



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order

Dam, J.C.A. van

Citation

Dam, J. C. A. van. (2020, February 11). *Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/86926>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/86926>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/86926> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Dam, J.C.A. van

Title: Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order

Issue Date: 2020-02-11

Samenvatting (Dutch Summary)

Guidance documenten van de Europese Commissie in de Nederlandse rechtsorde

I. INLEIDING

De Europese Unie stuurt niet alleen door middel van het recht, dat is neergelegd in verdragen, verordeningen en richtlijnen, maar ook door middel van informele, niet-bindende regels. Niet-bindende regels kunnen de vorm aannemen van guidance documenten waarmee de Europese Commissie de lidstaten bijstaat in de implementatie van de harde Unierechtelijke regels. Guidance documenten verschijnen in vele verschillende vormen, zoals werkdocumenten, richtsnoeren, notities, handboeken, 'vraag en antwoord documenten' en brieven.

In het licht van het groeiend aantal guidance documenten is het niet verwonderlijk dat deze documenten ook verschijnen in de nationale rechtsorde. Guidance documenten kunnen worden gebruikt als 'implementatiehulpmiddel' door nationale autoriteiten. Ook in de rechtspraak van nationale rechters zijn guidance documenten terug te vinden. De documenten vervullen dan een rol als hulpmiddel om Unierechtelijke bepalingen uit te leggen en toe te passen, en om de nationale implementatiepraktijk te toetsen.

Guidance documenten, veelal aangeduid onder de noemer van soft law, zijn een veel gebruikt 'compliance' instrument van de Commissie, en worden geacht bij te dragen aan een correcte en uniforme implementatie van het Unierecht. De aanname van guidance documenten wordt daarnaast gedreven door de 'wens' om bij te dragen aan rechtszekerheid, transparantie en consistentie in het implementatieproces. Daar tegenover staat dat guidance documenten niet worden aangenomen volgens een in de Verdragen neergelegde procedure, en zodoende beschikken over geen, of weinig democratische (input) legitimiteit. Dat maakt de guidance documenten een kwetsbaar en veel bekritiseerd sturingsinstrument dat spanningen oproept in het licht van de voor de EU zo fundamentele *rule of law*.

Gedurende de laatste jaren is er een toenemende aandacht in de juridische literatuur voor de effecten van guidance documenten op het nationale niveau – en dan met name in de nationale rechtspraak. Desalniettemin zijn inzichten in de toepassing en effecten van guidance documenten in ieder geval in Nederland voorslagnog beperkt. Dit onderzoek beoogt de rol van guidance documenten in het Nederlandse implementatieproces (zowel de wetgevings- als bestuurspraktijk) en in de rechtspraak in kaart te brengen en de implicaties in het licht van rechtsbeginselen te duiden. De hoofdvraag luidt als volgt:

Op welke wijze gaan de Nederlandse autoriteiten en de Nederlandse rechter om met guidance documenten van de Europese Commissie en wat zijn daarvan de implicaties in het licht van rechtsbeginselen die bij de implementatie van het Unierecht in acht dienen te worden genomen?

De opzet van het onderzoek bestaat uit drie delen. In het eerste deel (hoofdstuk 1-4) wordt het fenomeen guidance geïntroduceerd en het analytisch kader geformuleerd. Ook wordt de Europese en Nederlandse context geschetst in het licht waarvan de toepassing van guidance zal worden geanalyseerd. Vervolgens wordt in het tweede deel (hoofdstuk 5-7) onderzocht hoe de Nederlandse wetgever, bestuursorganen en rechter omgaan met guidance documenten van de Europese Commissie op drie rechtsterreinen: Europese landbouwsubsidies (directe betalingen), de Habitatrichtlijn 92/43/EEG en De Burgerschapsrichtlijn 2004/38/EC. Het derde deel analyseert de bevinden in het licht van vier rechtsbeginselen (hoofdstuk 8) en beantwoordt tot slot de onderzoeksvraag (hoofdstuk 9).

II. GUIDANCE DOCUMENTEN EN VIER 'PROMISES'

In de literatuur worden guidance documenten zoals gezegd veelal onder het concept 'soft law' geschaard vanwege de mogelijkheid dat deze documenten praktische en juridische effecten kunnen generen. In dit onderzoek wordt de term guidance gebruikt, om twee redenen. Ten eerste is het concept guidance breder dan het concept 'soft law' omdat het bij soft law gaat om regels die beogen gedrag te sturen. Guidance documenten hebben daarentegen dikwijls een informatief en hoog technisch karakter, zonder dat normatieve regels worden gegeven voor nationale autoriteiten. In de tweede plaats wordt de term guidance gehanteerd in de praktijk, zowel binnen de Commissie als in de Nederlandse bestuurspraktijk. Onder het fenomeen guidance wordt in dit onderzoek verstaan schriftelijke documenten waarin de Europese Commissie de lidstaten bijstaat in de implementatie van het Unierecht.

In het systeem van 'shared administration' waarbij het grootste deel van het Unierecht wordt uitgevoerd door de lidstaten in nauwe samenwerking met de Commissie, spelen guidance documenten een belangrijke rol. Guidance documenten worden geacht de effectieve implementatie van het Unierecht te bevorderen. De documenten geven duidelijkheid over de betekenis van Unierechtelijke bepalingen, zorgen voor een uniforme implementatie van het Unierecht en bevorderen een dialoog tussen de Europese Commissie en nationale autoriteiten. Om deze functies te kunnen vervullen, speelt het informele karakter van guidance een belangrijke rol: het geeft guidance documenten souplesse en flexibiliteit, waardoor snel op implementatieproblemen en veranderde omstandigheden en inzichten kan worden ingespeeld.

Dit onderzoek richt zich, zoals gezegd, op de relatie tussen de rol van guidance documenten en Unierechtelijke rechtsbeginselen die bij de

implementatie van het Unierecht in acht dienen te worden genomen. Om die relatie te kunnen onderzoeken, formuleert hoofdstuk 2 vier 'promises', of ideale effecten, van guidance documenten in het licht van vier rechtsbeginselen waarvan wordt verwacht dat zij door de toepassing van guidance documenten worden 'geraakt': rechtszekerheid, gelijkheid- en consistentie, transparantie en legaliteit. De 'promises' schetsen de effecten die guidance documenten dienen te genereren om positief met rechtsbeginselen te kunnen interacteren. De vier promises van guidance documenten zijn:

- 1) De toepassing van guidance bevordert een voorspelbare implementatie van het Unierecht (rechtszekerheidsbeginsel).
- 2) De toepassing van guidance bevordert een consistente implementatie van het Unierecht (het gelijkheids- en consistentiebeginsel).
- 3) De toepassing van guidance bevordert een transparante implementatie van het Unierecht (het transparantiebeginsel).
- 4) De toepassing van guidance respecteert de bindende Unierechtelijke normen (het legaliteitsbeginsel).

In het licht van deze vier promises zal de toepassing van guidance documenten in de Nederlandse bestuurs- en rechtspraktijk in hoofdstuk 8 worden geanalyseerd.

III. TYPES GUIDANCE EN EUROPESE VERWACHTINGEN

Hiervoor is besproken dat het fenomeen guidance ziet op niet juridisch bindende documenten die de lidstaten bijstaan in de implementatie van het Unierecht. Hoofdstuk 3 laat zien dat binnen deze groep vijf verschillende types guidance kunnen worden onderscheiden, namelijk:

- 1) Interpretatieve richtsnoeren die aangeven As we have seen in section 2.2.2, guidance documents are not issued following a legislative procedure spelled out in the Treaties and lack legally binding force. Consequently, through the issuing of guidance documents the Commission cannot create new, binding obligations on the Member States.¹ hoe een Unierechtelijke hard law bepaling volgens de Commissie dient te worden uitgelegd (interpretatieve guidance).
- 2) Richtsnoeren die uitleg geven aan onderliggende Unierechtelijke hard law bepalingen zonder interpretatieve elementen toe te voegen (uitleggende guidance).
- 3) Aanbevelingen ten aanzien van geschikte implementatiemethode(n) (implementatieve guidance).

1 See for instance CJEU 20 March 1997, C-57/95, ECLI:EU:C:1997:164 (*France v Commission*) and CJEU 16 June 1993, C-325/91, ECLI:EU:C:1993:245 (*France v Commission*). See also Scott 2011, p. 340.

- 4) Passende technieken om te kunnen voldoen aan technische standaarden en vereisten neergelegd in Unierechtelijke hard law (technische guidance).
- 5) Goede praktijken ontwikkeld in de lidstaten om bepalingen van Unierecht te implementeren (guidance in de vorm van 'good practices').

Vervolgens onderzoekt hoofdstuk 3 in hoeverre en op welke wijzen op EU-niveau verwachtingen worden geformuleerd voor de wijze waarop nationale autoriteiten en rechters guidance documenten zouden moeten toepassen. Die verwachtingen vloeien in de eerste plaats voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zo heeft het Hof van Justitie in de *IJssel-Vliet* rechtspraak bepaald dat richtsnoeren op het terrein van het staatssteunrecht een bindende werking kunnen hebben voor nationale autoriteiten op grond van de samenwerkingsplicht neergelegd in artikel 108 VWEU en aanvaarding door de desbetreffende lidstaat. Een zo vergaande bindende werking is echter nog niet erkend op andere terreinen. Het uitgangspunt blijft dus dat guidance documenten geen bindende werking hebben voor nationale autoriteiten. Dit wordt anders wanneer in secundaire wetgeving wordt neergelegd dat nationale autoriteiten rekening dienen te houden met guidance documenten. In dat geval, zo blijkt uit het *ACM vs KPN* arrest, ontstaat een 'comply-or-explain' verplichting voor nationale autoriteiten. Dit proefschrift beperkt zich tot een studie naar de toepassing van 'ongereguleerde guidance': guidance zonder expliciete basis in secundaire Uniewetgeving.

Voor de nationale rechter is de *Grimaldi* rechtspraak van het Hof van Justitie nog steeds leidend. In het in 1989 gewezen *Grimaldi* arrest heeft het Hof van Justitie bepaald dat de nationale rechter gehouden is om rekening te houden met aanbevelingen van de Europese Commissie. In de literatuur wordt deze 'formule' vertaald als een inspanningsverplichting voor de nationale rechter om rekening te houden met guidance documenten. In het *ACM vs KPN* arrest heeft het Hof van Justitie de *Grimaldi* formule verder aangescherpt. In die zaak overweegt het Hof van Justitie dat de nationale rechter slechts op specifieke gronden kan afwijken van een aanbeveling behorende bij de Kaderrichtlijn telecomcommunicatie. Deze overweging dient echter te worden gelezen in het licht van de specifieke juridische context. Het gaat namelijk om een aanbeveling die is aangenomen op basis van artikel 19 van de Kaderrichtlijn telecomcommunicatie en waarmee de nationale regelgevende instanties, volgens datzelfde artikel, zoveel mogelijk rekening dienen te houden. Het is echter niet uit te sluiten dat een vergelijkbare strikte invulling van guidance documenten zal worden aangenomen op andere, vergelijkbare rechtsterreinen.

Uit het bovenstaande volgt dat guidance documenten in meerdere of mindere mate een juridisch bindende werking kunnen verkrijgen voor nationale autoriteiten alsmede voor de nationale rechter. Daar komt nog bij dat guidance documenten door de Commissie ook als toezichtsinstrument kunnen worden gebruikt in het kader van haar werkzaamheden als 'guardian of the Treaties'. Guidance documenten kunnen bijvoorbeeld een

rol spelen bij beslissingen tot het openen van infractieprocedures of bij het opleggen van financiële correcties (zoals op het terrein van Europese subsidies). Het gebruik van guidance als monitoring instrument kan in de praktijk zorgen voor een feitelijk bindende werking van guidance documenten voor nationale autoriteiten.

IV. DE NEDERLANDSE CONTEXT EN VIER PERSPECTIEVEN

Hoofdstuk 4 bespreekt de karakteristieken van het Nederlandse bestuursrecht, alsmede de instrumenten die worden gebruikt om het Unierecht te implementeren en schetst in hoofdlijnen het systeem van de rechterlijke organisatie. Dit hoofdstuk formuleert ook vier perspectieven op het bindende karakter van guidance. De perspectieven kunnen worden weergegeven als:

- 1) De toepassing van guidance als ware het een bindende regel of standaard;
- 2) De toepassing van guidance als verplicht implementatiehulpmiddel waar alleen gemotiveerd vanaf kan worden geweken;
- 3) De toepassing van guidance als vrijwillig implementatiehulpmiddel;
- 4) Geen toepassing geven aan/het buiten beschouwing laten van guidance.

De perspectieven zijn geformuleerd na een verkennend onderzoek naar de wijze waarop met guidance wordt omgegaan in de Nederlandse bestuurs- en rechtspraktijk. Samen met de vijf types guidance vormen de perspectieven de twee assen van het analytisch kader in het licht waarvan verschillende rollen van guidance kunnen worden onderscheiden.

V. GUIDANCE IN DE IMPLEMENTATIEPRAKTIJK: EEN GEVARIEERD BEELD

Hoofdstuk 5,6 en 7 staan in het teken van het empirische onderzoek naar de rol van guidance documenten in de Nederlandse rechtsorde. Hieronder worden, in grote lijnen, de bevindingen van dit onderzoek naar de rol van guidance documenten in het implementatie proces op de drie geselecteerde terreinen besproken.

Een bindende werking?

De empirische analyse laat een gevarieerd beeld zien in de mate waarin guidance als een bindend implementatiehulpmiddel wordt ervaren en toegepast. De mate van 'bindende werking' van guidance documenten verschilt per beleidsterrein en ook, zoals in de volgende subparagraaf zal blijken, per type guidance.

De documenten hebben de meest vergaande bindende kracht op het terrein van directe betalingen. De vele guidance documenten bij de landbouwverordeningen worden in de regel strikt gevolgd. Uit interviews met

ambtenaren bij het ministerie en de RVO alsmede uit de rechtspraak van het CbB blijkt dat de documenten in het implementatie proces worden ervaren en toegepast 'als ware het wetgeving'; afwijking van guidance documenten brengt immers het risico van een financiële correctie met zich mee. Daarnaast spelen ook het streven naar rechtszekerheid, consistentie alsmede 'controleerbaarheid' een rol bij het strikt volgen van de richtsnoeren van de Commissie.

Het onderzoek naar de twee guidance documenten bij de Burgerchapsrichtlijn 2004/38/EG laat een ander beeld zien. Op dit terrein wordt de toepassing van guidance documenten gekenmerkt door een nationale praktijk van 'cherry picking'. Dit betekent dat guidance documenten in het algemeen door de IND worden gebruikt als implementatiehulpmiddel voor zover zulks in lijn is met het, doorgaans restrictieve, implementatiebeleid. De guidance documenten nemen aldus de vorm aan van 'vrijwillig implementatiehulpmiddel'.

Een perspectief op de bindende werking van guidance documenten bij de Habitatrichtlijn is minder gemakkelijk te ontwaren. In Nederland is de Habitatrichtlijn geïmplementeerd in de Wet Natuurbescherming 2017 die, grotendeels, wordt uitgevoerd op het niveau van de provincies. Expliciete sporen van guidance documenten zijn slechts te vinden in de memorie van toelichting bij de Natuurbeschermingswet, terwijl op het niveau van de provincies de Habitat guidance documenten vooral een 'onzichtbare' rol spelen als interpretatiehulpmiddel. Op basis van interviews met ambtenaren bij het Ministerie en met provincieambtenaren ontstaat het algemene beeld dat guidance documenten als gezaghebbend interpretatiehulpmiddel worden beschouwd waar niet zomaar vanaf kan worden gegaan.

De types guidance

In de tweede plaats laat de analyse zien dat in het licht van de types guidance verschillende rollen van guidance als implementatiehulpmiddel kunnen worden onderscheiden.

Het type guidance dat het meest zichtbaar sporen achterlaat in de implementatiepraktijk zijn de interpretatieve richtsnoeren. Op het terrein van landbouwsubsidies worden de interpretatieve guidance documenten omgezet in de Uitvoeringsregeling rechtstreekse betalingen en in de daarbij behorende beleidsregels, of ze worden als bindend voorschrift gehanteerd bij het nemen van beschikkingen. Voorts laten de Nederlandse beleidsregels neergelegd in de Vreemdelingen-circulaire sporen zien van interpretatieve richtsnoeren gerelateerd aan de Burgerchapsrichtlijn. En tot slot, interpretatieve richtsnoeren behorend bij de Habitatrichtlijn zijn te vinden in de reeds genoemde memorie van toelichting behorend bij de Natuurbeschermingswet en worden gebruikt om 'guidance' te geven voor de uitleg van de Natuurbeschermingswet op provinciaal niveau.

Het tweede type van 'uitleggende guidance', dat uitleg geeft aan of een overzicht geeft van Unierechtelijke hard law bepalingen, laat minder duidelijke

lijk sporen achter in de implementatiepraktijk. Dat heeft ermee te maken dat dit type guidance minder ‘concrete’ handvatten geeft voor de interpretatie van Unierechtelijke bepalingen. Toch zijn enkele sporen van dit type guidance geïdentificeerd, bijvoorbeeld in de toelichting op beleidsregels behorend bij de Uitvoeringsregeling rechtstreekse betalingen, als ook in de werkinstructies van de IND. Ondanks het feit dat dit type guidance een minder tastbaar effect heeft op implementatie-instrumenten en praktijken, kunnen de uitleggende richtsnoeren echter, op een meer abstract niveau, sturing geven aan de wijze waarop Unierechtelijke bepalingen worden uitgelegd en toegepast.

Het derde type ‘implementatieve guidance’ dat aanbevelingen geeft ten aanzien van de geschikte implementatiemethoden kan een grote sturende kracht hebben op de implementatiepraktijk. Dat laat het onderzoek naar de toepassing van deze documenten op het terrein van de landbouwsubsidies zien. De vele implementatieve guidance documenten zijn leidend voor de inrichting van het beheer- en controlesysteem, dat door de lidstaten moet worden opgezet. Maar ook in het implementatieproces van de Burger-schapsrichtlijn spelen de implementatieve richtsnoeren een rol: aan de hand van de richtsnoeren uit COM(2009)313 zijn ‘pilots’ ontwikkeld om schijnhu-welijken te kunnen detecteren en te onderzoeken.

Ook de technische guidance documenten kunnen een belangrijke rol spelen als – in dit geval – technisch implementatiehulpmiddel. Dat wordt duidelijk, wederom, uit de analyse op het terrein van de directe betalingen. De vele technische richtsnoeren worden gebruikt als standaard voor het inrichten van het beheers- en controlesysteem, zoals bijvoorbeeld het land-bouwpercelen- en identificatiesysteem. De technische richtsnoeren worden veelal vertaald naar interne kaderdocumenten van de RVO.

Resteert dan nog het type guidance dat een overzicht geeft van ‘good practices’ die zijn ontwikkeld in de lidstaten. Alhoewel dit type guidance veel voorkomt op alle drie de rechtsterreinen, wordt dit type guidance niet snel aangewend als implementatiehulpmiddel op het nationale niveau. De voornaamste verklaring hiervoor lijkt te zijn dat de goede praktijken van andere lidstaten niet weergeven wat *volgens de Commissie* de meest geschikte implementatiemethode is of wat de juiste interpretatie is van Unierechte-lijke bepalingen. Er gaat derhalve een minder sterk bindende werking uit van dit type guidance dan van de andere types guidance: zelfs op het terrein van directe betalingen werd dit door de geïnterviewde ambtenaren benadrukt.

VI. GUIDANCE EN DE NEDERLANDSE BESTUURSRECHTSPRAAK

Naast de nationale wetgever en het bestuur speelt ook de nationale rechter een belangrijke rol bij de doorwerking van het Unierecht. De nationale rechter ziet erop toe dat het Unierecht door de nationale autoriteiten op de juiste wijze wordt geïnterpreteerd en toegepast, en kan daarbij gebruik maken van guidance documenten van de Europese Commissie. Dat bete-

kent ook dat de nationale rechter een rol kan spelen in het ‘verhelderen’ en ‘reguleren’ van de toepassing van guidance documenten als implementatiehulpmiddel. Deze paragraaf beziet welke rol guidance documenten spelen in de rechtspraak op de drie geselecteerde rechtsterreinen.

Types guidance: interpretatieve guidance domineert

Zoals hierboven geschetst dient de nationale rechter volgens de *Grimaldi* rechtspraak ‘aanbevelingen’ in aanmerking te nemen bij het beslechten van geschillen. Het onderzoek naar de rechterlijke uitspraken op de drie geselecteerde rechtsterreinen heeft geen uitspraken opgeleverd waarin naar de *Grimaldi* rechtspraak wordt gewezen. Dit betekent echter niet dat Nederlandse bestuursrechters niet naar interpretatieve richtsnoeren verwijzen. Integendeel, de rechters tonen zich weinig terughoudend als het gaat om het hanteren van guidance documenten als interpretatiehulpmiddel. Zo verwijzen de Afdeling en de lagere rechters regelmatig naar het Species guidance document behorend de Habitatrichtlijn alsmede naar de richtsnoeren neergelegd in document COM(2009)313 behorend bij de Burgerschapsrichtlijn. Op het terrein van de directe betalingen spelen interpretatieve richtsnoeren een zichtbare rol in de rechtspraak van het CBb, met als meest geciteerd het werkdocument over het begrip ‘kennelijke fout’.

Toch zijn de interpretatieve richtsnoeren niet de enige types guidance die een rol kunnen spelen in het rechterlijke besluitvormingsproces. De rechtspraak laat ook zien dat guidance met aanbevelingen ten aanzien van de geschikte implementatiemethode als toetsingsmaatstaf wordt gehanteerd. Aan dit type guidance wordt gerefereerd in zaken over vermeende schijnhuwelijken. De Afdeling toetst de implementatiepraktijk in het licht van de richtsnoeren waarin aanbevelingen worden gedaan ten aanzien van de geschikte onderzoeksmethode om schijnhuwelijken te identificeren. Het is echter opmerkelijk dat dit type guidance geen (zichtbare) rol speelt in de rechtspraak van het CBb op het terrein van de rechtstreekse betalingen. Juist op dit terrein worden immers veel guidance documenten aangenomen die aanbevelingen geven ten aanzien van passende implementatiemethoden en technieken.

Welke rol is er voor de twee andere types guidance: de uitleggende guidance en de guidance in vorm van ‘goede praktijken’? Om met de laatste te beginnen: slechts in enkele uitspraken wordt door het CBb verwezen naar ‘goede praktijken’ van andere lidstaten zoals gecommuniceerd door de het Joint Research Centre van de Commissie. In die uitspraken overweegt het CBb dat het feit dat ook andere lidstaten gebruik maken van een driedimensionale meetmethode, voor de keuze van het Nederlandse betaalorgaan pleit om hetzelfde te doen. Voorts blijkt uit een aantal uitspraken dat uitleggende guidance een rol kan spelen bij het nemen van beslissingen om de context en doel van een Unierechtelijke betalingen vast te stellen.

Een gezaghebbend interpretatiehulpmiddel?

Het bovenstaande laat zien dat vooral de interpretatieve richtsnoeren een zichtbare rol vervullen als rechterlijk interpretatie hulpmiddel. De volgende vraag is dan in hoeverre de rechters aan guidance documenten een bindende werking toekennen.

In veel, zelfs een meerderheid, van de uitspraken verwijzen de Nederlandse bestuursrechters naar guidance documenten van de Commissie zonder in te gaan op de juridische status van deze documenten.

In een aantal uitspraken is de rechter echter meer expliciet over de rol van guidance documenten. Het meest expliciet is de Afdeling in uitspraken waarin wordt verwezen naar de richtsnoeren gerelateerd aan de Burgerschapsrichtlijn. Volgens de Afdeling bieden de richtsnoeren COM(2009)313 een handvat voor de interpretatie van de bepalingen van Richtlijn 2004/38, en kan aan guidance documenten derhalve niet 'elke werking worden onzegd'. Door de Afdeling wordt vervolgens vrij consistent naar de rol van de richtsnoeren als 'interpretatiehandvat' gerefereerd.

Het CBb kiest een, vooralsnog uitzonderlijk, expliciete benadering in de recente 'kennelijke fout zaken'. Het CBb maakt duidelijk dat het dit document in aanmerking neemt omdat het afkomstig is van een 'gezaghebbende instantie' (namelijk de Commissie), alsmede vanwege het feit dat de Minister het document hanteert bij de beoordeling of sprake is van een kennelijke fout.

Voorts maakt het CBb in verschillende uitspraken duidelijk dat het de toepassing van richtsnoeren als 'beleidsuitgangspunt' door de Minister accepteert. Echter, uit die uitspraken blijkt ook dat het CBb niet accepteert dat de Minister de richtsnoeren van de Commissie hanteert 'als een dwingend voorschrift'. Daarmee miskent de Minister volgens het CBb het niet-bindende karakter, zo volgt uit de 'vijftig bomen zaken'. Het CBb verlangt van de Minister dat hij een afweging maakt in het licht van de omstandigheden van het geval indien dat wordt vereist door de onderliggende Unierechtelijke bepalingen.

Alhoewel aldus een (voorzichtige) trend lijkt te ontstaan waarbij de toepassing meer wordt gemotiveerd, laat de rechtspraak toch vooral nog vragen open ten aanzien van de status van guidance documenten. Bijvoorbeeld: hanteert de rechter de documenten als een verplicht of juist vrijwillig interpretatiehulpmiddel? Neemt de rechter hierbij de *Grimaldi* rechtspraak van het Hof van Justitie als uitgangspunt? Acht de rechter het mogelijk om van (bepaalde types) guidance af te wijken, en zo ja dient dit te worden gemotiveerd? En, hanteert de rechter eenzelfde maatstaf voor de Nederlandse bestuursorganen?

Uit interviews met staatsraden bij de Raad van State volgt dat guidance documenten van de Europese Commissie als een gezaghebbend interpretatiehulpmiddel worden beschouwd. Dat betekent dat de guidance documenten, zowel door de rechter als door het bestuur, in beginsel dienen te worden gevolgd bij de interpretatie van het Unierecht. Afwijking is moge-

lijk, mits onderbouwd: een 'pas-toe-of-leg-uit' verplichting dus. De vraag is echter of dit perspectief wordt gedeeld door de andere (hoogste en lagere) bestuursrechters. Uit (informele) interviews met andere Nederlandse rechters reist het beeld dat inderdaad verschillend naar de bindende werking van guidance documenten wordt gekeken.

VII. ANALYSE IN HET LICHT VAN DE VIER 'PROMISES'

Na de rol van guidance documenten in de implementatiepraktijk en de rechtspraak te hebben onderzocht, kunnen de bevindingen worden geanalyseerd in het licht van de vier 'promises' van guidance in het licht van de vier rechtsbeginselen (zie hoofdstuk 8). De vraag is dan: in hoeverre dragen guidance documenten bij aan een voorspelbare, consistente en transparante implementatie van het Unierecht en worden daarbij de grenzen van het harde Unierecht in acht genomen en gerespecteerd?

De implementatiepraktijk: de promises onvervuld

De analyse van de toepassing van guidance documenten in de implementatiepraktijk laat, enerzijds, praktijken zien waarmee de vier promises van guidance documenten worden gediend. Dit is het geval in de situatie waarin de, met name interpretatieve, richtsnoeren van de Commissie worden gebruikt bij het opstellen van beleidsregels en zelfs bij het opstellen gedelegeerde regelgeving (namelijk de Ministeriële regeling op het terrein van directe betalingen). Via deze nationale regels kunnen guidance documenten bijdragen aan het vergroten van voorspelbaarheid, transparantie en consistentie in de implementatie van het Unierecht.

Anderzijds getuigt de analyse ook van het bestaan van 'guidance praktijken' die aan het vervullen van de vier promises in de weg staan.

In de eerste plaats wordt een voorspelbaarheidseffect van guidance documenten belemmerd door de onzekerheid ten aanzien van de status en bindende werking van guidance documenten in de implementatiepraktijk. Het is onduidelijk in hoeverre door bestuursorganen een bindende werking aan guidance documenten wordt toegekend en derhalve welke rol guidance documenten spelen als implementatiehulpmiddel. Dit is ook een probleem indien guidance documenten worden gebruikt voor het opstellen van beleidsregels of regelgeving. Indien deze regels, of de besluiten gebaseerd daarop worden aangevochten is het van belang te weten wat de status van deze regels is en of op die regels een beroep kan worden gedaan.

De toepassing van guidance documenten is, in de tweede plaats, veelal onzichtbaar voor de buitenwereld, waardoor guidance documenten ook niet de beoogde 'transparantie-effecten' genereren. De analyse laat zien dat de wetgever en bestuursorganen in veel gevallen niet verwijzen naar guidance documenten. Het is vaak onduidelijk dat artikelen in de Ministeriële regeling over rechtstreekse betalingen zijn gebaseerd op guidance documenten, dat beleidsregels voortvloeien uit Commissierichtsnoeren

of dat individuele beslissingen zijn gebaseerd op richtsnoeren van de Commissie. Daarnaast wordt een transparante toepassing van guidance documenten ook niet bevorderd doordat guidance documenten, zo is bijvoorbeeld het geval op het terrein van rechtstreekse betalingen, alleen toegankelijk zijn voor de nationale autoriteiten maar niet openbaar zijn gemaakt voor justitiabelen.

In de derde plaats zorgen de richtsnoeren van de Commissie ook niet altijd voor een consistente implementatie van het Unierecht. Dit risico doet zich met name voor wanneer de toepassing van guidance documenten wordt beheerst door een ‘cherry picking’ approach, en de richtsnoeren niet zijn omgezet in een Nederlandse beleidsregel. Het gevaar bestaat dan dat richtsnoeren van de Commissie in het ene geval wel worden toegepast, en in het andere geval niet – zoals de toepassing van de richtsnoeren ten aanzien van schijnhuwelijken laat zien. Daarnaast kan ook een frequente herziening van Commissie richtsnoeren leiden tot een veelvuldig wijzigende implementatiepraktijk, en dus aan een consistente toepassing het Unierecht in de weg staan.

In de vierde plaats laat de empirische analyse zien dat ondanks het niet-bindende karakter, guidance documenten in de praktijk een basis kunnen vormen voor beslissingen die niet zijn terug te voeren op een onderliggende Unierechtelijke hard law bepaling. Dit risico is het meest zichtbaar op het terrein van Europese subsidies waar guidance documenten worden toegepast als ware het bindende regels; maar ook wanneer guidance documenten worden gehanteerd om implementatiepraktijken te rechtvaardigen of onderbouwen waarbij de grenzen van de Unierechtelijke hard law bepalingen worden ‘opgezocht’. Dit risico doet zich voor bijvoorbeeld op het terrein van vrij verkeer van personen waar het Unierecht in de regel ‘restrictief’ wordt geïmplementeerd.

Aldus kan worden geconcludeerd dat om verschillende redenen de guidance documenten in de implementatiepraktijk niet de gewenste effecten kunnen vervullen. Het niet bindende, zo flexibele karakter, dat guidance documenten een aantrekkelijk sturingsmiddel maakt, zorgt ervoor dat guidance documenten in de praktijk niet altijd consistent, transparant, voorspelbaarheid en ‘Unierecht-proof’ worden toegepast. In veel opzichten blijven de beloftes van guidance documenten onvervuld.

De rechtspraak: een promises-proof toepassing van guidance?

Bovenstaande conclusie ziet op de toepassing van guidance documenten als implementatiehulpmiddel door de Nederlandse wetgever en bestuursorganen. Hoe zit het u met de Nederlandse rechter? Bevordert de rechter een toepassing van guidance in lijn met de promises of juist niet?

Ook de rechtspraak laat een genuanceerd beeld zien. Aan de ene kant, kunnen verschillende ‘praktijken’ worden ontwaard die ertoe bijdragen dat guidance documenten de gewenste effecten, in ieder geval deels, kunnen vervullen.

In de eerste plaats laat de analyse zien dat de toepassing van guidance documenten als interpretatiehulpmiddel of beoordelingsmaatstaf kan bijdragen aan een transparante, voorzienbare en consistente toepassing van Unierecht door de rechter. Dit is met name het geval wanneer guidance documenten 'steevast' door de rechter wordt aangehaald om een bepaalde bepaling van Unierecht uit te leggen of toe te passen. Een voorbeeld zijn de reeds genoemde 'obvious error' uitspraken van het CBb, waarin het CBb al bijna twintig jaar lang consistent naar het guidance document van de Commissie verwijst.

In de tweede plaats geeft de analyse van de rechtspraak ook voorbeelden van uitspraken waarin de rechter instructies geeft aan het bestuur om 'promises-proof' met guidance documenten om te gaan. Zo verlangt de Afdeling van de minister en de IND om de richtsnoeren in Mededeling COM(2009)313 bij de motivering van een besluit in acht te nemen. Ook lijkt de Afdeling ten aanzien van diezelfde richtsnoeren een zelf-bindende werking voor het bestuur te erkennen. De Afdeling overweegt bijvoorbeeld de richtsnoeren als interpretatiehulpmiddel dienen, des te meer vanwege het feit dat de minister ook zelf regelmatig naar de richtsnoeren in COM(2009)313 verwijst.

Aan de andere kant, is de toepassing van guidance documenten nog niet volledig 'promises-proof'. De rechtspraak laat ook praktijken zien die juist eraan in de weg staan dat guidance documenten de gewenste effecten genereren.

In de eerste plaats is een helder perspectief ten aanzien van de status en bindende werking van guidance documenten niet in de rechtspraak te ontwaren. Zoals hierboven reeds geconcludeerd laat de rechtspraak vooral vragen open ten aanzien van de bindende werking van guidance documenten. Zo blijft onduidelijk of guidance documenten worden beschouwd als verplicht of vrijwillig interpretatiehulp-middel en of de Nederlandse rechter zichzelf in enige mate aan guidance documenten gebonden acht.

In de tweede plaats blinkt de toepassing van guidance documenten door de Nederlandse rechter ook niet uit als het gaat om 'transparantie'. Uit de rechterlijke uitspraken wordt immers niet altijd duidelijk of en in hoeverre guidance documenten een rol hebben gespeeld in de redenering van de rechter. Illustratief is de 'onzichtbaarheid' van het Managing Natura 2000 guidance document in rechterlijke uitspraken, terwijl dit document in de praktijk veel wordt geraadpleegd en gebruikt – zo werd duidelijk in interviews met bestuursrechters.

Ten derde komt ook de consistente toepassing van guidance documenten in gevaar doordat er geen eenduidig perspectief is ten aanzien van de bindende werking van guidance documenten. Zo laten de 'otter-uitspraken' op het terrein van de Habitatrichtlijn zien dat in één zaak het Species guidance document in eerste instantie uitvoering wordt aangehaald door de rechtbank, maar in hoger beroep door het gerechtshof volledig wordt genegeerd. Kortom, ook vanuit transparantie-oogpunt valt er nog veel te winnen.

Tot slot is de vraag of de rechter het niet-bindende karakter van guidance documenten respecteert, en guidance zo gebruikt dat het in lijn is met de onderliggende Unierechtelijke hard law bepalingen. Uit verschillende uitspraken blijkt dat de Nederlandse bestuursrechters het gebruik van guidance documenten als ware het een bindende regelgeving niet accepteren. Dit volgt het meest expliciet uit de rechtspraak van het CBB, zoals de vijftig bomen zaken illustreren. Aldus kan worden geconcludeerd dat de niet-bindende werking van guidance inderdaad expliciet wordt erkend. De analyse laat echter ook zien dat de rechter guidance regelmatig als interpretatiehulpmiddel hanteert, en slechts zelden (expliciet) van richtsnoeren van de Commissie afwijkt. Een al te gemakkelijk 'volgen' van guidance documenten kan ervoor zorgen dat in de praktijk de richtsnoeren van de Commissie, en niet de rechtspraak van het Hof leidend zijn bij de interpretatie van Unierechtelijke hard law. Bovendien zijn op de drie terreinen geen uitspraken gevonden waarin de rechter een vraag stelt aan het Hof van Justitie over de interpretatie en/of geldigheid van guidance documenten van de Commissie.

VIII. CONCLUSIE

Volgens Hofmann, Rowe en Türk '[w]ere the Commission not to provide such guidance, many Member States would, frankly, be stumbling in the dark in their attempts to fulfill the demands of European law'.²

In de praktijk vervullen guidance documenten hun rol als implementatiehulpmiddel op uiteenlopende wijzen, zo wordt duidelijk uit de analyse in dit onderzoek. Zo worden guidance documenten als *de facto* bindend voorschrift gehanteerd; spelen zij een rol als gezaghebbend interpretatiehulpmiddel waar – onder motivering – van af kan worden geweken of staat de toepassing van guidance in het teken van een 'cherry picking' benadering. De Nederlandse bestuursrechter hanteert de guidance documenten voornamelijk als interpretatiehulpmiddel, maar laat vooral ook vragen open ten aanzien van de bindende werking van guidance documenten voor Nederlandse bestuursorganen en voor de rechter zelf.

De onvoorspelbare en vaak onzichtbare wijze waarop met guidance documenten wordt omgegaan in de praktijk, roept spanningen op in het licht van beginselen die bij de implementatie van het Unierecht in acht dienen te worden genomen. De bevindingen van dit onderzoek laten zien dat de toepassing van guidance documenten kan leiden tot rechtsonzekerheid, inconsistentie, een gebrek aan transparantie en dat zij zelfs de rol van het Unierecht kunnen overnemen.

Voor de legitimiteit van het EU-bestuur en van het nationale bestuur is echter van groot belang dat met guidance documenten wordt omgegaan op een wijze die (zoveel mogelijk) in lijn is met rechtsbeginselen. Immers,

2 Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 570.

het feit dat guidance documenten worden gekarakteriseerd door een sterk informeel karakter, betekent niet dat de toepassing van guidance niet door rechtsbeginselen wordt genormeerd. Integendeel, indien guidance documenten in de nationale rechtsorde tot juridische vragen en problemen leiden, staat daarmee de legitimiteit van guidance als sturingsmiddel onder druk.

Dit betekent dat verder moet worden nagedacht over de vraag hoe de aanname en toepassing van guidance documenten op Europees niveau en in de Nederlandse rechtsorde te reguleren of stroomlijnen.

Daarbij lijkt wellicht de meest voor de hand liggende oplossing om guidance documenten een expliciete basis te geven in de EU-Verdragen om de aanname daarvan te regelen en de status daarvan te verduidelijken. Echter, zo een maatregel zou ook afbreuk doen aan het informele karakter van guidance documenten en de bindende werking van die richtsnoeren kunnen versterken. Daarmee zou de vrijheid van de lidstaten in de implementatie van het Unierecht en de flexibiliteit van guidance onnodig worden beperkt.

De oplossing kan derhalve beter worden gevonden in de vorm van zachte regels, een soort 'guidance voor guidance' dus, die de Commissie, wetgever, bestuur en rechter begeleiden bij de toepassing van guidance documenten en uitnodigen – zoveel mogelijk – om te gaan met guidance documenten op een transparante, consistente en voorspelbare wijze. Daarnaast kunnen de zachte regels herinneren aan de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de implementatie van het Unierecht, zodat bij de aanname en toepassing van guidance documenten de ruimte en flexibiliteit die door het Unierecht wordt geboden wordt benut, maar ook de grenzen die door het Unierecht worden gesteld, in acht worden genomen.