nederlandse rechtspraak
  - 3.1 Conclusies
  - 3.2 Aanbevelingen

## A. Inleiding

### 1. Onderwerp en aanleiding

Soft law is een van de middelen om de doelstellingen van Europese integratie te bewerkstelligen. We kunnen onder dit begrip verstaan: gedragsregels die worden vastgelegd in instrumenten die als zodanig geen verbindende kracht zijn toegekend, maar die desalniettemin bepaalde (indirecte) juridische effecten kunnen hebben in de praktijk.<sup>2</sup> Er zijn verschillende vormen of categorieën van soft law te onderscheiden, in het bijzonder die van de voorbereidende instrumenten, van de interpretatieve en decisoire instrumenten en die van de sturingsinstrumenten.<sup>3</sup> Dat het gebruik van soft law in de context van de Europese Unie (EU) geenszins een nieuw fenomeen is, daarvan getuigt reeds het eerdere preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht (NVER) in 1987 over dit onderwerp, van de hand van Borchardt en Wellens.<sup>4</sup> De vraag naar de doorwerking van Europese soft law in de nationale rechtsorde heeft tot dusverre echter nog maar weinig systematische aandacht getrokken.<sup>5</sup> Met het toenemende gebruik van soft law instrumenten op terreinen als het Europees mededingingsrecht,<sup>6</sup> de staatssteunregels<sup>7</sup> en het milieurecht,<sup>8</sup> wint echter ook voor de rechtspraktijk de vraag aan belang naar wat precies de doorwerking is van die instrumenten en van welke rechtsgevolgen men zich rekenschap moet geven in de nationale rechtsorde. Dat blijkt ook uit het aantal zaken dat het Hof door de jaren heen voorgelegd heeft gekregen en die de juridische werking van soft law betreffen. Zoals uit dit preadvies zal blijken, zijn daar ook heel wat zaken van Nederlandse oorsprong bij. Een recent voorbeeld betreft de zaak *Holland Malt*.<sup>9</sup> Deze zaak over de toekenning van investeringssteun aan een joint venture tussen een brouwerij en een coöperatie van graanproducenten roept niet alleen de vraag op in hoeverre de Commissie zelf gebonden is aan de door haar opgestelde soft law voor staatssteun in de landbouwsector, maar ook in hoeverre een lidstaat bij steunverlening rekening moet houden met verplichtingen die, *de iure of de facto*, uit dergelijke soft law voortvloeien en die de Commissie als basis zal nemen voor haar besluit of steun al dan niet rechtmatig is verleend. De betekenis van deze en vele andere zaken zullen in dit preadvies worden besproken.

In dit inleidende deel zal nu eerst het onderwerp nader worden afgebakend alsook de centrale probleemstelling en doelstelling van het preadvies worden geformuleerd (par. 2). Vervolgens zullen de opzet en structuur van het preadvies uiteen worden gezet en de methoden van onderzoek worden toegelicht (par. 3).

---

<sup>2</sup> L.A.J. Senden, *Soft law in European Community Law*, Oxford: Hart Legal Publishing 2004, p. 112.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 118-119.

<sup>4</sup> G. Borchardt en K. Wellens, 'Soft Law in het Gemeenschapsrecht', *SEW* 1987, vol. 35, nr. 11, p. 663.

<sup>5</sup> Vg. P.J.G. Kapteyn, berichten redactie *SEW* 1987.

<sup>6</sup> Vgl. O.A. Ștefan, 'European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?', *European Law Journal* 2008, Vol. 14, No. 6, pp. 753-772; A. Sanchez Graells, 'Soft Law and the Private Enforcement of the EU Competition Rules', paper presented at the International Conference on the Private Enforcement of Competition Law, University of Valladolid, 14-15 October 2010 <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1639851](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1639851)>

<sup>7</sup> J. Schwarze, 'Soft law im Recht der Europäischen Union', *EuR* 2011, Heft 1, p. 10, wijst ook op het feit dat als reactie op de economische en financiële crisis in 2008 meerdere richtsnoeren zijn aangenomen teneinde de staatssteunverleningsprocedure te vereenvoudigen.

<sup>8</sup> J. Scott, 'In legal limbo: post-legislative guidance as a challenge for European administrative law', *CMLRev* 2011, 48, pp. 329-355.

<sup>9</sup> GvEA EG 9 september 2009, nr. T-369/06, Jur. 2009, p. II-3313 (*Holland Malt BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*); HvJ 2 december 2010, nr. C-464/09 P (Hogere voorziening *Holland Malt BV/Europese Commissie, Koninkrijk der Nederlanden*).

## 2. Vraagstelling, doelstelling en afbakening

Vooropgesteld moet worden dat Europese soft law een fenomeen is dat zich door de jaren heen in steeds meer aandacht heeft mogen verheugen. Het wetenschappelijke discours heeft zich daarbij in twee richtingen ontwikkeld. Het is derhalve van belang dat wij eerst ons onderwerp positioneren in dit discours en het vervolgens nader afbakenen.

Het meest prominente discours over Europese soft law is meer politicologisch van aard en benadert het fenomeen soft law bovenal als een reguleringsinstrumentarium- of techniek, meestal in het kader van een multilevel governance benadering van het Europese integratieproces. Het andere discours is vooral juridisch van aard en richt zich op soft law als een rechtsinstrument of rechtsbron, waarbij de nadruk ligt op de bindende werking c.q. rechtsgevolgen die deze kan genereren en op aspecten van rechtsbescherming.<sup>10</sup> Dit debat is minder ontwikkeld en wordt vaak vanuit een nogal sectorspecifieke invalshoek gevoerd, waarbij er doorgaans ook meer aandacht is voor het niveau van de EU en minder voor de doorwerking op het nationale niveau.<sup>11</sup> Hoewel de twee debatten op punten raakvlakken hebben, is het wel van belang op voorhand duidelijk te maken dat het onderzoek in dit preadvies primair aansluit bij het tweede discours. Die keuze is in sterke mate bepalend voor de centrale vraagstelling, deelvragen en doelstelling van het onderzoek.

Wij richten ons op de behandeling van de juridische implicaties van Europese soft law in de nationale rechtsorde, voor nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor een tijdige en correcte omzetting, interpretatie, toepassing en handhaving van het Europese recht (implementatie). Wat houden die implicaties in, als het niet gaat om Europese hard law maar om soft law? Het voert te ver om binnen het bestek van dit preadvies die vraag te beantwoorden voor alle vormen van soft law die op EU-niveau tot stand komen en daarom beperken we ons tot de *Europese soft law die de Europese Commissie als hulpmiddel inzet voor een correcte implementatie van Europese hard law (interpretatieve soft law) en Europese soft law waarin zij aangeeft op welke wijze zij invulling geeft aan de haar door het Verdrag en secundaire EU-wetgeving toegekende beoordelingsruimte en beleidsvrijheid (decisoire soft law)*. Deze kunnen we onder de gezamenlijke noemer van 'administratieve soft law' of 'beleidsregels' vatten. Zoals duidelijk zal worden in dit preadvies, opereert de Commissie bij de aanname daarvan in verschillende hoedanigheden en daarmee ook op grond van verschillende juridische fundamenteën; als hoedster van de Verdragen en als bestuursorgaan.

Wat nu rechtvaardigt de specifieke focus hierop; wat is – potentieel - problematisch aan het gebruik van administratieve soft law door de Commissie vanuit het perspectief van de nationale rechtsorde bezien? Europese administratieve soft law komt tot stand buiten de gebruikelijke democratische besluitvormingsprocedures. Hoewel de soft law formeel niet juridisch verbindend is, krijgt zij in de rechtspraktijk wel degelijk een belangrijke gezaghebbende functie<sup>12</sup> en is zij blijkens de rechtspraak van het Hof niet van juridische werking ontbloot. Dat roept verschillende vragen op. Allereerst, in hoeverre moet er op grond van het EU-recht eigenlijk op nationaal niveau gevolg worden gegeven aan deze regels? Ten tweede, op welke wijze kunnen de nationale wetgever en rechter het beste met Europese administratieve soft law omgaan, gelet op het feit dat het gaat om regels van een bestuursorgaan die democratische legitimatie missen?

<sup>10</sup> Een van de zeldzame vroege en nog steeds belanghebbende publicaties over dit onderwerp betreft die van K. Mortelmans, 'De rechtsbescherming bij pseudo-wetgeving in het Europees economisch recht', *SEW* 1979, vol. 27, nr. 1, p. 16. Zie verder ook de publicaties genoemd in de voetnoten 27 en 28.

<sup>11</sup> Enkele uitzonderingen zijn: A. Winter, 'Commission guidance addressed to Member States agencies', in: Winter (ed.), *Sources and Categories of European Union Law*, Nomos 1996, p. 630 en S. Levefre, 'Interpretative communications and the implementation of Community law at national level', *European Law Review* 2004, 29, p. 809.

<sup>12</sup> Zie o.a. M. de Visser, *Network-Based Governance in EU Law, The Example of EC Competition Law and EC Communications Law*, UK: Hart Legal Publishing 2009, p. 201 onder verwijzing naar de jaarlijkse implementatierapporten van de Commissie op het terrein van elektronische communicatie, COM(2004)759def, 10.

Tegen deze achtergrond, is de centrale vraagstelling van dit preadvies de volgende:

Op welke wijze(n) werkt Europese administratieve soft law door in de nationale rechtsorde en hoe moeten de Nederlandse wetgever en rechter hiermee omgaan in de rechtspraktijk?

Hoofddoel van het preadvies is de Nederlandse rechtspraktijk nader te informeren over de implicaties en rechtsgevolgen die Europese administratieve soft law met zich brengt en wat dat betekent c.q. kan betekenen voor (de inrichting van) hun werkzaamheden.

Voor de beantwoording van de centrale vraagstelling van het preadvies hebben wij ons enige beperkingen moeten opleggen, gegeven de tijd die beschikbaar was voor het schrijven van het advies en de gewenste omvang ervan. Zo zullen we slechts specifiek ingaan op het fenomeen soft law zelf,<sup>13</sup> voor zover dat functioneel is voor de beantwoording van de centrale vraagstelling. Dat betekent onder meer dat wij nog wel de bijzondere kenmerken bespreken van Europese administratieve soft law, maar niet van andere vormen van Europese soft law. De nadruk ligt aldus op een bepaalde soort bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren.

Verder concentreert het preadvies zich op de doorwerking van administratieve soft law in de civielrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtspraktijk, omdat verwijzingen daarnaar zich vooral in deze praktijk voordoen. Uit ons nationale jurisprudentieonderzoek is maar een zeer beperkt aantal zaken naar voren gekomen waarin administratieve soft law doorwerkt in de strafrechtelijke rechtspraktijk.<sup>14</sup> Een reden hiervoor is mogelijk dat de terreinen waarop de Commissie soft law heeft uitgevaardigd, in Nederland beperkt strafrechtelijk worden gehandhaafd. En voor zover dit al gebeurt (bijvoorbeeld op de terreinen van het milieurecht en het belastingrecht), zal het legaliteitsbeginsel beperkingen stellen aan het gebruik van soft law.<sup>15</sup> Een andere reden is dat op het terrein van het Europees strafrecht zelf er weliswaar sprake is van het gebruik van soft law, maar vooralsnog ogenschijnlijk niet van administratieve soft law.<sup>16</sup> Zo worden er op dit terrein wel conclusies, vijfjarenprogramma's en actieplannen door de Raad aangenomen, maar geen beleidsregels door de Commissie. Het lijkt er vooralsnog ook niet op dat de integratie van de oude derde pijler van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) en de daarmee gepaard gaande van toepassing verklaring van hetzelfde rechtsinstrumentarium op het Europese strafrecht, enige verandering in deze situatie teweeg heeft gebracht. Hoewel in plaats van kaderbesluiten nu richtlijnen worden aangenomen op dit terrein en bestaande kaderbesluiten worden omgezet in richtlijnen, is ons niet gebleken dat in het verlengde daarvan ook (interpretatieve) beleidsregels worden aangenomen. De verklaring daarvoor kan wederom gelegen zijn in de sterke werking van het legaliteitsbeginsel op het terrein van het (Europees) strafrecht.

Uit het voorgaande vloeit ook reeds voort dat we ons bij de bespreking van de doorwerking van Europese administratieve soft law in de Nederlandse rechtsorde primair richten op het niveau van de

---

<sup>13</sup> Daarvoor verwijzen wij met name naar het eerdere preadvies van Borchardt en Wellens 1987, voetnoot 4, F. Snyder, 'Soft Law and Institutional Practice in the European Community', in: S. Martin (ed.), *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noel*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1994, p. 197 en Senden 2004, voetnoot 2.

<sup>14</sup> Rb. Maastricht 1 februari 2011, *LJN BP2657 (uitleg artikel 12, lid 1, onder d, van de Habitatrichtlijn)*; HR 23 december 2003, *LJN AL4343 (uitleg artikel 1 van de Cadmiumrichtlijn)*.

<sup>15</sup> Vergelijk D. Sarmiento, 'European Soft Law and National Authorities: Incorporation, Enforcement and Interference', nog te verschijnen in: J. Iliopoulos-Strangas (ed.), *The Soft-Law of European Organisations, proceedings of the 6<sup>th</sup> SIPE Conference*, Ant. Sakkoulas, Bruylant and Nomos, 2011.

<sup>16</sup> Van enige relevantie daarvan blijkt bijvoorbeeld niet uit het preadvies van A. Klip, 'European Integration and Harmonisation and Criminal Law', in: D.M. Curtin, J.M. Smits, A. Klip en J.A. McCahery, *European Integration and Law*, Intersentia 2006, p. 126. Terzijde merken we op dat op het gelieerde terrein van het Europees migratierecht we wel interpretatieve documenten vinden, vooral ook waar deze zich op het snijvlak met het interne markt recht bevinden: zie bv. de Mededeling van de Commissie betreffende richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, *COM(2009)313 def.*

wetgever en van de rechtspraak. Uiteraard zijn we ons ervan bewust dat doorwerking van Europese beleidsregels ook in belangrijke mate plaatsvindt op het niveau van het bestuur c.q. uitvoering, zoals dat van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), niet in de laatste plaats omdat juist op de terreinen van het mededingingsrecht en telecommunicatie die beleidsregels in Europees-nationaal netwerk verband tot stand komen.<sup>17</sup> Maar de analyse van de Nederlandse praktijk vergt dusdanig uitgebreid onderzoek dat dit het bestek van dit preadvies ver te buiten gaat.<sup>18</sup> Wel is het zo dat de bespreking in hoofdstuk C van dit preadvies, dat de (mogelijke) verplichtingen beoogt bloot te leggen die het EU-recht oplegt ten aanzien van doorwerking van Europese beleidsregels, in vergaande mate van analoge toepassing kan worden geacht voor nationale bestuursorganen.

### 3. Opzet en methoden van onderzoek

Potentieel zou de centrale probleemstelling zoals hierboven geformuleerd zich lenen voor een uitsluitende top-down onderzoeksaanpak, in de zin dat enkel in kaart wordt gebracht welke eisen het EU-recht stelt aan de nationale wetgever en rechter wat betreft de tenuitvoerlegging, toepassing en handhaving van Europese administratieve soft law. Wij hebben het onderwerp van het preadvies echter breder opgevat, namelijk in de zin dat ook bottom-up dient te worden bekeken op welke wijze de nationale – i.c. Nederlandse - wetgever en rechter tot dusverre omspringen met deze soft law. Beide aspecten komen derhalve aan de orde, waarbij we eerst nader ingaan op het fenomeen van Europese administratieve soft law en inzoomen op de juridische fundering ervan en de juridische werking die deze vorm van soft law toekomt op het Europese niveau zelf (hoofdstuk B). Dat vormt een noodzakelijke basis voor de bespreking vervolgens van de eisen die het EU-recht stelt ten aanzien van de doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde (hoofdstuk C). Daarna zal bekeken worden hoe doorwerking in de praktijk gevolg krijgt op het niveau van de nationale wetgever (hoofdstuk D) en rechter (hoofdstuk E). Vallen daar meer algemene conclusies uit te trekken en welke aanbevelingen kunnen worden gedaan aan de nationale wetgever en rechter hoe zij het beste met Europese administratieve soft law kunnen omgaan, gelet op het feit dat het gaat om regels van een bestuursorgaan die democratische legitimatie missen (hoofdstuk F)?

Zowel in het kader van de top-down als bottom-up benadering, zijn verschillende onderzoeksmethoden in stelling gebracht om een zo volledig mogelijk beeld te verkrijgen van de doorwerking van deze specifieke vorm van Europese soft law in de nationale rechtsorde en de Nederlandse in het bijzonder. Allereerst is zoveel mogelijk onderzoek gedaan in de primaire bronnen zelf: de Europese verdragen, relevante secundaire bronnen van EU-recht en nationaal recht en Europese en nationale rechtspraak.<sup>19</sup> Daarnaast heeft uitvoerig literatuuronderzoek plaats gevonden. In de inleiding van de afzonderlijke hoofdstukken zullen de verschillende thema's verder worden ingeleid en, waar nodig, de gevolgde methode meer in detail worden toegelicht.

## B. Europese administratieve soft law: Europese beleidsregels

In hoofdstuk C zal de vraag centraal staan wat het EU-recht – daaronder begrepen de Verdragen, secundair recht en de rechtspraak van het Hof – bepaalt ten aanzien van de doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde. Deze vraagstelling vereist allereerst in dit hoofdstuk een nadere bespreking van de bredere context waarbinnen dit type soft law zich heeft

<sup>17</sup> Zie De Visser 2009, voetnoot 12; Nader hierover B.3.3.

<sup>18</sup> Zie voor een algemeen onderzoek naar de verplichtingen die voortvloeien uit het EU-recht voor nationale bestuursorganen bij strijdigheid tussen bepalingen van nationale en EU-recht, het recente proefschrift van M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The Obligations of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law*, Antwerpen: Intersentia 2011.

<sup>19</sup> In hoofdstuk E zal nader uiteen worden gezet welke Nederlandse jurisprudentie deel uitmaakt van het onderzoek en op welke wijze die jurisprudentie op de invloed van Europese administratieve soft law is onderzocht.

ontwikkeld (par. 1) en van wat er onder moet worden verstaan (par. 2). Aansluitend zal nader worden bekeken hoe deze vorm van soft law verankerd is in het Europese rechtssysteem, waarbij in het bijzonder aandacht voor de juridische fundering (par. 3), de rechtsbescherming die op EU-niveau is verzekerd terzake van Europese beleidsregels en de bindende werking die op dat niveau aan Europese beleidsregels wordt toegekend (par. 4). In de behandeling van deze onderwerpen zullen ook sectorale bijzonderheden worden geschetst. We sluiten het hoofdstuk af met een beoordeling van de rol die Europese beleidsregels tegenwoordig innemen in het Europees bestuursrecht, getuige de behandelde ontwikkelingen (par. 5).

### 1. De bredere context: geïntegreerde rechtsorde en gedeeld bestuur

Materiële EU-regelstelling vindt – logischerwijs - plaats op Unieniveau, maar dat geldt geenszins voor de implementatie ervan. Implementatie – dat in de breedste zin van het woord de omzetting, uitvoering, toepassing en handhaving van Unierecht omvat<sup>20</sup> - is vooral een aangelegenheid van de lidstaten. Artikel 288 VWEU maakt dit al duidelijk wat betreft de omzetting van richtlijnen, maar dat ook uitvoering van Unierecht in beginsel een taak is voor de lidstaten en slechts bij uitzondering een taak voor de Unie-instellingen zelf, is nu met zoveel woorden vastgelegd in artikel 291, lid 1 VWEU. Volgens die bepaling moeten lidstaten alle maatregelen van intern recht nemen die nodig zijn ter uitvoering van het Unierecht en zal de Commissie dat slechts doen wanneer uitvoering volgens eenvormige voorwaarden moet worden verzekerd. Ingevolge lid 3 is die uitvoering door de Commissie echter wel uitdrukkelijk onderworpen aan controle door de lidstaten. De Raad voert Unierecht enkel uit in naar behoren gemotiveerde gevallen en daar waar bij Verdrag voorzien.<sup>21</sup> Als zodanig behelst en bestendigt artikel 291 een zekere horizontale en verticale taak- en bevoegdheidsverdeling en worden allerlei nationale autoriteiten, als zijnde een onderdeel van ‘de lidstaten’ in de zin van die bepaling, door de uitvoeringsplicht bestreken. De wijze waarop de lidstaten meer algemeen in de vormgeving en uitwerking van hun implementatieplicht te werk gaan is in beginsel een eigen aangelegenheid van de lidstaten, hetgeen artikel 288 met zoveel woorden duidelijk maakt wat betreft de implementatie van richtlijnen.

Door de jaren heen zijn de eisen die het EU-recht stelt aan effectieve implementatie langs allerlei wegen opgeschroefd, of het nu meer algemeen gaat om de omzetting van richtlijnen door de nationale wetgever en de effectieve handhaving van Unierecht door de nationale rechter<sup>22</sup> of meer specifiek om bijvoorbeeld de gedecentraliseerde toepassing van het Europees mededingingsrecht door nationale autoriteiten en rechter.<sup>23</sup> De uitgangspunten van nationale institutionele en procedurele autonomie zijn als zodanig aan steeds verdere Europese inkadering onderhevig, waarbij het beginsel van loyale samenwerking, sinds het Verdrag van Lissabon vastgelegd in artikel 4, lid 3 VEU, nogal eens als fundament dient voor de formulering van nieuwe verplichtingen voor de lidstaten. In het verlengde daarvan laat zich de vraag stellen welke rol administratieve soft law speelt in deze ontwikkeling en of laatstgenoemd beginsel ook consequenties met zich brengt voor de doorwerking daarvan in de nationale rechtsorde.

Deze korte schets duidt enerzijds op een sterke afhankelijkheid van de Unie van de lidstaten als het om – effectieve - implementatie van Unierecht gaat en anderzijds op een sterke onderlinge verbondenheid en verwevenheid van de Europese en de nationale rechtsorde. Op grond daarvan kan niet alleen worden gesproken van een geïntegreerde rechtsorde maar ook van gedeeld bestuur;<sup>24</sup> de

<sup>20</sup> Vgl. A. Prechal, *Directives in European Community Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, pp. 5-6.

<sup>21</sup> De precieze strekking van deze bepaling komt ook nader aan de orde in C.1.1.

<sup>22</sup> Zie o.m. Prechal 2005, voetnoot 20. Uiteraard spelen de leerstukken van directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid een grote rol in deze. Nader daarover par. C.2.

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld L. Parret, *Side effects of the modernization of EU competition law. Modernisation of EU competition law as a challenge to the enforcement system of EU competition law and EU law in general*, Wolf Legal Publishers 2010.

<sup>24</sup> J. Jans, R. de Lange, A. Prechal en R. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, AAL 2002, pp. 25-26 en W.T. Eijssbouts, J.H. Jans, A. Prechal en L.A.J. Senden, *Europees recht. Algemeen deel*, Europa Law Publishing 2010, derde geheel herziene druk, p. 28 e.v.

Unie-instellingen, met name de Commissie, en nationale instanties dragen een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het verzekeren van een adequate implementatie van het Unierecht en daartoe vindt een zekere samenwerking plaats. De ontwikkeling en het gebruik van Europese beleidsregels moeten in dit licht worden gezien.

## 2. Het fenomeen 'Europese beleidsregel'

### 2.1 Interpretatieve en decisoire beleidsregels

Beleidsregels zijn een bekend fenomeen in de meeste lidstaten.<sup>25</sup> In die zin zal het dan ook niet verbazen dat een dergelijk fenomeen zich ook op EU-niveau heeft gemanifesteerd en dit reeds zeer vroeg in de geschiedenis van de EU.<sup>26</sup> Het gebruik ervan is echter pas sinds het begin van de jaren '90 tot een vaste praktijk uitgegroeid en het wetenschappelijke debat over het bestaan, de aard en implicaties van Europese beleidsregels is derhalve nog vrij jong<sup>27</sup> en vaak nogal sector-specifiek.<sup>28</sup> We zullen hier eerst het Europese fenomeen 'an sich' beschouwen.<sup>29</sup>

Vooropgesteld kan worden dat het met name de Europese Commissie is die beleidsregels aanneemt,<sup>30</sup> maar dat zij deze niet met die term aanduidt in haar praktijk. De term 'beleidsregels' biedt een paraplueterm voor instrumenten en handelingen die zij aanneemt met het oog op het geven van sturing ten aanzien van de uitleg en implementatie van bestaand Unierecht door de lidstaten en haarzelf. Deze nemen de vorm aan van met name mededelingen, bekendmakingen en richtsnoeren, maar soms ook

---

<sup>25</sup> Zie bijvoorbeeld G. Winter, *Sources and categories of European Union law: a comparative and reform perspective*, Nomos, Baden-Baden 1996, 1. Auflage inzake de Britse, Deense, Nederlandse, Franse, Spaanse, Italiaanse en Duitse rechtssystemen. Verder ook reeds, J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Kluwer 1983; H. Bröring, 'Administrative Rules in British Law', *MJEL* 11994, p.273; R. Baldwin en Houghton, 'Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules', *Public Law* 1986, p. 239; A. Bok, 'Policy Rules in German Law', *MJEL* 11994, p. 255; B. Roozendaal, 'Self-Restraint of Discretionary Authority in French Administrative Law', *MJEL* 11994, p. 285.

<sup>26</sup> Zie de Bekendmaking met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissonnairs, PB. 1961, 139/2921; Bekendmaking betreffende octrooilicentieovereenkomsten, PB. 1962, 139/2922.

<sup>27</sup> Een van de eerste bijdragen over dit specifieke thema betreft die van R. Lauwaars, 'Zijn er beleidsregels in Europa?', *NTB* 1993, 1, p. 18. Andere vroege verwijzingen naar het bestaan van beleidsregels in het Europese rechtssysteem vinden we in de bijdrage van Mortelmans 1979, voetnoot 10, in: Melchior, 'Les communications de la Commission, contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités', *Mélanges Dehousse* 1979, vol. II, p. 248; A. Mattera, *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris 1988, G. Meier, Die "'Mitteilung" der Kommission: Ein Instrument der Normensetzung der Gemeinschaft?', in: J. Baur en K. Hopt (eds.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlin/New York: De Gruyter 1990, p. 1303 en H. Adam, *Die Mitteilungen der Kommission: Verwaltungsvorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts? Eine Untersuchung zur rechtsdogmatischen Einordnung eines Instrumentes des Kommission zur Steuerung der Durchführung des Gemeinschaftsrechts*, Nomos Baden-Baden 1999. Meer recentelijk, S. Thomas, 'Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission', *EuR* 2009, Heft 3, pp. 423-443.

<sup>28</sup> Zie de artikelen genoemd in voetnoot 6. Verder ook F. Rawlinson, 'The Role of Policy Frameworks, Codes and Guidelines in the Control of State Aid', in: I. Harden (ed.), *State Aid: Community Law and Policy*, Band 4, Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, Köln: Bundesanzeiger 1993, p. 52; Jestaedt en Häsemeyer, 'Die Bindungswirkung von Gemeinschaftsrahmen und Leitlinien im EG-Beihilfenrecht', *EuZW* 1995, p. 787; L. Senden en L. Hancher, 'De juridische werking van communautaire beleidsregels inzake mededinging en staatssteun', *NTER* 2000, vol. 6, nr. 4, p. 96 en G. Pampel, 'Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht', *EuZW* 2005, p. 11.

<sup>29</sup> Onderstaande beschouwing is deels gebaseerd op Senden 2004, voetnoot 2, pp. 137-163.

<sup>30</sup> Soms worden ze echter ook door andere Unie-organen aangenomen, waarbij niet altijd op voorhand duidelijk is of de opgestelde regels dan aan de Commissie zijn toe te rekenen of niet. Zie bijvoorbeeld de conclusies van het Douanecomité in de hierna in par. B.4.4.2 te bespreken zaak Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht. Zie voorts ook par. B.3.3.



van 'guidance documents', codes en kaderregelingen.<sup>31</sup> Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen *interpretatieve beleidsregels* - die aangeven of samenvatten op welke wijze volgens de Commissie het desbetreffende Unierecht moet worden begrepen en geïmplementeerd, waar van toepassing op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie - en de *decisoire beleidsregels*, die aangeven hoe de Commissie voornemens is de haar op sommige terreinen gelaten beoordelingsruimte en beleidsvrijheid in te vullen en toe te passen in een concreet geval.<sup>32</sup> Het begrip 'interpretatieve mededeling' werd door de Commissie geïntroduceerd in haar Witboek inzake de Interne Markt in 1985.<sup>33</sup> Interpretatieve documenten vinden we behalve op het terrein van de interne markt, in toenemende mate ook op daaraan gerelateerde terreinen, zoals openbare aanbestedingen,<sup>34</sup> belastingen,<sup>35</sup> milieu<sup>36</sup> en sociaal beleid.<sup>37</sup> Een van de eerste manifestaties betreft de Cassis de Dijon Mededeling.<sup>38</sup> Meer recente voorbeelden zijn de Interpretatieve mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende afvalstoffen en bijproducten<sup>39</sup> en de Interpretatieve mededeling over de 'gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen' (Mededeling inzake opdrachten onder de drempel).<sup>40</sup> Het terrein van het openbaar aanbestedingsrecht laat ook veel interpretatieve documenten onder andere benamingen zien, zoals 'handleiding', 'werkdokument' of 'gids', waaronder de Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang.<sup>41</sup> Deze beoogt uitdrukkelijk ook duidelijkheid en een nuttige leidraad te bieden voor belanghebbenden en voor overheidsinstanties wat betreft de voorwaarden en concrete toepassing van het Unierecht en een kader te bieden voor toegestane nationale beleidsmaatregelen.<sup>42</sup>

De tweede variant – de *decisoire beleidsregels* - vinden we uitsluitend op die beleidsterreinen waarop de Commissie een zelfstandige bestuursbevoegdheid heeft, waaronder in elk geval op basis van de Verdragen zelf de terreinen van het mededingingsrecht en van de staatssteun (zie nader over die grondslag par. B.3). Voorbeelden daarvan zijn de Mededeling Richtlijnen voor het onderzoek van de nationale steunmaatregelen in de visserij- en aquicultuursector,<sup>43</sup> de Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen en vermindering van geldboeten in kartelzaken, de Mededeling van de Commissie inzake berekening van geldboeten<sup>44</sup> en de Mededeling van de Commissie 'Richtsnoeren

<sup>31</sup> Daarnaast ook vademecum, gids, circulaire, toelichtingen e.d. Voorts zij opgemerkt dat bekendmakingen en mededelingen ook puur informatief kunnen zijn. Zie Senden 2004, voetnoot 2, pp. 115-135.

<sup>32</sup> In de Engelstalige literatuur (Mattera 1988, voetnoot 27 en Senden 2004, voetnoot 2) worden deze als 'decisional instruments' aangeduid, waar geen goede Nederlandse vertaling voor te vinden is.

<sup>33</sup> 'Voltooiing van de Interne Markt' - Witboek van de Commissie voor de Europese Raad, COM(1985)310, para. 155.

<sup>34</sup> Bv. de Interpretatieve Mededeling van 5 februari 2008 inzake toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessie overeenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking. Daarover HvJ 15 oktober 2009, nr. C-196/08 (*Acosef*), r.o.'s 57-58.

<sup>35</sup> Bv. de 'Pensioenmededeling', COM(2001) 214def.; 'Dividendmededeling', COM(2003) 810def; 'R&D-mededeling', COM(2006) 728def; 'Verliesverrekeningmededeling', COM(2006) 824def en 'Exithellingenmededeling', COM(2006) 825def. Nader hierover S. Wolvers, 'Van harmonisatie naar coördinatie; Communautaire soft law op het gebied van de directe belastingen', *NTER* 2008, nr. 3, pp. 66-73.

<sup>36</sup> Zie uitgebreid Scott 2011, voetnoot 8.

<sup>37</sup> Daaronder ook het terrein van de steunfondsen. Zie bv. de Coördinatieverordening en de daarop betrekking hebbende zaak HvJ 6 april 2000, nr. C-443/97, *Jur.* 2000, p. I-2415 (*Spanje tegen Commissie*).

<sup>38</sup> PB 1980, C 256/2.

<sup>39</sup> COM(2007)59.

<sup>40</sup> PB 2006, C/179/2. Deze mededeling is onderwerp geweest van een beroep tot nietigverklaring in zaak GvEA EG 20 mei 2010, nr. T-258/06 (*Duitsland tegen Commissie*), par. B.4.2.

<sup>41</sup> SEC(2010)1545 final, 7.12.2010.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>43</sup> PB 1992, C 152/2. Deze mededeling was aan de orde in zaak HvJ 5 oktober 2010, nr. C-288/96, *Jur.* 2000, p. I-8237 (*Duitsland tegen Commissie*), par. C.1.1.

<sup>44</sup> Resp. PB 2002, C 45/3 en PB 2006, C210/2. Deze mededelingen geven veelvuldig aanleiding tot nietigverklaringsberoepen tegen boetebeschikkingen van de Commissie. Zie daartoe par. B.4.2.

betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie'.<sup>45</sup> Op het terrein van het mededingingsrecht hebben deze beleidsregels een impuls gekregen door de omschakeling naar de gedecentraliseerde handhaving ervan.<sup>46</sup> Een bijzonder – institutioneel - voorbeeld betreft de Mededeling van de Commissie terzake van de uitvoering van artikel 260, lid 3 VWEU, waarin ze uiteenzet hoe zij van deze nieuwe door het Verdrag van Lissabon ingevoerde bepaling gebruik zal maken teneinde lidstaten tot naleving van het Unierecht aan te sporen.<sup>47</sup> Overigens dient te worden opgemerkt dat decisoire beleidsregels veelal ook uitleg van EU-recht omvatten.

Als zodanig kunnen we concluderen dat Europese beleidsregels een *post-law* functie vervullen of 'post-legislative guidance'<sup>48</sup> geven en altijd gerelateerd zijn aan door de Verdragsopstellers of de Uniewetgever vastgesteld 'hard' Unierecht.

## 2.2 Voordelen en keerzijden

Hoewel de rechtspraak van het Hof op grond van nu artikel 19, lid 1 VEU de enige gezaghebbende interpretatiebron van Unierecht is en blijft, moeten we tegelijkertijd erkennen dat die interpretatie niet de behoeften bevredigt van de dagelijkse wetgevings-, administratieve en rechterlijke praktijk.<sup>49</sup> Het doel van Europese beleidsregels is het bieden van transparantie, rechtszekerheid en rechtseenheid in de uitleg van Europese 'hard law' in de nationale lidstaten. Dat draagt bij aan een correcte en uniforme implementatie van het Unierecht in de lidstaten. De rechtspraak van het Hof, op zichzelf genomen, is daar maar beperkt toe in staat omdat het enkel een retrospectieve interpretatie van Unierecht kan geven, vaak na een lange gerechtelijke procedure. Voorts is interpretatie door het Hof niet automatisch, maar afhankelijk van externe factoren zoals dat er sprake moet zijn van een geding voor een nationale rechter; nationale administraties kunnen het Hof niet direct om uitleg verzoeken. Daar waar rechtspraak voorhanden is, is dat niet altijd een toegankelijke informatiebron die in staat stelt om het recht op een consistente en coherente wijze toe te passen.<sup>50</sup> Gegeven de complexiteit van de rechtspraak en de veelal stap voor stap ontwikkeling ervan, zijn de precieze implicaties en praktische gevolgen ervan voor de lidstaten niet op voorhand evident en de strekking en uitleg van Europese wetgeving en rechtspraak spreken dan ook lang niet altijd voor zich. De praktische 'vertaling' daarvan in interpretatieve bekendmakingen van de Commissie kan derhalve in beginsel een grote bijdrage leveren aan een grotere transparantie en adequate en uniforme implementatie van het Unierecht in de lidstaten.<sup>51</sup> Dit laatste geldt ook voor decisoire beleidsregels die lidstaten en particulieren c.q. marktpartijen in staat stellen om te anticiperen op de wijze waarop de Commissie het Unierecht zal toepassen in een concreet geval. Nationale autoriteiten kunnen daar derhalve rekening mee houden in hun regelgevend, bestuurlijk en rechterlijk handelen.

Het Hof zelf heeft er ook op gewezen dat dergelijke regels en richtsnoeren bijdragen tot de doorzichtigheid en rechtszekerheid en daarmee ook tot de voorspelbaarheid van het optreden van de Commissie<sup>52</sup> en tot het verzekeren van gelijke behandeling bij en de transparantie van individuele besluitvorming.<sup>53</sup> Op die gronden lijkt het dat gebruik zelfs toe te juichen. In de situatie dat de

<sup>45</sup> PB. 2009, C 45/7.

<sup>46</sup> Stefan 2008, voetnoot 6.

<sup>47</sup> Mededeling van de Commissie — Uitvoering van artikel 260, lid 3, van het VWEU, PB 2011, C12/1.

<sup>48</sup> Scott 2011, voetnoot 8.

<sup>49</sup> Vgl. Winter 1996, voetnoot 11, p. 630. Zie ook Melchior 1979, voetnoot 27, p. 248.

<sup>50</sup> Zie over deze factoren, Lefevre 2004, voetnoot 11, p. 809.

<sup>51</sup> *Ibid.* en vgl. Mattera, 'La Communication interpretative de la Commission sur les concessions de service d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation', *Revue du Marché Unique Européen* 2000, p. 302.

<sup>52</sup> HvJ 22 juni 1999, nr. C-387/97, *Jur.* 2000, p. I-5047 (*Commissie tegen Griekenland*), r.o.'s 87 en 89; HvJ 7 maart 2002, nr. C-310/99, *Jur.* 2002, p. I-2289 (*Italië tegen Commissie*), r.o. 52, HvJ 8 februari 2007, nr. C-3/06, *Jur.* 2007, I-1331 (*Groupe Danone tegen Commissie*), r.o. 23.

<sup>53</sup> Zie o.m. HvJ 6 april 2000, nr. C-443/97, *Jur.* 2000, p. I-2415 (*Spanje tegen Commissie*), r.o.'s 31-33.

Europese wetgever tekort schiet in zijn taakuitoefening, kunnen beleidsregels soms ook enige uitkomst bieden. Zo merkt Advocaat-Generaal Ruiz-Colomer in zijn conclusie bij de zaak *Acoset* op dat het gemeenschapsrecht gericht is op de harmonisatie van de nationale wettelijke regelingen op het gebied van de overheidsopdrachten, maar dat het 'verstek laat gaan wanneer het wordt geconfronteerd met het „verschijnsel” publiek-private samenwerking (PPS),’ terwijl de lidstaten, gegeven het groeiend aantal PPS-constructies in de publieke sector, graag een regeling zouden zien op Unieniveau vanwege de lucratieve aspecten ervan. In een volstrekt van elke specifieke bindende regeling verstoken context heerst er volgens de A-G echter vooral grote rechtsonzekerheid over de participatie en de wijze waarop de private partners in dit economisch evenwichtssysteem kunnen worden geïntegreerd en was er derhalve dringend behoefte aan uitleggingscriteria om de bestaande praktijken in overeenstemming te brengen met de Verdragsbeginselen. Hierin is voorzien door de Interpretatieve mededeling van de Commissie van 5 februari 2008 over de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking.<sup>54</sup> Een dergelijke oplossing moeten we echter als second-best en tijdelijk beschouwen, omdat beleidsregels niet als een substituuut voor wetgeving moeten worden gezien en niet tot oneigenlijke wetgeving moeten verworden.

Dat brengt ons ook bij de keerzijden die kleven aan het gebruik van beleidsregels door de Commissie. Dat betreft allereerst het feit dat deze regels als zodanig democratische legitimatie missen, ook al komen ze soms na consultatie van betrokken partijen tot stand (zie par. 3 hierna). Een tweede risico bestaat daarin dat de Commissie beleidsregels als een oneigenlijk wetgevingsinstrument gebruikt waar zij de bevoegdheden voor mist. In dit verband kunnen we opmerken dat beleidsregels van de Commissie vaak een mengeling van 'actieve' en 'passieve' interpretatie zijn. Bij passieve interpretatie gaat het in essentie om het codificeren van een bepaald Europees rechtsgebied en het toegankelijk maken van alle regels, waaronder de rechterlijke interpretatie ervan, die op dat gebied bestaan. Bij actieve interpretatie gaat de Commissie verder omdat die regels en de implicaties ervan dan nadere uitleg behoeven alvorens ze adequaat toepassing kunnen vinden.<sup>55</sup> Hier worden dus feitelijk subjectieve elementen toegevoegd aan de objectieve, gezaghebbende rechtsregels. Daarbij ontstaat niet alleen het gevaar dat het Hof in voorkomend geval tot een andere uitleg komt van de EU-norm in kwestie, maar ook dat er nieuwe verplichtingen worden gecreëerd die niet als zodanig besloten liggen in de onderliggende hard law, zoals geïnterpreteerd door het Hof. Het meest duidelijke voorbeeld daarvan biedt de zaak *Frankrijk t. Commissie*, waarin de door de Commissie aangenomen Pensioenmededeling ter discussie stond die een vrijwel letterlijke kopie was van een voorstel voor een richtlijn dat de Commissie eerder had teruggetrokken wegens onvoldoende steun daarvoor in de Raad (en het EP).<sup>56</sup> Dit kan leiden tot onrechtmatig opgelegde verplichtingen, hetgeen problematisch is vanuit het oogpunt van institutioneel evenwicht, nationale soevereiniteit, democratische legitimatie en individuele rechtsbescherming. Om die redenen heeft het EP stevige kritiek geuit op het gebruik van soft law instrumenten door de Commissie en wenst het een grotere betrokkenheid bij de aanname daarvan.<sup>57</sup> Een laatste punt van zorg is dat de uniforme toepassing van beleidsregels in de lidstaten niet is verzekerd, wegens het in beginsel juridisch niet-verbindende karakter ervan en de onzekerheid omtrent de aan deze instrumenten te verbinden rechtsgevolgen in het kader van de nationale rechtsorde, hetgeen potentiële consequenties heeft voor de rechtseenheid in de EU.<sup>58</sup> Als zodanig is het niet uitgesloten dat beleidsregels tegengestelde effecten bereiken aan de beoogde.

---

<sup>54</sup> HvJ 15 oktober 2009, nr. C-196/08 (*Acoset*) Conclusie van Advocaat-Generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 2 juni 2009, punten 52-56.

<sup>55</sup> In die zin Levefre 2004, voetnoot 11.

<sup>56</sup> Deze zaak wordt nader besproken in par. B.4.6.1.

<sup>57</sup> Resolutie van het EP van 4 september 2007 over de institutionele en juridische gevolgen van het gebruik van "soft-law" instrumenten, A6-0259/2007 en resolutie van het EP van 9 februari 2010 over een herzien Kaderakkoord tussen het Europees Parlement en de Commissie voor de volgende zittingsperiode, P7-TA(2010)0009.

<sup>58</sup> Vgl. Sanchez Graells 2010, voetnoot 6.

Zowel vanuit het oogpunt van rechtseenheid, effectiviteit en legitimiteit van het Unierecht als vanuit het perspectief van transparantie, rechtszekerheid en gelijke behandeling op het nationale implementatieniveau is het derhalve van belang meer zicht te krijgen op de verankering van deze regels in het Europese rechtssysteem alsook op hun juridische werking en de mate van rechtsbescherming die is verzekerd terzake van Europese beleidsregels.

### 3. De juridische fundering van Europese beleidsregels

#### 3.1 Geen geïnstitutionaliseerd fenomeen

Europese beleidsregels ontberen – nog steeds – een uitdrukkelijke juridische fundering in de Verdragen. De met het Verdrag van Lissabon geïntroduceerde normenhiërarchie in de artikelen 288-292 VWEU, als gevolg waarvan er nu een onderscheid wordt gemaakt tussen wetgevingshandelingen, gedelegeerde handelingen en uitvoeringshandelingen, heeft daarin geen verandering gebracht. Gedelegeerde rechtshandelingen betreffen weliswaar niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking onder meer ter aanvulling van bepaalde niet-essentiële onderdelen van een wetgevingshandeling, maar kunnen enkel volgens een strak ingeklede delegatieprocedure worden vastgesteld (art. 290 VWEU). Daarvan is bij beleidsregels geen sprake. Ze kunnen evenmin als uitvoeringshandelingen in de zin van art. 291 worden begrepen, omdat die uitdrukkelijk slechts ‘juridisch bindende handelingen’ van de Unie betreffen. De enige formeel erkende soft law instrumenten blijven daarmee de aanbeveling en het advies, ten aanzien waarvan artikel 288 onveranderd enkel stelt dat ze ‘niet verbindend’ zijn en het nieuwe artikel 292 bepaalt dat de Raad volgens bepaalde procedurevoorschriften aanbevelingen mag aannemen en dat ook de Commissie aanbevelingen vaststelt, zonder daar echter procedurevoorschriften aan te verbinden. Artikel 296 VWEU behelst wel een impliciete erkenning van het gebruik van andersoortige handelingen dan de expliciet in artikel 288 VWEU erkende handelingen, door te bepalen dat wanneer voorstellen voor wetgevingshandelingen voorliggen bij het EP en de Raad, deze instellingen zich zullen onthouden van het aannemen van handelingen die niet voorzien zijn bij de Verdragen. Handelingen van de Commissie worden evenwel niet door deze bepaling bestreken. Van enigerlei institutionalisering c.q. constitutionalisering van Europese beleidsregels, zoals op nationaal niveau is gebeurd in de Algemene wet bestuursrecht, is ook op grond van andere Verdragsbepalingen geen sprake. De handhaving van de *status quo* op dit punt betekent dat we het gebruik van Europese beleidsregels nog steeds moeten herleiden tot de taakstelling en bevoegdheden van de Commissie.

#### 3.2 De Commissie als hoedster van de Verdragen

Ingevolge artikel 17, lid 1 VEU bevordert de Commissie het algemeen belang van de Unie en neemt ze daartoe ‘passende initiatieven’ en ziet zij toe op de toepassing van zowel de Verdragen als de maatregelen die de instellingen krachtens de Verdragen vaststellen. Het is in het kader van deze algemene taakstelling van de Commissie als hoedster van de Verdragen dat het gebruik van de interpretatieve beleidsregels moet worden gezien. Deze lezing wordt onder meer ondersteund door de uitspraak van het Hof in de KYDEP zaak, waarin het overwoog dat de Commissie “als hoedster van het gemeenschapsrecht en beheersorgaan van het EOGFL [...] immers bevoegd [is], de Lid-Staten te herinneren aan de gemeenschapsregels die zij moeten toepassen, en in het kader van haar samenwerking met de nationale administraties haar eigen uitlegging ervan te geven.”<sup>59</sup> Het feit dat de aanneming van interpretatieve beleidsregels enkel op deze algemene Verdragsgrondslag en de daarin vastgelegde taakstelling berust, heeft belangrijke juridische en procedurele consequenties. Zo brengt dit met zich mee dat zij juridische verbindendheid als intrinsieke of inherente eigenschap ontberen, omdat ze geen deel uitmaken van het gesloten systeem van juridisch verbindende instrumenten die de Verdragen erkennen; enkel de Verdragsopstellers kunnen juridische verbindendheid als vast kenmerk van rechtsinstrumenten

<sup>59</sup> HvJ 15 september 1994, nr. C-146/91, *Jur.* 1994, p. I-4199 (*KYDEP v. Raad en Commissie*), r.o. 30. Daar waar het arrest verwijst naar de Commissie als beheersorgaan wordt ook gerefereerd aan haar bestuurstaak.

vaststellen.<sup>60</sup> Procedureel gezien, is van belang dat, ook al consulteert de Commissie soms wel betrokken partijen,<sup>61</sup> ze in de uitoefening van haar bevoegdheid als hoedster van de Verdragen geen bepaalde besluitvormingsprocedure behoeft te volgen. Dit draagt bij aan de hierboven gesignaleerde keerzijden van het gebruik van beleidsregels.

Niettemin moeten we hier opmerken dat het niet zou bijdragen aan de effectiviteit van de uitoefening van de taakstelling van de Commissie wanneer zij zich zou moeten beperken tot het nemen van reactieve of ex-post maatregelen van individuele aard, in het bijzonder het initiëren van infractieprocedures tegen specifieke lidstaten. De Commissie moet ook proactief of ex-ante kunnen optreden en handelingen van algemene, preventieve aard kunnen aannemen om correcte en uniforme toepassing van het Unierecht in de lidstaten te verzekeren. Sommige auteurs hebben betoogd dat daartoe zelfs een plicht bestaat,<sup>62</sup> maar dat is in zijn algemeenheid op grond van het huidige institutionele raamwerk moeilijk vol te houden.

### 3.3 De Commissie als bestuursorgaan

De juridische fundering van decisoire beleidsregels valt primair te herleiden tot de bestuurstaak van de Commissie en daarmee ook tot bepaalde sectorspecifieke grondslagen als de (oud) artikelen 87 en 88 EG (nu 107 en 108 VWEU) inzake staatssteun en secundairrechtelijke handelingen als de Coördinatieverordening (4253/88/EEG).<sup>63</sup> Op basis van een functionele uitleg van dergelijke bepalingen hebben het Gerecht en het Hof een impliciete bevoegdheid erkend voor de Commissie om ook algemene, decisoire beleidsregels aan te nemen op de terreinen waarop het een bijzondere, individuele beoordelingsbevoegdheid of -vrijheid heeft.<sup>64</sup> Zo stelde het Gerecht in de Ducros zaak aangaande de communautaire richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden dat

“de Commissie zichzelf voor de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheden gedragsregels kan stellen door middel van handelingen als de onderhavige richtsnoeren, voor zover deze handelingen gedragsregels bevatten inzake de door haar te volgen praktijk en niet derogeren aan de normen van het Verdrag.”<sup>65</sup>

De uitspraak van het Hof in de zaak IJssel-Vliet, een prejudiciële verwijzing van de Nederlandse Raad van State, getuigt van een behoorlijk ruime uitleg van die bevoegdheid door te stellen “dat de Commissie, bij de uitoefening van haar bevoegdheden krachtens de artikelen 92 en 93 van het Verdrag, richtsnoeren kon vaststellen volgens welke, behalve met criteria van zuiver mededingingspolitieke aard, ook rekening moet worden gehouden met de op het gebied van het gemeenschappelijk visserijbeleid toepasselijke criteria, ook al had de Raad haar niet uitdrukkelijk daartoe gemachtigd.”<sup>66</sup>

In het kader van de gedecentraliseerde handhaving van het Europees mededingingsrecht op grond van Verordening 1/2003 en de op dit terrein ingezette netwerkbenadering, waarbij de Commissie

<sup>60</sup> Senden 2004, voetnoot 2, p. 273.

<sup>61</sup> Zoals Lefevre 2004, voetnoot 11, p. 821 opmerkt bijvoorbeeld met betrekking tot de ontwerp Commissie Interpretatieve mededeling, Vrij verkeer van diensten en algemeen belang in de verzekeringssector, SEC(1997), 1824 en de ontwerp Commissie Interpretatieve mededeling inzake concessies op grond van het gemeenschapsrecht inzake publieke contracten, PB. 1999, C 94/4.

<sup>62</sup> G. Meier, ‘Die ‘Mitteilung’ der Kommission: ein Instrument der Normensetzung der Gemeinschaft?’, in: J. Baur en K. Hopt (eds.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlin/New York: De Gruyter 1990, p. 1303.

<sup>63</sup> HvJ 6 april 2000, nr. C-443/97, *Jur.* 2000, p. I-2415 (*Spanje tegen Commissie*)

<sup>64</sup> O.m. HvJ 14 januari 1997, nr. C-169/95, *Jur.* 1997, p. I-315 (*Spanje tegen Commissie*), r.o. 19.

<sup>65</sup> GvEA 5 november 1997, nr. T-149/95, *Jur.* 1997, p. II-2031 (*Ducros tegen Commissie*), r.o. 61

<sup>66</sup> HvJ 15 oktober 1996, nr. C-311/94, *Jur.* 1996, p. I-5023 (*IJssel-Vliet*), zie over deze zaak ook par. C.1. Daarna ook: zaak HvJ 17 juni 1999, nr. C-75/97, *Jur.* 1999, p. 3671 (*België tegen Commissie*), r.o. 56 en HvJ 13 juni 2002, nr. C-382/99, *Jur.* 2002, p. I-5163 (*Nederland tegen Commissie*), r.o. 24 en verder. In latere rechtspraak is dit veelvuldig bevestigd.

en de nationale mededingingsautoriteiten samenwerken in het Europees mededingingsnetwerk (ECN) met een oog op de doeltreffende toepassing en handhaving van de Europese mededingingsregels, zien we dat de rol van decisoire beleidsregels is toegenomen.<sup>67</sup> Eenzelfde ontwikkeling zien we op het terrein van elektronische- en telecommunicatie, waar eveneens een netwerkbenadering wordt gevolgd. Op dit terrein zien we ook dat secundairrechtelijke instrumenten niet enkel een specifieke bevoegdheid kunnen behelzen voor de aanneming van Europese decisoire beleidsregels, maar zelfs een plicht daartoe. Een concreet voorbeeld daarvan biedt de Kaderrichtlijn,<sup>68</sup> waarvan artikel 15 bepaalt dat de Commissie, na openbare raadpleging en overleg met de nationale regelgevende instanties, een aanbeveling aanneemt inzake relevante markten voor producten en diensten en dat ze uiterlijk op de datum van inwerkingtreding van de richtlijn, richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht publiceert. Getuige de richtlijn, beogen dergelijke regels niet enkel de Commissie te sturen in haar toepassing van de mededingingsregels op het specifieke terrein van elektronische communicatie, maar uitdrukkelijk ook de toepassing daarvan door de nationale regelgevende instanties. In dergelijke situaties krijgt de Commissie een belangrijke bestuurlijk-regelgevende plicht opgelegd, of gedelegeerd in zekere zin, tot de aanneming van 'softe' uitvoeringsregels, die ze in een zekere samenwerking met de nationale instanties moet toepassen en naleven. Het bestaan van een zo'n specifieke secundairrechtelijke verplichting zal steeds op individuele basis moeten worden vastgesteld, alsook de reikwijdte en modaliteiten voor de uitoefening ervan. In par. C.1.2 zullen we aan de hand van dit voorbeeld nader ingaan op de mogelijke consequenties die aan het bestaan van een dergelijke specifieke bevoegdheidsgrondslag moeten worden verbonden in termen van mogelijke verplichtingen voor de nationale wetgever c.q. uitvoeringsinstanties tot omzetting en toepassing van de beleidsregels, en welke relevantie toekomt aan de door de Europese wetgever gebruikte formulering in deze.

Ten slotte constateren we dat ook de Europese netwerken zelf, zoals het ECN, soft law handelingen aannemen.<sup>69</sup> Hetzelfde geldt voor bepaalde Europese agentschappen die worden opgezet om de Commissie te assisteren bij de uitvoering en handhaving van Unierecht. Wij laten deze materie, hoe interessant ook, hier verder buiten beschouwing op grond van overwegingen van tijd en ruimte.

#### **4. Rechtsbescherming bij en juridische werking van Europese beleidsregels op EU-niveau**

Het feit dat Europese beleidsregels geen formele status hebben in de Verdragen en zonder democratische controle tot stand komen, betekent niet dat deze ontbloeit zijn van juridische werking. Dit roept ook de vraag op naar de mate van rechtsbescherming die is verzekerd in dit verband. Vanuit de benadering van de Unie als geïntegreerde rechtsorde en het feit dat het EU-recht een 'volledig stelsel van rechtsbescherming' beoogt te verzekeren,<sup>70</sup> is het van belang deze kwestie niet enkel op nationaal niveau te bekijken maar ook op EU-niveau. Met andere woorden, zoals nog nader uit dit preadvies zal blijken, de vraag naar de doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde kan niet los worden gezien van de rechtsbescherming bij en juridische werking van administratieve soft law op het EU-niveau. Die laatste kwestie beschouwen we hier om te beginnen vanuit een procedureel rechtsbeschermingsperspectief; in hoeverre kunnen Europese beleidsregels überhaupt inzet zijn van c.q. een rol spelen bij een juridische toetsing door het Hof van

<sup>67</sup> Vgl. Stefan 2008 en De Visser 2009.

<sup>68</sup> Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, PB. 2002, L108/33.

<sup>69</sup> Zie hierover nader De Visser 2009 en M. Eliantonio, Effectieve rechtsbescherming en netwerken: een problematische verhouding, *SEW* 2011, nr. 4, pp. 116-122.

<sup>70</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-50/00P, UPA, *Jur.* 2002, I-6677..

Justitie?<sup>71</sup> Hierbij moet worden aangetekend dat verschillende situaties de inzet kunnen zijn van een dergelijk beroep. Het kan gaan om de toetsing van een schending van een Verdragsverplichting in het licht van Europese interpretatieve of decisoire beleidsregels (bij verdragsinbreukprocedures), om de toetsing van de verenigbaarheid van een nationale maatregel of beschikking met of in het licht van Europese decisoire beleidsregels (bij prejudiciële uitleggingsvragen), maar ook om die van een Europese beschikking in het licht van Europese decisoire beleidsregels (bij nietigverklaringsprocedure) of om de verenigbaarheid van de Europese interpretatieve of decisoir beleidsregel zelf met hogere, harde EU-normen (bij nietigverklaringsprocedure of prejudiciële geldigheidsvragen). Vervolgens bekijken we de toetsing die het Hof uitvoert nader vanuit een materieel perspectief, in het bijzonder met het oog op de vaststelling van de voorwaarden waaronder het Hof Europese decisoire beleidsregels rechtmatig en juridisch verbindend acht. Daarbij gaan we ook nog nader in op de betekenis die het Hof hecht aan Europese interpretatieve en decisoire beleidsregels als interpretatiemaatstaf.

#### 4.1 De procedure wegens Verdragsschending

Algemene regel is dat niet-naleving of schending van een Europese beleidsregel door een lidstaat op zichzelf genomen geen voldoende aanleiding kan zijn voor het instellen van een infractieprocedure door de Commissie wegens schending van een 'Verdragsverplichting', zoals vereist door artikel 258 VWEU.<sup>72</sup> Dit is zo, kort gezegd, omdat een Europese beleidsregel niet juridisch verbindend is (zie ook par. B.4.6.1). Het Hof zal een schending van een 'Verdragsverplichting' dus niet enkel en direct baseren op een beleidsregel, maar hoofdzakelijk op de daaraan ten grondslag liggende harde secundairrechtelijke of Verdragsrechtelijke norm. De beleidsregel functioneert daarbij als interpretatiemaatstaf.

De uitspraak van het Gerecht in de zaak Duitsland t. Commissie illustreert dit. In die zaak stelde Duitsland dat de aankondiging door de Commissie in punt 1.3. van de Interpretatieve mededeling inzake opdrachten onder de drempel, dat zij ingeval van niet-inachtneming van de voorgeschreven procedure een niet-nakomingsprocedure zal instellen, aantoonde dat deze tekst verplichtingen beoogt op te leggen aan de lidstaten. Het Gerecht oordeelde echter dat dit punt de lidstaat er weliswaar op wijst "dat hij een reëel risico loopt dat tegen hem een niet-nakomingsprocedure wordt ingesteld indien hij zijn in de mededeling in herinnering gebrachte uit het primaire gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen niet nakomt, doch dit is slechts een feitelijk gevolg en geen dwingend rechtsgevolg."<sup>73</sup> Deze uitspraak laat tegelijkertijd zien dat aan Europese beleidsregels wel enige relevantie toekomt in het kader van de infractieprocedure. Zo zal de Commissie zich bij de beslissing om al dan niet een dergelijke procedure te starten tegen een lidstaat logischerwijs wel laten leiden door de interpretatie die zij zelf voorstaat van het Unierecht zoals ze die in een interpretatieve handeling heeft vastgelegd. Met name daar waar een dergelijke handeling (deels) is gebaseerd op eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie bestaat er ook een gerede kans dat het Hof eenzelfde mening zal zijn toegedaan. Een serie uitspraken inzake de interpretatie van de 'betrekkingen in overheidsdienst' exceptie van nu artikel 45, lid 4 VWEU getuigt hiervan, nu de interpretatie daarvan door het Hof samenviel met die in de bekendmaking van de Commissie die op zijn beurt weer stelde op eerdere rechtspraak van het Hof.<sup>74</sup>

Ten aanzien van decisoire beleidregels die op basis van een specifieke secundairrechtelijke grondslag c.q. verplichting door de Commissie zijn aangenomen en die waarmee de lidstaten hebben ingestemd in het kader van een specifieke samenwerkingsplicht, dient opgemerkt te worden dat de hiervoor beschreven situatie anders kan liggen. Gegeven de uitspraken van het Hof in met name de zaken

<sup>71</sup> Op dit punt wordt geen uitputtende beschouwing beoogd, maar beperken we ons tot de belangrijkste procedures.

<sup>72</sup> Zie reeds in die zin Mortelmans 1979, voetnoot 10, p. 22.

<sup>73</sup> GvEA 20 mei 2010, nr. T-258/06 (*Duitsland tegen Commissie*), r.o. 151.

<sup>74</sup> HvJ 2 juli 1996, nr. C-290/94, *Jur.* 1996, p. I-3285 (*Commissie tegen Griekenland*), r.o.'s 31, 35 en 36; HvJ 2 juli 1996, nr. C-473/93, *Jur.* 1996, p. I-3207 (*Commissie tegen Luxemburg*); HvJ 2 juli 1996, nr. C-173/94, *Jur.* 1996, p. I-3265 (*Commissie tegen België*). Zie verder ook par. B.4.6.3.

IJssel-Vliet, CIRFS en Duitsland t. Commissie<sup>75</sup> en de bindende werking die het Hof daarin heeft aangenomen van bepaalde Europese beleidsregels ook voor de lidstaten zelf (zie par. C.1), moet het volgens ons namelijk niet onmogelijk worden geacht dat lidstaten bij (systematische) schending daarvan een infractieprocedure tegemoet kunnen zien.

#### 4.2 Beroep tot nietigverklaring

Het komt met enige regelmaat voor dat lidstaten op grond van (nu) artikel 263 VWEU een beroep instellen tot nietigverklaring van Europese decisoire beleidsregels. Zo betrof zaak C-443/97, Spanje t. Commissie, een beroep tot nietigverklaring van de interne richtsnoeren van de Commissie van 15 oktober 1997 betreffende de netto financiële correcties in het kader van artikel 24 van verordening (EEG) nr. 4253/88. Dat beroep achtte het Hof niet ontvankelijk omdat een dergelijke handeling van de Commissie, waarbij enkel haar voornemen tot uitdrukking wordt gebracht om bij de uitoefening van de haar door artikel 24 verleende bevoegdheid een bepaalde gedragslijn te volgen, niet kan worden beschouwd als gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolgen.<sup>76</sup> Daarmee volgt het Hof de bewoordingen van artikel 263, volgens welke enkel de wettigheid kan worden nagegaan van handelingen die rechtsgevolgen ten aanzien van derden beogen te hebben. Dit betekent dat een echte soft law handeling die enkel feitelijke gevolgen maar geen dwingende rechtsgevolgen teweeg brengt, geen voorwerp kan zijn van een beroep tot nietigverklaring, ook al zou deze een niet geheel correcte weergave behelzen van het geldende Unierecht. In die zin is de door artikel 263 procedure geboden rechtsbescherming dus beperkt.<sup>77</sup>

Die beperking wordt enigszins gemitigeerd door het feit dat het wel mogelijk is voor particulieren c.q. ondernemingen en lidstaten om een beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 263 in te stellen tegen een beschikking die de Commissie heeft genomen op grond van Verdragsregels of secundaire wetgeving en decisoire beleidsregels ter aanvulling daarvan. Het Hof zal de vermeende onrechtmatigheid van de beschikking dan dus mede in het licht van die beleidsregels beschouwen. Dit heeft het Hof reeds duidelijk gemaakt in de CIRFS zaak, die een beroep tot nietigverklaring betrof van een steunbeschikking van de Commissie die mede was gebaseerd op een steuncode.<sup>78</sup> Een recente bevestiging zien we in voornoemde uitspraak in de zaak Spanje t. Commissie, waarin het Hof stelde dat “De interne richtsnoeren geven dus de algemene lijnen aan, die voor de Commissie als basis zullen dienen voor later krachtens artikel 24 van de coördinatieverordening te geven individuele beschikkingen, waarvan de wettigheid door de betrokken lidstaat voor het Hof zal kunnen worden betwist volgens de procedure van artikel 173 van het Verdrag.”<sup>79</sup> Voor particulieren die niet de adressaat zijn van een dergelijke beschikking wordt die mogelijkheid echter nog steeds ingeperkt vanwege de nog altijd strenge ontvankelijkheidsvoorwaarden van direct en individueel geraakt zijn, alhoewel de CIRFS zaak laat zien dat het niet onmogelijk is daaraan te voldoen.

Het voorgaande sluit niet uit dat wel een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld tegen ‘onechte’ Europese interpretatieve of decisoire beleidsregels. Het Hof volgt in deze nog steeds de reeds in de ERTA-uitspraak vastgelegde regel dat de inhoud van een Uniebesluit bepalend is voor de juridische kwalificatie ervan en niet de vorm waarin het is gegoten. Het Hof oordeelde in die zaak namelijk uitdrukkelijk dat het beroep tot nietigverklaring open staat “met betrekking tot alle door de instellingen getroffen bepalingen – ongeacht hun aard of vorm – die beogen rechtsgevolgen teweeg te

<sup>75</sup> Resp. HvJ 15 oktober 1996, nr. C-311/94, *Jur.* 1996, p. I-5023 (*IJssel-Vliet*), HvJ 24 maart 1993, nr. C-313/90, *Jur.* 1993, p. I-1125 (*CIRFS*), HvJ 5 oktober 2000, nr. C-288/96, *Jur.* 2000, p. I-8237 (*Duitsland tegen Commissie*).

<sup>76</sup> R.o. 34, onder verwijzing naar HvJ 27 september 1988, nr. 114/86, *Jur.* 1988, p. 5289 (*Verenigd Koninkrijk tegen Commissie*), punt 13 en HvJ 5 mei 1998, nr. C-180/96, *Jur.* 1998, p. I-2265 (*Verenigd Koninkrijk tegen Commissie*), punt 28.

<sup>77</sup> Voor een kritische beoordeling daarvan, zie Scott 2011, voetnoot 8.

<sup>78</sup> HvJ 24 maart 1993, nr. C-313/90, *Jur.* 1993, p. I-1125 (*CIRFS*).

<sup>79</sup> HvJ 6 april 2000, nr. C-443/97, *Jur.* 2000, p. I-2415 (*Spanje tegen Commissie*), r.o. 33. Bevestigd onder meer in GvEA 20 november 2008, nr. T-185/05, *Jur.* 2008, p. II-3207 (*Italië tegen Commissie*), r.o.’s 41-45 en de in par. B.4.1. besproken zaak GvEA 20 mei 2010, nr. T-258/06 (*Duitsland tegen Commissie*).



brengen.”<sup>80</sup> De eerder besproken uitspraak van het Gerecht in de zaak Duitsland t. Commissie, die een verzoek tot nietigverklaring betrof van de Interpretatieve mededeling inzake overheidsopdrachten onder de drempel bevestigt dit.<sup>81</sup> Het Hof verwierp dit verzoek pas na een uitvoerig onderzoek, concluderend dat deze mededeling “geen nieuwe regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten toevoegt aan de uit het bestaande gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen. In die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat de mededeling verbindende rechtsgevolgen sorteert die de rechtspositie van de Bondsrepubliek Duitsland en de interveniërende partijen kunnen aantasten, en moet het beroep dus niet-ontvankelijk worden verklaard.” (r.o. 162)

Deze benadering van het Hof impliceert dat een hard law handeling in een soft law jasje niet om die reden als non-existent is aan te merken<sup>82</sup> maar dat het Hof eerst de (on)rechtmatigheid ervan zal moeten beoordelen en vaststellen.<sup>83</sup> Dat gegeven brengt met zich dat zolang beleidsregels niet onrechtmatig zijn verklaard, ze naast de feitelijke invloed die ze kunnen genereren ook de juridische werking kunnen hebben zoals die door het Hof is erkend (zie par. B.4.6 en C). Dit brengt op zijn beurt een (potentieel grote) behoefte aan rechtsbescherming en van toegang tot de rechter met zich mee. In dit verband wringen dan echter de zware ontvankelijkheidsvoorwaarden voor particulieren en ondernemingen om tegen Uniebesluiten in beroep te gaan die een algemene strekking hebben, zoals verordeningen. Hoewel het Verdrag van Lissabon de *locus standi* voorwaarden iets heeft versoepeld door het instellen van beroep voor iedere natuurlijke of rechtspersoon mogelijk te maken tegen “regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en geen uitvoeringshandelingen met zich meebrengen”, is het de vraag in hoeverre (oneigenlijke) Europese beleidsregels door die formule worden gedekt. In de geest van de voorbereidende documenten van het Constitutioneel Verdrag voor Europa, waarnaar deze zinsnede is te herleiden, valt er veel voor te zeggen om ze wel als regelgevingshandeling te kwalificeren, omdat het gaat om niet-wetgevingshandelingen die zonder democratische controle tot stand komen en ten aanzien waarvan een rechterlijke rechtmatigheidscontrole aangewezen zou zijn.<sup>84</sup>

#### 4.3 De exceptie van onwettigheid

In het licht van de voorgaande beperking van de rechtsbescherming van particulieren, is ook van belang te onderzoeken of deze mogelijksterwijs de exceptie van onwettigheid van artikel 277 VWEU ter zake van een Europese beleidsregel zouden kunnen invoeren. Volgens die bepaling kan iedere partij de niet-toepasselijkheid van een handeling van algemene strekking van een Unie-orgaan invoeren in een geschil voor het Hof van Justitie. De uitspraak in de zaak Dansk Rørindustri<sup>85</sup> betreffende de Commissie richtsnoeren inzake de berekening van geldboeten uit hoofde van verordening 17 en de mededeling inzake medewerking, bevestigt dat dit inderdaad mogelijk is. De uitspraak laat een spill-over effect zien van de ambtenarenrechtspraak van het Hof,<sup>86</sup> waarbij de zelfbindende werking van decisoire beleidsregels leidend is in de door het Hof gevolgde redenering (daarover nader par. B.4.6.2). In het bijzonder concludeert het Hof op basis van het feit dat het niet uitgesloten is dat gedragsregels met een algemene strekking als die in kwestie onder bepaalde

<sup>80</sup> HvJ 31 maart 1971, nr. 22/70, *Jur.* 1971, p. 263 (*ERTA*), r.o. 42. Later bevestigd in HvJ 16 juni 1993, nr. C-325/91, *Jur.* 1993, p. I-3283 (*Frankrijk tegen Commissie*), r.o. 9 en zaak HvJ 20 maart 1997, nr. C-57/95, *Jur.* 1997, p. I-1627 (*Frankrijk tegen Commissie*), r.o. 7. In die zin zijn dus ook de bewoordingen van artikel 288 VWEU niet beslissend voor wat betreft de juridische werking van aanbevelingen.

<sup>81</sup> GvEA 20 mei 2010, nr. T-258/06, n.n.g.

<sup>82</sup> HvJ 15 juni 1994, nr. C-137/92 P, *Jur.* 1994, p. I-2555 (*Commissie tegen BASF*) voor de terughoudende opstelling van het Hof om rechtshandelingen non-existent in plaats van nietig te verklaren.

<sup>83</sup> Voor een sprekend voorbeeld zie HvJ 20 maart 1997, nr. C-57/95, *Jur.* 1997, p. I-1640 (*Frankrijk t. Commissie*), hierna besproken in par. B.4.6.1.

<sup>84</sup> Zie het rapport van de Europese Conventie Werkgroep, zoals aangehaald door D. Chalmers, G. Davies en M. Monti, *European Union law. Cases and Materials*, Cambridge University Press, second edition, 2010, p.

<sup>85</sup> HvJ 28 juni 2005, nr. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot en met C-208/02 P en C-213/02 P (*Dansk Rørindustri*), *Jur.* 2005, I-5425.

<sup>86</sup> HvJ 19 oktober 1984, nr. 80-83/81 en 182-185/82, *Jur.* 1984, p. 3411 (*Adam*); HvJ 15 januari 2002, nr. C-171/00 P, *Jur.* 2002, p. I-451 (*Alain Libéros tegen Commissie*), r.o. 35.

voorwaarden en naargelang van hun inhoud rechtsgevolgen kunnen sorteren, dat “tegen de richtsnoeren, ofschoon zij niet de rechtsgrondslag vormen van de litigieuze beschikking, aangezien deze op de artikelen 3 en 15, lid 2, van verordening nr. 17 is gebaseerd, niettemin een exceptie van onwettigheid in de zin van artikel 184 van het Verdrag kan worden opgeworpen.”<sup>87</sup> Het Hof is van mening dat dit te meer moet gelden voor gedragsregels die externe gevolgen beogen, zoals de richtsnoeren, die marktdeelnemers betreffen.

Met dit rechtsmiddel kunnen particulieren mogelijkwijs dus wel de voor hen geldende zware ontvankelijkheidsvoorwaarden van artikel 263 omzeilen,<sup>88</sup> maar wordt niet het probleem ondervangen dat van echte beleidsregels met belangrijke feitelijke gevolgen in de rechtspraak geen nietigverklaring kan worden verkregen.

#### 4.4 De prejudiciële procedure

De prejudiciële procedure komt eigenlijk pas in beeld wanneer er een doorwerkingsvraag van administratieve soft law speelt in een geding voor de nationale rechter. Vanwege het feit echter dat deze ook een rechtmatigheidstoets van het Hof kan betreffen van Uniebepalingen en de rechtsbescherming op Unieniveau betreft, ook al is dat indirect via de nationale rechter, bespreken we deze procedure hier. De formulering van artikel 267 VWEU zelf geeft reeds aanleiding tot de veronderstelling dat ook Europese soft handelingen op enigerlei wijze toepassing vinden in gedingen voor de nationale rechter en dat daarover vragen kunnen rijzen, nu het artikel spreekt over de geldigheid en de uitlegging van “de handelingen” van de instellingen, organen en instanties van de Unie. Hieronder bekijken we welke reikwijdte het Hof hieraan heeft gegeven.

##### 4.4.1 Uitleggingsvragen

Uit oudere rechtspraak kan reeds worden opgemaakt dat de nationale rechter de bevoegdheid heeft om in het kader van de prejudiciële procedure van nu artikel 267 VWEU vragen te stellen aan het Hof van Justitie aangaande de uitleg van soft law handelingen. In recente rechtspraak heeft het Hof dat nogmaals bevestigd: het kan “zonder enige uitzondering uitspraak (...) doen over de uitlegging van de verdragen en de handelingen van de instellingen, organen of instanties van de Unie.” (onze cursivering)<sup>89</sup> Daarmee bevestigt het Hof nog een andere vooronderstelling, namelijk dat uitleg van eender welke handeling van de Unie, waaronder soft law handelingen, nodig kan zijn om tot een uitspraak te komen in een nationaal geding en dat dergelijke handelingen van invloed kunnen zijn op de uitkomst van het geding. Immers, slechts wanneer de nationale rechter daarvan overtuigd is (‘er is een vraag van Europees recht opgeworpen’ in de zin van artikel 267), hoeft hij de vraag naar het Hof te verwijzen. Dat impliceert dat ervan uit wordt gegaan dat er een effect van die soft law handeling zal kunnen zijn op de rechtspositie van betrokkenen en daarmee dus van rechtsgevolgen.

##### 4.4.2 Geldigheidsvragen

Artikel 267 VWEU is ruimer geformuleerd dan artikel 263 VWEU, doordat het de bevoegdheid van het Hof vaststelt om prejudiciële uitspraken te doen over de geldigheid van “de handelingen van de instellingen van de Unie en van de ECB.” Betekent deze formulering nu dat langs deze weg wel een uitspraak van het Hof kan worden verkregen over de geldigheid c.q. rechtmatigheid van handelingen die geen rechtsgevolgen beogen te sorteren? De uitspraak van het Hof in de zaak Friesland Coberco Dairy Foods geeft een bevestigend antwoord op die vraag. Een van de prejudiciële vragen die het Gerechtshof Amsterdam in die zaak voorlegde aan het Hof betrof de geldigheid van conclusies van het Douanecomité. Het Hof oordeelde dienaangaande onder verwijzing naar de Grimaldi uitspraak dat

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, r.o. 212.

<sup>88</sup> Tegelijkertijd lijkt de door het Hof in de Dansk Rørindustri gevolgde redenering ook een basis te bieden voor een ruime interpretatie van de versoepelde ontvankelijkheidsvoorwaarden van de artikel 263-procedure ten aanzien van regelgevingshandelingen, zoals hierboven bepleit.

<sup>89</sup> HvJ 9 november 2010, nr. C-137/08 (*VB Penzugi Lizing Zrt*), r.o. 38, onder verwijzing onder meer naar de Grimaldi uitspraak.

(nu) artikel 267 “het Hof de bevoegdheid [geeft] om *zonder enige uitzondering* bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de geldigheid en de uitlegging van handelingen van de instellingen van de Gemeenschap.”<sup>90</sup> (onze cursivering) Daaronder vallen volgens ‘s Hof’s uitspraak in beginsel ook handelingen die geen dwingende werking toekomen.<sup>91</sup>

Daarmee heeft het Hof afgeweken van de conclusie van Advocaat-Generaal Póitres Maduro die, onder het trekken van een parallel met (nu) artikel 263 VWEU, van oordeel was dat toezicht op de rechtmatigheid enkel mogelijk is wat betreft handelingen met bindende rechtsgevolgen.<sup>92</sup> De Advocaat-Generaal stelde zijn oordeel mede op de uitspraak van het Hof in de Wagner zaak, die een prejudiciële vraag betrof over de geldigheid van een opmerking in een bijlage bij de gebruiksaanwijzing van de Commissie van 11 maart 1981 met betrekking tot invoer-, uitvoer- en voorfixatiecertificaten voor landbouwproducten. Volgens de Advocaat-Generaal heeft het Hof geweigerd uitspraak te doen over de geldigheid van die opmerking, die door haar verklarende karakter geen bindende rechtskracht heeft, maar wel geverifieerd of in de opmerking het toepasselijke gemeenschapsrecht juist werd uitgelegd. In die zaak zien we dat het Hof als zodanig een prejudicieel beroep betreffende de geldigheid van een niet juridisch verbindende handeling wel ontvankelijk heeft verklaard, maar vervolgens de vraag heeft omgebogen tot een uitleggingsvraag.<sup>93</sup>

De uitspraak in de zaak Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht BV is ook van belang in dit verband. Deze betreft eveneens een prejudiciële verwijzing van het Gerechtshof Amsterdam, waarbij de geldigheid ter discussie stond van een aanvullende Commissie-aantekening betreffende de definitie van halfwitte rijst die niet geheel correspondeerde met de toelichting bij het Internationaal Verdrag betreffende het geharmoniseerde systeem (GS) inzake de omschrijving en codering van goederen, waarbij de Unie partij is. Zowel in de conclusie van Advocaat-Generaal Kokott als in de uitspraak zien we dat in beginsel een vraag naar de geldigheid van een dergelijke handeling mogelijk is. Sterker nog, het Hof stelt dienaangaande dat hoewel de door de Commissie gegeven toelichtingen ‘rechtens niet bindend zijn’, ze wel ‘belangrijke hulpmiddelen [zijn] bij de uitlegging van de draagwijdte van de verschillende tariefposten’. De inhoud van de toelichtingen moet derhalve in overeenstemming zijn met de (hiërarchisch) hogere bepalingen van het GS-Verdrag en ze mogen de draagwijdte daarvan niet wijzigen.<sup>94</sup> Vervolgens echter heeft het Hof de geldigheidsvraag, in navolging van de Advocaat-Generaal, wederom omgebogen tot een interpretatievraag; de bepaling in kwestie kan volgens het Hof conform het GS-Verdrag worden uitgelegd en daarmee staat de geldigheid ervan niet (meer) ter discussie.

Desalniettemin kunnen we concluderen dat het Hof in beginsel bereid is een rechtmatigheidstoetsing uit te voeren ten aanzien van een dergelijke toelichting, op grond van de overweging dat deze rechtsgevolgen kan sorteren langs de weg van rechterlijke interpretatie. Daarmee contrasteert deze benadering met die in het kader van de nietigverklaringsprocedure van artikel 263, waarbij de toetsing met name gericht is op de vraag of een bepaalde handeling rechtsgevolgen beoogt te hebben, niet of deze rechtsgevolgen kan hebben bijvoorbeeld via de weg van rechterlijke interpretatie. De drempel voor een rechtmatigheidstoetsing langs de weg van artikel 267 ligt daarmee lager dan die van artikel 263. Gelet op het feit dat het in beide gevallen om een rechtmatigheidstoetsing van EU-normen gaat door het Hof, is het niet evident dat er een gerechtvaardigde reden bestaat voor deze discrepantie, behalve dat de bepalingen verschillend zijn geformuleerd.

Tenslotte is ook denkbaar dat Europese beleidsregels een aanleiding vormen voor geldigheidsvragen ten aanzien van andere Uniebesluiten. Dat zou onder meer het geval kunnen zijn wanneer een nationaal uitvoeringsbesluit (zoals een steuntoekenningsbesluit) voor de nationale rechter wordt aangevochten door een concurrerende belanghebbende op de grond dat de daaraan ten grondslag

<sup>90</sup> HvJ 11 mei 2006, nr. C-11/05 (*Friesland Coberco Dairy Foods t. Inspecteur van de Belastingdienst*), r.o. 36.

<sup>91</sup> Zie over dit aspect van deze uitspraak alsook de feiten van de zaak, par. C.1.2 hieronder.

<sup>92</sup> Punten 22-24 van de conclusie.

<sup>93</sup> HvJ 8 april 1992, nr. C-94/91, *Jur.* 1992, p. I-2765 (*Wagner*), r.o.’s 16-17.

<sup>94</sup> HvJ 12 januari 2006, nr. C-311/04, *Jur.* 2006, p. I-609 (*Algemene Scheepsagentuur Dordrecht BV*), r.o.’s 24-28.

liggende beschikking van de Commissie ongeldig is, bijvoorbeeld omdat deze is vastgesteld in strijd met eigen richtsnoeren. De uitspraak van het Hof in de zaak *Textilwerke Deggendorf*<sup>95</sup> brengt op dit punt met zich mee dat de ongeldigheid van de Commissie beschikking niet meer langs deze weg in twijfel kan worden getrokken, wanneer de onderneming geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht om een rechtstreeks beroep tot nietigverklaring bij het Hof in te stellen. Het moet dan echter wel ondubbelzinnig vaststaan dat dat beroep ontvankelijk is; ingeval van twijfel daarover staat de weg van artikel 267 alsnog open.<sup>96</sup>

#### 4.5. *Het niet-contractueel aansprakelijkheidsberoep*

Zoals Mortelmans reeds vaststelde in zijn bijdrage uit 1979,<sup>97</sup> kan de Unie c.q. de Commissie in beginsel aansprakelijk worden gesteld voor schade geleden als gevolg van Europese beleidsregels, die dan moeten worden gezien als normatieve handelingen die een economische beleidskeuze impliceren. De Unie kan wegens een dergelijke handeling echter slechts aansprakelijk worden gesteld in geval er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een Unieregel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren en er een direct causaal verband is tussen die schending en de geleden schade.<sup>98</sup> De zaak *KYDEP t. Raad en Commissie*<sup>99</sup> biedt een voorbeeld van een zaak waarin het Hof in beginsel erkende dat de schade die een onderneming zou leiden door een niet verbindend maar onrechtmatig telexbericht een grond tot schadevergoeding kan opleveren. In casu echter achtte het Hof het telexbericht niet onrechtmatig. Ook het feitelijk handelen van de Unie-instellingen en zijn ambtenaren, - waaronder de aanname van echte soft law handelingen – kan derhalve een grondslag vormen voor een schadevergoedingsactie. Een moeilijk te nemen hobbel zal echter kunnen zijn het aantonen dat de geschonden Unieregel ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren.

#### 4.6 *De materiële toetsing*

Europese beleidsregels missen inherente juridische verbindendheid. Desondanks kunnen zij onder omstandigheden toch een bindende werking hebben. In dit verband moeten we constateren dat de bindende werking van interpretatieve en decisoire beleidsregels langs twee verschillende lijnen tot stand kan komen, getuige de rechtspraak van het Hof die we hier achtereenvolgens bespreken. Een algemene voorwaarde die echter in beide lijnen steeds weer wordt benadrukt, is dat Europese beleidsregels in overeenstemming met de primaire Verdragsregels moeten zijn, willen ze überhaupt enige juridische werking genereren. Zo maakte het Hof reeds in de *Deufil* zaak duidelijk dat de steuncode in kwestie niet rechtmatig kan afwijken van de artikelen 93 en 93 EEG (nu 107 en 108 VWEU) en dat ingeval van een dergelijke afwijking beroep op bescherming van gewettigd vertrouwen niet mogelijk is.<sup>100</sup> Logischerwijs moeten beleidsregels ook in overeenstemming zijn met secundairrechtelijke Unieregels,<sup>101</sup> als zijnde eveneens een hogere bron van recht.<sup>102</sup>

<sup>95</sup> HvJ 9 maart 1994, nr. C-188/92, *Jur.* 1994, p. I-833 (*Textilwerke Deggendorf*).

<sup>96</sup> Jans et al 2002, voetnoot 24, pp. 313-315.

<sup>97</sup> Mortelmans 1979, voetnoot 10, pp. 28-29.

<sup>98</sup> In latere rechtspraak zijn de voorwaarden voor aansprakelijkheid van lidstaten wegens schending van Unierecht daarmee gelijk getrokken. Zie HvJ 4 juli 2000, nr. C-352/98 P, *Jur.* 2000, p. I-5310 (*Bergaderm*); HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1131 (*Brasserie du Pêcheur*), par. C.2.4.

<sup>99</sup> HvJ 15 september 1994, nr. C-146/91, *Jur.* 1994, p. I-4199 (*KYDEP v. Raad en Commissie*), r.o.'s 24-27.

<sup>100</sup> HvJ 24 februari 1987, nr. 310/85, *Jur.* 1987, p. 9019 (*Deufil*), r.o.'s 21-22.

<sup>101</sup> Zo kunnen we al afleiden uit HvJ 28 november 1973, nr. 149/73, *Jur.* 1973, p. 1587 (*Witt*), r.o. 3 en HvJ 15 november 1996, nr. C-226/94, *Jur.* 1996, p. I-651 (*Grand Garage Albigeois*), r.o. 21; 28 januari 1992, nr. C-266/90, *Jur.* 1992, p. I-287 (*Soba*), r.o. 19 en GvEA, 22 april 1993, nr. T-9/92, *Jur.* 1993, p. II-493 (*Peugeot*), r.o. 44.

<sup>102</sup> Vanuit een oogpunt van normenhierarchie, kunnen we soft law in die zin dan ook als tertiair recht kwalificeren.

#### 4.6.1 Incidentele juridische verbindendheid

De eerste lijn waarlangs het Hof tot de conclusie kan komen dat er sprake is van juridisch bindende werking van administratieve soft law, kunnen we bestempelen als die van incidentele juridische verbindendheid. Deze lijn volgt het Hof zowel ten aanzien van interpretatieve beleidsregels als decisoire regels en is vooral tot ontwikkeling gekomen naar aanleiding van drie zaken waarin Frankrijk het Hof om nietigverklaring heeft verzocht van interne richtsnoeren,<sup>103</sup> een interpretatieve mededeling<sup>104</sup> en een bekendmaking.<sup>105</sup> Die rechtspraak laat zien dat het Hof dan beoordeelt of een soft law handeling niet feitelijk een hard law handeling is, waarbij de volgende stappen in de toetsing zijn te onderscheiden. De eerste stap betreft de vaststelling van de intentie van de opstellers ervan; is er een intentie van juridische verbindendheid, gegeven de bewoordingen, inhoud en context van de handeling? Zo niet, dan gaat het om een echte soft law handeling. Zo ja, dan is de tweede stap een onderzoek naar de vraag of het gaat om rechtsgevolgen die reeds besloten liggen in het onderliggende (primaire dan wel secundaire) Unierecht of dat het gaat om nieuwe rechtsgevolgen. In het eerste geval gaat het om een echte soft law handeling, in het tweede geval hebben we te maken met een hard law handeling in de jas van een soft law instrument. De derde stap betreft dan het onderzoek of er een rechtsbasis kan worden gevonden voor die handeling. Ontbreekt die, dan is er sprake van onrechtmatig aangenomen hard law. Is die er wel, dan behelst de vierde stap een beoordeling of de uitoefening van bevoegdheid in overeenstemming met de rechtsbasis heeft plaatsgevonden; is de rechtsbasis wel geïdentificeerd in de handeling in kwestie, heeft de juiste instelling de handeling aangenomen en is die in het voorgeschreven instrument gegoten? Is aan die voorwaarden voldaan, dan gaat het om rechtmatige hard law die juridisch verbindend is.

De realiteit is echter dat soft law handelingen waarin de Commissie probeert juridische verplichtingen op te leggen aan de lidstaten niet gauw aan al deze voorwaarden zullen voldoen, hetgeen ook blijkt uit de uitspraken in de Franse zaken. Het gaat dus veelal om onrechtmatig opgelegde verplichtingen, die echter niet om die reden non-existent zijn zoals reeds opgemerkt in par. B.4.2; het Hof zal die onrechtmatigheid eerst dienen vast te stellen.

Incidentele juridische verbindendheid van Europese beleidsregels kan ook tot stand komen op basis van goedkeuring of acceptatie door de lidstaten in het kader van een bijzondere samenwerkingsplicht met de Commissie of op basis van verplichtingen die voortvloeien uit secundaire wetgeving. Omdat dit doorwerking in de nationale rechtsorde betreft, komt dit nader aan de orde in par. C.1.

#### 4.6.2 Zelfbindende werking

De tweede lijn waarlangs het Hof tot erkenning van een zekere juridische werking van administratieve soft law komt, betreft die van de zelfbindende werking van decisoire beleidsregels. Bij een dergelijke toetsing staat niet de rechtmatigheid van dergelijke beleidsregels zelf ter discussie, maar die van een Commissiebeschikking die daarmee juist wellicht in strijd is. Zal het Hof tot nietigverklaring overgaan wanneer de Commissie een beschikking heeft aangenomen die niet in overeenstemming is met de door haar vastgestelde richtsnoeren? Met andere woorden, kan zo'n beschikking pas rechtmatig worden geacht wanneer de Commissie bij haar besluitvorming de door haarzelf opgestelde regels in acht heeft genomen? Het kan inmiddels als vaste rechtspraak van het Hof en het Gerecht worden gezien dat deze handelingen wel een bepaalde juridische – zelfbindende - werking toekomen, in het bijzonder wat de decisoire beleidsregels aangaat in de context van de relatie Commissie en adressaten van haar besluiten.

Meest recentelijk heeft het Hof dit bevestigd in zijn uitspraak in de zaak *Holland Malt*, een beroep ingesteld door *Holland Malt BV* tegen de Commissie tot nietigverklaring van de beschikking betreffende de door Nederland aan *Holland Malt* toegekende staatssteun.<sup>106</sup> De Commissie had in haar

<sup>103</sup> HvJ 9 oktober 1990, nr. C-366/88 (*Frankrijk tegen Commissie*), *Jur.* 1990, p. I-3571.

<sup>104</sup> HvJ 20 maart 1997, nr. C-57/95, *Jur.* 1997, p. I-1640 (*Frankrijk tegen Commissie*).

<sup>105</sup> HvJ 16 juni 1993, nr. C-325/91, *Jur.* 1993, p. I-3283 (*Frankrijk tegen Commissie*).

<sup>106</sup> HvJ 2 december 2010, nr. C-464/09P, n.n.g. (*Holland Malt BV tegen Commissie*).

beschikking onder meer geconcludeerd dat de verleende steun niet voldoet aan een belangrijke voorwaarde van de richtsnoeren, namelijk dat er sprake moet zijn van normale afzetmogelijkheden op de markt voor het product in kwestie (mout). Het Hof oordeelde dat de Commissie bij de toepassing van artikel 87, lid 3 EG (nu 107, lid 3 VWEU) over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, waarvan het gebruik een complexe afweging impliceert van economische en sociale gegevens. De Commissie beperkt de uitoefening van die beoordelingsvrijheid door gedragsregels vast te stellen en via de publicatie daarvan te laten weten dat zij die zal toepassen op de desbetreffende gevallen. In die omstandigheden kan ze niet van die regels afwijken zonder dat daaraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel. Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak, stelt het Hof dan ook dat de Commissie op het specifieke gebied van staatssteun gebonden is aan de kaderregelingen en mededelingen die zij vaststelt, voor zover deze niet van de verdragsregels afwijken.<sup>107</sup> Overigens stelde het Hof in de CIRFS uitspraak al uitdrukkelijk dat een dergelijke mededeling een handeling van algemene strekking vormt, die niet door een individuele beschikking impliciet kan worden gewijzigd. Op een dergelijke beschikking kan later niet uit hoofde van de beginselen van gelijke behandeling en bescherming van gewettigd vertrouwen een beroep worden gedaan om een nieuwe inbreuk op die regels te rechtvaardigen.<sup>108</sup>

De vraag van de zelfbindende werking wordt het Hof veelvuldig voorgelegd met betrekking tot de toepassing van de boeterichtsnoeren in kartelzaken, waarin vergelijkbare overwegingen zijn te vinden als de hiervoor gememoreerde.<sup>109</sup> De in par. B.4.3 genoemde zaak *Dansk Rørindustri* illustreert dit, waarin het Hof verder ook nog vaststelde dat deze richtsnoeren wel degelijk deel uitmaken van het rechtskader voor de vaststelling van de geldboeten, overwegende dat:

“In beslissingen over interne maatregelen van de administratie heeft het Hof reeds geoordeeld, dat deze weliswaar niet kunnen worden aangemerkt als een rechtsregel die de administratie hoe dan ook dient na te leven, maar wel een gedragsregel voor de te volgen praktijk vormen, waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling [...]”<sup>110</sup>

Samenvattend kan op grond van de rechtspraak van het Hof gesteld worden dat zelfbinding van de Commissie aan haar eigen decisoire beleidsregels berust op de volgende aspecten en voorwaarden:

- de regels zijn in overeenstemming met hogere (Verdrags) regels;
- de regels zijn gepubliceerd;
- ze zijn verbindend op grond van algemene rechtsbeginselen, met name van rechtszekerheid, opgewekt vertrouwen en gelijke behandeling
- afwijking mag, mits adequaat gemotiveerd en dit geen strijd met het beginsel van gelijke behandeling oplevert.

---

<sup>107</sup> *Ibid.*, r.o.'s 46-47; onder verwijzing naar HvJ 5 oktober 2000, nr. C-288/96, *Jur.* 2000, p. I-8237 (*Duitsland tegen Commissie*), punt 62 en HvJ 11 september 2008, nr. C-75/05 P en C-80/05 P, *Jur.* 2008, p. I-6619 (*Duitsland e.a./Kronofrance*), punt 59 en 61. Zie ook HvJ 28 juni 2005, nr. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot en met C-208/02 P en C-213/02 P (*Dansk Rørindustri*), punt 211.

<sup>108</sup> HvJ 24 maart 1993, nr. C-313/90, *Jur.* 1993, p. I-1125 (*CIRFS*).

<sup>109</sup> Vgl. GvEA, nr. T-329/01, *Jur.* 2006, II- (*Archer Daniels Midland tegen Commissie*), r.o.'s 39-41, waarin het Gerecht de zelfbindende werking van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten bevestigde, onder verwijzing naar de vaststelling en de bekendmaking ervan door de Commissie. Vanwege het feit dat de richtsnoeren als zodanig rechtsgevolgen kunnen sorteren, overwoog het Gerecht tevens dat de vaststelling van richtsnoeren die het algemene mededingingsbeleid van de Commissie inzake geldboeten kunnen wijzigen in beginsel onder het verbod van terugwerkende kracht vallen.

<sup>110</sup> HvJ 15 januari 2002, nr. C-171/00 P, *Jur.* 2002, p. I-451 (*Alain Libéros tegen Commissie*), punt 35. Later bevestigd onder meer in GvEA 8 oktober 2008, nr. T-73/04, *Jur.* 2008, II- 2661 (*Carbone-Lorraine tegen Commissie*).

#### 4.6.3 Interpretatiehulpmiddel

Hierboven lag de nadruk op de mogelijke bindende werking van Europese decisoire beleidsregels op EU-niveau. Een laatste kwestie die in dit verband nog nadere aandacht verdient, is in hoeverre het Hof meer algemeen beleidsregels als onderdeel van het recht beschouwt, in het kader van de “eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de verdragen” die het dient te verzekeren op grond van artikel 19, lid 1 VEU. Met name, in hoeverre acht het Hof zich verplicht interpretatieve en decisoire beleidsregels in aanmerking te nemen bij de uitleg die het aan hard Unierecht geeft?

Hier moeten we allereerst eraan herinneren dat ingevolge genoemde bepaling (voorheen artikel 220 EG) het Hof de instantie is die het laatste woord heeft over de uitlegging van het Unierecht. Dat wordt ook bevestigd door de prejudiciële procedure in artikel 267 VWEU en de uitleg die het Hof heeft gegeven aan de verwijzingsplicht die op grond van die bepaling rust op nationale rechters.<sup>111</sup> Op die gronden kan de interpretatie van het Unierecht in beleidsregels van de Commissie nooit de interpretatie van het Hof opzij zetten. De Commissie brengt dit doorgaans ook tot uitdrukking in haar beleidsregels, door daarin een bepaling op te nemen in de trant van dat de gegeven interpretatie of regels de interpretatie van het Unierecht door het Hof onverlet laat. Gegeven deze superieure interpretatiebevoegdheid is het Hof niet gebonden aan Commissie beleidsregels en acht het zich daar ook niet aan gebonden. Dit betekent echter niet dat het Hof dergelijke beleidsregels niet in aanmerking neemt bij zijn interpretatie van het Unierecht. Integendeel. In par. B.4.1 is reeds opgemerkt dat het Hof ze als een interpretatiehulpmiddel beschouwt.

De Golden Share zaken laten in dit verband niet alleen zien dat de Commissie haar eigen interpretatieve mededelingen soms als het uitgangspunt voor een infractieprocedure neemt, maar ook dat het Hof bereid is ze in zijn interpretatie van de onderliggende hard law mee te nemen, zelfs in weerwil van door het EP geuite bezwaren tegen een dergelijke mededeling. In deze zaken ging het om de mededeling betreffende bepaalde juridische aspecten van de intracommunautaire investeringen die de Commissie had vastgesteld vanwege de aanzienlijke ontwikkeling die deze investeringen hadden doorgemaakt en die bepaalde lidstaten had aangezet tot het nemen van controlemaatregelen. In de mededeling had de Commissie daarom de verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging uitgelegd, in het bijzonder de procedures inzake algemene machtiging of vetorecht van de overheid. De Commissie was van mening dat Portugese, Franse en Belgische maatregelen zich niet verdroegen met de in de mededeling vervatte voorwaarden en startte daarom een infractieprocedure tegen die lidstaten. In zijn beoordeling van de rechtmatigheid van de maatregelen in kwestie, verwees het Hof ook naar de mededeling ter ondersteuning van zijn eigen interpretatie van de Verdragsvrijheden.<sup>112</sup> Daarnaast zien we dat het Hof ook aansluit bij interpretatieve handelingen waar een verbindende handeling uitdrukkelijk naar verwijst, zoals de uitspraak in *The Queen t. The Licensing Authority* zaak laat zien. Daarin sloot het Hof terzake van de uitleg van het begrip “in wezen gelijkwaardige farmaceutische specialiteiten” aan bij de definitie van dat begrip in Commissie richtsnoeren, omdat de annex van de richtlijn in kwestie aangaf dat met die richtsnoeren rekening moet worden gehouden.<sup>113</sup> In die zin doet een lidstaat er dus wel goed aan een dergelijke beleidsregel in aanmerking te nemen bij de implementatie (op welk niveau dan ook), maar ook weer niet klakkeloos te volgen zoals de in par. B 4.4.2 besproken uitspraak in de Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht zaak heeft laten zien.<sup>114</sup>

Daarbij lijkt de rechtspraak er op te wijzen dat het Hof Commissie beleidsregels soms ook uit eigen beweging in aanmerking neemt. De uitspraak in de zaak *Mehilainen Oy* illustreert dit. Ter ondersteuning van zijn interpretatie van het toepasselijke Europese rechtskader, verwijst het Hof

<sup>111</sup> HvJ 6 oktober 1982, nr. 283/81, *Jur.* 1982, 3415 (*Cilfit*); HvJ 22 oktober 1987, nr. 314/85, *Jur.* 1987, 4199 (*Foto-Frost*).

<sup>112</sup> HvJ 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731 (*Commissie tegen Portugal*), r.o. 47; HvJ 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781 (*Commissie tegen Frankrijk*), r.o. 43; HvJ 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809 (*Commissie tegen België*), r.o. 43.

<sup>113</sup> HvJ 3 december 1998, nr. C-368/96, *Jur.* 1998, p. I-7967 (*The Queen tegen The Licensing Authority*).

<sup>114</sup> Zie de bespreking in par. B.4.4.2 van de Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht zaak.

daarin naar de Interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking en het groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, zonder dat partijen daar ogenschijnlijk een beroep op hebben gedaan en zonder dat deze deel uitmaken van de vraagstelling door de nationale rechter. Als zodanig heeft het Hof mede met behulp van die documenten de algemene leidraden vastgesteld aan de hand waarvan dient te worden uitgemaakt of en in welke mate richtlijn 2004/18 van toepassing kan zijn in het hoofdgeding.<sup>115</sup>

We kunnen op dit punt concluderen dat het Hof bereid is om Europese beleidsregels als interpretatiemaatstaf in aanmerking te nemen, wanneer die de interpretatie en argumentatie van het Hof ondersteunen. Dat betekent allereerst dat het Hof zich nooit uitsluitend op dergelijke regels zal baseren in zijn interpretatie maar altijd ook op andere – meer gezaghebbende – rechtsbronnen. Het betekent tevens dat het Hof ze terzijde zal laten wanneer het van mening is dat die andere bronnen in de richting van een andere interpretatie van het Unierecht wijzen dan de Commissie voorstaat in haar beleidsregel. De uitspraak van het Hof in de SECAP zaak kan als een bevestiging van deze zienswijze worden gezien. Daarin heeft het Hof namelijk zonder aan de Mededeling inzake opdrachten onder de drempel te refereren, feitelijk afstand genomen van de aanbestedingscriteria die de Commissie daarin heeft geformuleerd, door zijn eigen criteria te formuleren op basis van fundamentele beginselen van Unierecht.<sup>116</sup> Deze benadering is volgens ons in overeenstemming met de grondidee van de scheiding der machten c.q. het institutioneel evenwicht en van de normenhiërarchie.

## 5. Tussenconclusie

De analyse in dit hoofdstuk heeft allereerst laten zien dat Europese beleidsregels geen eenduidig fenomeen zijn. Een fundamenteel onderscheid is dat tussen interpretatieve en decisoire beleidsregels, een onderscheid dat ons als zodanig niet vreemd is in het Nederlandse recht waarin wetsinterpreterende en binnenwettelijke regels van elkaar worden onderscheiden. Vooral de decisoire beleidsregels, waarbij het gaat om een nadere, algemene invulling van de wijze waarop de Commissie voornemens is de haar gelaten beoordelingsvrijheid toe te passen in een concreet geval, laten de laatste jaren een interessante ontwikkeling zien. Dit type beleidsregel speelde al langer een belangrijke rol op de terreinen van het mededingingsrecht en de staatssteun, maar de relevantie ervan is toegenomen in het kader van de ontwikkelingen rondom de gedecentraliseerde handhaving ervan en de netwerk-benadering bij het toezicht op de naleving van het Unierecht die vooral na de eeuwwisseling op gang is gekomen. Vooral in het kader van die laatste benadering zien we dat decisoire beleidsregels een ‘juridificeringsproces’ hebben doorgemaakt, waarbij de Europese wetgever soms opdracht geeft aan de Commissie om dergelijke regels op te stellen, veelal in overleg met betrokken partijen en nationale regelgevende instanties, en er ook plichten worden geformuleerd voor nationale instanties om deze toe te passen, zoals we nog nader zullen zien in hoofdstuk C.

Zowel interpretatieve als decisoire regels zijn als zodanig tot een vast onderdeel geworden van het Europees bestuursrecht. Ten eerste zijn zij een interpretatiehulpmiddel voor het Hof bij de uitleg van harde EU-normen. Ten tweede geldt dat decisoire beleidsregels een belangrijke rol spelen in het Europees bestuursrecht via de zelfbindende werking ervan, die het Hof heeft erkend op basis van beginselen van behoorlijk bestuur als opgewerkt vertrouwen en gelijke behandeling. Een dergelijk

---

<sup>115</sup> HvJ 22 december 2010, nr. C-215/09, n.n.g. (*Mehilainen Oy*), r.o.’s 31-35. Omdat er geen conclusie in deze zaak is geweest noch het rapport ter terechtzitting beschikbaar is, kan enkel worden afgegaan op de uitspraak zelf. Andere voorbeelden, ook op het terrein van het aanbestedingsrecht, bieden gevoegde zaken HvJ 6 mei 2010, nr. C-145/08 en C-149/08, n.n.g. (*Loutraki e.a.*), r.o. 60 en HvJ 15 oktober 2009, nr. C-196/08, *Jur.* 2009, I-9913 (*Acoset*), r.o. 57.

<sup>116</sup> HvJ 15 mei 2008, nr. C-147/06 en C-148/06, *Jur.* 2008, I-3565 (*SECAP*). Een ander voorbeeld waarbij het Hof de Commissie niet volgt in haar uitleg en niet naar haar bekendmaking verwijst, betreft de zaak *Spanish Glaxo* (2010).



effect is ons evenmin vreemd op basis van het Nederlandse recht, de Awb dit zelfs expliciet vastlegt voor Nederlandse beleidsregels.

Een punt van zorg betreft echter de mate van rechtsbescherming die is verzekerd bij Europese beleidsregels<sup>117</sup> en de moeilijker te bewerkstelligen toetsing langs de weg van artikel 263 dan artikel 267 VWEU. In dit verband pleiten wij voor een ruime uitleg door het Hof van de versoepelde bepaling in artikel 263 VWEU op grond waarvan particulieren beroep in kunnen stellen tegen regelgevingshandelingen die hen rechtstreeks raken.

### **C. EU-eisen ten aanzien van doorwerking van Europese beleidsregels in de nationale rechtsorde**

In dit hoofdstuk gaan we nader in op de consequenties die Europese beleidsregels in de nationale rechtsordes kunnen hebben en langs welke wegen die doorwerking tot stand komt. Het begrip 'doorwerking' vatten we ruim op in dit verband. In de eerste plaats begrijpen we daaronder de verplichtingen die het EU-recht mogelijkermits oplegt aan de nationale wetgever (en in het verlengde daarvan ook aan nationale uitvoeringsinstanties) wat betreft de implementatie van Europese beleidsregels (par. 1). In de tweede plaats begrijpen we het in de meer klassieke Europeesrechtelijke betekenis, in de zin van de verschillende doorwerkingsleerstukken die het Hof van Justitie door de jaren heeft ontwikkeld ter bescherming van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen en ter algemene, uniforme handhaving van het Unierecht. In het bijzonder gaat het ons dan om de vraag van de mogelijke relevantie van de leerstukken van de voorrang, directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid ten aanzien van Europese - administratieve - soft law in procedures voor de nationale rechter.<sup>118</sup>

Deze fundamentele vraag heeft tot dusverre in de doctrine nog maar weinig aandacht gekregen, met enige uitzondering van de conforme interpretatie,<sup>119</sup> waarschijnlijk omdat men dat niet terzake doende acht vanwege het ontbreken van inherente juridische verbindendheid van soft law handelingen. Echter, zowel de hiervoor geschetste ontwikkelingen ten aanzien van het fenomeen van Europese beleidsregels zelf als de wijze waarop de doorwerkingsleerstukken zich door de jaren heen hebben ontwikkeld, geven aanleiding om deze hier in onderlinge samenhang aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Het gaat ons er daarbij met name om te laten zien hoe een ruime dan wel beperkte uitleg – in het bijzonder van het leerstuk van de directe werking - tot een verschillende beoordeling zal leiden van de doorwerking van Europese beleidsregels in de nationale rechtsorde (par. 2). Onze analyse zal uitwijzen dat een ruime interpretatie van dat leerstuk moet worden aangehangen, om de rechtsgevolgen die Europese beleidsregels in de nationale rechtspraktijk sorteren überhaupt te kunnen duiden. De analyse zal ook laten zien dat de relevantie van de doorwerkingsleerstukken ten aanzien van Europese beleidsregels geen constante maar een variabele is, afhankelijk van de specifieke kenmerken en omstandigheden van de beleidsregel die in een concrete situatie in het geding is (par. 3).

#### **1. Welke verplichtingen voor de nationale wetgever?**

De *Securitel* affaire die de omissie betrof van de notificatie van technische voorschriften aan de Commissie ligt alweer enige tijd achter ons, maar is niettemin illustratief voor de schade die kan worden voorkomen wanneer een lidstaat Europese beleidsregels in aanmerking neemt. In een Interpretatieve mededeling inzake Richtlijn 83/189/EEG had de Commissie namelijk reeds de consequenties uiteen gezet die volgens haar voortvloeiden uit onterechte niet-notificatie van

<sup>117</sup> Vgl. Eliantonio 2011, voetnoot 69.

<sup>118</sup> Voor een wat andere benadering, langs de lijnen van 'incorporation', 'enforcement' en 'interference', zie Sarmiento 2011, voetnoot 15.

<sup>119</sup> Gegeven de uitspraak van het Hof in de te bespreken Grimaldi zaak. Zie daarover bijvoorbeeld A. Arnulf, 'European Court (Second Chamber) Judgment of December 13, 1989, Case C-322/88 Grimaldi v. Fonds de Maladies Professionnelles', *European Law Review* 1990, vol. 15, nr. 4, p. 318.

dergelijke voorschriften. Het Hof gaf later in de *CIA Security International t. Signalson en Securitel* zaak dezelfde uitleg aan de richtlijn als de Commissie.<sup>120</sup> Gegeven ook wat we reeds opmerkten in par. B.4.1 en B.4.6.3 kan het dus zeker opportuun zijn voor een lidstaat om zich rekenschap te geven van Europese beleidsregels. Maar dat zegt nog niets over het bestaan van een verplichting voor lidstaten om dergelijke regels te implementeren in de nationale rechtsorde. In deze paragraaf onderzoeken we welke verplichtingen er zijn c.q. kunnen ontstaan voor de nationale wetgever (en voor uitvoeringsinstanties in het verlengde daarvan), achtereenvolgend op basis van de Verdragen en het daarin verankerde beginsel van Unietrouw en secundaire wetgeving.

### 1.1 Op grond van de Verdragen en het beginsel van Unietrouw

De in par. B.3.2 gememoreerde bepaling, artikel 17 VEU, die een algemene, impliciete grondslag oplevert voor het gebruik van Europese interpretatieve beleidsregels, zwijgt – logischerwijs – over de implementatie ervan in de lidstaten. Enkel uit het nieuwe artikel 291 VWEU kunnen we, a-contrario redenerend, opmaken dat het Verdrag geen verplichting op de lidstaten beoogt te leggen tot uitvoering van Europese administratieve soft law, door te bepalen dat: “De lidstaten nemen alle maatregelen van intern recht die nodig zijn ter uitvoering van de *juridisch bindende handelingen* van de Unie.” (onze cursivering) Hieruit kunnen we reeds concluderen dat – vanwege het ontbreken van een erkenning van inherente juridische verbindendheid in de Verdragen – er in beginsel geen verplichting tot implementatie bestaat voor Europese beleidsregels en dit ter beoordeling van en binnen de eigen bevoegdheid van de lidstaten valt. Dit kunnen we ook opmaken uit het beroep tot nietigverklaring dat werd ingesteld door het Nederlandse bedrijf Nefarma tegen een beschikking die volgens dat bedrijf was vervat in verschillende brieven van de Commissie aan de Nederlandse overheid. In zijn beoordeling of dit een voor beroep vatbare handeling betrof, ging het Hof in op de betekenis die moest worden gehecht aan het feit dat de Nederlandse regering zich had geconformeerd aan het standpunt dat de Commissie in die brieven had ingenomen. Het concludeerde dat:

“[...] Uit deze uitdrukkelijke bevoegdheid [op basis van de oud-artikelen 155 en 189 EEG –onze toevoeging] om niet-bindende handelingen vast te stellen blijkt, dat de vrijwillige naleving van niet-bindende handelingen van de instellingen een essentieel bestanddeel is bij de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag. Bijgevolg wordt aan het niet-bindende karakter van een standpunt van een gemeenschapsinstelling niet afgedaan door het feit dat de regering tot wie de handeling was gericht, zich daaraan heeft geconformeerd.”<sup>121</sup>

In beginsel geschiedt naleving van dergelijke handelingen dus op vrijwillige basis en verandert omzetting daarvan in een bindende nationale regeling niet het rechtskarakter van de Europese handeling in kwestie. Met andere woorden, die wordt niet verondersteld daarmee rechtsgevolgen te hebben verkregen of te beogen.

Betekent dit nu dat er nooit sprake kan zijn van een implementatieverplichting voor de nationale wetgever? In dit verband dringt zich de vraag op welke relevantie er mogelijkwijs toekomt aan het beginsel van Unietrouw dat ruimer is geformuleerd dan voornoemd artikel 291. Artikel 4, lid 3 VEU stelt namelijk dat de lidstaten “alle algemene en bijzondere maatregelen treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de *handelingen* van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.” (onze cursivering) De beschikking van het Hof in de zaak *Brother Industries* wijst erop dat dit beginsel, op zichzelf genomen, niet geacht kan worden te leiden tot een algemene implementatieverplichting, maar enkel in samenhang met een harde verplichting die voortvloeit uit primair of secundair EU-recht. In het bijzonder overwoog het Hof dat het Commissie memorandum in kwestie nationale autoriteiten enkel verzocht op grond van hun nationale wetgeving te beslissen en dat dit ook niet anders kon zijn omdat “een

<sup>120</sup> HvJ 30 april 1996, nr. C-194/94, *Jur.* 1996, p. I-2201 (*CIA Security International SA tegen Signalson SA en Securitel SPRL*).

<sup>121</sup> GvEA 13 december 1990, nr. T-113/89, *Jur.* 1990, p. II-797 (*Nefarma*).

memorandum van de Commissie, bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling in het Verdrag of in normatieve handelingen van de instellingen, de lid-staten niet tot het nemen van bepaalde maatregelen kan verplichten.” Het Hof vervolgde dat in het onderhavige geval ook geen beroep kan worden gedaan op de (destijds) in artikel 5 EEG-Verdrag neergelegde algemene verplichting, “daar van de oorsprong der goederen geen communautaire definitie in de zin van verordening nr. 802/68 is gegeven en de belangen van de Gemeenschap bijgevolg verder worden beschermd door de zelfstandig oordelende nationale douane-autoriteiten, voor wie de vaststellingen van de Commissie in voorkomend geval slechts een niet-bindende aanwijzing vormen.”<sup>122</sup> Er is ons niet gebleken dat het Hof in latere rechtspraak dit standpunt zou hebben verlaten, noch lijkt het ons wenselijk, op grond van redenen als rechtszekerheid, democratische legitimatie en institutioneel evenwicht, dat het Hof het beginsel van Unietrouw dusdanig zou oprekken dat het een op zichzelf staande verplichting tot implementatie van soft law handelingen met zich zou brengen.

De voorgaande situatie ligt echter anders wanneer er op een bepaald terrein kan worden gesproken van een specifieke samenwerkingsplicht. Een dergelijke situatie doet zich op grond van de Verdragen voor op het terrein van de staatssteun, ten aanzien waarvan het Hof heeft erkend dat vanwege de specifieke samenwerkingsplicht die (oud) artikel 93, lid 1 (nu 108, lid 1 VWEU) op de Commissie en de lidstaten legt, de door de Commissie aangenomen richtsnoeren ook bindende werking verkrijgen voor de lidstaten wanneer deze de richtsnoeren hebben aanvaard. Dit volgt met name uit de uitspraken in de zaken CIRFS, IJssel-Vliet en Duitsland t. Commissie.<sup>123</sup> Zo oordeelde het Hof in de Nederlandse IJssel-Vliet zaak inzake staatssteun voor de bouw van een vissersvaartuig dat:

“ 43. In het bijzonder is een Lid-Staat, waarop de uit artikel 93, lid 1, van het Verdrag voortvloeiende verplichting tot samenwerking rust en die de in de richtsnoeren neergelegde regels heeft aanvaard, welke de Commissie voor het onderzoek van nationale steunmaatregelen in de visserijsector heeft vastgesteld, *gehouden deze toe te passen* wanneer hij een beslissing neemt over een aanvraag om steun voor de bouw van een vissersvaartuig dat bestemd is om deel uit te maken van één van de vloten van de Gemeenschap, ongeacht de plaats waar met het vaartuig wordt gevist.<sup>124</sup> [onze cursivering]

44. Uit de uit artikel 93, lid 1, van het Verdrag voortvloeiende verplichting tot samenwerking enerzijds en de aanvaarding van de in de richtsnoeren neergelegde regels anderzijds volgt dan ook, dat een Lid-Staat, zoals het Koninkrijk der Nederlanden, gehouden is de richtsnoeren toe te passen, wanneer hij een beslissing neemt over een aanvraag om steun voor de bouw van een vissersvaartuig.”

In zowel zijn nationale regulering aangaande steunverlening alsook in zijn bestuurspraktijk bij het nemen van individuele beslissingen aangaande steunverlening is een lidstaat derhalve niet alleen gehouden de desbetreffende Verdragsartikelen en eventueel secundair recht na te leven, maar ook relevante richtsnoeren die hij heeft aanvaard.

Er is in dit geval niet enkel sprake van bindende werking voor de lidstaten, maar feitelijk ook voor particuliere partijen in voorkomend geval. Zaken als IJssel-Vliet maar ook bijvoorbeeld Holland Malt laten zien dat via de band van de (zelf)bindende werking van beleidsregels op het terrein van staatssteun voor zowel Commissie als lidstaten ook verplichtingen kunnen ontstaan voor partijen, gegeven dat die regels in acht moeten worden genomen wil er geen sprake zijn van onrechtmatige steunverlening. Partijen zullen zich daar rekenschap van moeten geven en zullen die bindende werking ook kunnen inroepen in een geding voor de nationale rechter (zie C.2).<sup>125</sup> Overigens zij nog opgemerkt dat een lidstaat niet verplicht is akkoord te gaan met door de Commissie in het

<sup>122</sup> HvJ 30 september 1987, nr. 229/86, *Jur.* 1987, p. 3757 (*Brother Industries*).

<sup>123</sup> HvJ 5 oktober 2000, nr. C-288/96, *Jur.* 2000, p. I-8237 (*Duitsland tegen Commissie*), r.o. 65.

<sup>124</sup> HvJ 15 oktober 1996, nr. C-311/94, *Jur.* 1996, p. I-5023 (*IJssel-Vliet*), punt 2 van de samenvatting. Uitgebreider, r.o.’s 35-44.

<sup>125</sup> Zie ook Hancher en Senden 2000, voetnoot 28.

kader van artikel 108, lid 1 voorgestelde beleidsregels.<sup>126</sup>

Behalve op het terrein van de staatssteun voorzien de Verdragen zelf maar zeer beperkt in een bijzondere samenwerkingsplicht voor Unie-instellingen en de lidstaten, in het bijzonder op het terrein van de externe betrekkingen.<sup>127</sup> Op de enkele basis van overeenstemming tussen de Commissie en de lidstaten, zonder dat er sprake is van een dergelijke bijzondere samenwerkingsplicht dan wel van een specifieke rechtsbasis in Verdrag of secundaire wetgeving,<sup>128</sup> zal het Hof dus niet concluderen tot bindende werking van zulke overeengekomen handelingen.

## 1.2 Op grond van secundaire wetgeving

Zoals reeds opgemerkt in paragraaf B.3.3, behelst secundaire wetgeving in sommige gevallen niet alleen een bevoegdheid maar zelfs een verplichting voor een Unie-instelling, meestal de Commissie, om beleidsregels aan te nemen. Deze regels zijn meestal decisoir van aard, omdat de Commissie ze vaststelt in het kader van haar bestuurstaak (zie par. B.3.3). Hier gaan we nader in op de vraag in hoeverre een dergelijke aannemeverplichting ook een verplichting tot omzetting of toepassing met zich brengt voor de nationale wetgever of uitvoerende instanties. In dit verband moeten we allereerst constateren dat er ook op grond van zulke secundaire wetgeving sprake kan zijn van een specifieke samenwerkingsplicht, onder meer als gevolg van de gekozen netwerk-benadering, die noopt tot een zekere navolging van de binnen dat kader tot stand gekomen beleidsregels. De eerder aangehaalde Kaderrichtlijn - inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten - illustreert dit. De in een dergelijke richtlijn gebezigde bewoordingen vormen een belangrijke indicatie voor de reikwijdte van de opgelegde verplichtingen. Artikel 15, lid 3 van de Kaderrichtlijn stelt in dit verband:

“De nationale regelgevende instanties bepalen, *zoveel mogelijk rekening houdend met* de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht.” (onze cursivering)

Ingevolge artikel 16, lid 5:

“[...] dragen de betrokken nationale regelgevende instanties samen zorg voor de uitvoering van de marktanalyse, waarbij *zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met* de richtsnoeren [...]” (onze cursivering)

Deze bepalingen duiden in elk geval op een inspanningsplicht van de nationale regelgever om de aanbeveling en richtsnoeren bij de implementatie van de richtlijn in aanmerking te nemen. De naleving van die plicht zal zowel gestalte moeten krijgen in het kader van de omzettingsmaatregelen van de richtlijn die worden getroffen als bij de toepassing ervan in concrete gevallen. De gekozen formulering lijkt er tegelijkertijd op te wijzen dat dergelijke bepalingen niet verondersteld kunnen worden een dwingende resultaatsverplichting op te leggen.

Als we hier een analogie kunnen trekken met de uitspraak van het Hof in de Friesland Coberco Dairy Foods zaak, dan wordt die zienswijze bevestigd. Coberco had in die zaak een aanvraag voor een vergunning tot behandeling onder douanetoezicht met betrekking tot drie producten ingediend bij de Nederlandse douane-autoriteiten. Op grond van de douane-uitvoeringsverordening werd het dossier aan het Comité douanewetboek voorgelegd, dat op grond van een Commissie werkdocument

<sup>126</sup> Zo kunnen we afleiden uit HvJ 15 december 1999, nr. T-132/96 en T-143/96, *Jur.* 1999, p. II-3663 (*Freistaat Sachsen en Volkswagen tegen Commissie*), r.o. 209 en HvJ 15 april 1997, nr. C-292/95, *Jur.* 1997, p. I-1931 (*Spanje tegen Commissie*), r.o.'s 30-33.

<sup>127</sup> In de Haagse Visserij resolutie zaken kwam het Hof aldus ook tot het oordeel van bindende werking voor de lidstaten. Zie in het HvJ 10 juli 1980, nr.32/79, *Jur.* 1980, p. 2403 (*Commissie tegen VK*), r.o. 11.

<sup>128</sup> Zie daartoe HvJ 19 september 1991, nr. C-303/90, *Jur.* 1991, p. I-5315 (*Frankrijk tegen Commissie*) en HvJ 16 juni 1993, nr. C-325/91, *Jur.* 1993, p. I-3283 (*Frankrijk tegen Commissie*), r.o. 28.

concludeerde dat de economische voorwaarden van de verordening niet waren vervuld. Op grond van die conclusie van het Comité hebben de Nederlandse douane-autoriteiten vervolgens de aanvraag van Coberco afgewezen en het bezwaar van Coberco daartegen eveneens. In het kader van het beroep bij het Gerechtshof Amsterdam is behalve de vraag naar de geldigheid van de conclusie (zie par. B.4.4.1.), ook de vraag gesteld naar de uitleg die moet worden gegeven aan artikel 504, lid 4 van de uitvoeringsverordening volgens welke nationale douane-autoriteiten ‘rekening houden met’ conclusies van het Comité. Het Hof oordeelde dat uit de bewoordingen van dat artikel “niet volgt dat de conclusies van het Comité voor de nationale douaneautoriteiten een dwingend karakter hebben” en dat deze bepaling die autoriteiten “geenszins [verplicht] automatisch de conclusies van het Comité te volgen. Zij kunnen van die conclusies afwijken mits zij hun beslissingen in dit opzicht motiveren.” Ook op basis van een teleologische uitleg komt het Hof tot de conclusie dat er geen sprake is van een dwingende verplichting en dat de instelling van het Comité enkel het doel heeft de samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten mogelijk te maken. De verplichting die in sommige gevallen bestaat om het Comité te raadplegen, kan volgens het Hof niet worden gelijk gesteld met een verplichting om de conclusies van het Comité te volgen. Het Hof oordeelt dan ook dat:

“32 Met betrekking tot de praktijk van een aantal lidstaten, waaronder het Koninkrijk der Nederlanden, die erin bestaat dat de betrokken douaneautoriteiten automatisch de conclusies van het Comité volgen wanneer deze negatief zijn, zij opgemerkt dat krachtens de relevante bepalingen van het douanewetboek en van de uitvoeringsverordening deze autoriteiten niettemin vrij zijn om, na de omstandigheden zelf te hebben beoordeeld en hun beslissing in dit opzicht toereikend te hebben gemotiveerd, een ander standpunt in te nemen dan het Comité.”

Het voorgaande wijst in de richting van een rol van Europese beleidsregels op zijn minst als verplicht interpretatiehulpmiddel bij de implementatie van Unierecht door nationale wetgevings- en regelgevende instanties. Afwijking ervan vereist adequate motivering. Via de weg van de interpretatie kan er dus wel een zeker juridisch effect optreden van dergelijke regels. In de recente uitspraak van het Hof in de *Polska Telefonia Cyfrowa* zaak inzake voornoemde richtsnoeren op basis van de Kaderrichtlijn gaat het Hof echter wel heel gemakkelijk voorbij aan de juridische werking die deze richtsnoeren kunnen genereren. Ook al betrof deze zaak niet als zodanig de verplichtingen van de lidstaten tot naleving van deze richtsnoeren maar de vraag of deze richtsnoeren aan particulieren kunnen worden tegengeworpen wanneer ze niet in het Pools zijn gepubliceerd, het valt op dat het Hof in zijn redenering geheel en al voorbij gaat aan de juridische effecten die kunnen ontstaan als een weerslag van de verplichtingen die de richtlijn en de daarop gebaseerde richtsnoeren leggen op nationale autoriteiten.<sup>129</sup>

Deze benadering is moeilijk te rijmen met andere rechtspraak van het Hof, zoals de uitspraak in de gev. zaken *Alassini* die laat zien dat er van een verdergaande verplichting sprake kan zijn. Deze zaken betroffen de uitleg van de Universeledienstrichtlijn (Richtlijn 2002/22), op grond waarvan de lidstaten ingevolge artikel 34 ervoor moeten zorgen dat transparante, eenvoudige en goedkope buitengerechtelijke procedures beschikbaar zijn die een eerlijke en vlotte beslechting mogelijk maken van geschillen waarbij consumenten betrokken zijn en die betrekking hebben op aangelegenheden die door deze richtlijn worden bestreken. Volgens punt 47 van de considerans van deze richtlijn dienen de lidstaten bij het voorzien in die buitengerechtelijke procedures ‘ten volle rekening te houden’ met aanbeveling 98/257. De verwijzende rechter heeft het Hof de vraag voorgelegd of deze rechtsinstrumenten zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling die een poging tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting verplicht oplegt als voorwaarde voor ontvankelijkheid van een beroep bij de rechter. In zijn antwoord heeft het Hof allereerst de Grimaldi formule aangehaald die een plicht op nationale rechterlijke instanties legt om aanbevelingen in aanmerking te nemen, ook al hebben ze geen bindende kracht (zie par. C.2.3), om vervolgens te concluderen dat de aanbeveling op basis van zijn inhoud niet de slotsom kan rechtvaardigen dat de bevoegdheid van de lidstaten met

<sup>129</sup> HvJ 12 mei 2011, nr. C-410/09 (*Polska Telefonia Cyfrowa*), n.n.g. De conclusie van A-G Mazák in de zaak C-360/09 (*Pfleiderer tegen Bundeskartellamt*), punten 26-32, laat wel een duidelijke erkenning zien van een dergelijke weerslag van verplichtingen voor de Commissie en nationale autoriteiten op de positie van ondernemingen, alhoewel deze niet scherp onderscheidt tussen de praktische en juridische werking van Commissie beleidsregels.

betrekking tot de mogelijkheid om de buitengerechterlijke procedures voor geschillenbeslechting verplicht te stellen, zou zijn beperkt.<sup>130</sup> Deze uitspraak laat daarmee in de eerste plaats zien dat de Grimaldi uitspraak niet alleen betekenis heeft voor de verplichtingen waaraan nationale rechterlijke instanties zijn onderworpen, maar ook voor wet- en regelgevingsinstanties. In de tweede plaats kunnen we vaststellen dat zodra het gaat om decisoire beleidsregels of zelfs harmoniserende soft law, zoals sommige aanbevelingen, die op een specifieke secundairrechtelijke grondslag berust, deze niet enkel door het Hof als een interpretatiehulpmiddel worden gebruikt maar feitelijk zelfs als een rechtmatigheidsmaatstaf in de beoordeling of nationale wetgeving verenigbaar is met het Unierecht.<sup>131</sup>

Het beeld van de rechtspraak aangaande de verplichting tot naleving die op de nationale wet- en regelgever wordt gelegd als gevolg van secundairrechtelijke grondslagen c.q. verplichtingen voor de aanname van Europese beleidsregels is daarmee nog niet geheel eenduidig.

## 2. Europese beleidsregels als voorwerp van nationale rechterlijke toetsing

Het invoeren van Europese beleidsregels voor de nationale rechter kan niet enkel het doel dienen van interpretatiemaatstaf c.q. hulpmiddel door de nationale rechter, maar ook die van rechtmatigheidsmaatstaf en zelfs van het effectueren van daarin veronderstelde rechten. In deze paragraaf bekijken we hoe ver de nationale rechter ingevolge de rechtspraak van het Hof moet gaan in het behartigen van die doelen en wat de betekenis van de klassieke doorwerkingsleertukken is in dit verband.

### 2.1 Administratieve soft law en voorrang

We beschouwen hier allereerst Europese beleidsregels in relatie tot het leerstuk van de voorrang. Voorrang refereert aan het vermogen van een bindende Uniebepaling om voorrang te hebben op een daarmee strijdige nationale bepaling, zo wordt algemeen aangenomen in de literatuur op basis van de rechtspraak van het Hof, hetgeen wij onderschrijven. De conclusie zou aldus al snel kunnen zijn dat nu het bij Europese beleidsregels juist gaat om instrumenten waaraan geen juridische verbindendheid is toegekend, er geen sprake kan zijn van voorrang en dat daarmee elke verdere discussie op dit punt overbodig is. Daarmee zou dan echter voorbij worden gegaan aan het feit dat, zoals in paragrafen B.4.6 en C.1 reeds is vastgesteld, soft law wel degelijk langs verschillende wegen juridische werking kan genereren, zowel voor de Commissie als lidstaten en in het verlengde daarvan ook voor particulieren. Zoals ook Sarmiento concludeert, kan soft law derhalve zodanig worden vastgesteld of geïncorporeerd dat het een aan voorrang gelijkaardig effect sorteert. Dat is het resultaat van verwijzingen die ernaar worden gemaakt zowel in het EU-recht als in het nationale recht (zie ook hoofdstuk D).<sup>132</sup> Afhankelijk van de aard van de verwijzing en de gehanteerde formulering kan deze een gelijkwaardige werking verlenen aan een soft law handeling als die van de onderliggende handeling zelf.<sup>133</sup> De bindende kracht van de soft law handeling ontstaat echter enkel in combinatie met die van de onderliggende hard law handeling. Hoewel er geen sprake is van absolute voorrang van EU soft law boven nationaal recht, bestaat er dus wel degelijk een mogelijkheid van een contextgebonden, feitelijke erkenning van voorrang van bepaalde soft law handelingen in relatie met de daaraan ten grondslag liggende harde rechtsnormen.

Zodra er sprake is van strijd of spanning tussen Unierecht en nationaal recht, dan leidt het leerstuk van de voorrang tot twee plichten, zoals Prechal uiteen heeft gezet, waarbij geen dwingende volgorde geldt: de plicht tot buiten toepassing laten van de met de Uniebepaling strijdige nationale bepaling, waarbij de Uniebepaling toepassing moet kunnen vinden als er een juridisch vacuüm zou ontstaan, en

<sup>130</sup> HvJ 18 maart 2010, nr. C-317/08 tot en met C-320/08, n.n.g. (*Alassini*), r.o.'s 40-43.

<sup>131</sup> Een verschil met de Coberco zaak kan gelegen zijn in het feit dat het daarin ging om conclusies van het Douanecomité en niet om een Commissie beleidsregel.

<sup>132</sup> Sarmiento 2011, voetnoot 15.

<sup>133</sup> Sarmiento maakt daarbij een onderscheid tussen statische verwijzing – een openlijke verwijzing naar een specifieke soft law handeling – en dynamische verwijzing, naar algemene categorieën soft law handelingen.

de plicht om (een potentieel) strijdige bepaling van nationaal recht in overeenstemming met een Uniebepaling uit te leggen.<sup>134</sup> Welke relevantie komt aan deze plichten toe met betrekking tot Europese beleidsregels, in het licht van de voorgaande opmerkingen? Dat beschouwen we hieronder achtereenvolgens voor het leerstuk van de directe werking - ter effectuering van de plicht tot buiten toepassing laten - en de conforme interpretatie.

## 2.2 Inroepbaarheid in relatie tot directe werking

Traditioneel wordt in het EU-recht het leerstuk van de directe of rechtstreekse werking<sup>135</sup> gelijk gesteld met het vermogen van Uniebepalingen om rechten voor individuen te creëren. Op grond van latere rechtspraak van het Hof is echter duidelijk geworden dat dit een nogal beperkte opvatting van directe werking reflecteert en dat in de rechtspraak Uniebepalingen voor veel bredere doeleinden kunnen worden ingeroepen, zoals ter verdediging in strafprocedures, als standaard voor een rechtmatigheidsstoetsing van overheidshandelen in bestuurszaken en ter beoordeling of nationale wetgeving de grenzen van het Unierecht niet overschrijdt.<sup>136</sup> In een ruimere opvatting refereert directe werking dan aan het vermogen van een Uniebepaling om door individuen in een nationale gerechtelijke procedure te worden ingeroepen, die de rechter vervolgens moet toepassen. De meest belangrijke karakteristiek van directe werking betreft als zodanig de plicht van de nationale rechter om een relevante bepaling van Unierecht toe te passen, hetzij als een norm die de zaak regeert hetzij als een standaard voor juridische (rechtmatigheids) toetsing.<sup>137</sup> Die bredere inroepbaarheid gaat gepaard met een belangrijk onderscheid tussen een uitsluitingsberoep (*invocabilité d'exclusion*) en een substitutieberoep (*invocabilité de substitution*); bij dit laatste wordt een beroep op een Uniebepaling gedaan met het oog op het effectueren van bepaalde rechten die daarin liggen besloten (vervanging derhalve van de strijdige nationale bepaling door de Unierechtelijke bepaling), terwijl bij eerstgenoemd beroep het gaat om het inroepen van een Uniebepaling met het oog op het buiten toepassing laten van de nationale bepaling wegens strijdigheid met een Uniebepaling.

Deze bredere inroepbaarheid onder de noemer 'directe werking' is problematisch<sup>138</sup> vanuit het perspectief dat een Uniebepaling volgens de rechtspraak van het Hof - in de beperkte betekenis althans - pas directe werking kan hebben wanneer deze voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is en zich derhalve leent voor rechterlijke toepassing.<sup>139</sup> Echter, als het gaat om directe werking in zijn bredere betekenis dan blijkt eveneens uit de jurisprudentie van het Hof dat vervulling van die voorwaarden lang niet altijd is vereist c.q. nodig wordt geacht voor het inroepen van een Uniebepaling voor de rechter. Zo kunnen Uniebepalingen die niet voldoen aan de voorwaarden voor directe werking toch worden ingeroepen in staatsaansprakelijkheidszaken en de schending daarvan aanleiding vormen tot de toekenning van schadevergoeding. Het begrip 'inroepbaarheid' differentieert als zodanig niet voldoende tussen direct werkende en niet-direct werkende bepalingen van Unierecht, zoals Claes opmerkt.<sup>140</sup>

Wat betekent dit nu voor de inroepbaarheid en directe werking van Europese beleidsregels in nationale rechtsgedingen? We kunnen gevoeglijk constateren dat deze geen directe werking kunnen

<sup>134</sup> A. Prechal, 'Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union', in: C. Barnard (ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, OUP, 2007, p. 38.

<sup>135</sup> HvJ 5 februari 1962, nr. 26-62, Jur. 1962, p. 3 (*Van Gend en Loos*).

<sup>136</sup> Sommige lidstaten gaan uit van de beperkte opvatting (zoals Duitsland en het VK), andere van de bredere opvatting (waaronder Frankrijk). Zie daarover nader Prechal, 'Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected', in: J.M. Prinssen en A. Schrauwen, *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, The Hogendorp Papers (3), Groningen: Europa Law Publishing 2002, p. 20.

<sup>137</sup> In deze zin Prechal 2007, pp. 37-38. Zie ook M. Claes, *The National Court's Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart Legal Publishing, 2005, pp. 70-72.

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> Vgl. Claes 2005, voetnoot 137, pp. 72-73.

<sup>140</sup> HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90, Jur. 1991, p. I-05357 (*Francovich*); Claes 2005, voetnoot 137, p. 71.

hebben in de beperkte betekenis daarvan. Dit vloeit met zoveel woorden reeds voort uit de Grimaldi rechtspraak, waarin het Hof concludeerde dat de betrokken handelingen echte aanbevelingen waren, dit wil zeggen handelingen die ook ten opzichte van hun adressaten geen bindende gevolgen beogen; “Derhalve kunnen zij geen rechten in het leven roepen, waarop de particulieren zich voor een nationale rechter zouden kunnen beroepen,” aldus het Hof.<sup>141</sup> A-contrario redenerend, kunnen we echter stellen dat wanneer het gaat om handelingen die wel zulke gevolgen beogen, ook al zijn ze in een soft law jasje gehesen, een dergelijk beroep niet *a priori* valt uit te sluiten, maar dan zal ook de rechtmatigheid ervan beoordeling behoeven (zie par. B.4.6.1).

Gaan we uit van de ruimere opvatting van het leerstuk van directe werking, dan kunnen we constateren dat soft law wel degelijk directe werking kan hebben en inroepbaar is voor de nationale rechter. Dan gaat het met name om de toetsing van de rechtmatigheid van nationaal overheidshandelen in het licht van het Unierecht, daaronder ook administratieve soft law handelingen begrepen. De Lodato zaak illustreert dit.<sup>142</sup> Het geding voor het Tribunale di Nocera Inferiore draaide om een Italiaanse bestuurshandeling die Lodato tot terugbetaling verplichtte van de op grond van de wetten nr. 448/98 en nr. 448/01 ontvangen werkgelegenheidssteun, omdat het niet had voldaan aan de in die regelingen gestelde voorwaarde dat het aantal werknemers in de onderneming moet toenemen. Lodato stelde beroep in tegen de nationale heffingsaanslag, die het onrechtmatig achtte in het licht van de eerdere goedkeuringsbeschikkingen die de Commissie had afgegeven ten aanzien van genoemde Italiaanse wetten inzake steunverlening, die uitdrukkelijk waren gebaseerd op haar richtsnoeren inzake werkgelegenheidssteun en regionale steunverlening. Om de rechtmatigheid te kunnen beoordelen, achtte de Italiaanse rechter een antwoord van het Hof nodig op de vraag hoe volgens de richtsnoeren de toename van het aantal arbeidsplaatsen moet worden berekend. Het Hof gaat uitvoerig in op de wijze waarop de berekeningsmethode in de richtsnoeren moet worden begrepen en daarmee vormt deze uitleg een belangrijke maatstaf in de rechtmatigheidstoetsing die de nationale rechter uitvoert. De uitspraak laat zien dat een onderneming zich in elk geval op Commissie richtsnoeren kan beroepen om zich te verzetten tegen een nationale bestuurshandeling die daarmee strijdig is, wanneer vast staat dat die richtsnoeren ook een rechtmatigheidsmaatstaf hebben gevormd bij de beoordeling door de Commissie van de nationale wetgeving waarop de bestuurshandeling is gebaseerd.<sup>143</sup> De zelfbindende werking die richtsnoeren op EU-niveau op een terrein als dat van staatssteun genereren, sijpelt aldus duidelijk ook door in de nationale rechterlijke toetsing.

Meer algemeen, kunnen we concluderen dat op die terreinen waarop de (zelf)bindende werking van Europese – decisoire – beleidsregels het grootst is, ook de mogelijkheid voor een geslaagd beroep op die soft law door particulieren voor de nationale rechter met het oog op een rechtmatigheidstoetsing van nationaal overheids/bestuurshandelen het grootst is. Dat is met name het geval gebleken niet alleen voor de Commissie maar ook voor lidstaten, wanneer er sprake is van een specifieke samenwerkingsplicht en de lidstaten hebben ingestemd met bepaalde beleidsregels, dan wel er sprake is van een secundairrechtelijke plicht tot inachtneming van dergelijke regels. Behoudens afwijking op grond van adequate motivering die verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling, zullen dergelijke regels tenuitvoerlegging en toepassing dienen te vinden door de Commissie en de lidstaten, daaronder ook begrepen de nationale rechter.

Een interessante kwestie is ten slotte welke relevantie de door het Hof in de Küçükdeveci zaak gevolgde redenering zou kunnen hebben met betrekking tot Europese beleidsregels. In die zaak achtte het Hof feitelijk een beroep mogelijk op een richtlijn in een horizontale situatie met het oog op het

---

<sup>141</sup> HvJ 13 december 1989, nr. C-322/88, Jur. 1989, p. I-4407 (*Grimaldi*), r.o. 16. Later bevestigd in o.m. HvJ 11 september 2003, nr. C-207/01, Jur. 2003, p. I-8875 (*Altair Chimica*), r.o. 41 en HvJ 18 maart 2010, nr. C-317/08 tot en met C-320/08, n.n.g. (*Alassini*), r.o. 40.

<sup>142</sup> HvJ 2 april 2009, nr. C-415/07, Jur. 2009, I-2599 (*Lodato*); Vgl. ook de in C.2 besproken *Alassini* zaken.

<sup>143</sup> Advocaat-Generaal Ruiz Colomer verwoordde dit nog stelliger in punt 33 zijn conclusie: ‘Beide [richtsnoeren-HLLS] hebben de Commissie tot leidraad gediend bij het verlenen van haar nihil obstat aan de Italiaanse wet nr. 448/98. Het Tribunale di Nocera Inferiore moet zich derhalve wel op die richtsnoeren baseren om te kunnen vaststellen of een bestuursbeslissing in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht.’



buiten toepassing laten van een nationale regeling, omdat die richtlijn volgens het Hof kon worden gezien als een uitwerking van een algemeen rechtsbeginsel, i.c. het gelijke behandelingsbeginsel.<sup>144</sup> Analooq redenerend, zou men kunnen stellen dat daar waar een Europese beleidsregel feitelijk kan worden gezien als een uitwerking van het gelijke behandelingsbeginsel – of een ander algemeen rechtsbeginsel – een beroep daarop voor de nationale rechter wel kans van slagen kan hebben met het oog op het buiten toepassing laten van strijdige nationale wetgeving. De doorwerking komt dan immers tot stand op grond van het algemene rechtsbeginsel, zo is de redenering van het Hof. Formeel wordt dat effect dus bewerkstelligd door een beroep op het onderliggende algemene rechtsbeginsel, maar materieel krijgt het dan concrete betekenis door de beleidsregel. Dat een dergelijke vraag niet geheel denkbeeldig is, laat de Dan Bengtsson zaak zien. Deze betrof de vraag of gelet op artikel 174, lid 2, EG, de in aanbeveling 1999/519 gegeven referentieniveaus voor elektromagnetische velden moeten worden opgevat als een leidraad voor de toepassing van het voorzorgsbeginsel of dat, omgekeerd, dat beginsel aanbeveling 1999/519 aanvult.<sup>145</sup> De prejudiciële verwijzing werd echter niet ontvankelijk verklaard, omdat de milieu- en gezondheidscommissie van de gemeente Mora die de vraag had gesteld, niet als een rechterlijke instantie in de zin van (oud) artikel 234 EG werd aangemerkt door het Hof.

### 2.3 Inroepbaarheid in relatie tot - conforme - interpretatie

Dan de tweede plicht die met het leerstuk van de voorrang gepaard gaat; de plicht tot interpretatie van nationaal recht conform het Unierecht. In navolging van zijn arrest in de Grimaldi zaak, bevestigde het Hof in de Altair Chimica en in de reeds in par. C.1 gememoreerde gevoegde zaken Alassini<sup>146</sup> dat:

“In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof dat aanbevelingen niet kunnen worden geacht geen rechtsgevolgen te hebben, al hebben zij geen bindende kracht en kunnen zij geen rechten in het leven roepen waarop particulieren zich voor een nationale rechter kunnen beroepen. De nationale rechterlijke instanties zijn immers gehouden de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen in aanmerking te nemen, met name wanneer deze duidelijkheid verschaffen over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld, of wanneer zij bedoeld zijn om dwingende bepalingen van de Europese Unie aan te vullen [...]”<sup>147</sup>

Behelst deze formule nu een plicht tot conforme interpretatie van nationaal recht conform aanbevelingen, en soft law handelingen meer algemeen, of niet? De (post-)Grimaldi rechtspraak is op dit punt nog bijzonder ondoorzichtig en weinig precies<sup>148</sup> en soms ook weinig genuanceerd, zoals de volgende overweging in de conclusie van A-G Tizzano in de Mangold zaak laat zien, waarbij hij de plicht tot conforme uitleg voor primair, secundair en tertiair recht feitelijk op één lijn stelt:

“117. Om te beginnen herinner ik eraan dat de verplichting tot een met het gemeenschapsrecht conforme uitlegging een van de „structurele” gevolgen is van de communautaire regel die, samen met het „ingrijpende” instrument van de directe werking, de aanpassing van het nationale recht mogelijk maakt aan de inhoud en de

<sup>144</sup> HvJ 19 januari 2010, nr. C-555/07, n.n.g. (*Kücükdeveci*). Zie ook de bespreking van H. de Waele en I. Kieft, De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht. De stand van zaken na het arrest Kücükdeveci, *NTER* 2010/5.

<sup>145</sup> HvJ 24 maart 2011, nr. C-344/09 (*Dan Bengtsson*). Overigens is de reikwijdte van de in de Kücükdeveci zaak geopende mogelijkheid nog verre van duidelijk en moet worden afgewacht in welke mate algemene en bijzondere beginselen als het voorzorgsbeginsel daardoor zullen worden bestreken.

<sup>146</sup> HvJ 18 maart 2010, nr. C-317/08 tot en met C-320/08, n.n.g. (*Alassini*).

<sup>147</sup> Een gelijkaardige bevestiging is te vinden in zaak HvJ 24 april 2008, nr. C-55/06, *Jur.* 2008, p. I-2931 (*Arcor tegen Duitsland*), r.o. 94, waarbij het Hof ook bekijkt in hoeverre de aanbevelingen in kwestie aanwijzingen bevatten voor de uitleg en bepaling van de kostenberekingsgrondslag.

<sup>148</sup> Zo heeft deze rechtspraak formeel gesproken nog steeds enkel betrekking op aanbevelingen, hoewel de redenering van het Hof op een potentieel veel groter aantal instrumenten betrekking kan hebben vanwege het rechtsaanvullende karakter daarvan. A-G Ruiz Colomer stelt in zijn conclusie in de Lodato zaak dat er geen steekhoudende argumenten zijn om de Grimaldi-verplichting niet ook op andere instrumenten van toepassing te achten. Gegeven de bevestiging die de Grimaldi-verplichting in de recentere jurisprudentie heeft gekregen, zie ik wel reden om mijn eerdere terughoudendheid op dit punt te laten varen. Zie Senden 2004, voetnoot 2.

doelstellingen van de communautaire rechtsorde. Juist vanwege haar structurele karakter geldt deze verplichting ten aanzien van alle communautaire rechtsbronnen, ongeacht of het hierbij gaat om primair dan wel secundair recht, en om voorschriften met dan wel zonder bindende rechtsgevolgen. Zelfs met betrekking tot aanbevelingen heeft het Hof namelijk verklaard dat „[d]e nationale rechterlijke instanties [...] *gehouden [zijn]* de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen in aanmerking te nemen.”<sup>149</sup>

Ook de doctrine komt niet tot een eenduidig antwoord.<sup>150</sup> De feitelijke en juridische omstandigheden van de zaken waarin bovenstaande formule wordt aangehaald wijzen volgens ons echter in de richting van twee verschillende verplichtingen. Enerzijds lijkt ons op grond van die rechtspraak de stelling verdedigbaar dat daar waar we feitelijk te maken hebben met een rechtmatigheidstoetsing van nationaal overheidshandelen in het licht van Unierecht waarmee decisoire beleidsregels gepaard gaan die juridische binding genereren,<sup>151</sup> die beleidsregels logischerwijs ook door particulieren voor de nationale rechter moeten kunnen worden ingeroepen met het oog op een uitleg van het nationale recht die zoveel mogelijk met die beleidsregels overeenstemt. Dit ligt in de lijn van onze bevindingen hierboven inzake mogelijke voorrang en de brede directe werking van bepaalde Europese beleidsregels die het Hof heeft erkend, door die beleidsregels als juridische toetsingsmaatstaf te erkennen.<sup>152</sup> Daarbij komt dat de scheidslijn tussen de brede opvatting van directe werking en conforme interpretatie niet heel scherp te trekken is.

Anderzijds kan er ten aanzien van echte soft law handelingen, waaronder ‘gewone’ decisoire beleidsregels en interpretatieve beleidsregels, geen sprake zijn van een plicht tot conforme uitleg. Reeds het argument dat (de effectuering van) de voorrang van het Unierecht als de ratio achter deze plicht moet worden gezien en dat die voorrang slechts bindende Uniehandelingen geldt, leidt tot deze conclusie. Ten aanzien van echte soft law handelingen dient de Grimaldi formule dan ook beperkt te worden uitgelegd, in de zin dat nationale rechters slechts ertoe verplicht zijn om deze als interpretatiehulpmiddel te gebruiken bij de uitleg van een harde EU-norm. Hoewel het in beide gevallen niet om een resultaatsverplichting maar om een inspanningsverplichting gaat, reikt de plicht van conforme uitleg verder dan die van verplicht interpretatiehulpmiddel; in het laatste geval gaat het om een verplichting om de soft law handeling in aanmerking te nemen met het oog op het verhelderen van de betekenis van harde Unieregels en/of nationale (implementatie)wetgeving, terwijl de plicht tot conforme uitleg dwingt tot het zoveel mogelijk respecteren van soft law handelingen en mogelijkterwijs tot het geven van een uitleg aan nationaal recht die indruist tegen de tot dan toe gegeven uitleg daarvan.<sup>153</sup>

#### 2.4 Inroepbaarheid in relatie tot staatsaansprakelijkheid

Een laatste kwestie die we hier kort aan de orde willen stellen, betreft die van de inroepbaarheid van Europese administratieve soft law in het kader van een schadevergoedingsactie tegen een lidstaat. Daarbij kunnen we allereerst denken aan de situatie dat er sprake is van schending van een Europese decisoire beleidsregel door een nationale autoriteit. Kan dit voldoende aanleiding vormen voor een schadevergoedingsactie? Ingeval van Europese decisoire beleidsregels waarvan vaststaat dat die ook een bindende werking genereert voor lidstaten zoals hiervoor beschreven (par. C.1), valt dit volgens ons niet uit te sluiten. Wil een dergelijke actie kunnen slagen, dan dient op grond van de Francovich-

---

<sup>149</sup> HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981 (*Mangold*); Ook de overweging van A-G Kokott in zaak HvJ 4 juli 2006, nr. C-212/04, *Jur.* 2006, I-6057 (*Adeneler*), punt 50 is in die zin weinig genuanceerd, nu zij naar de Grimaldi formule verwijst in de context van de behandeling van de reikwijdte van de plicht tot richtlijnconforme interpretatie.

<sup>150</sup> Zie bv. Arnulf 1990, voetnoot 119.

<sup>151</sup> Op grond van een specifieke samenwerkingsplicht in combinatie met goedkeuring door de lidstaten dan wel op grond van een specifieke rechtsbasis die voorziet in de aanname van beleidsregels en (een vergaande) inachtneming daarvan in de lidstaten, zoals reeds op verschillende plaatsen in dit preadvies uiteen gezet.

<sup>152</sup> HvJ 13 maart 2003, nr. C-207/01 (*Altair Chimica*), r.o.’s 41-43 bevestigt dit eveneens.

<sup>153</sup> Zie over de reikwijdte van die plicht onder meer Prechal 2005, voetnoot 20.

Brasserie du Pecheur rechtspraak<sup>154</sup> echter te zijn voldaan aan dezelfde voorwaarden als die gelden voor een aansprakelijkheidsprocedure tegen een EU-instelling (zie par. B.4.5). Ten aanzien van normatieve handelingen geldt dan met name dat het moet gaan om een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt om rechten toe te kennen aan particulieren en dat er sprake is van causaal verband tussen de schending en de schade. Het staat reeds op grond van de Francovich-Brasserie du Pêcheur rechtspraak vast dat die rechtsregel niet aan de voorwaarden voor directe werking behoeft te voldoen, wil er een recht op schadevergoeding kunnen ontstaan. Evenmin lijkt deze rechtspraak te eisen dat het om een handeling moet gaan die inherente juridisch verbindendheid bezit. Als criterium voor het vaststellen van een voldoende gekwalificeerde schending geldt dat het moet gaan om een kennelijke en ernstige miskening van de grenzen waarbinnen de discretionaire bevoegdheid van de lidstaat moet blijven. Gegeven dat beleidsregels er juist toe dienen om die grenzen duidelijker in kaart te brengen, zou een schending daarvan gemakkelijker vast te stellen moeten zijn, zo mag men verwachten. Wat problematischer vermag te zijn, is de bepaling of het gaat om handelingen die ertoe strekken om rechten toe te kennen aan particulieren.

Daarnaast kunnen Europese beleidsregels – ook een belangrijk aanknopingspunt vormen in een nationaal geding of de staat aansprakelijk moet worden geacht wegens schending van harde Europese regels. In de vaststelling namelijk of er al dan niet sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van zo'n harde regel dient de nationale rechter ingevolge het Brasserie arrest onder meer de volgende elementen in aanmerking te nemen: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale of Unie-instellingen laat, de vraag of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is, de omstandigheid dat de handelswijze van een gemeenschapsinstelling heeft kunnen bijdragen tot het verzuim en de vaststelling of de instandhouding van met het gemeenschapsrecht strijdige nationale maatregelen of praktijken. Het bestaan en de inhoud van Europese – zowel interpretatieve als decisoire – beleidsregels kan een rol van betekenis spelen in de beoordeling van die elementen.<sup>155</sup>

### 3. Tussenconclusie

De analyse in dit hoofdstuk laat zien dat de kwestie van de eisen die het EU-recht stelt aan de doorwerking van Europese beleidsregels in de nationale rechtsorde complexer en genuanceerder ligt dan veelal wordt aangenomen en niet tot een eenduidig antwoord leidt. De (heersende) gedachte dat soft law vanwege het ontbreken van – inherente – juridische verbindendheid geen voorrang kan genieten en om die reden geen directe werking toekomt noch verplicht tot conforme uitleg, is te kort door de bocht gebleken. We hebben kunnen constateren dat de specifieke juridische funderingen die met name bepaalde decisoire beleidsregels hebben in het primaire Verdragsrecht (de specifieke samenwerkingsplicht op het terrein van staatssteun in combinatie met goedkeuring door lidstaten) dan wel in secundaire wetgeving (onder meer in het kader van een netwerk-benadering bij de toepassing en handhaving van het Unierecht in kwestie), het Hof aanleiding hebben gegeven een zekere bindende werking aan die regels toe te kennen. Die beperkt zich niet tot de Commissie zelf, maar strekt zich uit tot de lidstaten en daarmee ook tot particulieren. Wij concluderen derhalve dat er op grond van het EU-recht feitelijk sprake is van een situatie van gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde, waarbij de specifieke juridische fundering en de wijze waarop soft law daarin als onderdeel van het rechtskader wordt gepositioneerd c.q. gejuridificeerd een doorslaggevende rol speelt voor de bepaling van welke doorwerking er sprake kan zijn. Die fundering en positionering kan ertoe leiden dat er de facto maar weinig verschil meer is met de doorwerkingseisen die gelden ten aanzien van Europese harde regelgeving. Dit betreft zowel de mogelijke voorrang als de directe werking en de plicht tot conforme uitleg van de hiervoor geduide decisoire beleidsregels die bindende werking hebben verkregen voor de lidstaten. Voor de overige decisoire en interpretatieve beleidsregels geldt dat die doorwerkingseisen een stuk lager liggen, op de

<sup>154</sup> Resp. HvJ 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-05357 (*Francovich*) en HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1131 (*Brasserie du Pecheur*).

<sup>155</sup> HvJ 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1131 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 56.

grond dat te dien aanzien het leerstuk van de voorrang niet van toepassing is en de leerstukken van de directe werking en conforme uitleg bijgevolg ook geen toepassing kunnen vinden. Het Unierecht dwingt enkel tot het in aanmerking nemen daarvan als een verplicht interpretatiehulpmiddel.

## **D. Europese beleidsregels in de Nederlandse wetgevingspraktijk**

### **1 Inleiding**

In dit hoofdstuk van het preadvies wordt verkend hoe de Nederlandse wetgever in de dagelijkse praktijk omgaat met Europese beleidsregels. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Eerst wordt kort verantwoord op welke wijze de nationale wetgevingspraktijk is doorzocht op invloeden van Europese beleidsregels (par. 2.1). Vervolgens wordt besproken hoe de Nederlandse wetgever omgaat met Europese beleidsregels (par. 2.2-2.4). Daarbij wordt onder meer ingegaan op de verschillende situaties waarin wordt verwezen naar Europese beleidsregels, de methoden van verwijzen naar de beleidsregels in nationale wetgeving en de motivering die in de toelichtingen bij de wetgeving wordt gegeven voor de verwijzingen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie (par. 3).

### **2 Verkenning van de praktijk van verwijzen naar Europese beleidsregels**

#### *2.1 Onderzoeksmethodiek*

Een verkenning van de praktijk van het verwijzen naar Europese beleidsregels in de nationale wetgeving behoeft een andere aanpak dan die van de rechtspraak. Het is ondoenlijk alle wetgeving en bijbehorende toelichtingen te screenen op verwijzingen naar beleidsregels; daarvoor zijn er te veel wetten, besluiten en regelingen waarin beleidsregels doorwerken. Er is daarom voor gekozen het onderzoek van de Nederlandse wetgevingspraktijk als volgt aan te pakken. In plaats van de verkenning te beperken tot enkele rechtsgebieden op basis van de gevonden zoekresultaten, hebben we besloten een algemene analyse te geven van de praktijk van verwijzen naar Europese beleidsregels in nationale wetgeving en deze te illustreren met concrete voorbeelden uit de praktijk. Wij beseffen dat hiermee geen uitputtende analyse wordt gegeven van de nationale wetgevingspraktijk en dat conclusies met de nodige voorzichtigheid moeten worden getrokken. Een dergelijke analyse lijkt ons desalniettemin zinvol omdat zij, gegeven het feit dat het aantal beleidsregels op Europees niveau de afgelopen jaren aanzienlijk is toegenomen,<sup>156</sup> de discussie over de omgang met beleidsregels in de nationale wetgevingspraktijk enigszins structureert en aanzet tot verder onderzoek. De analyse is aan de hand van de volgende vier onderzoeksvragen uitgevoerd:

- In welke situaties verwijst de Nederlandse wetgever naar Europese beleidsregels?
- Onder welke omstandigheden acht de wetgever zich gebonden aan Europese beleidsregels?
- Hoe verwijst de Nederlandse wetgever naar Europese beleidsregels? Neemt hij de regels één-op-één of door middel van een (door)verwijzing over in de Nederlandse wetgeving of volstaat hij met het opnemen in de toelichting van het uitgangspunt dat de nationale norm overeenkomstig de Europese beleidsregels moet worden uitgelegd?
- Motiveert de wetgever waarom hij in het concrete geval verwijst naar de Europese beleidsregel in nationale wetgeving en verantwoordt hij of de beleidsregel in overeenstemming is met het primaire en secundaire EU-recht?

Bij de bestudering van de nationale wetgevingspraktijk moet steeds in het achterhoofd worden gehouden dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarin de nationale wetgever Europese beleidsregels als verplicht interpretatiemiddel toepast en de situatie waarin hij deze verplicht is na te leven op basis van een specifieke samenwerkingsplicht in combinatie met instemming of op

---

<sup>156</sup> Zie hierover ook O.A. Ştefan, 'European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles', *European Law Journal* 2008, p. 759-760.

basis van een specifieke secundairrechtelijke grondslag (zie paragraaf C.1). In de laatste situatie zijn de mogelijkheden van de nationale wetgever tot afwijking van de regels in de praktijk beperkter.

## 2.2 *Situaties van verwijzen en mate van binding*

Als het gaat om het verwijzen naar Europese beleidsregels in nationale wetgeving, moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds implementatiewetgeving, dat wil zeggen wetgeving die strekt tot omzetting en uitvoering van richtlijnen respectievelijk verordeningen, en anderzijds autonome wetgeving waaronder wetgeving wordt verstaan die puur nationaal beleid betreft. Voorts moet, als het gaat om de mate van binding aan Europese beleidsregels bij implementatiewetgeving respectievelijk autonome wetgeving, een onderscheid worden gemaakt tussen interpretatieve en decisoire beleidsregels.

### 2.2.1 Implementatiewetgeving

Bij de omzetting van richtlijnen en uitvoering van verordeningen speelt het probleem dat de bepalingen uit de richtlijnen en verordeningen niet altijd even helder zijn. Op de nationale wetgever rust de verplichting bij de omzetting ervan de juiste uitleg te geven aan de bepaling en waar nodig deze te concretiseren in de nationale wetgeving zodat de norm op nationaal niveau toepasbaar en handhaafbaar is.<sup>157</sup> Steeds vaker vaardigt de Europese Commissie beleidsregels uit die de nationale wetgever helpen bij het correct en volledig omzetten van richtlijnen of uitvoeren van verordeningen. In sommige gevallen vinden die regels hun wettelijke basis in de richtlijnen en verordeningen. In andere gevallen is dit niet aan de orde en zijn zij gebaseerd op de algemene taakstelling van de Commissie (zie paragraaf B.3.). Voorts geldt dat sommige richtlijnen en verordeningen voorschrijven dat nationale autoriteiten rekening houden met beleidsregels van de Commissie. Als zodanig behoeven die voorschriften zelf in die gevallen omzetting in nationale wetgeving om aan de resultaatsverplichting van de richtlijn te voldoen.

Voorbeelden van beleidsregels over de omzetting van richtlijnen en de uitvoering van verordeningen zijn het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn,<sup>158</sup> de Richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden,<sup>159</sup> de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten,<sup>160</sup> de Guidance Papers bij de Bouwproductenrichtlijn (richtlijn 89/106/EEG),<sup>161</sup> de Guidance Documents bij de Habitatrictlijn,<sup>162</sup> en de BREF-documenten bij de IPPC-richtlijn.<sup>163</sup> Al deze beleidsregels kennen een clause waarin wordt gesteld dat de regels niet juridisch bindend zijn. Voorts bevat een aantal ervan een clause die aangeeft dat het document is opgesteld door een dienst van de Commissie en niet bindend is voor de Europese Commissie als instelling en dat de Europese Commissie, bijvoorbeeld met betrekking tot inbreukprocedures, een van de documenten afwijkend standpunt kan innemen naar aanleiding van diepgaand onderzoek van nationale omzettingsmaatregelen.

---

<sup>157</sup> Zie de Handleiding Wetgeving en Europa, 'De voorbereiding, totstandkoming en nationale implementatie van Europese wetgeving', Den Haag 2009, p. 90 en 121-122.

<sup>158</sup> <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/services-dir/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm)>.

<sup>159</sup> Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, COM(2009) 313 def.

<sup>160</sup> PB. 2002, C 165/6.

<sup>161</sup> Zie bijvoorbeeld Guidance Paper I – The Application of Article 4(4) of the Construction Products Directive, <[http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/construction/files/guidance-papers/gp-i\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/construction/files/guidance-papers/gp-i_en.pdf)>.

<sup>162</sup> Zie bijvoorbeeld Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC, <[http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance\\_art6\\_4\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_en.pdf)>.

<sup>163</sup> Zie bijvoorbeeld Reference document on Best Available Techniques in the Cement, Lime and Magnesium Oxide Manufacturing Industries, May 2010, <[ftp://ftp.jrc.es/pub/eippcb/doc/clm\\_bref\\_0510.pdf](ftp://ftp.jrc.es/pub/eippcb/doc/clm_bref_0510.pdf)>.

De beleidsregels vervullen een nuttige functie in de implementatie- en omzettingfase. Zij vergroten de transparantie en zij dragen bij aan de eenheid in omzetting en uitvoering in de verschillende lidstaten. In de meeste gevallen zal het daarbij gaan om interpretatieve beleidsregels. De Nederlandse wetgever is veelal genegen de interpretatieve beleidsregels van de Commissie over te implementeren secundair EU-recht te volgen. Mogelijk doet hij dit omdat hij er dan zeker van denkt te zijn dat de Commissie geen verdragsinbreukprocedures tegen Nederland zal starten wegens onvolledige of incorrecte omzetting en uitvoering van EU-recht (zie ook par. B.4.1).<sup>164</sup> Die zekerheid is er echter niet. De Commissie is als instelling niet gebonden aan de regels (zie hierboven). Daarbij komt dat de Nederlandse wetgever niet verplicht is tot het volgen van de regels. De interpretatieve beleidsregels vormen een middel dat de nationale wetgever verplicht is in te zetten bij de uitleg van het EU-recht, naast de andere middelen die hem daartoe ter beschikking staan zoals de grammaticale en teleologische interpretatiemethoden en de methode van vergelijking van verschillende taalversies van bepalingen van Unierecht. Afwijking van de beleidsregels omdat een andere uitleg meer aansluit bij de context van het EU-recht, de doelstelling ervan en de ontwikkelingsstand en het ogenblik waarop het recht moet worden toegepast, is mogelijk, mits gemotiveerd.

Decisoire beleidsregels die de beoordelingsruimte of beleidsvrijheid van de Commissie invullen worden veelal alleen gevolgd en geïmplementeerd als dit voortvloeit uit secundair EU-recht of uit een specifieke samenwerkingsverplichting op basis waarvan Nederland heeft ingestemd met de beleidsregels (zie ook par. C.1). In andere gevallen krijgen de regels geen omzetting in nationale wetgeving; het gaat immers niet om bepalingen die juridisch bindend zijn en een resultaatsverplichting opleggen aan de lidstaten.<sup>165</sup>

### 2.2.2 Autonome wetgeving

Bij vormgeving van autonome wetgeving speelt het probleem dat het primaire en secundaire EU-recht veel vage normen kennen en lidstaten hierdoor onvoldoende zicht hebben op de uitleg die zij daaraan moeten geven in relatie tot de nationale wetgeving. Om voorspelbaarheid en rechtszekerheid ter zake te bieden, vaardigt de Commissie voor bepaalde, veel voorkomende vraagstukken interpretatieve beleidsregels uit die de lidstaten behulpzaam moeten zijn bij de vormgeving van autonome wetgeving. Voorbeelden van dit type beleidsregels zijn de *Cassis de Dijon*-mededeling,<sup>166</sup> en de interpretatieve mededeling over het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen.<sup>167</sup>

Verder geldt dat sommige bepalingen van primair recht (bijvoorbeeld artikel 107, lid 1 VWEU) de Commissie beoordelingsruimte of beleidsvrijheid laten. Om die bepalingen te kunnen naleven, moeten lidstaten kunnen anticiperen op het beleid van de Commissie. Decisoire beleidsregels kunnen hierbij zeer behulpzaam zijn. Een voorbeeld van dit type beleidsregel is de mededeling betreffende het herstel van de levensvatbaarheid en de beoordeling van de herstructureringsmaatregelen in de financiële sector in de huidige crisis.<sup>168</sup>

De mate waarin de nationale wetgever zich gebonden acht aan de beleidsregels van de Commissie bij de vormgeving van autonome nationale wetgeving, varieert per type regel en hangt mede af van de vraag of er een specifieke samenwerkingsplicht bestaat en de lidstaat heeft ingestemd met de

<sup>164</sup> Zie B.A. Beijen, *De kwaliteit van milieurichtlijnen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 79.

<sup>165</sup> Zie de Handleiding Wetgeving en Europa, 'De voorbereiding, totstandkoming en nationale implementatie van Europese wetgeving', Den Haag 2009, p. 64-65.

<sup>166</sup> Mededeling van de Commissie over de gevolgen die uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 februari 1979 in de zaak 120/78 zijn te trekken ("*Cassis de Dijon*"), PB. 1980, C 256/2.

<sup>167</sup> Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, PB. 2006, C 179/2.

<sup>168</sup> Mededeling van de Commissie betreffende het herstel van de levensvatbaarheid en de beoordeling van de herstructureringsmaatregelen in de financiële sector in de huidige crisis met inachtneming van de staatssteunregels, PB. 2009, C 195/9.

beleidsregels en of er een secundairrechtelijke grondslag c.q. plicht is daartoe. Decisoire regels worden gevolgd in de situatie dat zij bindende werking hebben verkregen op basis van een specifieke samenwerkingsplicht in combinatie met instemming of op basis van een specifieke secundairrechtelijke grondslag. Interpretatieve beleidsregels worden niet altijd gevolgd. Het is aan de wetgever om te bepalen of hij de regels wil opnemen in de autonome nationale wetgeving. In sommige gevallen doet hij dit als hij expliciet aansluiting zoekt bij de bepalingen van primair EU-recht (zie bijvoorbeeld het voorstel voor een nieuwe aanbestedingswet waarin de regering de interpretatieve mededeling van de Commissie over het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen, met zoveel worden overneemt).<sup>169</sup> In andere gevallen volstaat de wetgever met een verwijzing naar de beleidsregels in de toelichting bij de wetgeving of wordt zelfs gemotiveerd afgeweken van de regels (zie voor een voorbeeld hierna in par. D.2.4). Van het volgen van beleidsregels in autonome wetgeving waarvan (later) is gebleken dat zij in strijd zijn met primair of secundair EU-recht, zijn ons geen gevallen bekend.

### 2.3 Methodes van verwijzen: overname, verwijzing, uitleg en inspiratie

Grosso modo kunnen vier methodes van verwijzen naar Europese beleidsregels worden onderscheiden in de nationale wetgevingspraktijk. De wetgever kan bepalingen uit beleidsregels letterlijk één-op-één overnemen in de nationale wetgeving (overname), hij kan in de nationale wetgeving verwijzen naar de Europese beleidsregel waardoor deze automatisch onderdeel wordt van de nationale wetgeving (verwijzing), hij kan in de toelichting bij de wetgeving het uitgangspunt opnemen dat een bepaling van nationaal recht overeenkomstig een Europese beleidsregel moet worden uitgelegd (uitleg) en hij kan in de toelichting verwijzen naar een Europese beleidsregel als bron van inspiratie voor uitleg van de nationale bepaling (inspiratie).<sup>170</sup>

Kiest de wetgever voor *overname* dan heeft dit als consequentie dat de Europese beleidsregel juridisch bindend wordt en dat afwijking hiervan niet mogelijk is. Het voordeel van deze techniek is dat zij duidelijkheid (transparantie) biedt. Het nadeel ervan is dat de beleidsregel algemeen juridisch verbindend wordt, waar deze die eigenschap op EU-niveau nadrukkelijk niet is toegekend, en dat aanpassing van de wetgeving noodzakelijk is, mocht blijken dat de in de beleidsregel gegeven uitleg van een bepaling van secundair of primair EU-recht niet in overeenstemming is met hoger recht of om andere redenen anders wordt uitgelegd door het Hof. Een voorbeeld van een wettelijke bepaling waarin een Europese beleidsregel is overgenomen, is artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet. In deze bepaling zijn de criteria voor ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel uit de Richtsnoeren van de Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag rechtstreeks overgenomen.

Kiest de nationale wetgever voor de techniek van *verwijzing* naar de Europese beleidsregel in de nationale wetgeving, dan heeft dit eveneens als consequentie dat de regel juridisch bindend wordt en dat afwijking hiervan niet mogelijk is. Voordeel van deze techniek van verwijzing is dat wijzigingen in de beleidsregel, mits dynamisch wordt verwezen,<sup>171</sup> automatisch doorwerken in de nationale wetgeving en dat aanpassing ervan niet nodig is. Nadeel van de techniek van verwijzing is dat de Europese beleidsregel op nationaal niveau juridisch binding krijgt, waar deze dat op EU-niveau nadrukkelijk niet is toegekend, inclusief de toekomstige wijzigingen van de regel, terwijl het gaat om regels die zonder democratische controle tot stand worden gebracht en waarvan ook anderszins de verenigbaarheid met hoger EU-recht niet op voorhand vaststaat (het Hof kan tot een afwijkende interpretatie van het EU-recht komen dat in de beleidsregel wordt uitgelegd). De vraag is of je dat als wetgever moet willen. Een voorbeeld van een regeling waarin wordt verwezen naar Europese beleidsregels is bijlage I van de Regeling omgevingsrecht. In deze bijlage worden de BREF-

<sup>169</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 2.

<sup>170</sup> Deze indeling is ontleend aan A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 66-67. Gerbrandy heeft deze typologie ontwikkeld voor wetgeving. In de praktijk kan deze echter analoog worden toegepast op beleidsregels.

<sup>171</sup> Zie aanwijzing 92 van de Aanwijzingen voor de wetgeving.

documenten aangewezen waarmee het bevoegd gezag bij de bepaling van beste beschikbare technieken (BBT) in het kader van de vergunningverlening (Wet milieubeheer en Wet verontreiniging oppervlaktewateren) rekening moet houden.

De techniek van *uitlegverwijzing* kent dit nadeel niet. Eigenlijk sluit deze techniek van verwijzen naar Europese beleidsregels het meest aan bij het juridische effect dat van een beleidsregel uitgaat op basis van EU-recht; het uitgangspunt is de beleidsregel te betrekken bij de uitleg van de nationale norm, maar gemotiveerde afwijking is mogelijk. Voordeel van deze techniek van verwijzen is dat degenen die de wet uitvoeren en handhaven aan de hand van de memorie van toelichting op het spoor worden gezet van het verplichte interpretatiemiddel van de beleidsregel, maar dat het hen tegelijkertijd niet verplicht tot het volgen van de beleidsregel. Een en ander veronderstelt wel een kritische houding van de organen die de wetgeving toepassen en handhaven. Op het moment dat zij de uitlegverwijzing in de toelichting alsnog beschouwen als een verplichting tot het volgen van de Europese beleidsregel is in de praktijk het effect van de uitlegverwijzing nagenoeg identiek aan die van de overname en van de verwijzing. Een voorbeeld van een toelichting bij een wet waarin de techniek van uitlegverwijzing wordt gevolgd is de memorie van toelichting bij de Mededingingswet. In deze toelichting wordt gesteld: “Voor de interpretatie van het verbod van artikel 6 van het voorstel van wet zullen de EG-bekendmakingen over het niet van toepassing zijn van het verbod van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag mede richtinggevend zijn.”<sup>172</sup>

De vierde techniek van verwijzen naar Europese beleidsregels, te weten de *inspiratieverwijzing*, is een zachtere variant van de techniek van uitlegverwijzing. Het voordeel van deze techniek is dat deze nadrukkelijker tot uitdrukking brengt dat Europese beleidsregels op nationaal niveau niet gevolgd hoeven te worden. Het nadeel van de methode van verwijzen is dat zij de suggestie wekt dat er geen verplichting bestaat de regel te betrekken bij de uitleg van een EU-norm. Dit doet geen recht aan de juridische effecten die ingevolge de jurisprudentie van het Hof aan beleidsregels toegekend moeten worden. Een voorbeeld van deze techniek van verwijzen is het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water waarin in de toelichting in voetnoten veelvuldig wordt verwezen naar ‘guidance documents’.<sup>173</sup>

De keuze voor een bepaalde techniek van verwijzen naar Europese beleidsregels in nationale wetgeving blijkt in de praktijk afhankelijk van de verplichtingen die ter zake volgen uit het primaire en secundaire EU-recht (zie ook paragraaf C.1) en van de mate van aansluiting die op nationaal niveau wordt gezocht bij het EU-recht.<sup>174</sup> Voorts blijkt bij het maken van een keuze relevant naar welk type beleidsregel wordt verwezen. Overname van interpretatieve beleidsregels van de Commissie die enkel codificatie van jurisprudentie van het Hof vormen, is minder risicovol dan overname van beleidsregels die een uitleg geven van een EU-rechtelijk vraagstuk waarover het Hof zich nog niet heeft uitgesproken of beleidsregels die de beoordelingsruimte of beleidsvrijheid van de Commissie invullen. Van die beleidsregels is niet op voorhand zeker dat zij in overeenstemming zijn met primair en secundair EU-recht. Bovendien geldt voor beleidsregels van het type *decisoir* dat deze beleid van de Commissie betreffen. De nationale wetgever is niet gebonden aan dit beleid, tenzij Nederland er expliciet of impliciet op basis van samenwerkingsbepalingen met de Europese Commissie mee heeft ingestemd,<sup>175</sup> of dit volgt uit bewoordingen van secundaire wetgeving. Het is dan ook de vraag in hoeverre dit beleid één-op-één relevant is in nationale situaties en dus overgenomen zou moeten worden in nationale wetgeving.

<sup>172</sup> Zie Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 13.

<sup>173</sup> Zie Besluit van 30 november 2009, houdende regels ter uitvoering van de milieudoelstellingen van de kaderrichtlijn water (Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009), Stb. 2010, nr. 15, p. 24.

<sup>174</sup> Zie voor een beschouwing over de aansluiting van nationale wetgeving bij Europese wetgeving het Jaarverslag 2010 van de Raad van State, Deel I, Eenheid én verscheidenheid. Afstemming als basisvoorwaarde van de kwaliteit van Europese en nationale wetgeving, Den Haag 2010, p. 59-78.

<sup>175</sup> Die samenwerkingsverplichting met de Europese Commissie ten gevolge waarvan Europese beleidsregels bindende werking hebben bestaat voor de lidstaten in elk geval op grond van artikel 108, lid 1, VWEU (staatssteun).



## 2.4 Motivering

Iets zeggen over de motivering die de Nederlandse wetgever geeft bij het verwijzen naar Europese beleidsregels is nagenoeg onmogelijk. Het veronderstelt dat alle verwijzingen in wetgeving en toelichting zijn bestudeerd en met elkaar zijn vergeleken. Die klus hebben wij niet geklaard. De hierna volgende opmerkingen moeten daarom met grote voorzichtigheid worden gemaakt. Het gaat om bevindingen die in de wetgevingspraktijk zijn opgedaan; niet om wetenschappelijk verantwoorde analyses.

De praktijk leert dat verwijzingen naar Europese beleidsregels in nationale wetgeving en toelichting over het algemeen vrij uitvoerig worden toegelicht. De regels worden met naam, toenaam en vindplaats genoemd evenals hun relevantie voor de nationale wetgeving. Een duiding van het type beleidsregel ontbreekt vaak evenals een expliciete verantwoording van de verenigbaarheid van de regel met hoger EU-recht. Voorts wordt niet altijd aangegeven wat de precieze status is van de regels – te weten wel/geen bindende werking voor de lidstaat – en er wordt niet altijd blijk gegeven van een kritische benadering van de beleidsregels. Omdat het gaat om regels die zonder democratische controle tot stand zijn gekomen en waarvan de verenigbaarheid met primair en secundair EU-recht niet vaststaat zo lang het Hof zich er niet over heeft uitgesproken, is die kritische beschouwing en verantwoording daarvan in de toelichting bij wetgeving wel van cruciaal belang.<sup>176</sup> Voorkomen moet worden dat aansluiting wordt gezocht bij regels die in strijd zijn met hoger EU-recht of die bijvoorbeeld voor de nationale situatie minder geschikt zijn om te volgen omdat de doelstelling van de nationale wetgeving een andere is dan die van de Europese beleidsregel.<sup>177</sup>

Een voorbeeld van een verwijzing naar een Europese beleidsregel die voldoet aan de maatstaf van een kritische benadering is de verwijzing naar de Bagatelbekendmaking in de memorie van toelichting bij de Mededingingswet. De regering geeft in deze toelichting expliciet aan waarom zij deze bekendmaking niet volgt, daarbij ook aangevend dat de bekendmaking slechts beleidsregels bevat en dat noch de Europese noch de nationale rechter daaraan gebonden is:

“De Commissie heeft ten behoeve van middelgrote en kleine ondernemingen in haar zogenaamde Bagatelbekendmaking (Bekendmaking van de Commissie van 3 september 1986 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen (PbEG C 231/12) kwantitatieve grenzen aangegeven, waar beneden zij in de regel niet tegen een kartel zal optreden. Bij de interpretatie van artikel 6 van het voorstel van wet dient de EG-Bagatelbekendmaking naar mijn mening buiten beschouwing te blijven. De Bagatelbekendmaking bevat slechts beleidsregels en noch de Europese noch de nationale rechter is daaraan gebonden. De daarin gebezigde criteria zijn bovendien afgestemd op de afbakening van de reikwijdte van de Europese mededingingsregels en zijn daarom niet passend voor een nationale mededingingswet.”<sup>178</sup>

Een kritische benadering van het verwijzen naar Europese beleidsregels werkt door in de keuze van een methode van verwijzing naar beleidsregels, zo blijkt in de praktijk. Als een beleidsregel geen bindende werking heeft, en er bestaat twijfel of de regel in overeenstemming is met hoger EU-recht, of de regel roept vragen op in het licht van de geschiktheid voor toepassing in de nationale situatie, dan gebruikt de wetgever deze bij voorkeur slechts als een bron van inspiratie en neemt hij de regel niet één-op-één over. De verantwoording hierover in de toelichting kan nog worden verbeterd.

<sup>176</sup> Zie in die zin ook het arrest van het Hof in HvJ 11 mei 2006, nr. C-11/05, *Jur.* 2006, p. I-4115 (*Friesland Coberco Dairy Foods t. Inspecteur van de Belastingdienst*), r.o. 34-42.

<sup>177</sup> Zie hierover ook A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 454-455.

<sup>178</sup> Zie Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 14. Overigens is de genoemde Bagatelbekendmaking inmiddels vervangen door de Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de *minimis*), PB. 2001, C 368/13.

### 3 Tussenconclusie

De Nederlandse wetgever verwijst in nationale wetgeving naar Europese beleidsregels zowel bij implementatie van secundair EU-recht als bij vormgeving van autonoom beleid in overeenstemming met primair en secundair EU-recht. Bij de verwijzingen kan het gaan om zowel interpretatieve beleidsregels als decisoire beleidsregels. De mate waarin de wetgever de beleidsregels volgt, hangt af van het type beleidsregel, de vraag of er een specifieke samenwerkingsplicht bestaat en Nederland heeft ingestemd met de beleidsregel, alsmede met de vraag of de wetgever op grond van secundair EU-recht verplicht is de beleidsregel in aanmerking te nemen, en of de regel in overeenstemming is met primair en secundair EU-recht. Bij beleidsregels over implementatiewetgeving speelt voorts het punt dat de wetgever geneigd is de regels te volgen om er zo zeker mogelijk van te zijn dat de Commissie geen verdragsinbreukprocedures tegen Nederland start.

In de situatie dat de Nederlandse wetgever ervoor kiest, al dan niet op grond van een verplichting daartoe, naar de Europese beleidsregel te verwijzen in de wetgeving of de toelichting, dan leert de wetgevingspraktijk dat er *grosso modo* vier methoden zijn waarlangs hij dit doet, te weten overname, verwijzing, uitleg en inspiratie. De wetgever kiest voor een uitleg- of inspiratieverwijzing in de toelichting bij de wetgeving, als hij het wenselijk acht dat een van de Europese beleidsregels afwijkende uitleg mogelijk blijft. De wetgever kiest voor overname of verwijzing in nationale wetgeving, als hij verplicht is de Europese beleidsregel te volgen. De regel krijgt daarmee juridisch bindende werking. Maar ook in situaties dat hij niet verplicht is de regel te volgen, kiest de wetgever soms voor overname of verwijzing in de wetgeving zelf. De vraag is of dat wenselijk is, gelet op het feit dat de Europese beleidsregel zonder democratische controle tot stand is gekomen en de verenigbaarheid ervan met het primaire en secundaire EU-recht niet vaststaat.

Bij verwijzingen naar Europese beleidsregels in nationale wetgeving of bijbehorende toelichtingen geldt dat de Nederlandse wetgever deze over het algemeen vrij uitgebreid motiveert. Er wordt echter niet altijd aangegeven om wat voor type regel het gaat, wat de status is van de regel en of onderzocht is of de regel in overeenstemming is met primair EU-recht en uitvoerbaar en handhaafbaar is in de Nederlandse situatie.

## E. Europese beleidsregels in de Nederlandse rechtspraak

### 1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk van dit preadvies is op hoofdlijnen aangegeven hoe de Nederlandse wetgever omgaat met Europese beleidsregels in de nationale wetgevingspraktijk. In dit hoofdstuk wordt verkend hoe de Nederlandse rechter in de dagelijkse praktijk omgaat met Europese beleidsregels. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Eerst wordt kort verantwoord op welke wijze de Nederlandse rechtspraak is doorzocht op invloeden van Europese beleidsregels (par. 2.1). Vervolgens wordt besproken hoe de Nederlandse rechter omgaat met Europese beleidsregels in de rechtspraak (par. 2.2-2.5). Daarbij wordt onder meer ingegaan op de soorten beleidsregels waarnaar wordt verwezen in de nationale rechtspraak, de situaties waarin wordt verwezen, de motivering die bij een verwijzing wordt gegeven en de mate waarin de rechter zich gebonden acht aan de regels.<sup>179</sup> Afgesloten wordt met een tussenconclusie over de verwijzingspraktijk (par. 3).

---

<sup>179</sup> Deze opbouw is deels ontleend aan Oana Andreea Ștefan, 'European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles', *European Law Journal* 2008, p. 753-772.

## 2. Verkenning van de praktijk van verwijzen naar Europese beleidsregels

### 2.1 Onderzoeksmethodiek

Een eerste verkenning van de doorwerking van Europese beleidsregels in de Nederlandse rechtspraak behoeft enige beperking. Het is ondoenlijk een uitputtende analyse te geven van alle uitspraken waarin Europese beleidsregels aan bod komen. Daarvoor zijn het er te veel.<sup>180</sup> Er is daarom voor gekozen de verkenning te beperken tot die terreinen waar relatief vaak verwezen of getoetst wordt aan Europese beleidsregels. Voorts is ervoor gekozen de verkenning te beperken tot verwijzingen naar Europese richtsnoeren, mededelingen en bekendmakingen (de meest voorkomende algemene benamingen voor Europese beleidsregels). Verwijzingen naar 'guidance documents' zijn buiten beschouwing gelaten, omdat deze benaming voor beleidsregels alleen op bepaalde terreinen (in het bijzonder het milieurecht) wordt gebezigd. Voorts zijn verwijzingen naar aanbevelingen, resoluties en aanwijzingen buiten beschouwing gelaten omdat dit in beginsel een andere categorie 'soft law' betreft dan Europese beleidsregels. Een en ander heeft als consequentie dat het onderzoek van verwijzingen naar Europese beleidsregels in de Nederlandse rechtspraak in dit preadvies is beperkt tot de terreinen mededinging, staatssteun en telecommunicatie.<sup>181</sup>

De beperking van het onderzoek tot deze terreinen is inhoudelijk te rechtvaardigen om de volgende redenen. Ten eerste beschikt de Europese Commissie op de terreinen van mededinging, staatssteun en telecommunicatie van oudsher over uitgebreide uitvoerende bevoegdheden.<sup>182</sup> Ter invulling van deze - vaak ruime discretionaire - bevoegdheden heeft zij een groot aantal beleidsregels uitgevaardigd die voor de Commissie een zelfbindende werking hebben ingevolge de jurisprudentie van het Hof (zie par. B.4.6.2). Hoewel institutioneel gezien de terreinen verschillen – bij de mededingings- en staatssteunregels gaat het bijvoorbeeld om verdragsbepalingen die vage normen bevatten en beoordelingsruimte en beleidsvrijheid aan de Commissie laten, terwijl het bij de telecommunicatieregels gaat om secundair EU-recht (richtlijnen en verordeningen) dat is omgezet in nationale wetgeving en in een aantal gevallen verplicht tot het rekening houden met beleidsregels van de Commissie –, hebben de terreinen gemeen dat de Commissie hierop als een soort 'regulator' optreedt.<sup>183</sup> De resultaten van dit regulerende optreden van de Commissie werken via de in het primaire en secundaire EU-recht opgenomen verplichtingen tot samenwerking met de Europese Commissie door in de nationale rechtspraak.<sup>184</sup> Ten tweede is een beperking van het onderzoek tot de terreinen mededinging, staatssteun en telecommunicatie gerechtvaardigd, omdat op deze terreinen

---

<sup>180</sup> Een eerste doorzoeking van de databank 'rechtspraak.nl' leerde dat binnen nagenoeg alle rechtsgebieden wordt verwezen naar Europese beleidsregels. De meeste treffers deden zich echter voor in relatie tot het mededingingsrecht, de staatssteunregels, het telecommunicatierecht, het milieurecht, het belastingrecht, het douanerecht en het financiëletoezichtsrecht.

<sup>181</sup> Zie voor een overzicht van de geanalyseerde uitspraken op deze terreinen de bijlage bij dit preadvies.

<sup>182</sup> Zie bijvoorbeeld Verordening (EG) nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB. 2002, L 1/1; Verordening (EG) nr. 659/1999 van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, Pb. 1999, L 83/1; Richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), PB. 2002, L 108/33, in het bijzonder de artikelen 15-17.

<sup>183</sup> Zie S.A.C.M. Lavrijssen-Heijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, pp. 330-332.

<sup>184</sup> Zie Verordening (EG) nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB. 2002, L 1/1; artikel 108, eerst lid, VWEU (staatssteun); Richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), PB. 2002, L 108/33. Zie in die zin ook de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB. 2004, C 101/54, randnr. 8; de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, PB. 2009, C 85/1.

Europese onafhankelijke netwerken zijn ontstaan, waarbinnen de Commissie en nationale autoriteiten samenwerken.<sup>185</sup> Binnen deze netwerken heeft de Commissie een belangrijke bestuurlijk-regelgevende taak tot het aannemen van Europese beleidsregels (zie ook paragraaf B.3.3) Weliswaar kennen deze beleidsregels geen inherente juridische verbindendheid, maar de nationale rechter zal zich ingevolge bijzondere samenwerkingsverplichtingen als specifieke uitdrukking van het beginsel van Unietrouw wel gehouden achten de beleidsregels in acht te nemen bij de interpretatie en toepassing van het EU-recht.<sup>186</sup> Ten derde is een beperking van het onderzoek van nationale uitspraken tot de terreinen mededinging, staatssteun en telecommunicatie gerechtvaardigd, omdat sinds 2000 het aantal beleidsregels op EU-niveau op deze terreinen aanzienlijk is gegroeid als gevolg van het beleid inzake decentrale toepassing en handhaving en ‘good governance’.<sup>187</sup>

In de nu volgende paragrafen zal worden ingegaan op de inhoud van de verwijzingen naar Europese beleidsregels op de genoemde terreinen. Dit zal worden gedaan aan de hand van de volgende vijf onderzoeksvragen:

- Naar welke beleidsregels verwijst de nationale rechter en om wat voor type regels (interpretatief of decisoir) gaat het?
- Verwijst de rechter alleen naar Europese beleidsregels als het gaat om toetsing aan harde EU-normen (Verdragsregels en regels van secundair EU-recht) of ook in andere gevallen? Toetst de nationale rechter ook rechtstreeks aan Europese beleidsregels en zo ja, in welke situaties?
- Toetst de nationale rechter de beleidsregel op verenigbaarheid met het primaire en secundaire EU-recht?
- Motiveert de rechter waarom hij in het concrete geval verwijst naar de Europese beleidsregel en om welk type beleidsregel het gaat?
- Acht de nationale rechter zich in zekere mate gebonden aan de Europese beleidsregels?

Bij de bestudering van de nationale rechtspraak moet, net als bij de nationale wetgevingspraktijk, steeds in het achterhoofd worden gehouden dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarin de nationale rechter Europese beleidsregels als verplicht interpretatiemiddel moet toepassen en de situatie waarin hij deze als gevolg van een specifieke samenwerkingsplicht in combinatie met goedkeuring door lidstaten dan wel ingevolge secundaire wetgeving verplicht is na te leven (zie par. C.2). In het laatste geval zijn de mogelijkheden van de nationale rechter tot afwijking van de regels beperkter.

## 2.2 Typen beleidsregels

De beleidsregels waarnaar wordt verwezen in de nationale rechtspraak op de terreinen van mededinging, staatssteun en telecommunicatie zijn:

- Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis);<sup>188</sup>
- Mededeling van de Commissie ‘Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag’;<sup>189</sup>

<sup>185</sup> Zie de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, PB. 2004, C 101/43 en het Besluit van de Commissie van 29 juli 2002 tot oprichting van de Europese Groep van regelgevende instanties voor elektronische communicatienetwerken en –diensten, Pb. 2002, L 200/38.

<sup>186</sup> Zie ABRvS 10 april 2001, HMG tegen CvdM (1), LJN AB1451; ABRvS 6 augustus 2003, HMG tegen CvdM (2), LJN AI0788; CBb 2 augustus 2002, Electrabel e.a. tegen DTe, LJN AE6773.

<sup>187</sup> Zie Oana Andreea Ștefan, ‘European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles’, *European Law Journal* 2008, pp. 759-760.

<sup>188</sup> PB. 2001, C 368/13.

<sup>189</sup> PB. 2004, C 101/81.

- Mededeling van de Commissie ‘Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag’;<sup>190</sup>
- Bekendmaking van de Commissie ‘Richtsnoeren inzake verticale beperkingen’;<sup>191</sup>
- Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties;<sup>192</sup>
- Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht;<sup>193</sup>
- Mededeling van de Commissie inzake de minimis-staatssteun;<sup>194</sup>
- Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep;<sup>195</sup>
- Mededeling van de Commissie inzake de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-Verdrag en van artikel 61 van de EER-overeenkomst op steunmaatregelen van de staten in de luchtvaartsector;<sup>196</sup>
- Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties;<sup>197</sup>
- Mededeling van de Commissie ‘Communautaire richtsnoeren betreffende staatssteun voor het zeevervoer’;<sup>198</sup>
- Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.<sup>199</sup>

Dit zijn zowel beleidsregels van interpretatieve aard (zie bijvoorbeeld de Mededeling van de Commissie ‘Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag’) als beleidsregels van decisoire aard (zie bijvoorbeeld de Mededeling van de Commissie ‘Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag’). Zij zijn alle afkomstig van de Commissie. Voorts geldt voor nagenoeg alle beleidsregels dat zij een clause bevatten waarin de Commissie stelt dat de beleidsregels de uitlegging die het Hof en het Gerecht kunnen geven van de relevante EU-verdragsbepalingen of bepalingen secundair EU-recht onverlet laten.

De nationale rechter kwalificeert de beleidsregels in zijn uitspraken niet als zijnde van het type interpretatief of decisoir. Als gevolg hiervan maakt hij ook geen onderscheid in de wijze waarop hij ernaar verwijst of eraan toetst, de motivering die hij geeft en de mate waarin hij zich gebonden acht aan de beleidsregels. Hoewel begrijpelijk – de Commissie maakt zelf ook geen duidelijk onderscheid tussen interpretatieve en decisoire beleidsregels – is het jammer dat de nationale rechter dit onderscheid niet maakt, omdat de mogelijkheden van verwijzing naar de beleidsregels en de mate waarin de rechter daaraan gebonden kan zijn ingevolge EU-recht, wel verschillen (zie par. C.2).

---

<sup>190</sup> PB. 2004, C 101/97.

<sup>191</sup> PB. 2000, C 291/1. Deze richtsnoeren zijn inmiddels vervangen door nieuwe, zie Pb. 2010, C 130/1.

<sup>192</sup> PB. 2005, C 56/24.

<sup>193</sup> PB. 1997, C 372/5.

<sup>194</sup> PB. 1996, C 68/9. Deze mededeling is inmiddels ingetrokken en vervangen door een verordening, te weten Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006, betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, Pb. 2006, L 379/5. Op het terrein van staatssteun is een ontwikkeling gaande dat Europese beleidsregels (soft law) worden vervangen door verordeningen en beschikkingen (hard law), zie M. Cini, *From Soft Law to Hard Law? Discretion and Rule-making in the Commission’s State Aid Regime*, *European Forum Series* RSC no. 2000/35.

<sup>195</sup> PB. 2009, C 257/1.

<sup>196</sup> PB. 1994, C 350/5.

<sup>197</sup> PB. 1997, C 209/3

<sup>198</sup> PB. 2004, C 13/3.

<sup>199</sup> PB. 2002, C 165/6.

### 2.3 *Situaties van verwijzen: object van uitleg en wijze van gebruik*

Bij de beantwoording van de vraag in welke situaties de nationale rechter verwijst naar Europese beleidsregels, leert de verkenning van de nationale rechtspraak dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het object van uitleg (de norm die uitleg behoeft en ten behoeve waarvan wordt verwezen naar een Europese beleidsregel; is dit een EU-norm of een nationale norm) en anderzijds de wijze van gebruik van de beleidsregel (wordt de Europese beleidsregel als interpretatiemiddel gebruikt of wordt rechtstreeks aan de norm getoetst?). Voorts is het verstandig een onderscheid te maken tussen interpretatieve beleidsregels en decisoire beleidsregels. Hoewel de nationale rechter dit onderscheid zelf niet maakt (zie hiervoor), is het voor het goede begrip van de rechtspraak wel nuttig, omdat uit de analyse blijkt dat de nationale rechter de beide type beleidsregels in de praktijk anders gebruikt.

#### 2.3.1 Interpretatieve beleidsregels

Als het gaat om interpretatieve beleidsregels, dan leert de analyse van de nationale rechtspraak dat de nationale rechter niet rechtstreeks toetst aan deze regels. Hij volstaat met het betrekken van de regels bij de uitleg van harde EU-normen. Dit is op zichzelf genomen logisch; de regels zijn immers niet juridisch bindend. Zij vormen ‘enkel’ een verplicht interpretatiehulpmiddel bij de uitleg van bepalingen van primair en secundair EU-recht (zie par. C.2). Een voorbeeld van een uitspraak waarin de nationale rechter een interpretatieve beleidsregel van de Commissie in deze zin gebruikt, is de uitspraak van de rechtbank Zwolle van 4 april 2005,<sup>200</sup> waarin verwezen wordt naar de ‘Richtsnoeren inzake verticale beperkingen’ ten behoeve van de uitleg van de Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten (Verordening (EG) nr. 2790/1999).<sup>201</sup> De rechtbank toetst in deze uitspraak of een wijziging van het distributiebeleid van een leverancier van hartslagmeters een exclusieve distributieovereenkomst oplevert die valt onder de Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten. Als dit het geval is, geniet de overeenkomst het voordeel van de vrijstelling en is er geen strijd met (onder meer) het kartelverbod van artikel 101 VWEU (voorheen artikel 81 EG). Om te bepalen of sprake is van een exclusieve afnameovereenkomst die valt binnen het bereik van de Groepsvrijstelling, maakt de rechtbank gebruik van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen:

“De Europese Commissie heeft in haar bekendmaking van 13 oktober 2000, PbEG C 291 (hierna: Richtsnoeren verticalen 2000) richtsnoeren gegeven voor de toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 81 van het EG Verdrag. Volgens Richtsnoeren verticalen 2000 is van exclusieve distributie (of alleenverkoop) sprake indien de leverancier zich ertoe verbindt in een bepaald gebied (rayon) zijn producten slechts aan één distributeur met het oog op wederverkoop te verkopen. Tegelijkertijd worden meestal aan de distributeur beperkingen opgelegd met betrekking tot zijn actieve verkoop in op basis van exclusiviteit aan anderen toegewezen rayons. Het verschil tussen alleenverkoop en selectieve distributie is dat de restrictie van het aantal wederverkopers bij selectieve distributie niet afhangt van het aantal rayons, maar van selectiecriteria die in de eerste plaats met de aard van het product verband houden. Een ander verschil tussen alleenverkoop en selectieve distributie is dat het bij selectieve distributie niet gaat om een restrictie van de actieve verkoop in een ander rayon, maar om een restrictie van om het even welke verkoop aan niet-erkende distributeurs, zodat alleen erkende wederverkopers en eindgebruikers als mogelijke afnemers overblijven. Alleenverkoop is krachtens de groepsvrijstellingsverordening vrijgesteld indien het marktaandeel van de leverancier niet meer dan 30% bedraagt. Bij alleenverkoop kan uitsluiting van andere distributeurs geen probleem zijn indien de leverancier die het alleenverkoopstelsel toepast, op dezelfde markt een groot aantal alleenverkopers

<sup>200</sup> Rb. Zwolle 4 april 2005, LJN AT4337.

<sup>201</sup> Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, PB. 1999, L 336/21. Deze verordening is inmiddels vervangen door Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, PB. 2010, L 102/1.

aanwijst en die alleenverkopers geen restricties oplegt met betrekking tot de verkoop aan niet-aangewezen distributeurs.”

Omdat de nationale rechter in beginsel alleen geconfronteerd kan worden met de verplichting tot uitleg van bepalingen van primair en secundair EU-recht als deze rechtstreekse werking hebben dan wel conform geïnterpreteerd moeten worden of toegepast moeten worden in het kader van het leerstuk van de staatsaansprakelijkheid (zie par. C.2), zou je verwachten dat verwijzingen naar interpretatieve beleidsregels alleen in die gevallen zich voordoen. De praktijk leert anders. Verwijzingen naar interpretatieve beleidsregels zijn ook te vinden in uitspraken waarin de toetsing aan een nationale norm centraal staat. Dit doet zich voor in de situatie dat de wetgever voor de uitleg van een nationale norm expliciet aansluiting heeft gezocht bij Europese beleidsregels (zie par. D.2.3).

De meeste voorbeelden van uitspraken waarin de nationale rechter voor de uitleg van een nationale norm verwijst naar een interpretatieve Europese beleidsregel, zijn te vinden op het terrein van het mededingingsrecht. De reden hiervoor is dat de Nederlandse Mededingingswet een hoge mate van wettelijke convergentie kent met het EU-mededingingsrecht.<sup>202</sup> Ingevolge de parlementaire geschiedenis bij de Mededingingswet wordt deze wet niet strenger en niet soepeler toegepast dan het EU-mededingingsrecht.<sup>203</sup> Hierdoor wordt in de praktijk voor de uitleg van veel bepalingen uit de Mededingingswet aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van het Hof en de beschikkingen- en beleidspraktijk van de Europese Commissie. Een voorbeeld van een uitspraak waarin de rechter voor de uitleg van een nationale bepaling aansluiting zoekt bij een Europese interpretatieve beleidsregels is de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 13 februari 2004. In deze uitspraak toetst de rechtbank een nationaal kartel tussen een modeonderneming en haar afnemers aan artikel 6 van de Mededingingswet.<sup>204</sup> In haar beoordeling over het merkbaar mededingingsbeperkende effect van het kartel verwijst de rechter onder meer naar de De minimis-bekendmaking van de Commissie en de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen.

### 2.3.2 Decisoire beleidsregels

Gaat het om decisoire beleidsregels, dan leert de verkenning van de nationale rechtspraak dat de nationale rechter deze regels hoofdzakelijk gebruikt om nationale besluiten en regelingen rechtstreeks aan te toetsen. Voorbeelden hiervan zijn de uitspraak van het CBb van 24 juli 2007 over een marktanalysebesluit van de Onafhankelijke post en telecommunicatie autoriteit (OPTA) en de uitspraak van het Hof Amsterdam van 14 januari 2009 over het Nederlandse tonnageregime voor de zeevaart.<sup>205</sup> Waarop is deze rechtstreekse toetsing gebaseerd, gelet op het feit dat het gaat om regels die in beginsel alleen de Commissie zelf kunnen binden?

Bij rechtstreekse toetsing aan Europese beleidsregels van het type decisoir gaat het in de meeste gevallen om zaken waarin de nationale autoriteiten op grond van secundair EU-recht gehouden zijn in hun nationale beleid en wetgeving met decisoire beleidsregels van de Commissie rekening te houden, dan wel deze maximaal in acht te nemen of om te zetten in nationale wetgeving. In (hoger) beroep toetst de nationale rechter of de besluiten van de nationale autoriteiten in overeenstemming zijn met de Europese beleidsregels. Een voorbeeld van deze wijze van toetsing aan een Europese beleidsregel is de uitspraak van het CBb van 18 augustus 2010 waarin het College een marktanalysebesluit van de OPTA toetst op overeenstemming met de ingevolge artikel 15 van de Kaderrichtlijn elektronische-communicatienetwerken en -diensten door de Commissie vastgestelde 'Richtsnoeren voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het

<sup>202</sup> Zie A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, pp. 66-67.

<sup>203</sup> Zie Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10 (memorie van toelichting).

<sup>204</sup> Rb. Rotterdam 13 februari 2004, LJN AO3912.

<sup>205</sup> College van Beroep voor het bedrijfsleven 24 juli 1007, LJN BB0186 en Hof Amsterdam 14 januari 2009, LJN BH4439.

gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten’. Het College oordeelde:

“Uit het vorenstaande maakt het College de gevolgtrekking dat, omdat OPTA niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de kabelbedrijven, de geografische markt niet is afgebakend in overeenstemming met punt 56 van de Richtsnoeren. Dit geldt zowel voor de heroverweging die heeft plaatsgevonden ten aanzien van UPC, Ziggo en Delta op grond van artikel 6a.4 Tw als voor het CAIW-besluit. Deze constatering wettigt, gelet ook op artikel 15, tweede lid, van de Kaderrichtlijn, de slotsom dat OPTA in alle vier de marktanalyses bij de afbakening van de relevante retailmarkt heeft gehandeld in strijd met de in artikel 6a.1, tweede lid, Tw aan haar opgelegde verplichting om de relevante markt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht te bepalen. De beroepen van UPC, Ziggo, Delta en CAIW zijn gegrond. De bestreden besluiten dienen reeds hierom te worden vernietigd.”

Een ander voorbeeld van een uitspraak waarin de nationale rechter aan een decisoire beleidsregel van de Commissie toetst, is de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 11 juni 2008 in de zaak Eelde.<sup>206</sup> De Afdeling buigt zich in deze uitspraak over de vraag of artikel 108, derde lid, VWEU (bepaling inzake meldingsplichtige staatssteun; voorheen artikel 88, derde lid, van het EG-Verdrag) is geschonden. In dat kader moet zij vaststellen of een bijdrage voor de baanverlenging van de luchthaven Eelde een meldingsplichtige steunmaatregel is als bedoeld in die bepaling. Vaste lijn in de jurisprudentie van de Afdeling is dat de decisoire beleidsregels van de Commissie over staatssteun een vermoeden van bewijs van een meldingsplichtige steunmaatregel opleveren.<sup>207</sup> Verweerders zijn in casu van mening dat uit een mededeling van de Commissie over steunmaatregelen in de luchtvaartsector volgt dat er geen sprake is van een meldingsplichtige steunmaatregel. De Afdeling oordeelt anders:

“Anders dan verweerders betogen, hadden verweerders naar het oordeel van de Afdeling echter in ieder geval ten tijde van het nemen van het bestreden besluit moeten inzien dat de Mededeling uit 1994 geen grond bood voor hun opvatting dat buiten twijfel is dat aanmelding van de steunverlening in 2003 niet nodig was.

Daartoe wijst de Afdeling in de eerste plaats op de tekst van de Mededeling uit 1994 zelf. Achter de zin in punt 12 van onderdeel II.3. van de Mededeling uit 1994 waar verweerders op wijzen, is een voetnoot geplaatst met een verwijzing naar het antwoord van de Commissie op een schriftelijke vraag nr. 28 van de heer Dehousse uit 1967 (10 april 1967, PB nr. 118 van 20 juni 1967, blz. 2311/67). In dit antwoord staat dat de uitvoering door de overheid van infrastructuurwerken die traditioneel ten laste van de begroting van de Staat of van lagere publiekrechtelijke organen komen, geen steunmaatregel in de zin van artikel 92 van het E.E.G.-Verdrag (thans: artikel 87 van het EG-Verdrag) vormt, maar dat dit anders kan liggen wanneer deze werken worden uitgevoerd ten gunste van een of meer bepaalde ondernemingen of bepaalde producties. Nu GAE N.V. in 2003 in elk geval moest worden aangemerkt als onderneming, zoals eerder in 2.21.4.2. overwogen, hadden verweerders reeds op grond van de tekst van de Mededeling uit 1994 twijfels kunnen hebben omtrent de vraag of in 2003 kon worden afgezien van aanmelding van de bijdrage ten behoeve van baanverlenging.

Naast de in overweging 2.21.4.2. bedoelde vraag heeft de Afdeling voorts aan de Commissie gevraagd of uit de Mededeling uit 1994 volgt dat bijdragen van de lidstaten ten behoeve van de aanleg van luchtinfrastructuur enkel behoeven te worden aangemeld als met die infrastructuur een bevoordeling van een luchtvaartmaatschappij wordt bewerkstelligd. De Commissie heeft daarop geantwoord dat op het moment van toekenning van de betrokken steun in 2003 uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgde dat de bijdrage moest worden aangemeld op grond van artikel 88, derde

<sup>206</sup> RvS 11 juni 1008, LJN BD3598.

<sup>207</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS van 9 augustus 2006, LJN AY5874 (Bestemmingsplan ‘Zorgcentrum Hintham’); ABRvS van 13 april 2011, LJN BQ1077 (Bestemmingsplan ‘Centrum Haaren’).



lid, laatste zin, van het EG-Verdrag. Dit is volgens de Commissie bevestigd in de Mededeling uit 2005 en is door de Commissie toegepast in alle recente beschikkingen in verband met steun aan luchthavens. De Commissie verwijst naar de arresten inzake *Aéroports de Paris* (arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 12 december 2000 in zaak T-128/98 en arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2002 in zaak C-82/01 P) en noemt in dit verband haar besluit van 10 juni 2007 om met betrekking tot de luchthaven Lübeck de procedure van artikel 88, tweede lid, van het EG-Verdrag in te leiden.

[...]

Gelet op het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat verweerders ten tijde van het nemen van het bestreden besluit, in 2006, hadden moeten begrijpen dat zij niet, althans niet langer, op grond van de Mededeling uit 1994 het vertrouwen mochten hebben dat de Commissie de in 2003 verleende bijdrage van het Rijk in de bekostiging van de verlenging van de start- en landingsbaan niet zou aanmerken als steunverlening, althans niet als steunverlening die aanmelding behoeftde.”

De Afdeling komt in deze uitspraak dus tot de conclusie dat verweerders enerzijds de mededeling van de Commissie verkeerd hebben gelezen waardoor zij er niet op mochten vertrouwen dat ze de bijdrage voor de baanverlening niet hoefden te melden, en anderzijds dat de mededeling is achterhaald door een nieuwe en dat ook om die reden er niet op vertrouwd mocht worden dat de bijdrage niet gemeld hoefde te worden.

Onze verkenning van de nationale rechtspraak heeft geen uitspraken opgeleverd waarin de nationale rechter een oordeel moest vellen over het al dan niet gerechtvaardigd afwijken van een decisoire beleidsregel door de nationale autoriteit of over de rechtmatigheid van de regel zelf in het licht van een hogere, dwingende EU-norm. Met Lavrijssen-Heijmans zijn wij van mening dat op de nationale rechter wel de plicht rust in daartoe aangewezen gevallen die toets te verrichten. De beleidsregels van de Europese Commissie worden immers niet volgens een democratische procedure tot stand gebracht en de verenigbaarheid ervan met primair en secundair EU-recht staat niet op voorhand vast (nagenoeg alle Europese beleidsregels bevatten een clausule waarin de Commissie stelt dat de beleidsregels de uitlegging die het Hof en het Gerecht kunnen geven van de relevante EU-verdragsbepalingen of bepalingen secundair EU-recht onverlet laten). Dat betekent dat de nationale rechter ervoor moet waken dat beleidsregels worden gevolgd die in strijd zijn met EU-recht of in een concrete casus tot onredelijke uitkomsten leiden.<sup>208</sup>

De analyse van de nationale rechtspraak heeft één uitspraak opgeleverd waarin een nationale regeling rechtstreeks werd getoetst aan een Europese beleidsregel, zonder dat er sprake was van een verplichting op basis van secundair EU-recht om de regel in acht te nemen.<sup>209</sup> Het betreft een uitspraak over de verenigbaarheid van het Nederlandse tonnageregime voor het zeevervoer met de Richtsnoeren van de Commissie betreffende staatssteun voor het zeevervoer.<sup>210</sup> De rechter oordeelde de Nederlandse regeling niet in strijd met de richtsnoeren. In de uitspraak wordt niet gemotiveerd op basis waarvan rechtstreeks wordt getoetst aan de richtsnoeren. De richtsnoeren zijn op zichzelf genomen niet juridisch bindend. De vraag is dus op welke wijze de richtsnoeren toch bindende effecten kunnen hebben in de nationale rechtsorde. Naar ons oordeel kan die binding enkel worden gebaseerd op het feit dat Nederland ingevolge de samenwerkingsverplichting in artikel 108, lid 1, VWEU heeft ingestemd met de richtsnoeren (zie paragraaf B.2.4).<sup>211</sup> In de motivering van de

<sup>208</sup> Zie S.A.C.M. Lavrijssen-Heijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichhouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, pp. 415-417.

<sup>209</sup> Hof Amsterdam 14 januari 2009, LJN BH4439.

<sup>210</sup> Mededeling van de Commissie ‘Communautaire richtsnoeren betreffende staatssteun voor het zeevervoer’, PB, 2004, C 13/3.

<sup>211</sup> Vergelijk de uitspraak van het Hof in HvJ 15 oktober 1996, nr. C-311/94, *Jur.* 1996, p. I-5023 (*Ijssel-Vliet*), r.o. 35-44.

uitspraak van de nationale rechter zou dit element tot uitdrukking moeten worden gebracht (zie ook paragraaf E.2.4).

Bij de verkenning van de nationale rechtspraak hebben wij slechts enkele uitspraken van de nationale rechter aangetroffen waarin decisoire beleidsregels als interpretatiehulpmiddel worden gebruikt. De verklaring hiervoor is wellicht dat de nationale rechter deze beleidsregels in beginsel alleen dan als interpretatiemiddel kan gebruiken als hij een EU-norm moet uitleggen die via rechtstreekse werking of conforme interpretatie doorwerkt in de nationale rechtsorde, of als hij een nationale norm moet uitleggen waarvoor de nationale wetgever in de wetgeving aansluiting heeft gezocht bij een Europese beleidsregel. Bij decisoire beleidsregels die de *beoordelingsruimte* van de Commissie invullen, is dit nog denkbaar. Beoordelingsruimte als gevolg van vage normen is een fenomeen dat een behoorlijk aantal bepalingen van EU-recht dat rechtstreeks doorwerkt of conform kan worden uitgelegd, eigen is. Een goed voorbeeld is het begrip ‘merkbare mededingingsbeperking’ uit artikel 101, lid 1, VWEU waaraan de Commissie een invulling heeft gegeven in de Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de *minimis*). Bij decisoire beleidsregels die aangeven hoe de Commissie de aan haar in een EU-norm gegeven *beleidsvrijheid* invult (welke rechtsgevolgen zij toekent aan een bepaalde gedraging) en die geen bindende werking hebben ingevolge een specifieke samenwerkingsverplichting of een bepaling van secundair EU-recht, zal doorwerking van de regel in de nationale rechtsorde een zeldzaamheid zijn, omdat in dat geval de norm zich niet richt tot de lidstaat of de particulier. Gebruik van een dergelijk type beleidsregel als interpretatiemiddel zal om die reden eveneens zeldzaam zijn.

**Met opmaak:** Nederlands (standaard)

## 2.4 Motivering

De verwijzingen naar Europese beleidsregels in de nationale rechtspraak worden over het algemeen summier gemotiveerd. In de meeste gevallen wordt simpelweg volstaan met een verwijzing naar (een onderdeel van) de beleidsregel in de tekst van de uitspraak, soms vooraf gegaan door een citaat uit de beleidsregel in het overzicht van toepasselijke wet- en regelgeving, zonder dat wordt getoetst op verenigbaarheid van de regel met hoger EU-recht of dat wordt uitgelegd op grond waarvan verbindendheid uit het EU-recht kan worden afgeleid/moet worden aangenomen, waarom verwijzing naar de beleidsregel nodig is bij de uitleg van de concrete EU-norm of nationale norm, waarom verwijzing inhoudelijk relevant is en waarom de specifieke beleidsregel waarnaar wordt verwezen een dusdanige status heeft dat deze kan bijdragen aan de correcte uitleg van de wel bindende EU-norm of nationale norm. Er zijn echter ook positieve uitzonderingen hierop. Een voorbeeld is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State van 13 oktober 2010 waarin verwezen werd naar de Mededelingen van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep uit 2001 en 2009, die haar beleid verduidelijken aangaande staatssteun aan omroepen.<sup>212</sup> De Afdeling oordeelde:

“Hoewel aan deze mededelingen uit zichzelf geen bindende werking toekomt, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat nationale rechterlijke instanties gehouden zijn niet bindende rechtsinstrumenten, zoals aanbevelingen en mededelingen, in aanmerking te nemen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen, wanneer deze duidelijkheid kunnen verschaffen over de uitlegging van andere nationale bepalingen of wanneer zij bedoeld zijn om dwingende communautaire bepalingen aan te vullen (arrest van 13 december 1989, C-322/88, Grimaldi, punt 18, Jur. 1989, p. 4407.”

Een reden dat nationale rechters op het terrein van het mededingingsrecht en de staatssteunregels verwijzingen naar Europese beleidsregels beperkt motiveren, kan zijn dat een aantal van de beleidsregels van het type interpretatief is en codificatie vormen van jurisprudentie van het Hof en het Gerecht. Gesteld kan worden dat de beleidsregels daarmee in feite weinig nieuws brengen (passieve interpretatie) en als een bron van recht gelden (zie ook par. B.2.2). Dat de rechter die interpretatie volgt zonder uitgebreide motivering is op zich weinig problematisch, zo lang hij er zeker van is dat de

<sup>212</sup> RvS 13 oktober 2010, LJN BO0270.

regels (nog steeds) overeenstemmen met de actuele jurisprudentie van het Hof. Dit ligt anders als het gaat om toepassing van een dergelijk type beleidsregel in een puur nationale casus. In die situatie is het wel degelijk van belang aan te geven waarom de Europese beleidsregel in de nationale casus voor de uitleg van de nationale norm relevant is en kan bijdragen aan de correcte uitleg van die norm. Ook ligt het anders als het gaat om interpretatieve regels waarin de Commissie subjectieve elementen (actieve interpretatie) heeft opgenomen (zie par. B.2.2) of decisoire beleidsregels die invulling geven aan de beoordelingsruimte van de Commissie. Er bestaat dan een groter risico dat de regels afwijken van de interpretatie die het Hof of het Gerecht aan een EU-norm geven. Dit doet op de nationale rechter een zwaardere motiveringsplicht rusten.

## 2.5 Mate van binding

Uit de bestudeerde uitspraken op de terreinen mededinging, staatssteun en telecommunicatie komt het beeld naar voren dat de nationale rechter de in een Europese beleidsregel gegeven uitleg van een bepaling van primair of secundair EU-recht volgt en de inhoud ervan aan een weinig kritische beoordeling onderwerpt. Ons zijn geen gevallen gebleken waarin de nationale rechter gemotiveerd afwijkt van een in een EU-beleidsregel gegeven uitleg.

De vraag is hoe deze praktijk te kwalificeren. Betekent het feit dat er in de nationale rechtspraak geen voorbeelden zijn van het gemotiveerd afwijken van een Europese beleidsregel, dat die situatie zich nooit voordoet in de praktijk? Of kiest de rechter ervoor om bij het niet volgen van een beleidsregel er niet naar te verwijzen? Of voelt de rechter zich altijd gehouden de beleidsregel te volgen? Onze eerste verkenning van de nationale rechtspraak is te beperkt om op deze vragen een eenduidig antwoord te kunnen geven. Dit zou vereisen dat ook uitspraken worden geanalyseerd waarin niet wordt verwezen naar Europese beleidsregels terwijl dit inhoudelijk wel relevant was geweest.

Hoe het ook zij, vanuit een oogpunt van motivering zou het wenselijk zijn dat de nationale rechter, ook in de situatie dat hij een beleidsregel volgt, zich duidelijker uitspreekt over de reden waarom en de mate waarin hij zich gebonden acht aan de regel. De nu gevonden onderzoeksresultaten wekken de indruk dat de rechter zich 'altijd' juridisch gebonden acht aan een Europese beleidsregel. Dit is niet waartoe hij gehouden is op grond van EU-recht. De in een Europese beleidsregel gegeven uitleg van een EU-norm hoeft, net als een nationale beleidsregel, niet te worden gevolgd door de nationale rechter; hij is slechts gehouden de regel als een interpretatiemiddel in acht te nemen. Afwijking van de door de Commissie gegeven interpretatie is dus mogelijk, mits gemotiveerd. Dit uitgangspunt zou in de nationale jurisprudentie nadrukkelijker tot uitdrukking kunnen worden gebracht. Ook vanuit een oogpunt van rechtszekerheid zou dit gewenst zijn. Europese beleidsregels laten de uitleg van een EU-norm door het Hof of het Gerecht onverlet. Het blijkt geven van een kritische beoordeling van de regels mede in het licht van de jurisprudentie van het Hof en het gerecht, alvorens deze te volgen, vergroot de rechtszekerheid voor justitiabelen en verkleint de risico's op het doen van uitspraken, die achteraf mogelijk in strijd zijn met de door het Hof of het gerecht gegeven uitleg aan een EU-norm.

Dit geldt wellicht in nog sterkere mate voor Europese beleidsregels die een decisoir karakter hebben. Deze regels geven inzage in hoe de Commissie voornemens is haar beoordelingsruimte en beleidsvrijheid in te vullen en zijn bedoeld de Commissie te binden aan haar eigen beleid. De nationale rechter zou deze regels bij voorkeur alleen dan moeten volgen indien zij juridisch bindend zijn geworden door nationale instemming met de regels op basis van een specifieke samenwerkingsplicht, op grond van primair of secundair recht, door omzetting van de regels in nationale wetgeving of door 'spontane' overname van de regels in nationale wetgeving als 'nationaal' beleid (zie ook par. C.2).<sup>213</sup>

---

<sup>213</sup> Zie ook A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, pp. 453-455.

### 3. Tussenconclusie

De Nederlandse rechter verwijst in uitspraken op de terreinen van mededinging, staatssteun en telecommunicatie naar Europese beleidsregels. Daarbij gaat het om beleidsregels van zowel interpretatieve als decisoire aard. De rechter maakt zelf niet expliciet een onderscheid tussen interpretatieve en decisoire beleidsregels. Impliciet lijkt hij beide type beleidsregels in de praktijk echter wel anders toe te passen.

Aan interpretatieve beleidsregels toetst de rechter niet rechtstreeks; hij gebruikt de regels enkel als een interpretatiehulpmiddel bij de uitleg van een norm. Daarbij beperkt hij de verwijzingen niet tot situaties waarin hij toetst aan EU-normen. Hij verwijst ook bij toetsing aan nationale normen, te weten in de situatie dat de beleidsregels door de wetgever in de nationale wetgeving zijn overgenomen dan wel daarnaar wordt verwezen in de wetgeving of de toelichting.

Aan decisoire beleidsregels toetst de nationale rechter wel rechtstreeks, namelijk in de situatie dat deze beleidsregels bindende werking hebben verkregen door omzetting in nationale wetgeving of door instemming met regels door de lidstaat. De analyse van de rechtspraak van de nationale rechter op de terreinen van mededinging, staatssteun en telecommunicatie heeft geen voorbeelden opgeleverd waarin de rechter heeft moeten oordelen over het gerechtvaardigd afwijken van deze regels of het beoordelen van de verenigbaarheid van de regels met het primaire of secundaire EU-recht. Het gebruik van decisoire beleidsregels als interpretatiehulpmiddel komt in de Nederlandse rechtspraak beperkt voor. Mogelijk is een verklaring hiervoor dat beleidsregels die de *beleidsvrijheid* van de Commissie inperken niet als interpretatiemiddel aan de rechter worden voorgelegd omdat de EU-normen waarop zij betrekking hebben, niet voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn, om door te kunnen werken in de nationale rechtsorde.

Als het gaat om de motivering van verwijzingen naar Europese beleidsregels valt op dat deze vaak zeer beknopt is. Zelden wordt expliciet gemotiveerd wat de status is van de beleidsregel en waarom verwijzing naar de regel nodig is voor de uitleg van de betreffende norm. Voorts wordt meestal geen verantwoording afgelegd over de verenigbaarheid van de regel met primair of secundair EU-recht, een eerste vereiste voor het rechtmatig verwijzen naar een beleidsregel. Deze gebrekkige verantwoording van het gebruik van de beleidsregel in de nationale rechtspraak komt terug in de opvolging die eraan wordt gegeven; de nationale rechter lijkt geneigd de regel zonder een al te kritische beschouwing te volgen. Dit is niet waartoe de rechter verplicht is op grond van het EU-recht.

## F. Conclusies en aanbevelingen

### 1. Inleiding

In dit preadvies is onderzoek gedaan naar de wijze waarop Europese administratieve soft law ingevolge het EU-recht doorwerkt in de nationale rechtsorde (top down-benadering) en de wijze waarop de Nederlandse wetgever en rechter daarmee omgaan in de rechtspraktijk (bottom up-benadering). Een belangrijk doel hiervan is de Nederlandse rechtspraktijk nader te informeren over de implicaties en rechtsgevolgen die Europese administratieve soft law met zich brengt en wat dat betekent c.q. kan betekenen voor (de inrichting van) hun werkzaamheden. In dit laatste hoofdstuk worden de conclusies gepresenteerd die uit het top-down onderzoek (par. 2.1) en het bottom-up onderzoek (par. 3.1) zijn te trekken. Voorts wordt een aantal aanbevelingen gedaan voor een zo verantwoord mogelijk gebruik van Europese administratieve soft law in de Europese en nationale rechtspraktijk (par. 2.2 en 3.2).

## 2. Gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde

### 2.1 Conclusies

Het onderzoek naar de eisen die het EU-recht stelt aan de doorwerking van Europese administratieve soft law oftewel beleidsregels in de nationale rechtsorde, geeft ons aanleiding tot de volgende kernconclusies. Ten eerste, Europese – interpretatieve en decisoire - beleidsregels ontberen nog steeds een uitdrukkelijke institutionele of constitutionele basis in de Europese Verdragen, maar zijn desondanks tot een vast kenmerk van het Europees bestuursrecht geworden. De juridische fundering daarvan ligt besloten in de taakstelling en bevoegdheden van de Commissie als hoedster van de Verdragen en als bestuursorgaan. Vooral de decisoire regels die de Commissie in het kader van deze laatste taakstelling aanneemt, vervullen op sommige terreinen een niet meer weg te denken rol bij de omzetting, toepassing en handhaving van het Unierecht in de lidstaten. Dat betreft met name die regels die tot stand komen in het kader van de (primairrechtelijke) specifieke samenwerkingsplicht op het terrein van de staatssteun, de gedecentraliseerde handhaving van het Europees mededingingsrecht op grond van Verordening 1/2003 of op grond van een secundairrechtelijke rechtsbasis die voorziet in de aanname van nadere soft law uitvoeringsregels, zoals bijvoorbeeld het geval is in het kader van de netwerkbenadering op een terrein als het telecommunicatierecht. Het specifieke raamwerk waarbinnen deze Europese decisoire beleidsregels tot stand komen, blijkt belangrijke consequenties te hebben voor de mate van doorwerking van deze regels.

Dat brengt ons bij de tweede belangrijke conclusie. Hoewel Europese beleidsregels juridische verbindendheid als inherente eigenschap missen (op grond van het simpele feit dat de Verdragen daar niet in voorzien), zijn ze niet alleen niet van juridische werking ontbloot, maar moeten we ook constateren dat er feitelijk sprake is van verschillende gradaties in de mate van doorwerking daarvan in het nationale recht. Meer in het bijzonder concluderen we dat er sprake is van een situatie van gelaagde doorwerking van administratieve soft law in de nationale rechtsorde. Terwijl de doorwerking van interpretatieve en ‘gewone’ decisoire beleidsregels zich op grond van het EU-recht beperkt tot het in aanmerking nemen daarvan door nationale - zowel wetgevende als rechterlijke autoriteiten – als verplicht interpretatiehulpmiddel, gaat de doorwerking van de decisoire regels met bovenstaande specifieke kenmerken aanzienlijk verder. Weliswaar is de rechtspraak aangaande de verplichtingen die voor de nationale wetgever voortvloeien uit administratieve soft law handelingen die zijn gebaseerd op secundaire wetgeving nog niet duidelijk uitgekristalliseerd, maar voor het terrein van de staatssteun staat vast dat lidstaten op grond van de primairrechtelijke specifieke samenwerkingsplicht op dit terrein gebonden zijn aan dergelijke handelingen wanneer ze er zelf mee hebben ingestemd. Daarmee ontstaat er ook een juridische werking van deze regels voor particulieren. Deze specifieke beleidsregels blijken in verschillende situaties inroepbaar voor de nationale rechter en genereren daarmee een zekere mate van voorrang en directe werking in combinatie met de onderliggende harde EU-norm, zij het niet in de beperkte betekenis dat ze afdwingbare rechten creëren maar wel in de ruimere opvatting daarvan als maatstaf voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidshandelen. Dat heeft ons tevens tot de conclusie geleid dat er ten aanzien van deze decisoire beleidsregels ook sprake moet zijn van een plicht tot conforme interpretatie. Daarmee bevindt de doorwerking van deze specifieke decisoire beleidsregels zich ergens tussen die van harde EU-normen en die van de echte soft EU-normen.<sup>214</sup> De kwestie van de doorwerking van – administratieve - soft law in het nationale recht is daarmee complexer dan vaak wordt aangenomen en vraagt daarom ook om een genuanceerde aanpak door nationale autoriteiten.

Een derde conclusie is dat de mate van rechtsbescherming waarin het EU-recht voorziet tegen onrechtmatige Europese beleidsregels maar slechts zeer beperkt gelijke tred heeft gehouden met voorgaande ontwikkeling.<sup>215</sup> Zo heeft het Hof wel een opening geschapen om geldigheidsvragen

<sup>214</sup> Vgl. De Visser 2009, p. 204.

<sup>215</sup> Zie voor een vergelijkbare conclusie voor wat betreft het gebruik van soft law door netwerken zelf en de mate van rechtsbescherming die in dat verband is voorzien, Eliantonio 2011, voetnoot 96.

dienaangaande langs de weg van artikel 267 VWEU aan het Hof voor te leggen wanneer Europese administratieve soft law rechtsgevolgen genereert, bijvoorbeeld langs de weg van de rechterlijke interpretatie, maar blijft het bewandelen van de weg van de nietigverklaringsprocedure van artikel 263 VWEU niet mogelijk voor beleidsregels die geen rechtsgevolgen beogen. Hier lijkt de aanpak van het Hof op verschillende gedachten te hinken, waar maar moeilijk een logische verklaring voor is te vinden.

## 2.2 Aanbevelingen

In het licht van voorgaande conclusies is er aanleiding te pleiten voor het maken van een scherper en explicieter onderscheid tussen in elk geval interpretatieve en decisoire beleidsregels in de praktijk van de Commissie, zoals het hanteren van een dergelijk onderscheid door de Commissie zelf in de benaming van relevante documenten. Dat zou nationale instanties meer houvast bieden voor een adequate toepassing van de Europese beleidsregels en kunnen voorkomen dat ze er meer gewicht aan geven dan raadzaam is dan wel dat ze ze onterecht niet in aanmerking nemen. Gegeven de juridische werking die bepaalde decisoire beleidsregels kunnen hebben als belangrijk uitvoeringsinstrument, zou verder moeten worden nagedacht over de vraag of op Verdragsniveau in een specifieke bepaling zou moeten worden voorzien ten aanzien van het gebruik van beleidsregels en de modaliteiten daarvan, onder meer vanuit een oogpunt van transparantie, rechtszekerheid en democratische legitimatie. Een dergelijke bepaling zou op zichzelf genomen goed passen in de systematiek van de nieuwe normenhiërarchie, bovenal in het verlengde van artikel 291 VWEU inzake de juridisch verbindende uitvoeringshandelingen van de Unie. Nader (ook rechtsvergelijkend) onderzoek is volgens ons aangewezen om meer helderheid te verkrijgen over de wenselijkheid van het bewandelen van deze weg en van de procedurele waarborgen die op hun plaats zouden zijn. Een dergelijke Verdragswijziging zou hoe dan ook nog verre toekomstmuziek zijn. Voor de kortere termijn zouden deze aspecten aandacht kunnen krijgen in het kader van een herziening van het Interinstitutioneel Akkoord Beter Wetgeven, in het kader waarvan het Europees Parlement gepleit heeft voor een grotere betrokkenheid en consultatie bij de aanneming van soft law handelingen door de Commissie.

Los van de voorgaande aandachtspunten, zijn wij van mening dat het Hof zou dienen te komen tot het verzekeren van een gelijkaardige en ruimere toegang tot de rechter met het oog op een beoordeling van de rechtmatigheid van Europese beleidsregels, zodat er duidelijkheid is over de verenigbaarheid van de regels met het hogere primaire en secundaire EU-recht. De mate waarin toegang tot het Hof is verzekerd op grond van de artikelen 263 en 267 VWEU dient in dit verband gelijk te worden getrokken. In het bijzonder zou het Hof de versoepeling van de *locus standi* in artikel 263 wat betreft regelgevingshandelingen waardoor particulieren rechtstreeks worden geraakt, ingevoerd bij wege van het Verdrag van Lissabon, moeten benutten als een kans daartoe.

## 3. Europese administratieve soft law in de Nederlandse rechtspraktijk

### 3.1 Conclusies

Het verkennende onderzoek naar de omgang met Europese beleidsregels in nationale wetgeving en rechtspraak toont aan dat de juridische effecten van deze beleidsregels verder gaan dan men op het eerste gezicht, gelet op het ontbreken van inherente juridische verbindendheid, zou verwachten. De wetgever en de rechter verwijzen in de praktijk met regelmaat naar de regels. De wijze waarop zij dit doen verschilt, al naar gelang het gaat om een interpretatieve regel of een decisoire regel. Interpretatieve regels worden door de wetgever en de rechter in beginsel alleen als interpretatiemiddel gebruikt. Decisoire regels daarentegen worden ook, of vooral, gebruikt als regels die juridisch bindende effecten hebben waaraan rechtstreeks moet worden getoetst. Dit is een consequentie van het kader waarbinnen ze op EU-niveau tot stand komen, hetgeen op zijn beurt gevolgen heeft voor de doorwerking ervan in de nationale rechtsorde. Decisoire regels kunnen het werkkterrein van de wetgever en de rechter in beginsel alleen bereiken doordat secundair EU-recht daartoe verplicht of doordat de lidstaat Nederland heeft ingestemd met de regels in het kader van een bijzondere samenwerkingsplicht. Buiten die gevallen binden de regels in principe alleen de Commissie; het gaat

immers om regels die de beslisruimte en beleidsvrijheid van dat bestuurorgaan inkaderen. De nationale wetgever en rechter hebben in die situatie met de regels weinig van doen, tenzij de wetgever ervoor kiest de regels spontaan over te nemen in de nationale wetgeving (spontane harmonisatie).

Wat verder opvalt, maar tegelijkertijd ook logisch is, is dat de wijze waarop de wetgever omgaat met Europese beleidsregels van grote invloed is op de wijze waarop de rechter ermee omgaat. Neemt de wetgever regels over in nationale wetten, al dan niet via de techniek van verwijzing, dan worden de regels automatisch onderdeel van het nationale recht (en dus bindend) en is de rechter gehouden er aan te toetsen. Volstaat de wetgever met een vermelding van de regel in de toelichting, dan zal de rechter de regel anders toepassen in de praktijk en eerder genegen zijn deze als een, al dan niet verplicht, interpretatiemiddel te gebruiken.

Bij het verwijzen naar, omzetten van en toetsen aan Europese beleidsregels, die geen juridisch bindende werking hebben door instemming of omzetting in nationaal recht, hebben zowel de nationale wetgever als de nationale rechter de neiging de regels te volgen. Ingevolge EU-recht zijn zij hiertoe echter niet verplicht. Bovendien is het risicovol in de gevallen dat de beleidsregels subjectieve elementen bevatten en de verenigbaarheid ervan met hoger primair en secundair EU-recht niet is vastgesteld. Het is om die reden van belang met verstand om te gaan met Europese beleidsregels in de nationale rechtspraak en hierover nadrukkelijk verantwoording af te leggen in toelichtingen bij wetgeving en in rechterlijke uitspraken. Dit voorkomt dat regels worden gevolgd waarvan achteraf moet worden vastgesteld dat zij in strijd zijn met hoger recht,<sup>216</sup> of anderszins niet geschikt zijn voor toepassing in de nationale situatie.

### 3.2 Aanbevelingen

De belangrijkste conclusie die uit bottom up-onderzoek van dit preadvies volgt, is dat de nationale wetgever en rechter wat kritischer zouden mogen omgaan met het verwijzen naar en toetsen aan Europese beleidsregels. Om een meer kritische benadering in de nationale rechtspraak te initiëren, zou met een volgend stappenplan gewerkt kunnen worden.

1. Kwalificeer om wat voor type beleidsregel het gaat (interpretatief of decisoir). De volgende criteria kunnen hierbij behulpzaam zijn:
  - de titel van de regel (in de kop van sommige beleidsregels wordt expliciet aangegeven dat het een interpretatief document is);
  - de grondslag waarop de regel is gebaseerd (is de regel gebaseerd op de algemene Verdragsgrondslag van artikel 17, lid 1 VEU of een sectorspecifieke grondslag zoals de artikelen 107 en 108 VWEU);
  - de inhoud van de regel (gaat het enkel om uitleg van EU-recht of (ook) om invulling van beoordelingsruimte of beleidsvrijheid van de Commissie).
2. Stel vast of de regel verenigbaar is met primair en secundair EU-recht. Is sprake van strijd met EU-recht, dan kan de regel geen juridische werking genereren en moet zij niet worden gevolgd. Is de regel wel verenigbaar met EU-recht, ga dan door naar stap 3.
3. Stel in geval van een decisoire beleidsregel vast of deze bindende werking heeft op grond van:
  - Secundair EU-recht;
  - Specifieke samenwerkingsverplichting ingevolge waarvan de lidstaat heeft ingestemd met de regel; of
  - Spontane harmonisatie (overname van de regel in nationale wetgeving voor situaties zonder EU-link).

---

<sup>216</sup> Zie in die zin ook HvJ 12 januari 2006, nr. C-311/04, Jur. 2006, p. I-609 (*Algemene Scheepsagentuur Dordrecht BV*).

Heeft de regel bindende werking, verwijs dan hiernaar in wetgeving c.q. toets rechtstreeks hieraan in een rechtszaak.

Heeft de regel geen bindende werking, ga dan door naar stap 4.

4. Stel vast of de beleidsregel een relevant interpretatiemiddel is in de concrete casuspositie.  
Zo ja, gebruik de regel door ernaar te verwijzen in wetgeving of rechtspraak.  
Zo nee, wijk gemotiveerd af van de beleidsregel.
5. Leg over alle gevolgde stappen verantwoording af in de toelichting bij de wetgeving c.q. in de rechterlijke uitspraak.



## Overzicht van de geanalyseerde nationale rechtspraak op de terreinen mededinging, staatssteun en telecommunicatie

- HR 27 september 2002, LJV AE2143.
- HR 3 december 2004, LJV AR0285
  
- Raad van State 4 november 1999, LJV AA5389
- ABRvS 26 juli 2006, LJV AY2560
- ABRvS 9 augustus 2006, LJV AY5874
- ABRvS 21 februari 2007, LJV AZ9047
- ABRvS 11 juni 2008, LJV BD3598
- ABRvS 10 juni 2009, LJV BI7245
- ABRvS 20 oktober 2009, LJV BK1335
- ABRvS 13 oktober 2010, LJV BO0270
- ABRvS 1 februari 2011, LJV BP3648
- ABRvS 13 april 2011, LJV BQ1077
- ABRvS 20 april 2011, LJV BQ2620
  
- CBb 5 december 2001, LJV AD6693
- CBb 9 juni 2004, LJV AP1573
- CBb 13 juli 2006, LJV AY3813
- CBb 29 augustus 2006, LJV AY7997
- CBb 30 november 2006, LJV AZ3361
- CBb 24 juli 2007, LJV BB0186
- CBb 25 september 2007, LJV BB4187
- CBb 18 augustus 2010, LJV BN4243
- CBb 8 november 2010, LJV BN4954
  
- Hof Amsterdam 14 januari 2009, LJV BH4439
- Hof Arnhem 25 juli 2006, LJV AY5832
- Hof Arnhem 18 december 2007, LJV BC5311
- Hof Arnhem 17 november 2009, LJV BL7079
- Hof Leeuwarden 27 januari 2009, LJV BH3109
- Hof Leeuwarden 4 augustus 2009, LJV BJ4667
- Hof 's-Gravenhage 27 maart 2008, LJV BC8020
- Hof 's-Gravenhage 2 maart 2010, LJV BL6410
  
- Rechtbank Arnhem 8 december 2005, LJV AV1562
- Rechtbank Rotterdam 13 februari 2004, LJV AO3912
- Rechtbank Rotterdam 20 juni 2006, LJV AX9223
- Rechtbank Utrecht 27 juni 2006, LJV BA9407
- Rechtbank Utrecht 9 mei 2007, LJV BA5375
- Rechtbank Zwolle 4 april 2005, LJV AT4337