

Nederlandse bestuursrechters en unierechtelijke 'beleidsregels'

Mr. dr. J.E. van den Brink en mr. J.C.A. van Dam, MA*

Trefwoorden: Europees bestuursrecht, Europese soft law, beleidsregels, staatssteunrecht, Europese subsidie, vreemdelingenrecht, milieurecht.

Met Europese soft law beoogt de Europese Commissie sturing te geven aan de interpretatie en de toepassing van Europese verordeningen en richtlijnen. De nationale rechter wordt met enige regelmaat geconfronteerd met Europese soft law. Hoe gaat de Nederlandse bestuursrechter om met Europese soft law? En hoe verhoudt deze praktijk zich tot de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie? Aan de hand van deze vragen wordt in deze bijdrage de jurisprudentie van Nederlandse bestuursrechter besproken en geanalyseerd op een viertal rechtsterreinen: het staatssteunrecht, de verstrekking van Europese subsidies, het vreemdelingenrecht en het milieurecht.

1 Inleiding

Nederlandse bestuursorganen stellen doorgaans beleid vast ter invulling van de beleids- en beoordelingsvrijheid die hun toekomt bij het nemen van besluiten. Wanneer deze besluiten in beroep en hoger beroep worden aangevochten, wordt ook de bestuursrechter met dat beleid geconfronteerd. De bestuursrechter toetst in abstracto of het beleid niet in strijd is met de wet, of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het beleid heeft kunnen komen en in concreto of het beleid ook in het concrete geval mocht worden toegepast.¹ Sinds 15 jaar heeft

het beleid ook een regeling in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In art. 1:3, vierde lid, is immers een definitie van de beleidsregel neergelegd en Titel 4.3 bevat een aantal regels omtrent de beleidsregel.²

Uit de jurisprudentie blijkt dat de bestuursrechter voor het toetsen van beleid en beleidsregels zijn hand niet omdraait.³ Het is de vraag of dit ook het geval is wanneer de bestuursrechter in een procedure wordt geconfronteerd met Unie-

* Jacobine van den Brink en Claartje van Dam zijn werkzaam aan de Universiteit Leiden, respectievelijk als universitair docent en promovenda. De auteurs bedanken prof. mr. drs. W. den Ouden, prof. dr. C.W. Backes, prof. mr. dr. H.E. Bröring en prof. mr. R.J.G.M. Withershoven voor het nuttig commentaar op eerdere versies van dit artikel. De verantwoordelijkheid voor de inhoud voor dit artikel berust uiteraard bij beide auteurs.

1 Zie over de mate waarin bestuursrechters aan beleidsregels toetsen Ph.D. Albertjan Tollenaar, 'Het succes van de codificatie van de beleidsregel in de Awb', *Netherlands Administrative Law Library* 2014, DOI:10.5553/

NALL/000018, par. 5.3. Zie over de wijze waarop de bestuursrechter aan beleid toetst A. Tollenaar, 'Het is maar wat je bijzonder noemt. Rechterlijke toetsing aan beleid en beleidsregels', «JBPlus» 2006, pp. 175-187.

2 Zie omtrent beleid in Nederland bijvoorbeeld H.E. Bröring & G.J.A. Geertjes, 'Bestuursrechtelijke soft law in Nederland, Duitsland en Engeland', *NTB* 2013/12 en H.E. Bröring, 'Bestuursrechtelijke 'soft law'. Of: lang leve de beleidsregel, maar niet de beleidsregel alleen', in: Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, pp. 167-183.

3 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1514.

rechtelijk beleid, ook wel Europese soft law genoemd. Deze vraag is interessant omdat Europese soft law in de praktijk een belangrijke aanvulling blijkt te zijn op Unierechtelijke hard law, zoals verordeningen, richtlijnen en besluiten.⁴ Europese soft law komt voor op vrijwel alle beleidsterreinen waarop de instellingen van de EU zich bewegen en kent veel verschillende verschijningsvormen. Het kan gaan om aanbevelingen en adviezen – deze hebben geleid op art. 288 VWEU een verdragsrechtelijke status – maar ook om allerlei andere documenten zoals richtsnoeren en werkdocumenten met een onduidelijke juridische status. In procedures die raken aan het Unierecht menen burgers nogal eens rechten te kunnen ontlenen aan Europese soft law, terwijl ook Nederlandse bestuursorganen aan door hen genomen besluiten soms Europese soft law ten grondslag leggen. In een procedure voor de Nederlandse bestuursrechter is een beroep op Europese soft law dan ook met enige regelmaat aan de orde. In tegenstelling tot verordeningen, richtlijnen en besluiten is Europese soft law niet juridisch verbindend. Het is daarom een legitieme vraag

welke betekenis de bestuursrechter moet toekennen aan alle werkdocumenten, mededelingen en richtsnoeren die afkomstig zijn van de Europese instellingen.

Hoofddoel van deze bijdrage is in kaart te brengen hoe de Nederlandse bestuursrechter in de praktijk omgaat met Europese soft law waarmee hij in een procedure wordt geconfronteerd en te beoordelen hoe deze praktijk zich verhoudt tot de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dat punt. Daarbij wordt ook ingegaan op de vraag in hoeverre deze praktijk beantwoordt aan de functies van soft law die in de soft law-documenten zelf, literatuur en jurisprudentie worden verondersteld. Om deze vragen te kunnen beantwoorden bespreken wij in paragraaf 2 het begrip Europese administratieve soft law en de functies die aan deze soft law worden toegekend. Paragraaf 3 bevat een bespreking van de vraag welke betekenis de nationale (bestuurs)rechter volgens het Hof van Justitie zou moeten toekennen aan Europese soft law. In paragraaf 4 wordt vervolgens voor een viertal beleidsterreinen beschreven hoe de Nederlandse bestuursrechter in de praktijk omgaat met Europese soft law. Paragraaf 5 ten slotte bevat een conclusie.

4 Dit blijkt bijvoorbeeld uit onderzoek op het terrein van het mededingingsrecht, Europese subsidies en milieurecht. Zie O. Stefan, *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwer 2013; J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland*, Deventer: Kluwer 2012, pp. 267-311; B.A. Beijen, *De kwaliteit van milieurechtlijnen. Europese wetgeving als oorzaak van implementatieproblemen*, Den Haag: Bju 2010, pp. 76-82 en J. Scott, 'In legal limbo: post-legislative guidance as a challenge for European Administrative Law', *CMLR* 2011, pp. 329-355. Zie in algemene zin H.E. Bröring, 'The quest for soft law as binding law contributing to European integration', in: Christine Godt (ed.), *Cross Border Research and Transnational Teaching under the Treaty of Lisbon*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013 en L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford: Hard Legal Publishing 2004.

2 De definitie en functies van Europese administratieve soft law

Het fenomeen Europese administratieve soft law vertoont kenmerken van de Nederlandse begrippen 'beleidsregel' (met name ten opzichte van de Europese Commissie zelf) en 'richtlijn' in de zin van beleid dat niet is gebaseerd op een bevoegdheid als bedoeld in art. 4:81 Awb (met name beleid van de Europese Commissie ten opzichte van de lidstaten en daartoe behorende nationale autoriteiten). Ook Europese soft law dient ter invulling van beoordelings- en beleidsvrijheid die is neergelegd in hard law. Een belangrijk verschil met Nederlandse soft law is echter dat Europese soft law – de naam zegt het al – niet fungeert in één rechtsorde,

maar in een samengestelde rechtsorde.⁵ In de samengestelde rechtsorde rust in veel gevallen op de lidstaten de verantwoordelijkheid om het EU-recht te implementeren.⁶ De Europese Commissie gebruikt soft law onder andere om nationale bestuursorganen te sturen in de interpretatie, uitvoering, omzetting en handhaving van het EU-recht.⁷ Soft law heeft derhalve een *post-law* functie, en wordt daarom ook wel aangeduid als *post-legislative guidance*⁸ of als *post-legislative rulemaking*.⁹

In de literatuur wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen interpretatieve soft law en decisoire soft law.¹⁰ In interpretatieve soft law-documenten geeft de Commissie aan hoe volgens haar Europese hard law zou moeten worden uitgelegd en toegepast.¹¹ In decisoire soft law geeft de Commissie aan hoe zij van plan is invulling te geven aan een haar toekomstige discretionaire bevoegdheid.¹² Het onderscheid tussen interpretatieve en decisoire soft law is

overigens niet scherp. Zo kan een soft law-bepaling zowel een interpretatief als decisoir karakter hebben.¹³ Tot slot kan een derde vorm van soft law worden onderscheiden, namelijk instrumenten waarin de Commissie de lidstaten beoogt te sturen bij het nemen van maatregelen om het EU-recht te implementeren.¹⁴ Deze sturingsinstrumenten liggen dicht aan tegen de interpretatieve en decisoire soft law en zijn in zo verre ook te beschouwen als Europese administratieve soft law. Het gaat om handelingen die tot op zekere hoogte interpretatief van aard zijn, maar verdergaan doordat ze uitdrukkelijk ook een richtinggevend kader beogen te bieden voor toegestane nationale implementatie- en beleidsmaatregelen.¹⁵ Daarnaast behelzen zij een nuttige leidraad voor belanghebbenden en nationale uitvoeringsorganen wat betreft de voorwaarden en concrete toepassing van het EU-recht.¹⁶ Voorts zijn zij niet aan te merken als decisoire soft law omdat zij niet gericht zijn op de invulling van de beoordelingsruimte en de discretionaire bevoegdheden van de Commissie, maar juist van de lidstaten en de nationale uitvoeringsorganen.¹⁷

5 J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 4, p. 26.

6 Zie art. 291 VWEU; Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 15; vgl. ook L. Senden, 'Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control', *European Law Review* 2013, pp. 57-75, p. 59.

7 Senden 2013, p. 60.

8 Scott 2011, p. 329.

9 Senden 2013.

10 Zie voor een bespreking van deze onderverdeling Senden 2004, pp. 119-120. J. Luijendijk & L.A.J. Senden, 'De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde', *SEW* 2011, pp. 312-352, p. 316-317; Senden 2013, pp. 60, 61.

11 Luijendijk & Senden 2011, p. 316. Een voorbeeld is het Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC (2007).

12 Bijvoorbeeld de Mededeling van de Commissie van 11 januari 2012 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op het voor het ver-

richten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (PB C 8/02, 2012).

13 Senden 2004, p. 141.

14 Senden 2013, p. 61; Luijendijk & Senden 2011, p. 317.

15 Luijendijk & Senden 2011, p. 317. Zij ontleen deze kwalificatie aan 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, SEC (2010) 1545 final, p. 17.

16 Luijendijk & Senden 2011, p. 317. Zie ook 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, SEC (2010) 1545 final, p. 17.

17 Zie Luijendijk & Senden 2011, p. 317. Zij noemen als voorbeeld het Handboek voor de implementatie van

Europese administratieve soft law is niet uit zichzelf juridisch verbindend. Verbindendheid wordt immers niet door de Verdragen aan soft law-documenten toegekend.¹⁸ Algemeen wordt dan ook aangenomen dat Europese soft law niet uit zichzelf rechten kan creëren en verplichtingen kan opleggen.¹⁹ De Verdragen bevatten voorts geen algemene bepaling die voorziet in de aanneming van Europese administratieve soft law.²⁰ Wel zijn er specifieke secundairrechtelijke bepalingen die voorzien in de (verplichte) aanneming van richtsnoeren.²¹ De meeste soft law-documenten vloeien echter niet voort uit een specifieke rechtsgrondslag. De bevoegdheid van de Commissie om soft law aan te nemen wordt in dat geval afgeleid uit haar taak het algemeen belang van de Unie te bevorderen en toe te zien op toepassing van de Verdragen (de Commissie treedt dan op als hoedster van de Verdragen) en uit de aan haar toegekende discretionaire bevoegdheden.²²

Ook de totstandkomingsprocedure van soft law is niet geregeld in de EU-Verdragen. Dit betekent dat betrokkenheid van de Raad of het Parlement niet vereist is bij de totstandkoming van Europese soft law. Wel worden in de praktijk expert-comités (waarin vaak experts afkomstig uit de lidstaten deelnemen) geconsulteerd bij de totstandkoming van soft law.²³ Dit proces van totstandkoming heeft tot gevolg dat de soft law slechts in zeer beperkte mate democratisch is gelegitimeerd.²⁴

Vanwege de nadruk op het niet-bindende en informele karakter wordt Europese administratieve soft law aangemerkt als een *governance instrument*.²⁵ Zijn 'overtuigingskracht' ontleent soft law niet aan democratische legitimiteit,²⁶ maar aan zijn 'sturingskracht' en beoogde bijdrage aan effectiviteit en rechtszekerheid.²⁷ Dankzij het flexibele en 'zachte' karakter van soft law kan worden ingespeeld op de dynamiek van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Door lidstaten te sturen in de toepassing en uitleg van Unierechtelijke hard law dient soft law een uniforme toepassing van het

de Dienstenrichtlijn. Dit handboek is elektronisch beschikbaar via <http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf>.

- 18 Zoals wel het geval is voor verordeningen, richtlijnen en besluiten, zoals blijkt uit art. 288 VWEU.
- 19 H. Hofmann, C. Rowe & H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 571; L.A.J. Senden & L. Hancher, 'De juridische werking van communautaire beleidsregels inzake mededinging en staatssteun', *NTER* 2000, pp. 96-104, p. 98. In HvJEG 18 juni 1970, 74/69 (*Krohn*), *Jur.* 1970, p. 451, r.o. 9 overweegt het Hof bijvoorbeeld dat een informeel besluit van de Commissie met daarin een uitleg van een verordening voor de toepassing van bepaalde verordeningen ongetwijfeld nuttig kan zijn nochtans niet bindend is.
- 20 Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 549.
- 21 Zie voor voorbeelden Hofmann, Rowe & Türk 2011, pp. 549-550 en Luijendijk & Senden 2011, p. 320.
- 22 Deze taakstelling volgt uit art. 16 VEU; zie ook Luijendijk & Senden 2011, pp. 319 en 320; Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 570.

- 23 Dit wordt ook regelmatig door het Hof aangehaald, zie bijvoorbeeld HvJEU 6 september 2012, C-308/11 (*Kreussler*), *n.n.g.*, r.o. 25.
- 24 Zie hierover Senden 2013, p. 59. Zie ook J.C.A. van Dam, 'De doorwerking van Europese administratieve soft law: in strijd met Nederlandse legaliteit?', *Netherlands Administrative Law Library*, 2013-01, DOI: 10.5553/NALL/000009, p. 24.
- 25 Ştefan 2013, p. 2.
- 26 Dit is anders in het geval van wetgeving, zie E.M.H. Hirsch Ballin, 'De revitalisering van de wet als primaire rechtsbron', in: P.P.T. Bovendeert e.a. (red.), *De Staat van wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009, pp. 1-13, p. 1.
- 27 Zie bijvoorbeeld Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 571. De functies van soft law blijken vaak uit de soft law-documenten zelf. Zie bijvoorbeeld de introductie van het werkdocument AGR 49533/2002 van de Europese Commissie betreffende kennelijke fouten in de zin van art. 12 van Verordening nr. 2419/2001.

EU-recht.²⁸ Rechtszekerheid beoogt soft law met name te genereren voor nationale autoriteiten die belast zijn met de toepassing en uitleg van het EU-recht, dat door de vele compromissen niet altijd duidelijk en op zijn minst voor interpretatie vatbaar is.²⁹ Zonder soft law, 'the Member States would be stumbling in the dark', aldus Hofmann, Rowe en Türk.³⁰ Daarbij komt dat de lidstaten door de soft law van de Commissie te volgen, de kans verkleinen dat zij worden geconfronteerd met een infractieprocedure of andere sancties zoals terugbetaling van Europese subsidies.

Uit het voorgaande volgt dat soft law een belangrijk sturingsinstrument is, dat op grond van de Verdragen juridische verbindendheid mist. Dit betekent echter niet dat soft law geen juridische effecten kan genereren. Deze juridische effecten moeten worden onderscheiden van juridische verbindendheid. Terwijl juridische verbindendheid rechtstreeks wordt toegekend door de Verdragen, worden juridische effecten 'indirect' gegenereerd via een ander juridisch mechanisme zoals de rechtspraak van het Hof of een bepaling in secundaire wetgeving.³¹ Soft law wordt door Senden dan ook gedefinieerd als gedragsregels die zijn vastgelegd in instrumenten waaraan als zodanig geen juridische verbindendheid is toegekend, maar die desalniettemin bepaalde indirecte juridische effecten kunnen hebben in de praktijk.³²

Van de juridische effecten van soft law kan een bindende werking uitgaan. Dan is sprake van een 'juridisch bindende werking'.³³ Zo heeft soft law bijvoorbeeld een zelfbindende werking voor de Europese Commissie via algemene rechtsbeginselen.³⁴ Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat soft law ook een juridisch bindende werking kan genereren voor de lidstaten, hetgeen ook consequenties heeft voor de nationale (bestuurs)rechter. Zoals hierna zal blijken kan de vorm en mate van deze juridisch bindende werking verschillen.³⁵

over de relatie tussen wetgeving, soft law en de open methode van coördinatie, SEW 2008, pp. 43-57, p. 46; Senden 2004, p. 112.

33 Ștefan spreekt over 'binding legal effects', zie Ștefan 2013, pp. 181-191. Wij houden de terminologie 'bindende werking' aan omdat daarmee wordt aangesloten bij de formulering van het Hof in de uitspraak HvJEG 15 oktober 1996, C-311/94 (*Ijssel-Vliet*), *Jur.* 1996, p. I-5023, r.o. 43, en bij de terminologie van Luijendijk & Senden 2011, p. 330. Vergelijk ook Bröring & Geertjes 2013, p. 5, die spreken over een bindende werking van nationale bestuursrechtelijke soft law.

34 Zie bijvoorbeeld HvJEU 2 december 2010, C-464/09/P (*Holland Malt BV*), *Jur.* 2010, p. I-12443, r.o. 46; HvJEG 11 september 2008, C-75/05 P en C-80/05 P (*Duitsland e.a./Kronofrance*), *Jur.* 2008, p. I-6619, r.o. 59; HvJEG 28 juni 2005, gevoegde zaken 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, p. I-5425, r.o. 211; HvJEG 15 januari 2002, C-171/00 P (*Alain Libéros/Commissie*), *Jur.* 2002, p. I-451, r.o. 35. Zie hieromtrent P. Craig, *EU Administrative Law*, New York: Oxford University Press 2012, pp. 578-584; Luijendijk & Senden 2011, p. 326-327; Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 576; S. Thomas, 'Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission', *EuR* 2009, pp. 423-443, p. 426; O. Ștefan, 'European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?', *ELJ* 2008, pp. 753-772, p. 765 e.v.

35 Zie hieromtrent ook Van Dam 2013, pp. 4-9.

28 Senden 2013, p. 60.

29 Vgl. Luijendijk & Senden 2011, p. 318 en Van den Brink 2012, p. 302.

30 Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 570.

31 Vergelijk Senden 2004, p. 240 en Ștefan, die spreekt over 'Mediated Binding Effects for the Member States' en 'Mediated Binding Effects for the Enacting Institution', zie Ștefan 2013, p. 181-188. Zie ook Conseil d'État, *Étude annuelle 2013: Le droit souple*, Paris: La documentation Française, 2013, p. 57.

32 L.A.J. Senden, 'Reguleringsintensiteit en regelgevingsinstrumentarium in het Europees Gemeenschapsrecht,

3 In hoeverre dient de nationale (bestuurs)rechter op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie rekening te houden met Europese soft law?

In deze paragraaf bekijken we of en in hoeverre uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat nationale (bestuurs)rechters betekenis kunnen of moeten hechten aan Europese soft law. Bestudering van de jurisprudentie van het Hof van Justitie leert dat in dat kader een onderscheid moet worden gemaakt tussen gevallen waarin de Europese soft law voor de lidstaten (indirect) een bindende werking genereert omdat dit volgt uit Unierechtelijke hard law, zoals verordeningen en richtlijnen, dan wel uit een bijzondere samenwerkingsplicht enerzijds (paragraaf 3.1) en gevallen waarin dat niet zo is anderzijds (paragraaf 3.2).

Verder is van belang dat alvorens nationale (bestuurs)rechters überhaupt soft law in aanmerking kunnen nemen twee belangrijke condities moeten zijn vervuld. In de eerste plaats kan Europese soft law alleen juridische effecten hebben, als het in overeenstemming is met het Unierecht, dat wil zeggen de Verdragen en het secundaire EU-recht.³⁶ Dit betekent ook dat het niet mag gaan om soft law waarmee eigenlijk wordt beoogd juridisch verbindende verplichtingen op te leggen; juridisch verbindende verplichtingen horen thuis in Unierechtelijke ver-

ordeningen of richtlijnen. Europese soft law mag in de tweede plaats niet afwijken van de rechtspraak van het Hof van Justitie.³⁷ Verder is het van belang vast te stellen dat nationale (bestuurs)rechters altijd bevoegd zijn om prejudiciële vragen te stellen over de geldigheid en interpretatie van Europese soft law.³⁸

3.1 Europese soft law gegrond op Unierechtelijke hard law dan wel een bijzondere samenwerkingsplicht

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat Europese soft law in sommige gevallen een juridisch bindende werking heeft voor de lidstaten. In dat geval kan de nationale (bestuurs)rechter evenmin om deze soft law heen.

Een eerste mogelijkheid is dat in Europese secundaire wetgeving is neergelegd dat de lidstaat of de bevoegde instantie met soft law rekening dient te houden. Dit was bijvoorbeeld aan de orde in het arrest *Generics*. In dit arrest ging het om een bijlage bij een richtlijn waarin was bepaald dat met richtsnoeren van de Commissie rekening moet worden gehouden.³⁹ Uit de

³⁶ Zie hieromtrent Luijendijk & Senden 2011, p. 325; Thomas 2009, p. 428-429; Korkea-Aho, 'EU soft law in domestic legal systems: flexibility and diversity guaranteed?', *MJ* 2009, pp. 271-290, p. 279, voetnoot 27; Stefan 2008, p. 764; Senden 2004, p. 243 e.v. Zie ook G.M. Borchardt & K.C. Wellens, 'Soft law in het Gemeenschapsrecht', *SEW* 1987, pp. 663-727, p. 709. Zie bijvoorbeeld HvJEU 2 december 2010, C-464/09/P (*Holland Malt BV*), *Jur.* 2010, p. I-12443, r.o. 47 en HvJEG 11 september 2008, C-75/05 P en C-80/05 P (*Duitsland e.a./Kronofrance*), *Jur.* 2008, p. I-6619, r.o. 61 en 65.

³⁷ Stefan 2008, p. 764; Senden 2004, p. 373.

³⁸ Zie wat betreft de geldigheid bijvoorbeeld HvJEG 11 mei 2006, C-11/05 (*Friesland Coberco Dairy Foods*), *Jur.* 2006, p. I-4285, r.o. 36; HvJEG 12 januari 2006, C-311/04 (*Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht BV*), *Jur.* 2006, p. I-609, r.o. 24-28. Zie wat betreft de uitlegging van Europese soft law bijvoorbeeld HvJEU 9 november 2010, C-137/08 (*VB Penzugyi Lizing Zrt*), *Jur.* 2010, p. I-10847, r.o. 38. Zie hieromtrent ook Luijendijk & Senden 2011, p. 324.

³⁹ HvJEG 3 december 1998, C-368/96 (*Generics*), *Jur.* 1998, p. I-7967. Zie hieromtrent Senden 2004, p. 369. Zie ook HvJEU 18 maart 2010 (gevoegde zaken C-317/08 t/m 320/08 (*Alasini*)), *Jur.* 2010, p. I-2213, AB 2010, 157, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven) waarin het HvJEU ten aanzien van aanbeveling nr. 98/257 overweegt dat in punt 47 van de considerans van de universele dienstenrichtlijn is neergelegd dat de lidstaten

uitspraak *Friesland Coberco Dairy Foods* kan worden afgeleid dat in zo een geval het wel mogelijk is voor de bevoegde instantie van de soft law af te wijken, mits dit gemotiveerd gebeurt.⁴⁰ Er is daarom sprake van een gematigd bindende werking.⁴¹ Indien in secundaire wetgeving is neergelegd dat het bestuur rekening dient te houden met soft law, kan ook de rechter volgens ons niet aan het betreffende soft law-document voorbijgaan. De rechter dient dan te toetsen of rekening is gehouden met het soft law-document, ofwel dat een afwijking adequaat is gemotiveerd.

In de tweede plaats kan van een bindende werking sprake zijn als overeenstemming bestaat tussen de Europese Commissie en de lidstaten over de vastgestelde soft law.⁴² Wil overeengekomen Europese soft law een juridisch bindende werking hebben, dan moet wel een rechtsgrondslag in het primaire of secundaire EU-recht zijn neergelegd, die ofwel specifiek voorziet in de aanneming van dergelijke 'overeengekomen' handelingen,⁴³ ofwel in een bijzondere samenwerkingsplicht.⁴⁴ In hoeverre de

lidstaten aan soft law gebonden kunnen zijn op grond van een bijzondere samenwerkingsplicht is aan de orde in het arrest *IJssel-Vliet*.⁴⁵ In deze staatssteunzaak ging het om de vraag in hoeverre de Nederlandse minister van Economische Zaken verplicht is om door de Europese Commissie uitgevaardigde richtsnoeren als uitgangspunt te hanteren bij de beslissing op een subsidieaanvraag en zo ja waarop deze verplichting berust.⁴⁶ Het Hof van Justitie oordeelt dat Nederland, gelet op de in het Verdrag neergelegde verplichting tot regelmatige en periodieke samenwerking tussen de Europese Commissie en de lidstaten⁴⁷ en de omstandigheid dat Nederland de in de richtsnoeren neergelegde regels heeft aanvaard, is gehouden om de richtsnoeren toe te passen.⁴⁸ Hieruit volgt dat een bijzondere samenwerkingsplicht alleen niet voldoende is voor het oordeel dat de lidstaat (en daarmee ook de autoriteiten van die lidstaat) aan de Europese soft law is gebonden. Noodzakelijk is ook dat de lidstaat de Europese soft law heeft aanvaard. In het arrest *Duitsland/Commissie* – ook een staatssteunzaak – wordt

bij het voorzien in daarin bedoelde procedures voor het behandelen van geschillen ten volle rekening dienen te houden met voormelde aanbeveling.

40 HvJEG 11 mei 2006, zaak C-11/05, (*Friesland Coberco Dairy Foods*), *Jur.* 2006, p. I-4285, r.o. 27. Zie ook Luijendijk & Senden 2011, pp. 331-332.

41 Van Dam 2013, p. 9.

42 Senden 2004, p. 272.

43 Een voorbeeld is het Handboek voor een gemeenschappelijk toezicht- en evaluatiekader dat is vastgesteld in het kader van het plattelandsontwikkelingsbeleid 2007-2013. Zie uitgebreid Van den Brink 2012, p. 283. Zie ook HvJEG 13 november 1991, C-303/90 (*Frankrijk/Commissie*), *Jur.* 1991, p. I-5315, r.o. 34 en HvJEG 16 juni 1993, C-325/91 (*Frankrijk/Commissie*), *Jur.* 1993, p. I-3283, waarin in een dergelijke rechtsgrondslag niet was voorzien. Zie ook Senden 2008, p. 48 en Senden 2004, pp. 272-273.

44 Luijendijk & Senden 2011, p. 330. Zie hieromtrent ook Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 574 e.v.

45 HvJEG 15 oktober 1996, C-311/94 (*IJssel-Vliet*), *Jur.* 1996, p. I-5023. Zie omtrent dit arrest uitgebreid Stefan 2013, p. 188 e.v.; Senden 2004, p. 276 e.v. en H. Adam, *Die Mitteilungen der Kommission: Verwaltungsvorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts? Eine Untersuchung zur rechtsdogmatischen Einordnung eines Instruments der Kommission zur Steuerung der Durchführung des Gemeinschaftsrechts*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999, pp. 109-110.

46 ABRvS 1 november 1994, *AB* 1995, 437, m.nt. E. Steijger.

47 Zie thans art. 108, eerste lid, van het VWEU.

48 Zie ook Thomas 2009, pp. 433-434. Een lidstaat is niet verplicht akkoord te gaan met door de Commissie in het kader van het staatssteunrecht voorgestelde Europese soft law. Zie GvEA 15 december 1999, T-132/96 en T-143/96 (*Freistaat Sachsen en Volkswagen/Commissie*), *Jur.* 1999, p. II-3663, r.o. 209 en HvJEG 14 april 1997, C-292/95 (*Spanje/Commissie*), *Jur.* 1997, p. I-1931, r.o. 30-34. Zie hieromtrent Luijendijk & Senden 2011, p. 331.

de aanvaarding door de lidstaat afgeleid uit de omstandigheid dat de lidstaat betrokken is geweest bij de totstandkoming van de richtsnoeren en ze heeft goedgekeurd, hetgeen niet door de lidstaat is ontkend.⁴⁹ Deze jurisprudentie is inmiddels gecodificeerd in art. 19, eerste lid, van de Verordening nr. 659/99: 'Indien de betrokken lidstaat de voorgestelde maatregelen aanvaardt en de Commissie daarvan in kennis stelt, legt de Commissie dit vast en deelt zij dit aan de lidstaat mede. Door zijn aanvaarding verbindt de lidstaat zich ertoe de dienstige maatregelen ten uitvoer te leggen.'⁵⁰ De enkele toepassing van soft law in de praktijk is dus onvoldoende om aan te nemen dat de lidstaat de soft law heeft aanvaard.⁵¹

Uit de *IJssel-Vliet*-uitspraak volgt dus dat Nederland 'gehouden is de richtsnoeren toe te passen'.⁵² Met deze bewoordingen lijkt het Hof weinig ruimte te laten voor (gemotiveerde) afwijking door de lidstaat. Aldus is sprake van een 'sterk' bindende werking. Deze 'sterk' bindende werking dient te worden onderscheiden van de gematigd bindende werking waarvan sprake is als het bestuur op grond van secundair EU-recht rekening dient te houden met soft law.⁵³

Wanneer Europese soft law op grond van de voormelde jurisprudentielijn voor de lidstaten

een juridische bindende werking heeft, impliceert dit dat de soft law ook juridisch relevant is voor de nationale (bestuurs)rechter. Hoewel het Hof van Justitie zich hierover nog niet heeft uitgesproken, betekent dit onzes inziens dat de bestuursrechter bij de beoordeling van het bestreden besluit toetst of het bestuursorgaan het desbetreffende soft law-document juist heeft toegepast. Er is dus sprake van een toetsingsverplichting. De bestuursrechter zal in dat kader wel moeten verifiëren – waar nodig na het stellen van prejudiciële vragen – of de desbetreffende soft law niet in strijd is met de Verdragen en secundair EU-recht. Dat Europese soft law onder omstandigheden juridische bindende werking heeft, neemt immers niet weg dat deze soft law in overeenstemming dient te zijn met hogere bronnen van recht.⁵⁴

De reikwijdte van voormelde jurisprudentielijn is nog niet uitgekristalliseerd. In de eerste plaats is een interessante vraag of het beginsel van loyale samenwerking dat is neergelegd in art. 4(3) VEU als basis kan dienen voor een juridisch bindende werking van soft law. Dit beginsel behelst immers ook een samenwerkingsverplichting tussen de lidstaten en de Europese Commissie, zij het dat het om een algemene samenwerkingsverplichting gaat. Tot nog toe biedt de jurisprudentie van het Hof van Justitie geen aanknopingspunten voor de opvatting dat soft law uitsluitend op grond van art. 4(3) VEU voor de lidstaten een juridisch bindende wer-

49 HvJEG 5 oktober 2000, C-288/96 (*Duitsland/Commissie*), *Jur.* 2000, p. I-8237, r.o. 65.

50 Zie HvJEG 18 juni 2002, C-242/00 (*Duitsland/Commissie*), *Jur.* 2002, p. I-5603, r.o. 28 en 29. Zie verder Senden & Hancher 2000, p. 100 en Luijendijk & Senden 2011, p. 331.

51 Zie ook HvJEU 4 december 2013, C-111/10 (*Commissie/Raad*), *n.n.g.*, r.o. 52 waaruit blijkt dat een aanvaarding van richtsnoeren door de lidstaat aan de Europese Commissie officieel ter kennis wordt gebracht.

52 HvJEG 15 oktober 1996, C-311/94 (*IJssel-Vliet*), *Jur.* 1996, p. I-5023.

53 Zie hierboven.

54 Zie ook Luijendijk & Senden 2011, p. 325. Senden kwalificeert soft law vanuit een oogpunt van normenhierarchie als tertiair recht. Zie Senden 2004, voetnoot 2. Ook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat soft law in overeenstemming moet zijn met het EU-Verdrag en secundair EU-recht. Zie HvJEG 24 februari 1987, 310/85 (*Deufÿl*), *Jur.* 1987, p. 9019, r.o. 21-22 en HvJEG 28 januari 1992, C-266/90 (*Saba*), *Jur.* 1992, p. I-287, r.o. 19.

king heeft.⁵⁵ Ook in de literatuur wordt breed de opvatting gedeeld dat het beginsel van loyale samenwerking niet zo ver gaat dat de lidstaten op voorhand verplicht zijn om in overeenstemming met Europese soft law te handelen.⁵⁶ Wij sluiten echter niet uit dat het Hof daarover ooit anders zal denken; het beginsel van loyale samenwerking heeft immers al vaker als grondslag gediend voor verplichtingen die niet met zoveel woorden uit het EU-recht voortvloeien.⁵⁷

55 De beschikking van 30 september 1987, 229/86 (*Brother Industries*), *Jur.* 1987, p. 3757 wijst op het tegendeel. In deze beschikking overweegt het Hof van Justitie dat 'een memorandum van de Commissie gericht tot de lidstaten, bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling in het verdrag of in normatieve handelingen van de instellingen, de lidstaten niet tot het nemen van bepaalde maatregelen kan verplichten'. Het Hof van Justitie overweegt verder dat in het onderhavige geval 'geen beroep (kan) worden gedaan op de in artikel 5 EEG-verdrag neergelegde algemene verplichting voor de lidstaten om de vervulling van de taak van de Gemeenschap te vergemakkelijken, 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.'

56 Zie Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 575; Luijendijk & Senden 2011, p. 330; 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), pp. 9-10; Thomas 2009, p. 435; Senden 2004, p. 443.

57 Zie bijvoorbeeld HvJEG 21 september 1989, 68/88 (*Griekse mais*), *Jur.* 1988, p. 2965. In dit arrest oordeelt het Hof van Justitie kort gezegd dat wanneer het EU-recht niet voorziet in sancties op een overtreding, de lidstaten op grond van het beginsel van loyale samenwerking gehouden zijn alle passende maatregelen te

In de tweede plaats heeft het Hof van Justitie zich nog niet uitgesproken over de vraag of ook op andere beleidsterreinen dan het staatssteunrecht sprake is van een bijzondere samenwerkingsplicht tussen de Europese Commissie en de lidstaten. Op het terrein van de Europese subsidies geldt bijvoorbeeld dat in de meeste Europese subsidieverordeningen het beginsel van partnerschap is neergelegd, hetgeen onder meer ziet op de intensieve samenwerking tussen de Europese Commissie en de lidstaten.⁵⁸ Relevante verschillen met het staatssteunrecht zouden kunnen zijn dat het beginsel van partnerschap geen verdragsrechtelijke status heeft en de verschillende soft law-documenten niet expliciet op dat beginsel zijn gebaseerd. Daarbij komt dat het bestaan van een bijzondere samenwerkingsplicht niet voldoende is. Unierechtelijke soft law heeft namelijk pas een bindende werking wanneer de lidstaat de soft law expliciet heeft aanvaard. Ons is niet bekend dat op andere beleidsterreinen sprake is van een aanvaarding die vergelijkbaar is met die in het staatssteunrecht. Wel zou de nationale (bestuurs)rechter zich naar onze mening ook buiten het staatssteunrecht moeten afvragen of sprake is van een bijzondere samenwerkingsplicht tussen de Europese Commissie en de lidstaten en bij twijfel daarover prejudiciële vragen moeten stellen aan het Hof van Justitie.

In het arrest *IJssel-Vliet* ging het om decisoire soft law. Een derde vraag is daarom of van een juridisch bindende werking voor de lidstaten ook sprake kan zijn wanneer het gaat om interpretatieve soft law. Ook deze vraag is in de jurisprudentie van het Hof nog niet aan de orde geweest. Omdat het Hof van Justitie uiteindelijk bevoegd is om het EU-recht te interpreteren, dient deze vraag onzes inziens ontkennend te

nemen om de draagwijdte en de doeltreffendheid van het EU-recht te verzekeren.

58 Zie omtrent het beginsel van partnerschap uitgebreid Van den Brink 2012, p. 75 e.v.

worden beantwoord.⁵⁹ Dit neemt niet weg dat het mogelijk is dat de lidstaten zich feitelijk gebonden achten aan de interpretatie die is neergelegd in Europese soft law, zeker wanneer sprake is van een intensieve samenwerking tussen de Europese Commissie en de lidstaten, en de lidstaten zijn betrokken bij de totstandkoming van de soft law.⁶⁰ De realiteit is immers dat het Hof in veel gevallen niet de kans krijgt om zich over de betekenis van EU-bepalingen uit te spreken. De lidstaten zijn daarom al lang blij dat de Commissie duidelijk maakt op welke wijze bepaalde begrippen uit het EU-recht moeten worden geïnterpreteerd.⁶¹ Daarbij komt dat lidstaten het risico op een infractieprocedure of de terugbetaling van Europese subsidies bij het volgen van de interpretatie van de Europese Commissie verkleinen.⁶² Zolang het Hof nog geen negatief oordeel heeft gegeven over de in de soft law neergelegde interpretatie, is er in beginsel niets op tegen dat de lidstaten de interpretatie van de Europese Commissie volgen. Op de lidstaten rust wel de verplichting om zelfstandig te beoordelen of de interpretatieve soft law in overeenstemming is met de Verdragen en het secundaire Europese recht. Het voorgaande betekent dat de bestuursrechter, wanneer hij in een procedure wordt geconfronteerd met een bestuursorgaan dat een besluit heeft gebaseerd op interpretatieve soft law van de Europese Commissie, niet de daarin neergelegde interpretatie van het EU-recht hoeft te volgen.⁶³ Wanneer de bestuursrechter een andere uitleg voorstaat dan de Europese Commissie, kan dit een aanwijzing zijn dat geen

sprake is van een *acte clair*.⁶⁴ In dat geval is de bestuursrechter op grond van het arrest *Cilfit*⁶⁵ gehouden om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, waarbij uiteraard kan worden verwezen naar de uitleg die de Europese Commissie blijktens de soft law voorstaat. Zolang echter het desbetreffende EU-recht volgens de nationale rechter duidelijk is, behoeven geen prejudiciële vragen te worden gesteld over de uitleg van die bepaling noch van de daarop ziende interpretatieve Europese soft law.⁶⁶ Hetzelfde geldt voor gevallen waarin de Europese soft law overduidelijk in strijd is met de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

3.2 Overige Europese soft law

In de vorige paragraaf is gebleken dat in gevallen waarin de Europese soft law een juridisch bindende werking heeft voor de lidstaten, een toetsingsverplichting voor de rechter bestaat. In de meeste gevallen heeft soft law echter geen juridisch bindende werking voor de lidstaten op één van de hiervoor genoemde gronden (samenwerkingsplicht en aanvaarding, of een secundairrechtelijke grondslag). In deze paragraaf wordt besproken in hoeverre in die gevallen de nationale (bestuurs)rechter Europese soft law in aanmerking dient te nemen.

Klassieker wat betreft de vraag in hoeverre de nationale (bestuurs)rechter betekenis dient te hechten aan Europese soft law is het alweer bijna 25 jaar oude arrest *Grimaldi*.⁶⁷ In dit arrest overweegt het Hof van Justitie dat aanbevelingen van de Europese Commissie geen bindende gevolgen beogen en daarom geen rechten in het leven roepen waarop burgers zich voor een nationale rechter zouden kunnen beroepen.

59 Zie ook Luijendijk & Senden 2011, p. 349.

60 In het kader van de Europese subsidieregelingen komt het vaak voor dat de lidstaten door middel van comités zijn betrokken bij de totstandkoming van de soft law.

61 Zie ook Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 570.

62 Zie ook Van den Brink 2012, pp. 288-289; Scott 2011, p. 344; Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 569 en 576; Senden 2004, p. 345; Adam 1999, p. 126.

63 Zie ook hierna par. 3.2.

64 Zie Thomas 2009, p. 438.

65 HvJEG 6 oktober 1982, 283/81 (*Cilfit*), *Jur.* 1982, p. 3415.

66 Zie ook Thomas 2009, pp. 438-439.

67 HvJEG 13 december 1989, C-322/88 (*Grimaldi*), *Jur.* 1989, p. 4407.

Het Hof voegt daaraan echter toe dat dit niet betekent dat de aanbevelingen geen enkel rechtsgevolg hebben. De nationale rechters zijn volgens het Hof namelijk gehouden de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen in aanmerking te nemen, met name wanneer deze duidelijkheid kunnen verschaffen over de uitlegging van andere nationale bepalingen die dienen ter implementatie van het Unierecht of ter uitlegging van Unierechtelijke bepalingen. Inmiddels heeft het Hof van Justitie deze overweging in een aantal andere arresten herhaald.⁶⁸ Het is niet geheel duidelijk wat het Hof bedoelt met 'in aanmerking nemen'. Het zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat de nationale rechter verplicht is het nationale recht conform de aanbeveling te interpreteren, met als resultaat dat het nationale recht in overeenstemming is met de aanbeveling.⁶⁹ Waarschijnlijker is echter dat de nationale rechter slechts rekening hoeft te houden met Europese soft law wanneer dat kan bijdragen aan de uitleg van het EU-recht of ter uitvoering daarvan vastgesteld nationaal recht. Dit betekent dat Europese soft law is te beschouwen als een verplicht interpretatiehulpmiddel.⁷⁰

Volgens de *Grimaldi*-formule dient de rechter soft law te hanteren bij de uitlegging van nationale of Unierechtelijke bepalingen. Hieruit kan worden opgemaakt dat de formule betrekking heeft op interpretatieve soft law. De *Grimaldi*-

rechtspraak heeft formeel alleen betrekking op aanbevelingen.⁷¹ Dit roept de vraag op of de door het Hof van Justitie gevolgde redenering ook geldt voor andere interpretatieve soft law-instrumenten. In de literatuur wordt deze vraag (voorzichtig) bevestigend beantwoord.⁷² Het Hof van Justitie heeft dit in zijn rechtspraak echter nog niet expliciet erkend.⁷³ Sterker nog, het arrest *Kreussler*, waarin het gaat om een 'Guidance Document', wijst een andere kant uit.⁷⁴ In dit arrest stelt het Hof van Justitie voorop dat het 'Guidance Document' op zich geen juridisch verbindend karakter kan hebben en aan de justitiabelen niet kan worden tegengeworpen. Dit neemt volgens het Hof niet weg dat een dergelijk document nuttige gegevens kan aandragen voor de uitlegging van de relevante Unierechtelijke bepalingen en ertoe kan bijdragen dat een uniforme toepassing ervan wordt gewaarborgd. Gelet hierop overweegt het Hof dat bij de uitleg van een Unierechtelijke richtlijn rekening kan worden gehouden met dat document. Dit wijst erop dat de nationale bestuursrechter niet verplicht is om een 'Guidance Document' in aanmerking te nemen. Het verschil tussen beide benaderingen kan worden verklaard door het feit dat het 'Guidance Document' dat aan de orde is in het arrest *Kreussler*, anders dan een aanbeveling, niet één van de rechtshandelingen is die in art. 288 VWEU

68 HvJEU 18 maart 2010, gevoegde zaken C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320/08 (*Alassini e.a./SpA*), *Jur.* 2010, p. 2213, r.o. 40; HvJEG 24 april 2008, C-55/06 (*Arcor*), *Jur.* 2008, p. I-2931, r.o. 94; HvJEG 11 september 2003, C-207/01 (*Altair Chimica*), *Jur.* 2003, p. I-8875, r.o. 41.

69 Senden 2004, p. 387.

70 Cf. Lujendijk & Senden 2011, p. 336; O. Ştefan, 'Hybridity before the court: a hard look at soft law in the EU competition and state aid case law', *European Law Review* 2012, p. 60.

71 Zie hieromtrent Senden 2004, p. 392.

72 Zie Lujendijk & Senden 2011, p. 335. In 2004 had Senden zo haar twijfels, zie Senden 2004, p. 391-392.

73 Zie wel punt 34, voetnoot 11, van de conclusie van advocaat-generaal Ruiz Colomer bij het arrest *De Lodato* (HvJEG 2 april 2009, C-415/07, *Jur.* 2009, p. I-2599) waarin hij aangeeft dat er geen steekhoudende argumenten zijn om de Grimaldi-verplichting niet ook op andere instrumenten van toepassing te achten. In de arresten waarin de Grimaldi-rechtspraak wordt aangehaald, gaat het steeds om aanbevelingen. Zie de arresten genoemd in noot 68.

74 HvJEU 6 september 2012, C-308/11 (*Kreussler*), *n.n.g.*

worden vermeld.⁷⁵ Gelet hierop is volgens ons aannemelijk dat, in lijn met de Grimaldi-rechtspraak, voor de nationale bestuursrechter alleen een verplichting bestaat om aanbevelingen en adviezen als interpretatiehulpmiddel te hantieren en dat dus niet geldt voor andersoortige Unierechtelijke soft law. Daarbij zij wel aangekend dat het arrest *Kreussler* slechts door drie rechters is gewezen en er voorts geen conclusie van de advocaat-generaal is uitgebracht. Wij achten dan ook niet uitgesloten dat het Hof van Justitie in de toekomst tot een ander oordeel zal komen, bijvoorbeeld op grond van het beginsel van loyale samenwerking dat is neergelegd in art. 4(3) VEU. Hoewel uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dus niet duidelijk volgt of de nationale rechter *verplicht* is Europese soft law die geen verdragsrechtelijke status heeft als interpretatiehulpmiddel te gebruiken, is wel duidelijk dat het Hof van Justitie de nationale rechter daartoe *bevoegd* acht. Dit is geheel in lijn met de jurisprudentie waarin het Hof zelf Europese soft law in aanmerking neemt bij de uitleg van Unierechtelijke hard law.⁷⁶

Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt verder op geen enkele wijze dat de nationale rechter is gebonden aan een interpretatie van het EU-recht die is neergelegd in Europese soft law. Een dergelijke gebondenheid zou op gespannen voet staan met het feit dat de uiteindelijke interpretatie van het EU-recht op grond van art. 19,

eerste lid, VEU tot de taken van het Hof van Justitie behoort.⁷⁷ In het al wat oudere arrest *Krohn* overweegt het Hof van Justitie dan ook dat een officieuze uitleg van een verordening bij een informeel besluit van de Commissie geen authentieke gemeenschapsrechtelijke interpretatie oplevert.⁷⁸ Dat het Hof van Justitie Unierechtelijke soft law als een interpretatiehulpmiddel beschouwt, betekent dus niet dat het Hof daaraan is gebonden.⁷⁹ De rol van het Hof van Justitie wat betreft de interpretatie van het EU-recht wordt ook door de Europese Commissie zelf erkend. In interpretatieve soft law wordt doorgaans immers een disclaimer opgenomen in de trant van 'the considerations in this document are without prejudice to any further position taken by the Commission acting as a collegiate body, nor to any future judgment of the European Court of Justice,

⁷⁷ Zie Thomas 2009, p. 435; Senden 2004, p. 363 e.v.; Adam 1999, pp. 94-95 en Alberto J. Gil Ibáñez, *The Administrative Supervision and Enforcement of ECLaw: Powers, Procedures and Limits*, Oxford – Portland: Hart Publishing 1999, p. 205 e.v. Interpretatie door het Hof van Justitie moet in dit kader worden opgevat als interpretatie in abstracto. De door het Hof gegeven interpretatie van een bepaling van EU-recht is derhalve niet beperkt tot een individuele zaak.

⁷⁸ HvJEG 18 juni 1970, 74/69 (*Krohn*), *Jur.* 1970, p. 451, r.o. 9.

⁷⁹ Zie ook Luijendijk & Senden 2011, p. 327. Soms laat het Hof impliciet blijken zich niet gebonden te achten aan interpretatieve soft law van de Europese Commissie. Zie bijvoorbeeld HvJEU 18 maart 2010 (C-218/09 (*SGS Belgium*)), *Jur.* 2010, p. I-2373), waarin het ging om de uitleg van het begrip 'overmacht', maar het Hof niet verwijst naar de Mededeling C (88) 1696 van de Commissie met betrekking tot overmacht in het Europese landbouwrecht. Zie voorts HvJEG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP*), *Jur.* 2008, p. I-3565, waarin het Hof eigen criteria formuleert inzake overheidsopdrachten onder de drempel zonder te verwijzen naar de Mededeling inzake opdrachten onder de drempel waarin de Commissie criteria heeft neergelegd.

⁷⁵ HvJEU 6 september 2012, C-308/11 (*Kreussler*), *n.n.g.*, r.o. 23.

⁷⁶ Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Golden Share-zaken: HvJEG 4 juni 2002, C-367/98 (*Commissie/Portugal*), *Jur.* 2002, p. I-4731, r.o. 47; HvJEG 4 juni 2002, C-483/99 (*Commissie/Frankrijk*), *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 43; HvJEG 4 juni 2002, C-503/99 (*Commissie/België*), *Jur.* 2002, p. I-4809, r.o. 43. Zie ook HvJEU 22 december 2010, C-215/09 (*Mehilainen Oy*), *Jur.* 2010, p. I-13749, r.o. 31-35 waaruit blijkt dat het Hof Europese soft law van de Commissie soms ook uit eigen beweging in aanmerking neemt. Zie hieromtrent ook Luijendijk & Senden 2011, p. 328.

which alone is competent to hand down legally binding interpretations of Community law.⁸⁰ Gelet hierop, zou het onverenigbaar zijn met het EU-Verdrag wanneer de nationale rechter gebonden zou zijn aan de interpretatie van de Commissie die is neergelegd in soft law.

3.3. Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat op grond van de jurisprudentie van het Hof de rechter rekening kan houden met Europese soft law. Daarnaast blijkt dat de nationale bestuursrechter in sommige situaties zelfs verplicht is betekenis toe te kennen aan soft law.

In de eerste plaats kan een toetsingsverplichting bestaan voor de bestuursrechter. Dit is het geval wanneer soft law een juridisch bindende werking heeft voor de lidstaten. Een sterk bindende werking kan bestaan als de lidstaten gehouden zijn soft law toe te passen (op grond van de *IJssel-Vliet*-rechtspraak). De rechter is dan verplicht te toetsen of het bestuur de soft law-handelingen heeft toegepast. Onduidelijk is echter wat de precieze reikwijdte van deze jurisprudentie is. Van een gematigd bindende werking is sprake als de lidstaten gehouden zijn om rekening te houden met soft law op grond van een secundaire rechtsgrondslag. Ook dan bestaat een toetsingsverplichting voor de rechter. Hij dient te bezien of met de richtsnoeren van de Commissie rekening is gehouden, dan wel of gemotiveerd van de richtsnoeren is afgeweken.

⁸⁰ Zie de interpretatieve nota betreffende restituties nr. 34, datum van verspreiding 20 juli 2004, AGR 2004/D/19576 en de interpretatieve nota betreffende restituties nr. 35, 30458/2214. Zie omtrent deze disclaimers ook Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 557 en Luijendijk & Senden 2011, p. 327. Deze disclaimers doen er overigens niet aan af dat veel passages in Europese soft law dwingend zijn geformuleerd. Zie hieromtrent ook Sanchez Graells 2010, p. 10; Korkea-Aho 2009, p. 281-283.

In de tweede plaats kan soft law fungeren als een 'verplicht' interpretatiehulpmiddel voor de nationale rechter op grond van de *Grimaldi*-rechtspraak. De rechter dient dan de uitleg van de Commissie in overweging te nemen, maar is niet verplicht deze strikt te volgen. Van een verplichting tot conforme uitleg is geen sprake. Omdat het Hof nog niet de vraag heeft beantwoord of de *Grimaldi*-rechtspraak ook geldt voor andere interpretatieve soft law dan aanbevelingen, is de reikwijdte van deze jurisprudentie eveneens onduidelijk.

4 De juridische betekenis van Europese soft law in de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter

Uit de vorige paragraaf blijkt dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie enige – zij het nog niet uitgekristalliseerde – lijnen kunnen worden getrokken waaruit volgt hoe de nationale bestuursrechter zou moeten omgaan met Europese soft law. In deze paragraaf wordt aan de hand van de jurisprudentie onderzocht in hoeverre de Nederlandse bestuursrechter Europese soft law in aanmerking neemt en zo ja op welke grond. Het is immers goed mogelijk dat de Nederlandse bestuursrechter niet op grond van het Unierecht soft law in aanmerking neemt, maar op grond van nationaal recht, bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan de soft law in algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels heeft geïmplementeerd, dan wel de Europese soft law als een vaste gedragslijn hanteert. In dat laatste geval is het bestuursorgaan (ook) via de band van het nationaal recht aan de Unierechtelijke soft law gebonden en zal de Nederlandse bestuursrechter reeds om die reden (indirect) aan Europese soft law toetsen.⁸¹

⁸¹ Zie over de binding van het bestuur aan beleidsregels Tollenaar 2014, par. 3.4.

Wij hebben ervoor gekozen de rechtspraak op vier beleidsterreinen te onderzoeken, namelijk het staatssteunrecht, de verstrekking van Europese subsidies, het vreemdelingenrecht en het milieurecht.⁸² Terwijl de Europese Commissie op de terreinen van het staatssteunrecht en Europese subsidies over ruime discretionaire bevoegdheden beschikt⁸³ en veel soft law ter invulling van deze bevoegdheden wordt vastgesteld, laten het vreemdelingen- en milieurecht veel ruimte voor de lidstaten. Op de twee laatstgenoemde beleidsterreinen tracht de Europese Commissie met soft law de interpretatie van in richtlijnen neergelegde begrippen door de lidstaten te sturen.⁸⁴ De keuze voor deze uiteenlopende beleidsterreinen maakt het dus mogelijk dat een breed inzicht wordt verkregen in de omgang van de Nederlandse bestuursrechter met Europese administratieve soft law.

4.1 Staatssteun

In paragraaf 3.1 is besproken dat Europese soft law op het terrein van het staatssteunrecht een juridisch bindende werking kan hebben voor de lidstaten. Voorwaarde is dat de soft law is gebaseerd op art. 108, eerste lid, VwEU en de lidstaat de desbetreffende soft law heeft aangenomen. Wanneer de soft law een bindende werking heeft voor de lidstaten, rust ook op de rechter een toetsingsverplichting. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de einduitspraak van de Afde-

ling in de zaak *IJssel-Vliet*, waarin de Afdeling de afwijzing van de steunaanvraag toetst aan de desbetreffende soft law.⁸⁵

Opvallend is dat wij geen andere staatssteunzaken hebben kunnen vinden waarin de nationale bestuursrechter onderzoekt in hoeverre sprake is van een IJssel-Vliet-situatie. Ook zijn wij vergelijkbare fundamentele vragen zoals de Afdeling die in de zaak *IJssel-Vliet* stelde, namelijk in hoeverre de Europese Commissie bevoegd is om de desbetreffende soft law vast te stellen, of de lidstaten verplicht zijn om de soft law als uitgangspunt te hanteren bij de beslissing op een subsidieaanvraag en zo ja, waarop deze verplichting berust, niet tegengekomen.

Dit betekent echter niet dat de Nederlandse bestuursrechter geen rekening houdt met Europese soft law. Integendeel, in een uitspraak van 30 augustus 2011 construeert het CBB (mede) op basis van Europese soft law zelfs een subsidieverplichting om te bewerkstelligen dat aan de Europese staatssteunregels wordt voldaan.⁸⁶ In deze uitspraak ging het om de in richtsnoeren van de Europese Commissie neergelegde eis dat de investering die met staatssteun is gefinancierd gedurende een periode van minimaal vijf jaren behouden moet blijven. Uit de goedkeuringsbeschikking van de Europese Commissie volgde dat deze eis diende te worden opgenomen in de Nederlandse subsidieregeling. In het Nederlandse Besluit subsidies regionale investeringsprojecten 2000 (hierna: BSRI) was echter slechts de verplichting neergelegd dat de subsidieontvanger verplicht was om gedurende een periode van vijf jaren na subsidieverlening de staatssecretaris onverwijld in kennis te stellen van elk voornemen de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend te

82 Luijendijk en Senden hebben recent de Nederlandse rechtspraak op het terrein van staatssteun, mededingingsrecht en telecommunicatierecht onderzocht. Zie Luijendijk & Senden 2011.

83 Luijendijk & Senden 2011, p. 317. Zie voor een uitgebreide bespreking van soft law aangenomen in het kader van de uitvoering van Europese subsidieregelingen Van den Brink 2012, pp. 267-311.

84 Zie Beijen 2010, p. 76-77. In het vreemdelingenrecht gaat het om de richtsnoeren COM (2009)313 final bij Richtlijn 2004/38/EG. Zie daarover ook Rodrigues in zijn noot bij ABRvS 13 december 2012, AB 2012, 166.

85 ABRvS 8 oktober 1997, R01.91.1111.

86 Zie CBB 30 augustus 2011, AB 2012, 96, m.nt. W. den Ouden.

beëindigen. In de toelichting op de BSRI werd wel vermeld dat deze verplichting verband houdt met de in de richtsnoeren opgenomen eis dat de investering vijf jaren behouden moet blijven. Gelet hierop is het CBB van oordeel dat de Nederlandse BSRI zo moet worden gelezen dat daarmee is beoogd om voor subsidieontvangers, naast de in die regeling neergelegde meldingsplicht, tevens de verplichting in het leven te roepen dat de investering minimaal vijf jaar behouden dient te blijven.

Verder hanteert de bestuursrechter de Europese soft law als interpretatiemaatstaf bij de beoordeling of sprake is van steunverlening. De bestuursrechter geeft echter niet, of slechts zeer summier, aan welke status de Europese soft law heeft en op welke grond daarmee rekening wordt gehouden. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak *Vliegveld Eelde I*.⁸⁷ Daarin onderzoekt de Afdeling in hoeverre de betrokken ministers op grond van een Mededeling van de Europese Commissie 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, maar gaat zij niet in op de juridische betekenis van deze mededeling. Hetzelfde geldt voor de uitspraak in de zaak *LOI/NTI*, waarin het ging om de vraag in hoeverre het aanbieden van een opleiding door de Open Universiteit Nederland is aan te merken als een economische activiteit.⁸⁸ De Afdeling stelt in deze zaak vragen aan de Europese Commissie over de betekenis van een mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de EU op de voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, waarop één van de partijen zich had beroepen. Hiermee impliceert de Afdeling dat deze

mededeling juridische relevantie heeft, maar uit de uitspraak blijkt niet op welke grond zij dat aanneemt. In de uitspraak van 4 maart 2011 ten slotte komt het CBB mede op basis van de Mededeling op staatssteun in de vorm van garanties van de Europese Commissie⁸⁹ tot de conclusie dat een besluit van de Nma ter uitwerking van een garantstelling geen steunmaatregel inhoudt.⁹⁰ Ook hier ontbreekt echter een nadere juridische duiding van deze mededeling.

Ook interessant is de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Ridderstee*.⁹¹ In deze uitspraak komt de Afdeling in het licht van een door de Europese Commissie vastgestelde Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedure⁹² tot de conclusie dat het zich niet met art. 3:2 van de Awb verdraagt dat het College van GS, alvorens op de aanvraag om subsidie te besluiten, niet in contact is getreden met de Commissie en deze om informeel advies heeft gevraagd. De Afdeling hanteert de Gedragscode van de Commissie dus als maatstaf voor het handelen van het College van GS. De Afdeling geeft echter niet aan wat de juridische betekenis is van deze Gedragscode.

Een uitzondering op de voorgaande jurisprudentie vormt de uitspraak van de Afdeling van 13 oktober 2010, waarin het ging om de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen uit 2001.⁹³ In deze staatssteunzaak overweegt de Afdeling onder verwijzing naar het arrest *Grimaldi* dat nationale rechterlijke instanties gehouden zijn niet-bindende rechtsinstrumenten, zoals aanbevelingen en mededelingen, in aanmerking te nemen

87 ABRvS 11 juni 2008, AB 2008, 371, m.nt. PC. Adriane.

88 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933.

89 PB 2008, C 155.

90 CBB 14 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP7546.

91 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245.

92 PB 2009, C 136.

93 «JB» 2010, 256.

bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen. In deze zaak neemt de Afdeling derhalve aan dat de Grimaldi-rechtspraak ook geldt voor mededelingen. In de vorige paragraaf gaven we echter aan dat de Grimaldi-rechtspraak naar onze mening niet zonder meer kan worden doorgetrokken naar andere soft law-instrumenten, hetgeen door het arrest *Kreussler* wordt bevestigd. Naar onze mening had de Afdeling dan ook een prejudiciële vraag moeten stellen over de reikwijdte van het arrest *Grimaldi*, alvorens daarop de verplichting om de mededeling in aanmerking te nemen te kunnen baseren.

Uit de besproken staatssteunuitspraken blijkt dat de Nederlandse bestuursrechter de visie van de Europese Commissie vaak relevant vindt. In de meeste uitspraken ontbreekt echter een motivering waarom de soft law in overweging wordt genomen of wordt gevolgd. Het weglaten van deze motivering heeft tot gevolg dat onduidelijk is op welke grondslag in beginsel niet-bindende Europese soft law toch juridisch relevant is, hetgeen op gespannen voet staat met de rechtszekerheid. Deze grondslag zou in de eerste plaats kunnen worden gevonden in het besproken arrest *Ijssel-Vliet*. Wanneer deze jurisprudentie niet van toepassing is, zou in de tweede plaats kunnen worden verwezen naar de rol van de nationale rechter in het staatssteunrecht. De nationale rechter is verplicht effectieve rechtsbescherming te bieden in geschillen waarin het gaat om de vraag of onrechtmatige staatssteun is verstrekt. In dat kader is hij bevoegd (en wordt hij gedwongen) het begrip staatssteun uit te leggen en toe te passen. De Europese Commissie heeft echter de exclusieve bevoegdheid om te oordelen over de verenigbaarheid van staatssteun met de gemeenschappelijke markt.⁹⁴ In het licht hiervan lijkt het voor de hand te liggen dat de

bestuursrechter feitelijk aansluiting zoekt bij de visie van de Commissie die is neergelegd in soft law omtrent de vraag of steun moet worden aangemerkt als staatssteun en omtrent het verloop van de staatssteunprocedure. Een derde mogelijkheid is dat om nationaalrechtelijke redenen, bijvoorbeeld omdat het desbetreffende bestuursorgaan de Europese soft law als vaste gedragslijn hanteert, rekening wordt gehouden met de soft law.

4.2 Europese subsidies

Uit ons onderzoek blijkt dat in zaken waarin het draait om de verstrekking van Europese subsidies vooral het CBB wordt geconfronteerd met Europese soft law. In het kader van de bedrijfstoeslag, een Europese landbouwsubsidie, verwijst de verantwoordelijke Nederlandse minister in besluiten tot weigering van de subsidieaanvraag regelmatig naar werkdocumenten van de Europese Commissie. Het gaat daarbij in de eerste plaats om zaken waarin de landbouwer de aanvraag voor de bedrijfstoeslag te laat heeft ingediend. In de toepasselijke Europese verordeningen is bepaald dat in dat geval geen bedrijfstoeslag wordt uitbetaald, tenzij sprake is van een kennelijke fout. Ter beantwoording van de vraag in welke gevallen sprake is van een kennelijke fout heeft de Europese Commissie een werkdocument vastgesteld.⁹⁵ Het CBB heeft in verschillende uitspraken overwogen dat aan dit werkdocument weliswaar geen verbindende kracht toekomt – het gaat immers niet om een verordening, richt-

2008, C-75/05 P en C-80/05 P (*Duitsland e.a./Kronofrance*), *Jur.* 2008, p. I-6619, r.o. 59.

95 De jurisprudentie van het CBB heeft betrekking op verschillende elkaar opvolgende werkdocumenten, zoals het werkdocument van 18 januari 1999 VI/7103/98 Rev2-NL inhoudende richtsnoeren inzake manifeste fouten in de zin van art. 5 bis van de Verordening nr. 3887/92 en het werkdocument AGR 49533/2002 van de Europese Commissie betreffende kennelijke fouten in de zin van art. 12 van de Verordening nr. 2419/2001.

94 HvJEU 2 december 2010, C-464/09/P (*Holland Malt BV*), *Jur.* 2010, p. I-12443, r.o. 46; HvJEG 11 september

lijn of beschikking – maar aan de minister niet de bevoegdheid kan worden ontzegd om aan de hand van het werkdocument, binnen de grenzen van de door de Europese verordening getrokken grenzen, een vaste beleidslijn te ontwikkelen.⁹⁶ In latere jurisprudentie geeft het Cbb een eigen uitleg en samenvatting van het werkdocument.⁹⁷ Het College overweegt: 'Het College heeft het Werkdocument in eerdere jurisprudentie aldus uitgelegd en samengevat, dat van een kennelijke fout over het algemeen alleen kan worden besproken indien verder bij een summier onderzoek na ontvangst van de aanvraag had kunnen vaststellen dat de aanvraag waarschijnlijk geen goede weergave was van hetgeen de aanvrager beoogde aan te vragen.' Vervolgens beziet het Cbb aan de hand van het werkdocument en de op basis daarvan ontwikkelde uitleg in hoeverre in het concrete geval sprake is van een kennelijke fout.⁹⁸

In de tweede plaats is in dit kader de zogenaamde '50-bomenjurisprudentie' van belang.⁹⁹ In deze jurisprudentie draait het eveneens om de bedrijfstoelage. Voorwaarde om deze bedrijfstoelage te ontvangen is dat de landbouwer over landbouwgrond beschikt. In een niet-gepubliceerd werkdocument heeft de verantwoorde-

lijke DG van de Europese Commissie neergelegd dat met bomen beplante oppervlakten binnen een perceel landbouwgrond, met een plantdichtheid van meer dan vijftig bomen per hectare, worden beschouwd als oppervlakten die niet voor steun in aanmerking komen.¹⁰⁰ Wanneer de lidstaten op deze regel een uitzondering willen maken, dienen zij deze uitzonderingen op voorhand vast te stellen. Nederland heeft van deze mogelijkheid niet gebruikgemaakt, zodat de minister zich gehouden acht om de aanvraag voor een bedrijfstoelage overeenkomstig het werkdocument af te wijzen. In de Europese verordeningen is de 50-bomenregel niet als zodanig terug te vinden. In een uitspraak van het Cbb van 27 oktober 2010¹⁰¹ komt de vraag aan de orde of de minister de 50-bomenregel aan de weigering van de bedrijfstoelage ten grondslag mocht leggen. De landbouwer voerde namelijk aan dat op zijn percelen weliswaar meer dan vijftig bomen per hectare staan, maar de bomen dusdanig ver uit elkaar staan dat er met moderne landbouwmachines gemaaid en geschud kan worden en dat de bomen op geen enkele manier een belemmering vormen voor normaal agrarisch gebruik.

Het Cbb acht het op zichzelf beschouwd niet onaanvaardbaar dat de minister voormeld werkdocument als uitgangspunt hanteert bij de beoordeling van aanvragen om uitbetaling van toeslagrechten, meer in het bijzonder bij de beoordeling van de steunwaardigheid van percelen met bomen. Het Cbb is echter van oordeel dat het werkdocument slechts als richtsnoer mag worden gehanteerd en niet als dwingend voorschrift. Volgens het Cbb mist de minister daarmee het karakter van het

96 Zie bijvoorbeeld Cbb 12 maart 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AF6804; Cbb 30 maart 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT3912; Cbb 29 maart 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AX8790; Cbb 6 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY9330.

97 Zie bijvoorbeeld Cbb 25 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM1599. Zie ook Cbb 11 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK7274; Cbb 11 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK7270; Cbb 19 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM1825; Cbb 20 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ6205.

98 Zie bijvoorbeeld Cbb 12 maart 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AF6804.

99 Deze jurisprudentie wordt ook uitgebreid besproken in Van Dam 2013, pp. 14-15 en Van den Brink 2012, p. 718 e.v.

100 AGR/60363/2005-REV1 inhoudende een Guidance for on-the-spot checks of area and area measurement. 101 Cbb 27 oktober 2010, AB 2011, 173, m.nt. J.E. van den Brink. Zie ook Cbb 21 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU1249.

werkdokument. Het gaat immers om een aanbeveling van de Europese Commissie, waaraan niet de status van een wettelijk voorschrift kan worden toegekend. Aan de omstandigheid dat Nederland geen uitzonderingen heeft vastgesteld inzake de plantdichtheid, kan niet de conclusie worden verbonden dat het de minister niet vrij zou staan om tot een individuele beoordeling van de steunwaardigheid van de percelen van de subsidieontvanger over te gaan. In dat kader verwijst het CBB ook naar de van toepassing zijnde Europese verordening waaruit slechts volgt dat voor de bepaling van de steunwaardigheid bepalend is of op het desbetreffende perceel landbouwactiviteiten kunnen worden uitgeoefend. Volgens het CBB bestaat voor een individuele beoordeling in ieder geval aanleiding indien door de betrokken landbouwer bijzondere omstandigheden naar voren zijn gebracht, zoals in dat geval de stelling van de subsidieontvanger dat de meeste bomen langs de kavelsloten of afrastering staan en dat landbouwmachines zonder problemen het gras op deze percelen kunnen maaien, schudden, persen of oprapen. Het CBB komt dan ook tot de conclusie dat het besluit om voor twee percelen de bedrijfstoeslag niet uit te betalen onvoldoende is gemotiveerd.

Uit deze uitspraak blijkt dat het CBB van mening is dat Nederlandse bestuursorganen soft law van de Europese Commissie bij de beoordeling van een aanvraag om Europese subsidie niet als dwingend voorschrift mogen hanteren, maar waar de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven een individuele beoordeling moeten verrichten.¹⁰² Ver-

¹⁰²Zie ook CBB 3 juli 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB0115, r.o. 5.4, waarin het CBB overweegt dat het aanvaardbaar is dat de minister bij de invulling of sprake is van 'uitzonderlijke, naar behoren gemotiveerde gevallen' als bedoeld in art. 23, tweede lid, van de Verordening nr. 2342/1999 de Interpretatienota's 26 en 51 van de directeur-generaal Landbouw van de Europese Commissie als richtsnoer hanteert, maar dat de minister een

der volgt uit de uitspraak dat de Europese Commissie deze individuele beoordeling niet kan beperken door in de soft law op te nemen dat uitzonderingen op de Unierechtelijke soft law door de lidstaten op voorhand moeten worden vastgesteld. Impliciet blijkt hieruit dat het CBB zich niet verplicht acht bij de toetsing van de besluitvorming van het bestuur de richtsnoeren van de Commissie strikt te volgen. De benadering van het CBB heeft tot gevolg dat de Europese soft law niet zonder meer aan de aanvrager kan worden tegengeworpen. Ondanks het feit dat hiermee wordt voorkomen dat een aanvrager van de Europese subsidie wordt geconfronteerd met een uitleg van het EU-recht waarmee hij onbekend is, roepen de overwegingen van het CBB een drietal vragen op. In de eerste plaats besteedt het CBB geen aandacht aan de geldigheid van het werkdokument. Nu de wijze waarop de 50-bomenregel is geformuleerd meer op hard law dan soft law lijkt, was een prejudiciële vraag naar de geldigheid van het werkdokument op zijn plaats geweest.

In de tweede plaats gaat het CBB in zijn overwegingen er zonder meer van uit dat de soft law geen juridisch bindende werking heeft voor de minister van LNV. In paragraaf 3.1 hebben we echter besproken dat ook in het kader van de Europese subsidies sprake zou kunnen zijn van een bijzondere samenwerkingsplicht met als gevolg dat van een juridische bindende werking wel degelijk sprake kan zijn. De lastige vraag in hoeverre de Europese soft law voor de minister een bindende werking heeft en welke consequenties dit mag hebben voor de aanvrager van de Europese subsidie wordt nu onbeantwoord gelaten. Mocht hierover twijfel bestaan, dan had het CBB deze vraag kunnen voorleggen aan het Hof van Justitie, juist omdat Europese soft law in de uitvoeringspraktijk van de Euro-

eigen verantwoordelijkheid heeft om aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval te beoordelen of van een dergelijk geval sprake is. Zie ook CBB 30 november 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ3571.

pese subsidieregelingen zo'n belangrijke rol speelt.

In de derde plaats rept het CbB met geen woord over de vraag in hoeverre het CbB zelf met het werkdocument van de Europese Commissie rekening dient te houden. Uit het in paragraaf 3.2 besproken arrest *Grimaldi* blijkt immers dat nationale rechters aanbevelingen in aanmerking dienen te nemen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen, met name wanneer deze duidelijkheid kunnen verschaffen over de uitlegging van andere nationale bepalingen of wanneer zij bedoeld zijn om dwingende communautaire bepalingen aan te vullen. Hoewel niet duidelijk is in hoeverre deze jurisprudentie ook geldt voor andersoortige Europese soft law dan de aanbeveling, zou het de voorkeur hebben verdiend wanneer het CbB aan deze jurisprudentie aandacht had besteed.

Deze kanttekeningen nemen niet weg dat de kritische houding van het CbB vanuit het perspectief van de aanvrager van de Europese subsidie kan worden toegejuicht. Voorkomen wordt dat de aanvrager wordt geconfronteerd met specifieke voorwaarden om voor de Europese subsidie in aanmerking te komen die hij niet kon kennen. Het desbetreffende werkdocument was immers niet gepubliceerd. De uitkomst leidt mogelijk wel tot problemen met de Europese Commissie, nu het waarschijnlijk is dat de Commissie Nederland aan de 50-bomenregel uit het werkdocument zal houden. Als de minister zich door de uitspraak van het CbB gedwongen voelt toch een Europese subsidie te verstrekken, bestaat de kans dat deze subsidie niet door de Europese Unie wordt vergoed. Om dergelijke problemen in de toekomst te voorkomen heeft de minister inmiddels ervoor gekozen de '50-bomenregel' neer te leggen in een algemeen verbindend voorschrift, namelijk art. 21a, tweede lid, van de Regeling GLB-inkomenssteun 2006. Opvallend is dat de Europese soft law tot Nederlands algemeen verbindend voorschrift wordt verheven; iets wat juist niet

de bedoeling was bij de vaststelling ervan.¹⁰³ In de toelichting is ter motivering aangegeven dat het werkdocument – hoewel door de Europese Commissie consequent toegepast – weliswaar niet bindend is, maar omwille van de duidelijkheid voor de landbouwer en vanwege het feit dat de norm eenvoudig controleerbaar is, ervoor is gekozen de norm in de Regeling GLB-inkomenssteun 2006 neer te leggen.¹⁰⁴ Uit de uitspraak van 13 maart 2013 blijkt echter dat codificatie in een algemeen verbindend voorschrift het CbB niet op andere gedachten brengt.¹⁰⁵ Omdat in de Europese verordening is bepaald dat een perceel landbouwgrond met bomen voor de toepassing van de oppervlaktegebonden steunregelingen als een subsidiabele oppervlakte wordt beschouwd mits het op dat perceel mogelijk is om landbouwactiviteiten op soortgelijke wijze te beoefenen als op percelen zonder bomen in dezelfde regio, dient de minister in voorkomend geval aannemelijk te maken dat een door de landbouwer opgegeven perceel inderdaad de kenmerken van een voor landbouwdoeleinden ongeschikt stuk grond heeft, aldus het CbB. Een enkele afwijzing van de aanvraag op grond van de norm in de ministeriële regeling (die is gebaseerd op Europese soft law) volstaat niet en leidt tot het oordeel dat het bestreden besluit onvoldoende is gemotiveerd en voor vernietiging in aanmerking komt.

Uit de uitspraken van het CbB blijkt derhalve dat het college er in beginsel geen problemen mee heeft dat een Nederlands bestuursorgaan Europese soft law als uitgangspunt hanteert bij het nemen van besluiten. Het bestuursorgaan mag de Europese soft law echter niet als dwingend voorschrift hanteren, ook niet in gevallen waarin de soft law is gecodificeerd in een Nederlands algemeen verbindend voorschrift. Jammer is wel dat het CbB geen uitspraken doet

¹⁰³Zie hieromtrent ook Luijendijk & Senden 2011, p. 339.

¹⁰⁴*Stcr.* 2009, 62.

¹⁰⁵CbB 13 maart 2013, ECL:NL:CBB:2013:BZ6298.

over de vraag of sprake is van een juridisch bindende werking voor het desbetreffende bestuursorgaan, op grond waarvan een toetsingsverplichting voor het CBB bestaat. Het CBB volstaat op dit punt met de overweging dat de soft law geen verbindende kracht toekomt. De juridische relevantie lijkt vooral te zijn gelegen in de omstandigheid dat het Nederlands bestuursorgaan ervoor heeft gekozen de Europese soft law als uitgangspunt te hanteren.

4.3. Vreemdelingenrecht

In het vreemdelingenrecht wordt, door de Rechtbank Den Haag en de Afdeling, regelmatig verwezen naar 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.¹⁰⁶

De bestuursrechters overwegen dat hoewel de richtsnoeren op zichzelf niet bindend zijn, zij wel een handvat vormen bij de uitleg van Richtlijn 2004/38/EG.¹⁰⁷ De richtsnoeren dienen bijvoorbeeld als interpretatiemaatstaf¹⁰⁸ in zaken waarin de vraag aan de orde is of de vreemdeling een werkelijke en actuele bedreiging vormt voor de openbare orde.¹⁰⁹ In die zaken gaat het bij-

voorbeeld om de vraag of veelvuldig gepleegde lichte feiten een bedreiging kunnen vormen voor de openbare orde.¹¹⁰ De bestuursrechter benadrukt dat de richtsnoeren bepalen dat de autoriteiten bij hun beoordeling rekening moeten houden met de aard van de strafbare feiten, het aantal strafbare feiten en de veroorzaakte schade.¹¹¹ Als niet met deze omstandigheden rekening is gehouden, oordeelt de bestuursrechter dat het besluit onvoldoende is gemotiveerd.¹¹² Deze uitspraken laten zien dat doordat de richtsnoeren dienen als handvat bij de interpretatie van richtlijn 2004/38, zij eveneens een maatstaf vormen om de besluitvorming van het bestuur aan te toetsen.

Verder blijkt uit de rechtspraak dat de bestuursrechter van oordeel is dat ook het bestuur de richtsnoeren als handvat kan gebruiken. De minister beziet bijvoorbeeld 'mede aan de hand van de in de richtsnoeren weergegeven indicatieve criteria' of sprake is van een schijnhuwelijk.¹¹³

¹⁰⁶ 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 final.

¹⁰⁷ Dit wordt gezien als 'vaste rechtspraak'. Zie bijvoorbeeld Raad van State 5 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1054, par. 3.3; ABRvS 3 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1068, par. 5.2; Rb. Den Haag, 14 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15326, par. 4.

¹⁰⁸ Zie Luijendijk & Senden 2011, p. 332.

¹⁰⁹ Zie naast de hierna te bespreken zaak ook Raad van State, 5 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1054, par. 3.3; Rb. Den Haag 13 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1251, par. 5.3; Rb. Den Haag,

ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ6327, par. 2.3; Rb. Den Haag, 15 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1559, par. 3.7; Rb. Den Haag, 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU7257, par. 2.9; Rb. Den Haag, 12 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8686, par. 2.27; Rb. Den Haag, 26 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV3857, par. 2.14; Rb. Den Haag, 14 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ1518, par. 4.5; Rb. Den Haag, 21 maart 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP8895, par. 44.

¹¹⁰ Raad van State, 18 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:62, par. 3.3.

¹¹¹ Raad van State, 18 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:62, par. 3.3.

¹¹² Raad van State, 18 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:62, par. 3.6.

¹¹³ ABRvS 28 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX0615, r.o. 2.4.4, 2.4.5; ABRvS 6 juni 2012, ECLI:RVS:2012:BW7878, r.o. 2.3; ABRvS 31 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2009; Rb. Den Haag 23 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11310, r.o. 6.

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie volgt dat Europese soft law juridisch relevant is bij de uitleg van Richtlijn 2004/38/EG. De bestuursrechter gaat echter niet verder dan te constateren dat de richtsnoeren niet bindend zijn, maar desalniettemin 'enige betekenis niet ontberen'.¹¹⁴ De bestuursrechter leidt dit af uit het feit dat de richtsnoeren een handvat bieden bij de interpretatie van de bepalingen in de richtlijn.¹¹⁵ Daarnaast acht de bestuursrechter het van belang dat de minister de richtsnoeren aanhaalt ter rechtvaardiging van zijn beleid.¹¹⁶ Een uitvoerige motivering blijft echter achterwege. De uitspraken suggereren dat de rechter zich niet verplicht acht de richtsnoeren toe te passen.

Het gebruik van de richtsnoeren als (onverplichte) interpretatiemaatstaf is in lijn met de *Kreussler*- en *Grimaldi*-rechtspraak van het Hof. Het is echter de vraag of de Afdeling bij het verwijzen naar de richtsnoeren deze jurisprudentie voor ogen heeft. In ieder geval wordt niet met zoveel woorden naar de rechtspraak van het Hof verwezen.

Overigens doet de overweging dat de richtsnoeren kunnen dienen als interpretatiemaatstaf denken aan de (Nederlandse) jurisprudentie omtrent de beleidsregel. De Nederlandse beleidsregel wordt beheerst door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waardoor een bestuursorgaan niet zomaar van een beleidsregel kan afwijken.¹¹⁷ Deze zelfbinding

is ook terug te vinden in art. 4:84 Awb.¹¹⁸ Aan de overweging van de Afdeling zou de redenering ten grondslag kunnen liggen dat door het eigen beleid te baseren op de richtsnoeren van de Commissie, het bestuur zichzelf als het ware aan de richtsnoeren van de Commissie bindt.

4.4 Milieu

Ook op het terrein van het milieurecht wordt regelmatig naar Europese soft law verwezen.¹¹⁹ Eerst zal de rechtspraak worden besproken die betrekking heeft op het 'Guidance document' behorende bij de Habitat-richtlijn. Deze uitspraken zijn geweest door de Afdeling of lagere rechters. Vervolgens komen uitspraken van het CBB aan de orde die zien op besluiten van het College voor de Toelating van Bestrijdingsmiddelen.

De Habitat-richtlijn beoogt de wilde habitats en de wilde fauna en flora op het Europese grondgebied van de lidstaten in stand te houden en zo de biologische diversiteit te waarborgen.¹²⁰ In het jaar 2007 heeft de Europese Commissie het 'Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC' aangenomen. Dit Guidance document ziet met name op de verplichting neergelegd in art. 12 en art. 16 van de richtlijn, inhoudende dat de

114 ABRvS 6 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS1678, r.o. 2.4.1.

115 ABRvS 13 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BV3584, r.o. 2.4.1.

116 ABRvS 13 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BV3584, r.o. 2.4.1; Rb. Den Haag, 27 januari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ2080, par. 2.8.

117 Zie over zelfbinding E.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink

1996, p. 211, 212; Zie ook Bröring & Geertjes 2013, p. 5 en Tollenaar 2014, par. 3.2.

118 Art. 4:84 Awb bepaalt dat een bestuursorgaan alleen van een beleidsregel mag (en zelfs moet) afwijken als sprake is van bijzondere omstandigheden en daardoor de toepassing van de beleidsregel voor een of meer belanghebbende gevolgen zou hebben die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

119 Gezocht met de zoektermen 'guidance' + 'europese commissie'.

120 Zie art. 2 van de Habitat-richtlijn.

lidstaten een systeem van strikte bescherming dient in te stellen.¹²¹

Uit de rechtspraak blijkt dat bestuursrechters veelvuldig naar het Guidance document verwijzen, in het bijzonder bij de interpretatie van de artikelen 12 en 16 van de Habitat-richtlijn. Het Guidance document wordt door de Rechtbank Den Haag genoemd als 'bron' voor de interpretatie van de richtlijn.¹²² Een voorbeeld van een uitspraak waarin naar het Guidance document wordt verwezen is de uitspraak van 7 november 2012 van de Afdeling. Het gaat om vraag of door de voorgestelde maatregelen (de bouw van driehonderd woningen en de aanleg van een rondweg) het verdwijnen van het foerageergebied van vleermuizen in strijd is met het verbod neergelegd in art. 12 van de Habitat-richtlijn.¹²³ Art. 12, lid 1, onder d, van de richtlijn bepaalt dat een verbod moet worden ingesteld op de beschadiging of de vernieling van de voortplantings- of rustplaatsen. De Afdeling interpreteert dit verbod in het licht van het Guidance document, en meldt (onder meer) dat 'volgens het Guidance document deze bepaling gericht is op het waarborgen van de ecologische functionaliteit van broed- en rustplaatsen'.¹²⁴ Vervolgens onderzoekt de Afdeling of, door de voorgestelde maatregelen, de ecologische functionaliteit in het geding komt.¹²⁵ Uit de Habitat-rechtspraak blijkt dat de nationale rechter het Guidance document hanteert als interpretatiemaatstaf. Uit de rechtspraak van de Afdeling blijkt niet dat zij zich verplicht acht naar het Guidance document te verwijzen. De praktijk van het hanteren van het Guidance

document als onverplicht interpretatiehulpmiddel lijkt in lijn met de *Kreussler-* en *Grimaldi-*rechtspraak. Net als het geval is in vreemdelingenzaken, wordt deze jurisprudentie echter niet aangehaald.

De Nederlandse bestuursrechter heeft wel oog voor de rechtspraak van het Hof waarin het Hof zelf verwijst naar het Guidance document bij de interpretatie van de Habitat-richtlijn. Dit blijkt uit de uitspraak van 8 februari 2012.¹²⁶ De Afdeling is van oordeel dat de minister belang heeft kunnen hechten aan het Guidance document. Daarbij heeft de Afdeling acht geslagen op de waarde die blijktens het wolvenjacht-arrest door het Hof van Justitie aan dit Guidance document wordt gehecht.¹²⁷

De bestuursrechter heeft niet alleen oog voor de rechtspraak van het Hof waarin het Guidance document wordt aangehaald, maar ook voor de conclusie van advocaat-generaal Kokott bij de zaak C-383/09.¹²⁸ In de uitspraak van 22 mei 2013 van de Rechtbank Den Haag wordt het Guidance document uitvoerig geciteerd om de reikwijdte van de onderzoeksplicht en de beschermingsplicht die op de lidstaten rust te bepalen.¹²⁹ De rechtbank komt tot een ruime interpretatie van art. 12 lid 1 Habitat-richtlijn. De Rechtbank acht het van belang dat Kokott, mede op basis van de richtsnoeren, tot een zelfde ruime interpretatie komt en dat het arrest van het Hof van Justitie aansluit bij de inhoud van de conclusie.

121 Zie p. 4 van het Guidance document.

122 Rb. Den Haag, 22 mei 2013, ECL:NL:RBDHA:2013:CA0593.

123 ABRvS 7 november 2012, ECL:NL:RVS:2012:BY2464.

124 ABRvS 7 november 2012, ECL:NL:RVS:2012:BY2464, r.o. 7.3.

125 ABRvS 7 november 2012, ECL:NL:RVS:2012:BY2464, r.o. 7.5.

126 ABRvS 8 februari 2012, ECL:NL:RVS:2012:BV3215, r.o. 2.33.5.

127 HvJEU 14 juni 2007, nr. C-243/05, *Jur.* 2006, p. I-10833 (*Wolvenjacht*), r.o. 29.

128 Conclusie bij HvJEU 9 juni 2011, nr. C-383/09, *Jur.* 2011, p. I-4869, punt 37.

129 Rb. Den Haag, 22 mei 2013, ECL:NL:RBDHA:2013:CA0593.

Uit de Habitat-uitspraken kan aldus worden geconcludeerd dat het Guidance document veelvuldig wordt aangehaald door de bestuursrechter. Op de juridische status van dit document wordt echter niet uitvoerig ingegaan. Op de enkele verwijzing naar de rechtspraak van het Hof na wordt de verwijzing naar het Guidance document niet gemotiveerd.

De overige uitspraken op het terrein van het milieurecht betreffen de uitspraken van het CBB die betrekking hebben op besluiten van het College voor de Toelating van Bestrijdingsmiddelen (CTB).¹³⁰ In deze uitspraken wordt, anders dan in de Habitat-uitspraken, steeds door één van de partijen op een Guidance document een beroep gedaan. Ook passeren verschillende soft law-documenten de revue.¹³¹

130 ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215; 26 juni 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AH9403; CBB 2 augustus 2002; CBB 26 juni 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AH9712; CBB 11 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8263; 21 december 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ6196; CBB 1 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY9535; CBB 20 februari 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO7426.

131 Het gaat om de volgende documenten: Guidance on the interpretation and Determination of Capacity under the IPPC Directive; Guidance document on the re-registration of plant protection products following inclusion of an active substance in Annex I of Council Directive 91/41/EEG; Draft Working Document on the re-registration of plant protection products following inclusion of an existing active substance in annex 1 of Council directive 91/414/EEC van september 1994 (Sanco/10796/2003-rev 8.0); Guidance document on the assessment of the relevance of metabolites in groundwater of substances regulated under Council Directive 91/414/EEC van 25 februari 2003 (Sanco 221/2000 -rev. 10); Technical Notes for Guidance behorend bij de Biocidenrichtlijn; Guidance document on Aquatic Ecotoxicology in the context of the directive 91/414 EEC van 24 april 2002 (Sanco 3268/2001, Rev. 2) en het guidance document uitvoering van richtlijn

Deze uitspraken laten een ander beeld zien dan de door de Afdeling gewezen Habitat-uitspraken omdat het CBB (ook op dit rechtsterrein) zich kritisch opstelt tegenover de (juridische) betekenis van soft law-documenten. De uitspraak van het CBB van 20 februari 2004 biedt een mooi voorbeeld.¹³² In deze uitspraak staat de vraag centraal of het CBB art. 4 van Richtlijn 2002/37/EG¹³³ zo kan interpreteren dat de verzoeker voor de toelating van een bestrijdingsmiddel dient te beschikken over een volledig dossier dat voldoet aan de voorwaarden van Bijlage II van Richtlijn 91/414/EEG.¹³⁴ Het CTB baseert zich daarbij op een Guidance document van de Europese Commissie. Het CBB volgt het betoog van het CTB niet. Het CBB overweegt dat uit de tekst van art. 4 van laatstgenoemde richtlijn niet blijkt dat een dergelijk dossier had moeten worden opgesteld. 'Hierenboven', overweegt het CBB, 'is het Guidance document nog niet definitief vastgesteld, terwijl in dit document zelf tot uitdrukking is gebracht dat het geen enkel juridisch bindend effect heeft voor de lidstaten' (cursivering toegevoegd).¹³⁵ Opvallend is dat het CBB hier, net als het geval is in de hierboven besproken 50-bomenzaken, oog heeft voor de onderliggende hard law-bepaling en in dat licht het soft law-document ter zijde schuift.¹³⁶

2001/42 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's.

132 CBB 20 februari 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO7426.

133 Richtlijn 2002/37/EG van de Commissie van 3 mei 2002 houdende wijziging van Richtlijn 91/414/EEG van de Raad ten einde ethofemesaat op te nemen als werkzame stof (PB 2002, L 117/10).

134 Richtlijn 91/414/EEG van de Raad van 15 juli 1991 betreffende het op de markt brengen van gewasbeschermingsmiddelen (PB 1991 L 230/1).

135 CBB 20 februari 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO7426, r.o. 6.2.

136 Voor een bespreking van de 50-bomenzaken, zie par. 4.2.

Een andere zaak die getuigt van de kritische houding van het CbB is de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CbB van 2 augustus 2002.¹³⁷ In deze zaak gaat het om de vraag of voor de toelating van een bestrijdingsmiddel het noodzakelijk is dat een zogenoemde 'visstudie' is verricht. Het CTB bevoegt dat door middel van een visstudie moet worden aangetoond dat geen sprake is van onaanvaardbare effecten.¹³⁸ De bezwaarde betoogt aan de hand van een Guidance Document dat een visstudie niet noodzakelijk is.¹³⁹ De voorzieningenrechter van het CbB overweegt dat de visstudie wel kan worden vereist, en overweegt daarbij dat het Guidance Document niet tot een andere conclusie leidt. Het CbB citeert uit de introductie van het document, waaruit blijkt dat het slechts gericht is op *guidance*, en vervolgt dat het document geen bindende werking heeft.¹⁴⁰

Uit de uitspraken op de het terrein van het milieurecht blijkt duidelijk dat Nederlandse bestuursrechters op verschillende manieren met soft law omgaan. Terwijl de Afdeling en Rechtbank Den Haag soft law gebruiken als interpretatiemaatstaf, neemt het CbB vooral een kritische houding aan. Opvallend is dat het CbB vooral het niet bindende karakter van soft law benadrukt, daarbij refererend aan passages in de documenten die het niet-bindende karakter benadrukken.

137 Voorzieningenrechter CbB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE6391.

138 Voorzieningenrechter CbB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE6391, onder 4.

139 Voorzieningenrechter CbB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE6391, onder 4. Het gaat om het Guidance document on Aquatic Ecotoxicology in the context of the directive 91/414 EEC van 24 april 2002 (Sanco 3268/2001, Rev. 2).

140 Voorzieningenrechter CbB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE6391, r.o. 7.3.

5 Besluit

Uit de hiervoor geanalyseerde jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter blijkt dat de bestuursrechter weliswaar in veel uitspraken vooropstelt dat Europese soft law niet juridisch verbindend is, maar dat daaraan toch juridische betekenis wordt toegekend. Soft law wordt met name gebruikt als hulpmiddel bij de interpretatie van Unierechtelijke richtlijnen en verordeningen. Zo gebruikt de Nederlandse bestuursrechtersoft law om de Unierechtelijke begrippen staatssteun, kennelijke fout en schijnhuwelijk uit te leggen.

Op basis van het door ons uitgevoerde jurisprudentieonderzoek kan worden geconcludeerd dat Nederlandse bestuursrechters doorgaans weinig problemen hebben met het verwijzen naar Europese soft law ter onderbouwing van hun argumentatie en de daarin neergelegde interpretatie in de meeste gevallen volgen. In de eerste plaats stelt de Nederlandse bestuursrechter zich weinig kritisch op ten aanzien van de inhoud van de Europese soft law. Aan het Hof van Justitie wordt bijvoorbeeld zelden de vraag voorgelegd of de soft law in overeenstemming is met Europese hard law, dan wel of de interpretatie van de Europese Commissie inderdaad de juiste is. Hoewel de effectieve doorwerking van het EU-recht met de soepele houding van de bestuursrechter wordt gediend, zou de nationale rechter naar onze mening niet uit het oog moeten verliezen dat Europese soft law democratische legitimatie ontbeert en dat uiteindelijk het Hof van Justitie bevoegd is om het EU-recht te interpreteren. Een in beginsel (positief) kritische houding jegens Europese soft law is dan ook op haar plaats. In de tweede plaats wordt de verwijzing naar Europese soft law doorgaans niet of uiterst summier door de bestuursrechter gemotiveerd, bijvoorbeeld door te verwijzen naar jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zo blijkt uit de uitspraken niet of de bestuursrechter zich afvraagt of de Europese soft law wellicht een juridisch bindende werking heeft voor de lidstaat, zoals in het

arrest *IJssel-Vliet*, en op grond daarvan een toetsingsverplichting voor de rechter bestaat, dan wel of de rechter gehouden is soft law te gebruiken als een interpretatiehulpmiddel op grond van de *Grimaldi*-rechtspraak.

Als de Nederlandse bestuursrechter zich wel kritisch opstelt, dan is dat meestal het CBB. Met een verwijzing naar het niet-bindende karakter wordt een soft law-document gemakkelijk aan de kant geschoven. Hoewel de kritische houding van het CBB valt te prijzen, rijst daarbij wel het probleem dat bestuursorganen in een lastig parket dreigen te komen. Terwijl de Europese Commissie van hen verwacht dat zij de soft law als uitgangspunt nemen, eist de nationale rechter juist dat in de desbetreffende casus geen of niet te veel betekenis wordt gehecht aan de soft law. Het risico op een infractieprocedure of terugbetaling van Europese gelden is in dat geval zeker niet ondenkbaar. Omdat het CBB geen prejudiciële vragen stelt, blijft de vraag in hoeverre het bestuursorgaan aan de desbetreffende soft law betekenis moet of kan toekennen in de lucht hangen.

Uit het gebruik van zinsneden als 'dat soft law een handvat biedt bij de interpretatie van Unierechtelijke hard law en daarom niet enige betekenis ontbeert' blijkt dat de Nederlandse bestuursrechter worstelt met de vraag welke betekenis aan Europese soft law toekomt. Dit is niet verwonderlijk, nu in de jurisprudentie van het Hof van Justitie weliswaar een aantal aanknopingspunten is te vinden, maar op veel punten nog onduidelijkheid bestaat. Jammer is het wel nu dit leidt tot een gebrek aan transparantie in de redenering van de bestuursrechter en ook tot onvoorspelbare uitkomsten. Dit staat op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel, terwijl in de literatuur juist betoogd wordt dat de rechtszekerheid met de vaststelling van soft law is gediend. Het is daarom wenselijk dat op EU-niveau meer helderheid wordt geschapen over de juridische betekenis van soft law, en over de wijze waarop de nationale

bestuursrechter met soft law zou moeten omgaan. Het moge duidelijk zijn dat daar naar onze mening meer voor nodig is dan de bestaande jurisprudentie van het Hof van Justitie.