Ministerie van Justitie

Zoektocht naar de aansluiting tussen het Nederlandse en Europese regelgevingsysteem

Aan de hand van de implementatie van vijf kaderrichtlijnen in Nederland

Zoektocht naar de aansluiting tussen het Nederlandse en Europese regelgevingsysteem

Aan de hand van de implementatie van vijf kaderrichtlijnen in Nederland

21 september 2010

Colofon

Afzendgegevens
Directoraat-Generaal Wetgeving, Internationale Aangelegenheden en Vreemdelingenzaken
Directie Wetgeving

Schedeldoekshaven 100
2511 EX Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/justitie

Onderzoeksrapport van de Universiteit van Amsterdam in opdracht van het Ministerie van Justitie

Auteurs
D.M. Curtin, R.H. van Ooik & T.A.J.A. Vandamme (red.)

Met bijdragen van

mr. M.N. Boeve
prof.dr. D.M. Curtin
mr. F.A.G. Groothuijse
prof.dr. M.B.M. Loos
mr. L. van Middelkoop
mr.dr. R.H. van Ooik
dr. J.R. Popma
mr. Dr. T.A.J.A. Vandamme

Inhoudsopgave

Colofon 5
Inhoudsopgave 7
Afkortingen 11

Deel A Overkoepelend Deel 13

Hoofdstuk 1 Algemene Inleiding 15
1. Achtergrond 15
2. Plan van aanpak 16
3. Methodologie 16
4. Opbouw van het rapport en auteursverdeling 17

Hoofdstuk 2 Structuurkenmerken van het Europese regelgevingsysteem 19
1. Inleiding
2. Europees regelgevingsysteem en nationale implementatie 19
2.1 Europese regelgeving als resultaat van politieke compromissen 19
2.2 Europese terminologie 20
2.3 Harmonisatievormen 21
2.4 Harmonisatieniveaus 23
2.4.1 'Gedelegeerde' handelingen en 'uitvoeringshandelingen' 24
2.4.2 De 'uitvoeringshandelingen' nader bezien 26
2.5 Eisen gesteld aan de wijze van implementeren van richtlijnen 26
3. Kaderrichtlijnen en hun institutionele context 27

Hoofdstuk 3 Het Nederlandse referentiekader 31
1. Inleiding 31
2. Procedurele en institutionele vormgeving 31
2.1 Het primaat van de wetgever en kaderrichtlijnen 31
2.2 De opbouw van een Nederlands wetgevingscomplex 34
2.3 De rol van het maatschappelijk middenveld bij kaderrichtlijnen 35
2.4 De autonomie van het Nederlandse procesrecht en kaderrichtlijnen 35
2.5 Bestuurlijke autonomie van Nederland en kaderrichtlijnen 35
3. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader 38
3.1 De Nederlandse wetsystematiek en kaderrichtlijnen 38
3.2 Het Nederlandse begrippenkader en implementatie van kaderrichtlijnen 39
3.3 Spontane Harmonisatie 40
4. Rechtsinstrumenten en -technieken 41
4.1 'Goldplating' bij implementatie? 41
4.2 Zelfregulering en kaderrichtlijnimplementatie 41

Deel B De Case Studies **41**

Hoofdstuk 4 Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden **45**
1. Inleiding 45
2. Kaderrichtlijn 89/391/EEG en haar institutionele context 45
3. Het Nederlandse referentiekader 47
3.1 De rol van de formele wetgever, eventuele frictie tussen de Kaderrichtlijn en de (bestaande) nationale wet- en regelgeving 47
3.2 De rol van het maatschappelijk middenveld 49
3.3 Zelfregulering 50
3.4 Geschil over implementatie art. 7 Richtlijn 51
3.5 'Goldplating' bij implementatie? 53
4. Conclusies 54

Hoofdstuk 5 Kaderrichtlijn Water **57**
1. Inleiding 57
1.1 Milieudoelstellingen 57
1.2 Afwijkingsmogelijkheden 58
1.3 Stroomgebiedbeheersplannen en maatregelenprogramma's 60
1.4 Implementatie van de Krw in Nederland 60
1.4.1 Implementatie in de Wwh 61
1.4.2 Implementatie in de Waterwet en het Waterbesluit 62
1.4.3 Implementatie milieudoelstellingen en monitoringsverplichtingen op grond van hoofdstuk 5 Wet milieubeheer 63
2. Procedurele en institutionele vormgeving 64
2.1 Algemeen 64
2.2 De rol van het maatschappelijk middenveld bij de Krw 66
2.3 De Krw en de bestuurlijke autonomie van Nederland 67
3. Samenhang rechtsregels en Nederlands begrippenkader 70
3.1 Nederlandse wetsystematiek en begrippenapparaat 70
3.2 Spontane harmonisatie 73
4. Rechtsinstrumenten en -technieken 74
4.1 Geen goldplating 74
4.2 Zelfregulering 74
5. Conclusies 74

Hoofdstuk 6 Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit **77**
1. Inleiding 77
2. Procedurele en institutionele vormgeving 78
2.1 Spanningen met het primaat van de wetgever 81
2.2 De luchtkwaliteitsrichtlijnen en de opbouw van een Nederlands wetgevingscomplex 82
2.3 Inbreng maatschappelijk middenveld 82
2.4 De autonomie van het Nederlandse procesrecht 83
2.5 De kaderrichtlijn en de bestuurlijke autonomie 85
3. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader 86
3.1 De kaderrichtlijn Luchtkwaliteit en de Nederlandse wetsystematiek 86
3.2 Aansluiting op het Nederlandse begrippenkader en spontane harmonisatie 87
4. Rechtsinstrumenten en rechtstechnieken 88
4.1 'Goldplating' 88
4.2 Zelfregulering 89
5. Conclusies 89

Hoofdstuk 7 Ontwerp-Kaderrichtlijn Consumentenrechten 91

Algemeen deel 91
1. Inleiding 91

2. Procedurele en institutionele vormgeving 92
2.1 Het primaat van de wetgever en de mogelijkheid van delegatie op nationaal niveau 93
2.2 Delegatie op Europees niveau; Comitologie-procedure 93
2.3 De rol van het maatschappelijk middenveld in Nederland 94
2.4 De autonomie van het Nederlandse procesrecht en zelfregulering 95
3. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader 95

Bijzonder deel 99
4. Informatieverplichtingen 99
5. Ontbindingsbevoegdheid gedurende de bedenktijd 100
6. Algemene voorwaarden 101
7. Koop en consumentenkoop 103
8. Diensten en andere bijzondere overeenkomsten dan koop 105
9. Conclusies 106

Hoofdstuk 8 Dienstenrichtlijn 109
1. Inleiding 109
2. Procedurele en institutionele vormgeving 111
2.1 Spanningen met het primaat van de wetgever 111
2.2 De Dienstenrichtlijn en de opbouw van een Nederlands wetgevingscomplex 113
2.3 De Dienstenrichtlijn en de autonomie van het Nederlandse procesrecht 114
2.4 De kaderrichtlijn en de bestuurlijke autonomie van Nederland 116
2.5 De kaderrichtlijn en de rol van het maatschappelijk middenveld 116
3. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader 117
3.1 De Dienstenrichtlijn en de verscherping van het onderscheid tussen vestiging en diensten 117
3.2 De Dienstenrichtlijn en het begrippenapparaat uit de Awb 118
3.3 Spontane harmonisatie 118
4. Rechtsinstrumenten en -technieken 133
4.1 'Goldplating' of niet? 133
4.2 Zelfregulering 133
4.3 Dynamische verwijzing naar het EU-begrippenkader 134
5. Conclusies 134

Deel C Afsluitend deel **123**

Hoofdstuk 9 Bevindingen **125**
1. Kaderrichtlijn-specifieke implementatieproblemen? 125
2. Procedurele en institutionele vormgeving 126
2.1 Het primaat van de Nederlandse wetgever bij implementatie van Europese (kader) richtlijnen 126
2.2 Het primaat van de Nederlandse wetgever bij latere uitwerking van (kader)richtlijnen op Europees niveau 127
2.3 Het Nederlandse wetgevingscomplex 127
2.4 Betrokkenheid maatschappelijk middenveld 127
2.5 Nederlandse procesrecht 128
2.6 Bestuurlijke autonomie van Nederland 128
3. Samenhang rechtsregels en Nederlands begrippenkader 129
4. Rechtsinstrumenten en rechtstechnieken 130
4.1 'Goldplating' 130
4.2 Zelfregulering 131
5. Aanbevelingen voor vervolgonderzoek 131

Annexen **133**
Annex 1: Lijst EG / EGA richtlijnen die zichzelf betitelen als kaderrichtlijnen (nominale kaderwetgeving) 135
Annex 2: Questionnaire ten behoeve van de casestudies ('kaderrichtlijnen') 137
Annex 3: Overzicht resultaten van het onderzoek per casestudy 139
Annex 4: Bibliografie 147
Annex 5: Aangehaalde Jurisprudentie 151
Annex 6: Aangehaalde Wetgeving 153
Annex 7: Verslag 'Round Table' Bijeenkomst op 1 Juni 2010 in Den Haag 157
Over de auteurs 161

Afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
AcW	Adviescommissie water
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
Arbo	Arbeidsomstandigheden
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BEUC	Bureau Européen des Unions de Consommateurs
Bkmw	Besluit kwaliteitseisen en monitoring water
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CAW	Commissie van advies inzake de Waterstaatswetgeving
COM	Commissiedocument
EBLR	European Business Law Review
EEB	European Environmental Bureau
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EGTS	Europese Groepering voor Territoriale Samenwerking
EIPR	European Intellectal Property Law Review
EK	Eerste Kamer der Staten-Generaal
ELR	European Law Review
EP	Europees Parlement
EPL	European Public Law
EU	Europese Unie
EVO	Eigen Vervoerders Organisatie
EZ	Economische Zaken
FIDE	Fédération Internationale du droit Européen
FNV	Federatie Nederlandse Vakverenigingen
Gwr	Grondwaterrichtlijn
HBO	Hoger beroepsonderwijs
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ(EU)	Hof van Justitie van de EG/EU
ICER	Interdepartementale Commissie Europees Recht
ILO	International Labour Organization
IMCO	Internal Market and Consumer Protection
IPO	Interprovinciaal Overleg
IPPC	Integrated Pollution Prevention and Control
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg / Gerecht
Kms	Kaderrichtlijn mariene strategie
KNV	Koninklijk Nederlands Vervoer
KrL	Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit
Krw	Kaderrichtlijn water
LNV	Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
LOVCK	Landelijk Overleg Voorzitters Civiele Kamers
LTO	Land en Tuinbouw Organisatie
MenR	Milieu en Recht
MKN	Milieukwaliteitsnormen
NCW	Nederlandse Christelijke Werkgeversbond
NEC	National Emission Ceilings
NEN	Nederlandse Norm

NGO	Non-gouvernementele Organisatie
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
n.n.g.	nog niet gepubliceerd
NSL	Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit
NTB	Nederlandse Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
OR	Ondernemingsraad
OWN	Overlegorgaan Waterbeheer en Noordzee-aangelegenheden
Pb.	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
Pb.EU	Publicatieblad van de Europese Unie
PvdA	Partij van de Arbeid
PVT	Personeelsvertegenwoordiging
REACH	Registration, Evaluation and Authorisation of CHemicals
RI&E	Risico Inventarisatie en Evaluatie
r.o.	rechtsoverweging
RoR	Richtlijn overstromingsrisico's
Rps	Richtlijn prioritaire stoffen
RSL	Regionaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvS	Raad van State
SBCA	Stichting Beheer Certificatie Arbodiensten
SER	Sociaal Economische Raad
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TBR	Tijdschrift voor Bestuursrecht
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
TLN	Transport Logistiek Nederland
TO	Tijdschrift voor Omgevingsrecht
TWA	Tripartiete Werkgroep Arboconvenanten
VenW	Verkeer en Waterstaat
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VEWIN	Vereniging van waterleidingbedrijven in Nederland
VK	Verenigd Koninkrijk
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VNO	Verbond van Nederlandse Ondernemingen
VOS	Vluchtige organische stoffen
VrA	Vermogenrechtelijke Analyses
VROM	Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
Wabo	Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht
Wet TZ	Wet Terugdringing Ziekteverzuim
Wft	Wet financieel toezicht
Wm	Wet milieubeheer
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en DocumentatieCentrum
Wv	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('Werkingsverdrag')
Wwh	Wet op de waterhuishouding
Zzp	Zelfstandige zonder personeel

Deel A

Overkoepelend Deel

Hoofdstuk 1 Algemene Inleiding

1. Achtergrond

De aanleiding tot dit onderzoek is gelegen in de gedachte dat de Europese en de Nederlandse rechtsorde, gezien hun fundamenteel verschillende aard, soms op zeer structurele, of systematische, wijze slecht op elkaar aansluiten. Om deze problemen in kaart te kunnen brengen moet er meer duidelijkheid zijn over de vraag welke de typische structurele eigenschappen van het Europese regelgevingskader zijn en welke de typisch Nederlandse. Steeds meer heeft de overtuiging postgevat dat 'de systematiek van het wettelijk stelsel moet aansluiten op de Europese benadering'.[1] De opdrachtgever en het onderzoeksteam van de Universiteit van Amsterdam zijn zich er van bewust dat de aansluiting tussen de Europese en de nationale rechtsorde een zeer 'rijk' thema is. Om die reden is ervoor gekozen bij wijze van onderzoeksbeperking tot een eerste exploratie te komen van dit spanningsveld tussen Europese en Nederlandse rechtsorde aan de hand van vijf geselecteerde kaderrichtlijnen.
Hoewel er geregeld onderzoek wordt gedaan naar de problemen bij de implementatie van Europese wetgeving (meestal richtlijnen) in de Nederlandse rechtsorde, voelt de opdrachtgever van dit onderzoek de noodzaak op een meer structureel (en abstract) niveau dit probleem te analyseren. Daarbij is van groot belang dat de Europese rechtsorde, net zo min als de Nederlandse, een constante factor is. Ook zij vernieuwt zichzelf onder druk van buitenaf en van binnenuit. De Europese instrumenten en concepten voor regelgeving (het 'EU acquis') raken in zwang of juist uit de mode met belangrijke consequenties voor de Nederlandse rechtsorde. Bovendien kunnen de Europese 'constitutionele' regels (het 'primaire recht') en beginselen veranderen, zoals laatstelijk bij de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (1 december 2009).[2] Omdat derhalve ook de Europese regelgever evolueert kunnen er nieuwe uitdagingen voor de Nederlandse rechtsorde ontstaan bij de omzetting van Europese regels. Dat de Europese rechtsorde zelf ook evolueert, komt onder andere tot uiting in het fenomeen 'kaderrichtlijn'. Er zijn aanwijzingen dat de Europese wetgever zich steeds meer bedient van deze wetgevingsvorm.[3]

Het doel van dit explorerende onderzoek is te komen tot een betere inschatting van mogelijke knelpunten in de Nederlandse rechtsorde als gevolg van Europese wetgeving. Hierbij staat de vraag centraal in hoeverre deze knelpunten structureel van aard kunnen zijn omdat ze voortvloeien uit de fundamentele verschillen tussen de Nederlandse en de Europese rechtsorde. Knelpunten die voortvloeien uit dergelijke fundamentele verschillen kunnen uitmonden in een 'systeemwijziging' in de Nederlandse rechtsorde. Dat wil zeggen dat de mogelijke knelpunten bij omzetting van het EU-besluit voor de Nederlandse rechtsorde mogelijk 'horizontale consequenties' met zich meebrengt.
Horizontale consequenties zijn te definiëren in dit onderzoek als de gevolgen van een bepaald EU-besluit voor de Nederlandse rechtsorde die het strikte toepassingsbereik van dat EU-besluit overstijgen. Horizontale consequenties kunnen zich voordoen op het puur normatieve vlak of op het institutionele of het procedurele vlak in Nederland.
Deze horizontale consequenties kunnen een expliciet gevolg zijn van het EU-besluit. Nationale procedures, juridische concepten of (bestuurs)praktijken worden dan op fundamentele wijze heroverwogen als gevolg van de omzetting van Europees recht in de Nederlandse rechtsorde. Echter, het is niet ondenkbaar dat horizontale consequenties een meer impliciet gevolg zijn waarbij pas in een (zeer) laat stadium een en ander wordt onderkend. Bovendien kan worden onderscheiden tussen de situatie waarin zij het gevolg zijn van een bewuste Nederlandse keuze bij de implementatie van een

[1] Zie de Nota 'Vertrouwen in wetgeving', TK 2008-2009, 31 731, 0p p. 16.

[2] Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan de invoering van het Protocol Nr. 2 inzake subsidiariteit en evenredigheid, de integratie van de vroegere derde pijler (politie en justitie zaken) in de eerste pijler van de Unie (de oude EG, thans het Werkingsverdrag) en aan de wijzigingen in het 'tertiaire Unierecht' (de nieuwe artikelen 290 en 291 Wv). Over die laatste wijziging, uitgebreider hoofdstuk 2, par. 2.4.

[3] Door bijvoorbeeld in ogenschouw te nemen dat steeds meer EU-wetgeving zichzelf als 'kaderrichtlijn' betitelt. Dit komt verder aan bod in hoofdstuk 2, par. 3 van het onderhavige onderzoek. Zie ook B. de Witte in Kapteyn & VerLoren van Themaat, The Law of the European Union and the European Communities, 2008, p. 284.

bepaald EU-besluit en de situatie waarin zij een onvoorzien gevolg zijn dat zich pas later aftekent, bijvoorbeeld wanneer het omgezette EU-besluit (in dit onderzoek de kaderrichtlijn) later wordt gewijzigd en/of aangevuld.

2. Plan van aanpak

Het onderzoek begint met het in kaart brengen van het Europese regelgevingsysteem met een bijzondere nadruk op kaderrichtlijnen als Europese wetgevingstechniek. Zoals eerder opgemerkt lijkt de EU-wetgever zich steeds meer te bedienen van kaderrichtlijnen. Mogelijk zouden juist kaderrichtlijnen bij hun omzetting in Nederlands recht horizontale consequenties met zich mee kunnen brengen. Dit heeft de opdrachtgever ertoe bewogen om bij dit explorerende onderzoek te beginnen met een aantal richtlijnen die mogelijk het karakter hebben van een 'kaderrichtlijn'. Kaderrichtlijnen zelf (als concept) zijn echter niet de hoofdfocus van dit onderzoek. Er zal hierna weliswaar aandacht worden besteed aan hun mogelijke definiëring en aan de vraag of de vijf onderzochte richtlijnen (in de vijf casestudies) ook inderdaad als zodanig kunnen worden gekwalificeerd. Echter, voorop staat dat de kaderrichtlijn in dit explorerende onderzoek vooral instrumenteel is om tot de volgende kernvragen te kunnen komen: in hoeverre geven de kaderrichtlijnen aanleiding tot implementatieproblemen, in hoeverre zijn deze problemen structureel van aard en in welke mate heeft de omzetting van de kaderrichtlijn 'horizontale consequenties' in de Nederlandse rechtsorde teweeg gebracht? Gezien de beperkte tijd en middelen is ervoor gekozen in dit onderzoek niet (uitgebreid) in te gaan op andere besluiten dan (kader)richtlijnen. Met name verordeningen komen hooguit incidenteel aan bod.
Voor dit explorerende onderzoek is bij aanvang een nadere selectie gemaakt van vijf richtlijnen en hun bijbehorende 'uitvoerende' of 'dochter'-wetgeving voor een nadere diepteanalyse. Bij deze vijf richtlijnen is uitgegaan van bepaalde eigenschappen die deze richtlijnen gemeen hebben, met name wordt nagegaan of deze vijf inderdaad als 'kaderrichtlijn' kunnen worden beschouwd in de zin van dit onderzoek, alsmede met de achtergrond en expertise van de verschillende onderzoeksinstituten van de juridische faculteit van de Universiteit van Amsterdam. Het betreft het Amsterdam Centre for European Law and Governance (penvoerder; 'ACELG'), het Hugo Sinzheimer Instituut voor arbeid en recht ('HSI'), het Centre for the Study of European Contract Law ('CSECL') en het Centrum voor Milieurecht ('CvM').[4]
De onderzoeksbeperking op Europees niveau naar (kader)richtlijnen brengt inherent ook een onderzoeksbeperking mee op Nederlands niveau. Op het terrein van de Nederlandse implementatieproblematiek zal worden gezocht naar mogelijke knelpunten waarbij in het bijzonder wordt onderzocht of de kans dat deze zich kunnen voordoen bij kaderrichtlijnen (zoals hierna gedefinieerd in hoofdstuk 2) groter is dan bij andere vormen van EU-wetgeving. Daarmee is niet gezegd dat deze problemen 'exclusief' behoren bij kaderrichtlijnen maar dat in het Nederlandse referentiekader voor implementatie deze knelpunten zich mogelijk met een grotere waarschijnlijkheid in relatie tot kaderrichtlijnen kunnen voordoen. Hierdoor geeft dit onderzoek een eerste opstap naar een groter onderzoeksthema: wat zijn precies de wezenlijke kenmerken van het Nederlandse referentiekader? Door het signaleren van implementatieproblemen komen immers de contouren van dit referentiekader scherper naar voren. In de bevindingen naar aanleiding van dit onderzoek zullen derhalve ook op dit gebied de eerste tentatieve conclusies worden getrokken naar aanleiding van de concrete problemen bij de omzetting van de vijf geselecteerde kaderrichtlijnen.

3. Methodologie

Het 'Nederlandse referentiekader' beslaat het geheel aan rechtsregels, wetgevingspraktijken en institutionele context waaruit de Nederlandse rechtsorde is opgebouwd en welke van bijzondere betekenis is voor de omgang in Nederland met de plicht tot implementatie van EU-regels. Dit referentiekader zal in dit onderzoek worden geproblematiseerd vanuit een aantal vragen die worden

[4] Voor de auteursverdeling, zie hieronder par. 4.

gekoppeld aan de implementatie van de vijf geselecteerde (kader)richtlijnen (en hun 'dochter- of 'uitvoerende' richtlijnen). Deze set van vragen zal vervolgens als een 'raster' worden toegepast op de vijf geselecteerde (kader)richtlijnen. Door deze vragen te toetsen aan de (kader)richtlijnen kan worden vastgesteld welke aspecten van de Nederlandse rechtsorde voor bijziendere knelpunten hebben gezorgd bij de implementatie van die richtlijnen. Het is evenwel vrijwel onmogelijk meer algemene uitspraken te doen over de vraag welke aspecten van het Nederlandse referentiekader problematisch zijn bij de implementatie van Europese richtlijnen. Het onderzoek beperkt zich immers tot de implementatie van een vijftal (kader)richtlijnen.
De basis van het onderzoek bestaat uit literatuuronderzoek en analyse van een veelheid aan Europese en Nederlandse rechtsbronnen. Na het maken van een aanzet tot het problematiseren van het Nederlandse referentiekader bij de omzetting van kaderrichtlijnen wordt aangevangen met de diepteanalyses van de vijf geselecteerde kaderrichtlijnen. In deze fase werden reeds bepaalde interviews met beleidsambtenaren en wetgevingsjuristen afgenomen. Hiertoe werden 'onderzoekskoppels' gevormd. Voor iedere geselecteerde (kader)richtlijn is, in overleg met het Ministerie van Justitie, een beleidsmedewerker uit een van de ministeries aangewezen die de individuele onderzoeker kon helpen met het uitvoeren van zijn / haar casestudy. Na afronding van deze diepteanalyses werd onderzocht in hoeverre de vijf onderzochte (kader)richtlijnen tot nieuwe inzichten leidden met betrekking tot het Nederlandse referentiekader in relatie tot kaderrichtlijnen en in hoeverre zich bij hun omzetting (voorziene of onvoorziene) horizontale consequenties voor hadden gedaan of nog konden voordoen. Deze onderzoeksfase werd afgesloten met een voorlopig rapport dat als basis heeft gediend voor een 'round table' gesprek (1 juni 2010) met een select gezelschap van betrokkenen die in de (wetgevings) praktijk te maken hebben gehad met kaderrichtlijnen. Bepaalde van deze personen hadden reeds in een eerdere fase meegewerkt aan het onderzoek door middel van de vorming van de genoemde 'onderzoekskoppels'. Na verwerking van de uitkomsten van deze 'round table' – het verslag daarvan is bijgevoegd als annex 7 - is het onderzoek afgesloten met het onderhavige eindrapport (per 1 september 2010).

4. Opbouw van het rapport en auteursverdeling

Dit rapport bestaat uit drie delen, nader onderverdeeld in hoofdstukken. Deel A betreft de inleidende en daarna algemene besprekingen, in het bijzonder over de belangrijkste kenmerken van het Europese regelgevingsysteem (hoofdstuk 2) en over de typerende kenmerken van het Nederlandse referentiekader bij implementatie van Europese regels (hoofdstuk 3). Daarna volgen in Deel B de besprekingen en uitkomsten van de vijf casestudies, in de hoofdstukken 4-8. Deze vijf hoofdstukken van deel B hebben zoveel mogelijk dezelfde structuur: een bespreking van de betrokken kaderrichtlijn, inclusief implementatie daarvan in Nederland; procedurele en institutionele vormgeving; samenhang rechtsregels; rechtsinstrumenten en -technieken; en dan volgen de hoofdstukconclusies. Tot slot worden in Deel C (hoofdstuk 9) de belangrijkste algemene bevindingen en conclusies van het onderzoek weergegeven.

Deel A en Deel C werden geschreven door prof. dr. D.M. Curtin, mr. dr. R.H. van Ooik en mr. dr. T.A.J.A. Vandamme (allen ACELG). Deze drie auteurs zijn ook verantwoordelijk voor de afstemming van deze delen met de vijf casestudies.
De auteurs van deze vijf casestudies zijn:
- Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden: dr. J.R. Popma (HSI)
- Kaderrichtlijn Water: mr. F.A.G. Groothuijse (CvM)
- Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit: mr. M.N. Boeve en mr. L. van Middelkoop (beiden CvM);
- Ontwerprichtlijn Consumenten: prof. dr. M.B.M. Loos
- Dienstenrichtlijn: mr. dr. T.A.J.A. Vandamme en mr. dr. R.H. van Ooik

De algemene supervisie en conceptuele leiding van het onderzoek werd gevoerd door prof. dr. D.M. Curtin (ACELG).De ambtelijke begeleiding van het onderzoek lag in handen van:
Prof.dr. G.J. Veerman (Ministerie van Justitie, vz)
Mr. Dr. J. Luijendijk (Raad van State)
Mr. N.E.M. Kohll (Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer)
Mr. L.J. Vester (Ministerie van Justitie)
Mr. S.R. Hendriks-de Lange (Ministerie van Justitie)
Drs. D.de Groot (Ministerie van Justitie)

Hoofdstuk 2 Structuurkenmerken van het Europese regelgevingsysteem

1. Inleiding

In dit hoofdstuk gaat het om een aantal structurele kenmerken van het regelgevingsysteem op Europees niveau die van bijzonder belang zijn voor de nationale instanties die belast zijn met de implementatie van de uit dat systeem voortvloeiende Europese rechtsregels. Een goed inzicht in deze kenmerken is voor de nationale, en dus ook de Nederlandse, wetgever van fundamenteel belang om tijdig problemen bij de (toekomstige) implementatie te onderkennen, op te sporen, en zo nodig maatregelen te nemen.[5]

In paragraaf 2 worden die belangrijke kenmerken samengenomen en besproken; daarna volgt in paragraaf 3 afzonderlijke en uitgebreidere aandacht voor een van die kenmerken, namelijk het fenomeen van de kaderrichtlijn.

2. Europees regelgevingsysteem en nationale implementatie

2.1 Europese regelgeving als resultaat van politieke compromissen

Zonder hier uitgebreid op het Europese wetgevingsproces te hoeven ingaan, is wel van groot belang te constateren dat bij dit proces vele actoren zijn betrokken, in het bijzonder de Europese Commissie, het Europees Parlement en de Raad, welke laatste instelling in feite de regeringen van de 27 lidstaten zijn. Deze actoren hebben vaak zeer tegengestelde ideeën, motieven en belangen, zodat Europese regelgeving bijna steeds het karakter van een politiek compromis draagt. Niettegenstaande serieuze initiatieven ter verbetering,[6] kan dit ingewikkelde EU wet- en regelgevingsproces nog steeds uitmonden in regels die niet uitblinken door helderheid of die zelfs, al dan niet binnen dezelfde Europese regeling, met elkaar op gespannen voet staan, zo niet tegenstrijdig zijn.

Voor de nationale implementatiewetgever betekent dit dat de taak om correct te implementeren er bepaald niet eenvoudiger op wordt. Indien er dan achteraf - door een nationale of Europese rechter - geconcludeerd wordt dat er onjuist is geïmplementeerd, dan is het niet uitgesloten dat de (geringe) kwaliteit van het Europese wetgevingproduct daar (mede) voor verantwoordelijk is.
Een mooi voorbeeld is te vinden in de 'speelgoedzaak' die uiteindelijk bij de Hoge Raad en het HvJEU terecht kwam, en waarin de Cadmiumrichtlijn tegenover de Speelgoedrichtlijn stond. De Cadmiumrichtlijn stond namelijk een lager cadmiumgehalte toe dan de Speelgoedrichtlijn; het cadmiumgehalte in het speelgoed van het betrokken bedrijf (100 mg/kg) lag nog onder het maximum toegestane gehalte van de Speelgoedrichtlijn, maar boven dat van de Cadmiumrichtlijn. De richtlijnen bleken daarom, wat betreft het toegestane maximum aan cadmium in speelgoed, in de woorden van de Hoge Raad 'moeilijk met elkaar in overeenstemming te brengen'.[7] Het HvJEU, door de HR gevraagd om een prejudiciële beslissing, stelde dat beide richtlijnen inderdaad uiteenlopende normen bevatten voor cadmiumgehalten, maar dat deze normen beantwoordden aan uiteenlopende doelstellingen. Daarom diende de Cadmiumrichtlijn in die zin te worden uitgelegd dat deze niet in de weg stond aan toepassing van het in deze richtlijn neergelegde verbod op het in de handel brengen van producten

[5] Andere structuurkenmerken van het Europese regelgevingsysteem die van minder direct belang zijn voor de nationale implementatiewetgever, zoals het vereiste dat ieder Europees besluit een adequate rechtsgrondslag in het Verdrag behoeft, blijven buiten beschouwing.

[6] Zie bijvoorbeeld het Interinstitutioneel akkoord van 31 december 2003 over wetgevingskwaliteit, Pb.EU 2003, C 321/01. Zie voor een bespreking Voermans, Wim J. M., 'Concern about the Quality of EU Legislation: What Kind of Problem, by What Kind of Standards?', Erasmus Law Review, Vol. 2, No. 1, 2009.

[7] Zie voor deze HR-uitspraak: LJN-nummer AL4343 Zaaknr: 02584/02 E (paragraaf 3.6) en de bespreking hiervan in Ministerie van Justitie, Handleiding, Wetgeving en Europa. De voorbereiding, totstandkoming van nationale implementatie van Europese regelgeving 2009, op p. 125.

met een cadmiumgehalte hoger dan een bepaald toegestaan maximum op speelgoed, dat valt onder de Speelgoedrichtlijn.[8] Aldus kan gesteld worden dat het Hof, op grond van een teleologische benadering, koos voor een 'verzoenende' interpretatie en de twee richtlijnen dus niet als met elkaar strijdig uitlegde (op het punt van de maximumhalten cadmium).
Deze taak om niet scherp geformuleerde Europese regelgeving toch correct te implementeren in nationale wetgeving, wordt verder bemoeilijkt doordat Europese regelgeving op een geheel eigen wijze geïnterpreteerd moet worden. Het Hof van Justitie van de EU heeft erop gewezen dat bij die interpretatie alle (thans 23) officiële taalversies met elkaar moeten worden vergeleken; dat termen in EU-regelgeving een geheel andere betekenis kunnen hebben dan hetzelfde begrip op nationaal niveau heeft (bijvoorbeeld het begrip 'werknemer'); en dat een bepaald Europees besluit moet worden uitgelegd in het licht van het Europese recht als geheel (thans ongeveer 80.000 bladzijden wetgeving).[9]

Het is zeer de vraag of aan dit belangrijke structuurkenmerk van Europese regelgeving veel te doen valt, vooral ook in het licht van de steeds verdere uitbreiding van de EU (met zo verschillende landen als Kroatië, Turkije en IJsland als kandidaat-lidstaten). Hoewel men kan denken aan de instelling van een 'Europese Raad van State', die de wetgevingskwaliteit zou moeten bewaken, moet bedacht worden dat Europese regelgeving vaak het resultaat is van heftige politieke onderhandelingen en daarom soms zelfs bewust vaag moet worden gehouden, juist om het politieke compromis te kunnen bereiken.[10] Weliswaar kan uitleg gevraagd worden aan het HvJ (in het kader van een prejudiciële procedure, zoals in de Speelgoedzaak, of een inbreukprocedure),[11]maar dit zal in bijna al de gevallen geschieden nádat de Nederlandse wetgever al aan zijn implementatieverplichting had moeten voldoen. Bezien vanuit de positie van nationale implementatiewetgevers is dit 'een gegeven', waar zij weinig aan kunnen doen en waarmee zij zullen moeten leren leven.

2.2 Europese terminologie

Vanwege het besproken totstandkomingproces van Europese regelgeving, zal deze regelgeving vaak termen bevatten die niet in alle nationale rechtsordes voorkomen of waarvoor in die rechtsordes een min of meer - maar niet geheel - overeenkomende andere term bestaat. Er wordt dan noodzakelijkerwijze EU-terminologie gebruikt die een aantal lidstaten niet of niet goed kent.
Deze lidstaten zullen die 'onbekende' termen bij implementatie kunnen overnemen in nationale wetgeving, hetgeen het voordeel heeft dat de kans op implementatiefouten wordt verkleind. Daar staat evenwel tegenover dat dergelijke 'één-op-één'-implementatie bezwaren van inconsistentie met reeds bestaande nationale regelgeving kan opleveren. Voor zover het direct overnemen van Europese begrippen in nationale regelgeving de vorm aanneemt van een eenvoudige verwijzing naar de Europese richtlijn, de zogenoemde dynamische implementatie, komt ook de kenbaarheid van de wet voor de burger in gevaar.[12] Een voorbeeld zullen wij tegenkomen in de casestudy over de Dienstenrichtlijn: in de Nederlandse implementatiewetgeving, de Dienstenwet, wordt nogal veelvuldig en gemakkelijk doorverwezen naar de Dienstenrichtlijn, inclusief de wijzigingen van die Richtlijn, en zelfs naar de, altijd evoluerende, jurisprudentie van het HvJ, zodat belanghebbende burgers en bedrijven alsnog het Publicatieblad van de EU en de Jurisprudentie van het Hof en het Gerecht regelmatig moeten raadplegen.[13] Het direct incorporeren van EU-terminologie kan dus in het slechtste geval leiden tot onduidelijkheid voor de uitvoerder, handhaver, de rechter en de justitiabele, met alle gevolgen voor de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.
Lidstaten zullen daarom vaak geneigd zijn om de Europese terminologie, zo goed als dat gaat, in eigen terminologie te 'vertalen'.[14] Zo zijn de begrippen 'afstand doen van de gevolgen van zijn verbintenis'

[8] Zie C-9/04, Strafzaak tegen Geharo BV, Jur. 2005, I-8525.
[9] Zie zaak 283/81 Cilfit, Jur. 1982, p. 3415, r.o. 18-20.
[10] Zie ook Prechal, S, en Roermund, van, B. (eds), The Coherence of EU Law, the Search for Unity in Divergent Concepts, OUP, Oxford, 2008, pp. 23. e.v.
[11] Zie artt. 267 resp. 258 Wv.
[12] Over de juridische geoorloofdheid van deze implementatietechniek, zie hierna par. 2.5.
[13] Zie hoofdstuk 8, par. 4.3.
[14] Volgens de rechtspraak van het Hof is dit toegestaan en hoeft een richtlijn dus niet letterlijk te worden overgeschreven; zolang het richtlijnresultaat maar op voldoende duidelijke en precieze wijze wordt gegarandeerd, mag een lidstaat in 'eigen' terminologie

(artikel 5 lid 1 colportagerichtlijn) en 'herroepingsrecht' (artikel 6 lid 1 richtlijn koop op afstand) beide vertaald als een 'ontbindingsbevoegdheid' in het Nederlandse BW, aangezien deze term beter paste in de bestaande terminologie.[15] Dan zijn de voor- en nadelen precies omgedraaid: de kans op onjuiste implementatie neemt toe, maar de nationale reeds bestaande wetsystematiek komt minder in gevaar en de 'leesvriendelijkheid' van de Nederlandse wet voor burger en bedrijf is beter dan bij de één-op-één-implementatie, waaronder vooral ook begrepen de techniek van de dynamische implementatie.

2.3 Harmonisatievormen

Indien de Europese wetgever harmoniserend wenst op te treden, gewoonlijk via richtlijnen, dan heeft het veelal de vrijheid om ook de vorm (of: het type) van harmonisatie te bepalen. Over deze gebruikte harmonisatievormen hebben juristen boeken vol geschreven, maar voor het huidige onderzoek is vooral de volledige harmonisatie, als tegengesteld aan minimumharmonisatie, van bijzonder belang. Bij het eerste type wordt de nationale wetgever niet de vrijheid gegeven om van de richtlijn af te wijken, noch 'naar beneden', noch 'naar boven'. Bij minimumharmonisatie is dit laatste wel toegestaan, hoewel de verdergaande wetgeving soms aan normen in het Verdrag moet worden getoetst.[16]
Voor de nationale implementatiewetgever is het daarom van groot belang het type Europese harmonisatie te onderkennen, hetgeen in de betrokken Europese richtlijn niet altijd duidelijk wordt aangegeven. Dan is het uiteindelijk het HvJEU in Luxemburg dat beslist of de betrokken richtlijn in mimimum- dan wel volledige harmonisatie voorziet en dus of verdergaande nationale maatregelen al dan niet zijn toegestaan; maar dit in een fase waarin de Nederlandse implementatiewetgever zijn werk allang had moeten doen.
Op enkele beleidsterreinen moeten de EU-instellingen echter voor minimumharmonisatie kiezen omdat het Verdrag daartoe verplicht, bijvoorbeeld op het terrein van milieubescherming (art. 193 Wv), sociale politiek (art. 153 Wv) of consumentenbescherming (art. 169 Wv). Op de meeste andere terreinen, zoals interne markt, vervoer, landbouw etc. stelt het Verdrag geen eisen aan de harmonisatievorm en dan is het aan de EU-instellingen die de richtlijn vaststellen om per geval het harmonisatietype te bepalen.[17]
Behalve het onderkennen van het gebruikte harmonisatietype in de Europese richtlijn, kan het ook lastig zijn om vast te stellen waar de nationale (implementatie)wetgeving zich nu precies bevindt: 'boven', 'onder' of precies op het door de richtlijn voorgeschreven beschermingsniveau? Om die vraag te beantwoorden zal het doel van de richtlijn bepalend moeten zijn, maar dan nog is die vraag in concreto niet altijd eenvoudig te beantwoorden. Een fraai voorbeeld zullen wij aantreffen in de casestudy over de kaderrichtlijn luchtkwaliteit: is de (aanvankelijke) keuze van de Nederlandse wetgever om de luchtkwaliteitsnormen uit deze richtlijn direct te koppelen aan bevoegdheden op het gebied van ruimtelijke ordening en milieu (waardoor Nederland 'op slot' raakte) te zien als een vorm van 'goldplating' (verder gaan dan het minimumniveau van deze kaderrichtlijn) of als een 'methodekeuze' (een van de manieren om de richtlijn correct, maar op minimumniveau, te implementeren)?[18]

Indien de Europese wetgever besluit over te gaan van het ene op het andere harmonisatietype - waartoe, als gezegd, veelal de vrijheid bestaat – dan kan dit voor de nationale implementatiewetgever tot grote problemen leiden, in die zin dat bestaande nationale, verdergaande regelgeving naar beneden moet worden aangepast. In de casestudy over de (ontwerp-)richtlijn consumentenrechten wordt daarvan een treffend voorbeeld gegeven. In Nederland kan de koper, volgens het BW, gedurende de gehele economische levensduur van een zaak een vordering wegens non-conformiteit instellen, hetgeen onder de Richtlijn Consumentenkoop geen probleem geeft omdat deze richtlijn in minimumharmonisatie voorziet.

---

vertalen. Zie bijv. C-190/90, Commissie t. Nederland, Jur. 1992, p. I-3265.

[15] Zie verder hoofdstuk 7, par. 3.

[16] Met name aan de Verdragsbepalingen over het vrije verkeer op de interne markt, zie bijv. C-389/96, Aher Waggon, Jur. 1998, p. I-4473.

[17] Let op dat de in hoofdstuk 7 te bespreken consumentenrichtlijnen formeel gebaseerd zijn op de interne markt (art. 114 Wv en niet art. 169 Wv), zodat de EU-instellingen voor minimumharmonisatie maar ook voor volledige harmonisatie mogen kiezen.

[18] Zie hoofdstuk 6, par. 4.1.

Nu deze richtlijn echter wordt geïntegreerd in de volledig harmoniserende Richtlijn Consumentenrechten, ontstaat wel een probleem: aangezien deze stelde, in althans het ontwerp van de Commissie, dat de consument deze bevoegdheid slechts gedurende de eerste twee jaar na aflevering zou meoten hebben, ook al betreft de koopovereenkomst een auto of een wasmachine, zou de huidige bescherming in het BW 'naar beneden' toe moeten worden bijgesteld.[19]
De appreciatie hiervan is een politieke zaak. In het algemeen zijn het de ondernemingen die volledige harmonisatie prefereren omdat zij dan op de gehele interne markt met dezelfde standaarden worden geconfronteerd. Het zijn gewoonlijk de NGO's/belangenorganisaties (dus ook consumentenorganisaties) die liever minimumharmonisatie zien. Dan ontstaat een redelijk evenwichtig level playing field; maar tegelijkertijd kunnen in eigen land de publieke belangen op een hoger niveau worden gehandhaafd dan de Europese richtlijn voorschrijft.

In verband met de techniek van de minimumharmonisatie moet ook nog de zogenoemde non-regressie clausule worden genoemd, die soms in EU-wetgeving (vooral in sociale richtlijnen) voorkomt. De richtlijn schrijft dan enkel minimumnormen voor, maar bepaalt tegelijk dat indien een lidstaat, op het moment van aanneming of inwerkingtreding van de richtlijn, reeds in een hoger niveau van bescherming voorzag, de inwerkingtreding van de richtlijn geen aanleiding mag zijn om het reeds bestaande (hogere) beschermingsniveau naar beneden toe bij te stellen, tot aan het minimumniveau van de richtlijn. Zo moet volgens de zogenoemde Zwangerschaprichtlijn de duur van het verlof minstens 14 weken zijn;[20] lidstaten die reeds een zwangerschapsverlof van, bijvoorbeeld, 16 weken kenden, kunnen deze periode, vanwege de opgenomen non-regressie clausule,[21] dus niet verkorten tot 14 weken, althans niet met als reden 'dat andere lidstaten ook niet meer hoeven te doen'.[22]
Voor de nationale implementatiewetgever is het dus van groot belang om te bezien of een richtlijn met minimumnormen tevens een non-regressie clausule bevat; zo ja, dan moet worden onderzocht of het bestaande nationale recht reeds in een betere bescherming voorzag.[23]

Naast het onderscheid minimumharmonisatie/volledige harmonisatie, zijn voor het onderzoek ook de vormen partiële versus totale (of: uitputtende) harmonisatie van belang. Bij de eerste vorm wordt een bepaalde aangelegenheid slechts ten dele geharmoniseerd, bij totale harmonisatie is dit over de volle breedte van die aangelegenheid. Deze tegenstelling kan echter nooit zuiver zijn, omdat men 'de aangelegenheid' breed dan wel eng kan opvatten. Waar het bij volledige versus minimumharmonisatie in feite gaat om de vraag of de nationale wetgever boven het beschermingsniveau van een richtlijn mag gaan zitten, gaat het bij de tegenstelling partiële/totale harmonisatie in feite om de vraag wanneer de wetgever naast het geharmoniseerde onderwerp zit.
Is dit laatste het geval, dan is de richtlijn verder niet van belang want niet van toepassing. De nationale implementatiewetgever kan evenwel vrijwillig besluiten ook de niet-geharmoniseerde aspecten 'spontaan' mee te harmoniseren. Oftewel, de nationale wetgever besluit een Europese norm ratione materiae en/of ratione personae uit te breiden in zijn nationale wetgeving. Zit de nationale wetgever daarentegen binnen het geharmoniseerde aspect van het onderwerp, dan is vervolgens de vraag of hij al dan niet boven het beschermingsniveau mag gaan zitten. Dan vallen we dus weer terug op het

[19] Zie verder hoofdstuk 7, par. 7 (waar ook zal blijken dat de latere versie van de ontwerprichtlijn consumentenrechten het probleem afzwakte door de bedoelde termijn op 10 jaar te zetten) .

[20] Zie artikel 8 lid 1 van Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG), Pb. 1992, L 348, p. 1: "De Lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de werkneemsters in de zin van artikel 2 recht hebben op een overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken vóór en/of na de bevalling te nemen zwangerschapsverlof van ten minste veertien aaneengesloten weken."

[21] Art. 1 lid 3: "Deze richtlijn mag geen verlaging tot gevolg hebben van het niveau van de bescherming van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie ten opzichte van de situatie die op het moment van de aanneming van de richtlijn in iedere Lid-Staat bestaat".

[22] Ook de Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden bevat zo'n clausule, daarover hoofdstuk 4, par. 3.5. Dat de uitleg en het toepassingsbereik van de non-regressieclausule op zichzelf weer tot ingewikkelde problemen kan leiden, werd echter geïllustreerd in de Mangold, zie C-144/04 Mangold, Jur. 2005, p. I-9981.

[23] Uiteraard komt een non-regressie clausule bij volledige harmonisatie niet voor. In dat geval is afwijking naar boven immers helemaal niet mogelijk.

eerste onderscheid: bij minimumnormen in de richtlijn mag dit, bij een volledige, uniforme regeling in de richtlijn mag dit niet.
Als gezegd, bij partiële harmonisatie kan de nationale wetgever de behoefte voelen om het niet-geharmoniseerde deel toch, maar dan vrijwillig, te laten aansluiten bij het wel geharmoniseerde deel. Redenen kunnen zijn de coherentie en consistentie van het rechtsgebied,[24] overwegingen van rechtsgelijkheid of rechtvaardigheid of louter praktische overwegingen. Aangezien er geen Europese plicht tot harmonisatie bestaat, spreken we in dit rapport van spontane harmonisatie op nationaal niveau. In de casestudies komt dit terug; bijvoorbeeld de uitbreiding van de lex silencio positivo (in de Awb) tot gevallen die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen.[25] Bovendien zal in het kader van dit onderzoek onder spontane harmonisatie ook worden verstaan het 'naar beneden bijstellen' van normen die buiten het strikte bereik van de kaderrichtlijn vallen, een variant die als 'negatieve spontane harmonisatie' kan worden aangeduid.[26]

In aansluiting op deze definitie van spontane harmonisatie, moet ook de term goldplating nader worden omschreven. Voor de doeleinden van dit onderzoek wordt deze term gebruikt om nationale wetgeving aan te duiden die verder gaat dan het minimumbeschermingsniveau van een richtlijn ('erboven' gaat zitten). Opgemerkt moet worden dat aan deze term ook wel een bredere uitleg wordt gegeven, door ook de situatie te dekken waarin de nationale wetgever het toepassingsbereik van een richtlijn 'spontaan' uitbreidt ('ernaast' gaat zitten).[27] Dit laatste zal, zoals eerder aangegeven, in het kader van dit onderzoek worden aangeduid met de term 'spontane harmonisatie'. De beide scenario's ('erboven' of gold plating; 'ernaast' of spontane harmonisatie) zijn soms lastig van elkaar te onderscheiden. Zo heeft Nederland de bescherming van de kaderrichtlijn arbeidsomstandigheden uitgebreid tot bepaalde zelfstandigen; men kan dit zien als een beter beschermingsniveau dan het minimum voorgeschreven door deze richtlijn (alleen werknemers), maar ook kan gesteld worden dat Nederland het toepassingsbereik ratione personae heeft uitgebreid en daarmee 'totaler' heeft geharmoniseerd dan de partiële harmonisatie die deze kaderrichtlijn verlangt.[28] Toch moet worden benadrukt dat de vraag naar 'erboven of ernaast?' juridisch van groot belang kan zijn: zoals hierboven bleek, is het lidstaten bij volledige harmonisatie niet toegestaan boven het beschermingsniveau van de richtlijn te gaan zitten, dus het is hen verboden te 'goldplaten',[29] maar zij mogen wel 'belendende' onderwerpen spontaan meeharmoniseren.

2.4 Harmonisatieniveaus

Dit onderzoek heeft betrekking op richtlijnen met hun uitvoerende wetgeving die op EU-niveau worden vastgesteld. Het is derhalve nuttig om enige opmerkingen te plaatsten bij de wijzigingen die het Verdrag van Lissabon aanbrengt in de gelaagde Europese regelgevingstructuur. Harmonisatie vindt namelijk plaats op zowel het secundaire niveau (wetgeving die direct steunt op het EU-Werkingsverdrag; veelal aangenomen door de Raad en het Europees Parlement gezamenlijk) als op het tertiaire niveau (wetgeving die veelal door alleen de Commissie wordt vastgesteld).
In het nieuwe Verdrag betreffende de Werking van de Unie ('Wv') wordt nu een onderscheid gemaakt tussen wetgevingshandelingen en 'niet-wetgevingshandelingen' (art. 289 Wv). De classificatie van rechtsinstrumenten die we kennen uit het vroegere artikel 249 EG blijft hierbij grotendeels bestaan,

[24] Zie bijvoorbeeld het later te behandelen voorbeeld van mogelijke uitbreiding van de ontwerprichtlijn Consumentenrechten naar overeenkomsten tussen professionele handelaars (hoofdstuk 7, par. 3).
[25] Zie hoofdstuk 8, met name par. 2.3.
[26] Zie bijv. hoofdstuk 7, par. 3 (Ontwerprichtlijn Consumentenrechten).
[27] Bijvoorbeeld Weatherill, hij noemt het verder gaan dan de minimumnorm als een voorbeeld van goldplating maar rekent ook de uitbreiding van een EU-norm ratione personae en ratione materiae hiertoe. Zie Weatherill, S., 'Harmonisation, how much, how little?' EBLR 2005, p. 533 (539).
[28] Zie verder hoofdstuk 4, par. 3.1, waar deze uitbreiding tot zelfstandigen als goldplating, en dus niet als spontane harmonisatie, wordt beschouwd.
[29] Zie echter de uitzondering die art. 114 Wv (harmonisatie in het kader van de interne markt) onder bepaalde omstandigheden toestaat voor bestaande nationale wetgeving (lid 4) of nieuwe wetgeving (lid 5), dat toch mag afwijken van een genomen harmonisatiemaatregel. De belangrijkste voorwaarde is dat de Europese Commissie haar toestemming voor de afwijking moet g even (lid 6).

met dien verstande dat het instrument 'beschikking' wordt vervangen door het meer algemeen geformuleerde 'besluit'. De verordening en de richtlijn blijven echter bestaan met dezelfde omschrijving als onder het oude EG-Verdrag. Op het terrein van wat vroeger de derde pijler van de Europese Unie heette (justitiële en politiële samenwerking in strafzaken), is deze nomenclatuur van toepassing geworden, met als voornaamste gevolg dat het oude instrument 'kaderbesluit' (met zijn uitsluiting van directe werking)[30] en de 'derde pijler conventie' zijn verdwenen.[31]
De voornaamste wijziging die het Verdrag van Lissabon teweeg heeft gebracht op het gebied van het EU-regelgevingcomplex zit in de sfeer van de 'niet-wetgevingshandelingen', ook wel de 'tertiaire bestuurslaag' van de EU genoemd. Het oude systeem (gebaseerd op de artt. 202 en 211 EG), waarbij nadere regelgevingshandelingen kunnen worden gedelegeerd aan de Commissie of, in uitzonderlijke gevallen, aan de Raad, werd aangepast.[32] Er is nu, op het tertiaire niveau, een nieuwe tweedeling gecreëerd tussen 1 'gedelegeerde handelingen' en 'uitvoeringshandelingen'. De tweede categorie komt overeen met de vroegere structuur van 'tertiair Gemeenschapsrecht' en zal wederom voorzien in een 'comitologie'-mechanisme om de Commissie bij de uitoefening van de opgedragen taken bij te staan en te controleren. Die comitologie-controle is bij de eerste categorie, dus die van de gedelegeerde handelingen, echter afgeschaft.
De typologie van richtlijnen, verordeningen en besluiten blijft echter gelijkluidend op het tertiaire niveau. Naast verordeningen, richtlijnen en besluiten als 'wetgevingshandelingen' zijn er dus ook 'gedelegeerde' verordeningen, richtlijnen en besluiten, alsmede 'uitvoerende' verordeningen, richtlijnen en besluiten. [33]

2.4.1 'Gedelegeerde' handelingen en 'uitvoeringshandelingen'

Bij het onderscheid tussen 'gedelegeerde handelingen' (art. 290 Wv) en 'uitvoeringshandelingen' (art. 291 Wv) zijn de volgende juridische kenmerken van belang:

De 1 'gedelegeerde handelingen' zijn van algemene strekking; dat is niet noodzakelijk bij 'uitvoerende handelingen'. [34]

Overigens is het onderscheid tussen 'handeling van algemene strekking' en individueel besluit niet altijd gemakkelijk te maken. De besluiten in het kader van Europese terrorismebestrijding bijvoorbeeld hebben elementen van een individueel besluit (t.o.v. de persoon wiens tegoeden worden bevroren) én van een handeling met algemene strekking (t.o.v. elke financiële instelling die tegoeden onder zich heeft van de met naam en toenaam genoemde terrorist).[35]

2 De bevoegdheid om 'gedelegeerde handelingen' vast te stellen kan alleen aan de Commissie worden toevertrouwd; de 'uitvoeringshandelingen' kunnen, net als onder het oude recht, ook aan de Raad worden toevertrouwd.[36]

3 De 'gedelegeerde handelingen' kunnen alleen het basisbesluit aanvullen of wijzigen met betrekking tot 'niet-essentiële onderdelen' van de delegerende wetgevingshandeling; de 'uitvoeringshandelingen' mogen enkel dienen ter uitvoering van een basisbesluit.

---

[30] Zie art. 34 lid 2 sub b) EU resp. 34 lid 2 sub d) EU (oud)..

[31] Ook wat betreft derde pijler 'besluiten' betekent dit dat de vroegere uitsluiting van directe werking vervalt (zie art. 34 lid 2 sub c) EU (oud). Zie echter Protocol Nr. 36 'Overgangsbepalingen' bij het Verdrag van Lissabon, in het bijzonder art. 9: tot de wijziging of intrekking van vroegere wetgeving blijft het oude regime van kracht, met een maximum van 5 jaar.

[32] Artikel 211 EG is momenteel terug te vinden in art. 17 lid 1 EU.

[33] Net als onder het oude recht, moet overigens worden aangenomen dat deze driedeling niet limitatief is en dat op beide niveaus andere typen besluiten eveneens mogen, en zullen, voorkomen. Zie ook Hofmann, 'Legislation, Delegation and the Implementation under the Treaty of Lisbon, Typology Meets Reality', European Law Journal, 2009, p. 482-505. Hij schrijft op p. 494: 'The instrument of contracts and agreements should have been more prominently listed as an instrument of implementation'.

[34] Zie Brink, van den, A., 'Van rechtsinstrumenten naar rechtshandelingen, 'Lissabon' en de introductie van een Europees primaat van de wetgever', in: van Ooik, R.H. en Wessel, R. (reds), De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon, Kluwer, Deventer, 2009, 75, 79.

[35] Zie Hofman, op p. 491.

[36] Zie art. 291 lid 2 Wv.

Veelal wordt aangenomen dat de gedelegeerde handelingen dan ook betrekking zullen hebben op de handelingen die vóór het Verdrag van Lissabon vielen onder de 'regelgevingcomités met toetsing'.[37] De regelgevingcomité procedure met toetsing waar de ontwerprichtlijn Consumentenrechten nu nog in voorziet zou dus zeer wel vervangen kunnen worden door een delegatieconstructie in art. 290 Wv.[38]
Uiteraard zal er discussie mogelijk zijn in bepaalde gevallen over de vraag welke onderdelen van een richtlijn, verordening of besluit als 'essentieel' gelden. Het HvJ heeft uiteraard rechtsmacht om te waken over dit begrip via een nietigheidsberoep (art. 263 Wv) of een prejudiciële geldigheidsvraag (art. 267 Wv).
Bij 'uitvoeringshandelingen' gaat het puur om de vaststelling van de 'noodzaak' van eenvormige uitvoeringshandelingen van de EU-wetgeving. Bij de uitvoeringshandelingen wordt echter niet expliciet vermeld dat deze enkel 'niet-essentiële' onderdelen van de delegerende handeling mogen bevatten. Van den Brink neemt echter aan, ons inziens terecht, dat dit ook hier het geval moet zijn, zich baserend op art. 2 van het huidige Comitologiebesluit van 2006.[39]
Onduidelijkheid zou ook nog kunnen bestaan over de vraag of de uitvoeringshandelingen de delegerende wetgeving kunnen wijzigen (uiteraard enkel op 'niet essentiële onderdelen') zoals is toegestaan bij gedelegeerde handelingen. Dit lijkt niet voor de hand te liggen omdat dit een zinvol onderscheid tussen de (zwaardere) gedelegeerde handeling en de (lichtere) uitvoeringshandeling in de weg staat.[40]

4 Bij 'gedelegeerde handelingen' moeten in het basisbesluit de 'doelstellingen, inhoud, strekking en duur' van de delegatie afgebakend zijn.

Wat opvalt is dat de wetgevingshandelingen de 'duur' moeten vaststellen van de delegatie. Ook dit is een afwijking van het huidige systeem. Men zou dat aldus kunnen interpreteren dat in de delegerende handeling altijd verplicht een zogenoemde 'sunset clause' moeten worden opgenomen.[41] De Europese Commissie heeft inmiddels echter aangegeven dat deze zo niet artikel 290 Wv interpreteert. [42]

5 Bij 'gedelegeerde handelingen' kunnen bepaalde veiligheidswaarborgen door de Raad en het EP worden ingebouwd. Bij 'uitvoeringshandelingen' verloopt controle via het bekende 'comitologie systeem'.

Er heerst nog onduidelijkheid over de vraag of de twee soorten waarborgen in art. 290 lid 2a en 2b Wv, die het Europees Parlement en de Raad kunnen inbouwen, limitatief of voorbeeldstellend zijn.[43] Enerzijds suggereert het woord 'kunnen' in de aanhef dat Europees Parlement en Raad ook andere mechanismen kunnen inbouwen.[44] Onderzoek toont aan dat de meeste taalversies van het Wv lijken te duiden op een niet-limitatieve opsomming.[45] Echter, een vorm van comitologie lijkt hier uitgesloten omdat art. 290 Wv wel dwingend lijkt voor te schrijven dat de controleurs het Europees Parlement en de Raad moeten zijn (en niet de lidstaten).
Een andere vraag die nog open is, betreft de cumulatie van beide mechanismen genoemd in art. 290 lid 2. Hofmann suggereert dat ze elkaar wederzijds uitsluiten, met als gevolg dat indien gekozen is voor de 'voorhangprocedure' een intrekking van de delegatie van de Commissie enkel kan plaatsvinden op basis van een wetgevingsinitiatief van de Commissie.[46]

---

[37] Hoewel de Commissie al heeft gesteld dat dit wat haar betreft geen automatisme is: zie Mededeling inzake de tenuitvoerlegging van artikel 290 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, COM(2009) 673 op p. 3.

[38] Zie art. 39 lid 2 en art. 40 van de Ontwerprichtlijn Consumentenrechten, COM(2008), 614.

[39] Zie Brink, van den, A., 'Van rechtsinstrumenten naar rechtshandelingen, 'Lissabon' en de introductie van een Europees primaat van de wetgever', in: van Ooik, R.H. en Wessel, R. (reds), De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon, Kluwer, Deventer, 2009, 75, 79.

[40] Zie Van den Brink (2009), op p. 79.

[41] Zie echter de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2009, Tenuitvoerlegging van artikel 290 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, COM(2009) 673 op p. 5.

[42] Zie de genoemde Mededeling van de Commissie, p. 5.

[43] Dit lid 2 luidt als volgt: "In de wetgevingshandelingen worden de voorwaarden waaraan de delegatie is onderworpen, uitdrukkelijk vastgesteld. Dit kunnen de volgende voorwaarden zijn:
a) het Europees Parlement of de Raad kan besluiten de delegatie in te trekken;
b) de gedelegeerde handeling kan pas in werking treden indien het Europees Parlement of de Raad binnen de in de wetgevingshandeling gestelde termijn geen bezwaar heeft aangetekend".

[44] Zie Hofmann, H., 'Legislation, Delegation and the Implementation under the Treaty of Lisbon, Typology Meets Reality', European Law Journal, 2009, p. 482 (493).

[45] Zo niet de Duitse taalversie: 'wobei folgende Möglichkeiten bestehen'.

[46] Zie Hofmann, op p. 292; waarbij wel zij opgemerkt dat art. 290 lid 1 ook bepaalt dat de 'duur' van de delegatie altijd moet worden vastgesteld. Dat betekent dat het Europees Parlement en de Raad wel nog beschermd zouden moeten zijn door een zogenoemde

De Europese Commissie heeft inmiddels aangegeven dat beide mechanismen cumulatief mogen (maar niet moeten) worden vastgesteld in het basisbesluit.[47]
Tot slot valt op dat de mechanismen (mogelijkheid tot intrekking resp. voorhangprocedures) niet expliciet gekoppeld zijn aan het inhoudelijke vereiste dat de gedelegeerde handelingen slechts de 'niet-essentiële' onderdelen van de wetgevingshandeling mogen aanvullen of wijzigen. Op dit punt zouden het Europees Parlement en de Raad dus nog wel enige marge kunnen genieten welke, naar verwachting, het HvJ slechts marginaal zal toetsen.[48]

2.4.2 *De 'uitvoeringshandelingen' nader bezien*

Zoals gezegd, de uitvoeringshandelingen komen overeen met het 'tertiaire acquis'. Ze zijn onderworpen aan een vorm van comitologie die enige invloed garandeert van de lidstaten. Een belangrijk verschil met het vroegere recht is de vaststelling van de comitologie procedures in abstracto. Deze worden nu vastgesteld via de 'gewone wetgevingsprocedure' zodat het Europees Parlement volledige inspraak heeft gekregen.[49] Dit is van belang omdat de vroegere comitologie bepalingen geleidelijk aan een grotere rol aan het Europees Parlement hadden toebedeeld, culminerend in de wijziging van Besluit 1999/468/EG in 2006 waarbij de regelgevingsprocedure met parlementair toezicht werd geïntroduceerd.[50] Omdat de nieuwe procedure voor de vaststelling van comitologie mechanismen het Europees Parlement een medebeslissingsrecht geeft, is te verwachten dat deze mechanismen evenveel, zo niet nog meer, toezicht aan het Europees Parlement zullen geven in de nabije toekomst.[51]
Overigens valt op dat 'uitvoeringshandelingen' dienen ter uitvoering van 'juridisch bindende handelingen'. Er wordt niet meer specifiek gesproken over 'wetgevingshandelingen' zoals wel het geval is in art 290 Wv in relatie tot de 'gedelegeerde handelingen'.
Verder onderscheiden de 'uitvoeringshandelingen' zich van de gedelegeerde handelingen doordat deze ook door de Raad zelf kunnen worden uitgeoefend. In 2008 heeft het HvJ deze praktijk ingeperkt door van de wetgever te eisen dat deze delegatie naar de Raad afdoende motiveert en er in geen geval een procedure mag ontstaan die de mogelijkheid biedt de verdragsprocedure te omzeilen.[52]

2.5 Eisen gesteld aan de wijze van implementeren van richtlijnen

De beknopte omschrijving van de richtlijn in het Verdrag geeft niet aan hoe lidstaten de richtlijnbepalingen moeten implementeren;[53] in de rechtspraak van het Hof van Justitie worden evenwel de nodige eisen gesteld om een correcte en zorgvuldige implementatie te waarborgen.

Volgens die rechtspraak dienen de lidstaten de richtlijnbepalingen, als regel, om te zetten in wettelijke regelingen met bindende kracht.[54] Implementatie met beleidsregels, circulaires of ambtelijke instructies ('pseudo wetgeving') zal daarom zeer vaak niet aan die eis voldoen; deze kunnen namelijk te eenvoudig worden gewijzigd, hun juridische binding is niet altijd in voldoende mate gegarandeerd, en ze worden ook vaak niet openbaar gemaakt.[55]
Met name indien de richtlijn bepalingen bevat die van belang zijn voor particulieren, stelt het Hof zeer strenge eisen aan de wijze van implementeren; dan zal steeds voor duidelijke en goed toegankelijke wetgeving moeten worden gekozen.[56] Niettemin accepteert het Hof dat implementatie door

'sunset clause' in de wetgevingshandeling.

[47] Zie de genoemde Mededeling van de Commissie over artikel 209 VWEU, op p. 7.

[48] Zie op dit punt Brink van den, T., a.w.

[49] Zie ter vergelijking art. 202, derde streepje, EG (oud) dat bij vaststelling van de Comitologie-besluiten het Europees Parlement enkel een raadgevende stem gaf.

[50] Zie Besluit 2006/512/EG, Pb.EU 2006, L 200/11.

[51] Zoals ook betoogd door Hofmann, zie Hofmann (2009), op p. 500. Zie overigens het voorstel van de Commissie voor een nieuw Comitologie besluit, COM 2010, 83, def.

[52] Zie C-133/06, Europees Parlement t. Raad, Jur 2008, p. I-3189. Zie ook Battjes, H., Administratiefrechtelijke beslissingen, 2008, n° 375 en Masson, A., 'Les conditions de validité des bases juridiques dérivées à la suite de l'arrêt du 6 mai 2006', Cahiers de droit européen, 2008, p.157-173.

[53] Artikel 288 EU-Werkingsverdrag: "Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen".

[54] Bijv. zaak 239/85, Commissie t. België, Jur. 1986, p. 3645 en C-340/96, Commissie t. VK, Jur. 1999, p. I-2032.

[55] Vgl. bijv. C-296/01, Commissie t. Frankrijk, Jur. 2003, p. I-13909 en C-132/04, Commissie t. Spanje, Jur. 2006, p. I-0003.

[56] Bijv. C-361/88, Commissie t. Duitsland, Jur. 1991, p. I- 2567.

middel van private regels (CAO's) mogelijk is, maar de lidstaat moet dan te allen tijde kunnen garanderen dat het richtlijnresultaat daadwerkelijk bereikt wordt en zal daarom zo nodig aanvullende wettelijke regels moeten uitvaardigen.[57] Dit geldt ook voor implementatie door middel van andere vormen van zelfregulering: indien daarvoor wordt gekozen moet de lidstaat met aanvullende wettelijke regelingen steeds een volledige en nauwkeurige implementatie kunnen waarborgen.[58] Tot slot is het feit dat een richtlijn direct inroepbaar is voor de nationale rechter, dus rechtstreekse werking heeft, voor de implementatiewetgever geen reden om af te zien van correcte en precieze uitvoering in nationale wettelijke regels.[59]
Aan de andere kant laat het Hof, vanwege de bevoegdheid 'vorm en middelen' te kiezen, de lidstaten vrij om te beslissen op welk nationaal wetgevingsniveau zij een richtlijn wensen te implementeren (formele wet, AMvB, ministeriële regeling, etc) en ook zijn lidstaten vrij om de richtlijn in reeds bestaande wetgeving te implementeren dan wel een geheel nieuwe wet op te stellen.[60]

Wat nog niet beslist is in de Europese rechtspraak, is of de zogenoemde dynamische implementatie aan de hierboven besproken eisen voor zorgvuldige implementatie voldoet. Beginselen als kenbaarheid en rechtszekerheid kunnen hierbij in het gedrang komen. Vooral indien de richtlijn rechten aan burger en bedrijven beoogt toe te kennen - zoals de Dienstenrichtlijn waarvan belangrijke aspecten dynamisch zijn geïmplementeerd - dan is het naar onze mening niet ondenkbaar dat het Europese Hof uiteindelijk Nederland zal veroordelen wegens een (te) onzorgvuldige implementatie van de betrokken richtlijn.[61]

3. Kaderrichtlijnen en hun institutionele context

Het concept 'kaderrichtlijn' komt als zodanig niet voor in de huidige Verdragsteksten en heeft dus geen officiële verdragsstatus. Als enige uitzondering hierop gold artikel 6 van het Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel bij het Verdrag van Amsterdam. Het luidde:

'De Gemeenschap treedt slechts wetgevend op voor zover dit nodig is. Als dit anderszins op hetzelfde neerkomt, wordt de voorkeur gegeven aan richtlijnen boven verordeningen en aan kaderrichtlijnen boven gedetailleerde maatregelen'

Deze bepaling (en dus de enige referentie naar 'kaderrichtlijnen') keert niet terug in het Verdrag van Lissabon en bijbehorende protocollen. In artikel 5, lid 4, VEU wordt wel als noviteit bij het evenredigheidsbeginsel bepaald dat dit betrekking heeft op de 'inhoud en de vorm' van het optreden van de Unie. Hierin zou men een indirecte verwijzing kunnen lezen naar het concept van de 'kaderrichtlijn'. Kaderrichtlijnen zijn als zodanig dus niet gedefinieerd. Bij gebrek aan een definitie is het natuurlijk moeilijk om te achterhalen hoeveel er zijn aangenomen en of ze een wetgevingstechniek vertegenwoordigen die in toenemende mate aan populariteit wint. Een eerste, onnauwkeurige, wijze van inventarisatie zou zijn om simpelweg het bestaande acquis te 'screenen' op richtlijnen die zichzelf bestempelen als 'kaderrichtlijn'. Dat leverde per 1 november 2009 tien richtlijnen op.[62] Echter, een dergelijke opsomming van 'nominale kaderrichtlijnen' is niet geheel bevredigend. De Dienstenrichtlijn zou bijvoorbeeld in dat geval niet als een 'kaderrichtlijn' gekwalificeerd kunnen

[57] Bijv. C-430/98, Commissie t. Luxemburg, Jur. 1999, p. I-7391. Deze rechtspraak is gecodificeerd in thans art. 153 lid 3 Wv: "Een lidstaat kan de sociale partners, indien zij gezamenlijk daarom verzoeken, belasten met de uitvoering van de krachtens lid 2 vastgestelde richtlijnen [...]. In dat geval verzekert de lidstaat zich ervan dat de sociale partners, uiterlijk op de datum waarop een richtlijn of een besluit moet zijn omgezet of uitgevoerd, de nodige maatregelen bij overeenkomst hebben ingevoerd; de betrokken lidstaat moet zelf alle maatregelen treffen om de in de betrokken richtlijn of het betrokken besluit voorgeschreven resultaten te allen tijde te kunnen waarborgen'. Zie ook hoofdstuk 34, par. 4.2.

[58] Bijv. C-340/96, Commissie t. VK, Jur. 1999, p. I-2023. Zie ook hoofdstuk 3, par. 4.2.

[59] Bijv. C-197/96, Commissie t. Frankrijk, Jur. 1997, p. I-1489.

[60] Zie bijvoorbeeld de in hoofdstuk 5 nader te bespreken Kaderrichtlijn Water: deze werd in eerste instantie in bestaande wetgeving geïmplementeerd, nadien in een geheel nieuwe Waterwet (par. 1.4 van dat hoofdstuk).

[61] Zie verder hoofdstuk 8, par.4.3.

[62] Zie Annex I bij dit rapport. Een aantal van de daar genoemde richtlijnen is wel reeds meermalen gewijzigd; de wijzigingsrichtlijnen zijn niet meegeteld.

worden terwijl deze wellicht door velen wél als zodanig beschouwd wordt.[63] Het lijkt dus noodzakelijk om meer inhoudelijke criteria aan te leggen.
Een eerste inhoudelijk criterium voor een kaderrichtlijn dat dit onderzoek daarom stelt is dat deze een breed toepassingsbereik dient te hebben. Dit wil zeggen dat deze sectoroverschrijdend is en veelal meerdere rechtsgebieden raakt, zoals de Kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep.[64] Uiteraard is een messcherpe definitie van 'breed' nimmer te geven; het ligt er namelijk maar aan waarmee vergeleken wordt. Zo is een richtlijn over 'arbeidsomstandigheden' breed indien deze wordt afgezet tegen een richtlijn over de bescherming van werknemers tegen de gevaren van asbest op het werk. Maar een dergelijke richtlijn is weer 'eng' indien deze wordt afgezet tegen een richtlijn die al het arbeidsrecht regelt (ook arbeidstijden, collectief ontslag, informeren van werknemers over hun arbeidsvoorwaarden, etc.). Van de te bespreken (ontwerp)richtlijn over consumentenrechten wordt gezegd dat deze een breed toepassingsbereik heeft omdat het vier eerdere separate consumentenrichtlijnen samenbrengt; indien de EU eerder een zeer algemene richtlijn over alle consumentenrechten had vastgesteld, dan was de ontwerprichtlijn waarschijnlijk als een 'bijzondere' of 'specifieke' richtlijn aangemerkt.
Naast een brede normstelling, wordt als tweede vereiste in dit onderzoek gehanteerd de eis dat de inhoudelijke normering in de betrokken richtlijn niet al te gedetailleerd mag zijn. Dit sluit aan bij het genoemde (vroegere) Protocol: hoewel een duidelijke omschrijving van kaderrichtlijn ontbrak, blijkt uit de zinsnede 'kaderrichtlijnen boven gedetailleerde maatregelen' in ieder geval wel, a contrario, dat een kaderrichtlijn niet (al te) 'gedetailleerde maatregelen' mag bevatten. Zo staat in de richtlijn over het etiketteren van tabaksproducten tot in detail welke de tekst van de waarschuwing op sigarettenpakjes moet zijn, dat die waarschuwingstekst in zwarte letters op een witte achtergrond moet worden afgedrukt, en omkaderd moet zijn door een zwarte lijn waarvan de breedte tussen 3 en 4 mm moet liggen.[65] Een dergelijke richtlijn kan moeilijk als 'kaderrichtlijn' worden aangemerkt.[66] Een richtlijn verdient daarom het predicaat 'kader' wanneer het een regelgevend kader stelt aan zowel de lidstaten als de EU zelf, terwijl de inhoudelijke normen in de richtlijn vrij algemeen zijn, ook wel aan te duiden als open (maar wel materiële) normen. Voor de nationale implementatiewetgever betekent dit tweede kenmerk dat deze vaak over een ruime beleidsvrijheid beschikt en nog de nodige keuzen bij de implementatie kan maken – dit in tegenstelling tot zeer gedetailleerde richtlijnen zoals de genoemde tabaksrichtlijn, waar de nationale implementatie vaak niet veel meer is dan een 'copy and paste'-operatie.
Ten derde, de richtlijn dient te voorzien in opvolgingswetgeving die past binnen het geschapen 'kader'. Een belangrijke aanwijzing hiervoor is de aanwezigheid van een delegatiegrondslag waarbij de Commissie (of in uitzonderlijke gevallen de Raad) de bevoegdheid krijgt om, op tertiair niveau, nadere uitvoeringsregelgeving aan te nemen die het 'kader' in de basisrichtlijn / moederrichtlijn verder uitwerkt. Een richtlijn kan echter ook een 'kader' voor nadere opvolgingswetgeving vaststellen zonder dat de Europese wetgever hiertoe regelgevingbevoegdheden delegeert aan de Commissie (of soms de Raad). De meest gebruikte terminologie die men dan hanteert is die van 'kaderrichtlijn - bijzondere richtlijn' (in plaats van 'basis/moederrichtlijn - uitvoeringsrichtlijn' zoals veelal gebeurt bij delegatiewetgeving). De 'bijzondere richtlijn' heeft dan dezelfde juridische status als de 'kaderrichtlijn', namelijk van secundair Unierecht, en moet daarom dezelfde wetgevingsprocedure doorlopen als de kaderrichtlijn zelf.[67] Als voorbeeld kan genoemd worden Richtlijn 89/391 ('Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden') die voorziet in 'bijzondere richtlijnen' die echter zelf, evenals de 'kaderrichtlijn', rechtstreeks op het Verdrag steunen.[68]
Bij dit derde kenmerk van kaderrichtlijnen is het wel noodzakelijk dat er op enigszins 'serieuze' wijze

[63] In eerdere voorstellen werd deze overigens nog wel formeel als 'kaderrichtlijn' aangeduid.
[64] Pb.EU 2000, L 303/16.
[65] Richtlijn 2001/37/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2001 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaksproducten - Verklaringen van de Commissie, Pb.EU 2001, L 194/26.
[66] Nog wel als een 'richtlijn' omdat volgens de rechtspraak van het Hof richtlijnen zeer gedetailleerde voorschriften mogen bevatten, zie Zaak 38/77, Enka, Jur. 1977, p. 2203.
[67] Zie bijv. Ministerie van Justitie, Handleiding Wetgeving en Europa. De voorbereiding, totstandkoming van nationale implementatie van Europese regelgeving, maart 2009, p. 61.
[68] Zie nader hoofdstuk 4, met name par. 2.

in opvolgingswetgeving is voorzien, dat wil zeggen dat de kaderrichtlijn een vrij ruime beleidsvrijheid laat aan ofwel de Commissie (bij delegatie naar tertiair niveau) dan wel aan Raad en EP (bij de latere invulling van de kaderrichtlijn op secundair niveau). Bijna iedere richtlijn voorziet namelijk wel in enige delegatie aan de Commissie, maar als het gaat om puur technische aanpassingen, zonder enige (politieke) beleidsvrijheid, kan moeilijk van een kaderscheppende richtlijn worden gesproken. Deze Europese vervolgwetgeving bevat gewoonlijk aanzienlijk gedetailleerdere normen dan de aanvankelijke kaderrichtlijn. Voor de nationale implementatiewetgever betekent dit dat deze in het algemeen over veel minder beleidsvrijheid beschikt dan bij de implementatie van de kaderrichtlijn zelf. Veelal kennen dergelijke opvolgende richtlijnen ook een aanmerkelijk kortere implementatietermijn dan de kaderrichtlijn, waardoor het voor de nationale wetgever relatief moeilijk is om de uitvoerings- of bijzondere richtlijn op tijd te implementeren.

Wij komen derhalve tot een gecombineerde toets waarin deze drie institutionele en inhoudelijke criteria verenigd zijn. Als 'kaderrichtlijnen' zijn te beschouwen alle richtlijnen die (1) een breed toepassingsbereik hebben, (2) brede open normstellingen bevatten en (3) ruimte laten voor serieuze nadere normstelling door de Europese instanties door ofwel (3a) delegatie aan de 'tertiaire EU-wetgever' (veelal de Commissie)[69] ofwel (3b) een wetgevingsopdracht aan de 'secundaire EU-wetgever'. Het feit dat de richtlijn het predicaat 'kader' heeft meegekregen van de Europese wetgever zelf, kan hierbij hooguit dienen als een 'weerlegbaar vermoeden'.

[69] Sinds het Verdrag van Lissabon heeft het 'tertiaire' Unierecht belangrijke wijzigingen ondergaan met de introductie van het onderscheid tussen 'gedelegeerde' handelingen en 'uitvoeringshandelingen' in resp. artt. 290 en 291 WV. Zie daarover reeds par. 2.4 van dit hoofdstuk.

Hoofdstuk 3 Het Nederlandse referentiekader

1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het - eerder gedefinieerde - Nederlandse referentiekader nader beschreven, en bezien welke elementen van dit referentiekader van bijzondere betekenis zijn bij de implementatie van de vijf (kader)richtlijnen en hun bijbehorende (dochter)wetgeving. Hiertoe wordt een aantal uitgangspunten van de Nederlandse rechtsorde 'geproblematiseerd' in relatie tot de omzetting van kaderrichtlijnen. Op die manier ontstaat een aantal onderzoeksvragen over welke mogelijke knelpunten er zijn bij de omzetting die voortvloeien uit structurele elementen van de Nederlandse rechtsorde en in hoeverre deze knelpunten (direct of pas later) leiden tot systeemwijzigingen in de Nederlandse rechtsorde. Aan de hand van deze vragen zullen vervolgens in Deel B de vijf casestudies worden uitgewerkt.
Deze uitgangspunten van het Nederlandse referentiekader bouwen voort op de typische kenmerken van de Nederlandse rechtsorde. Zij worden hieronder gegroepeerd onder de kopjes 'Procedurele en institutionele vormgeving' (par. 2), 'Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader' (par. 3) en 'Rechtsinstrumenten en -technieken' (par. 4). Een aantal van deze uitgangspunten is in het verleden al eerder geproblematiseerd in relatie tot implementatie in het algemeen. In het bijzonder het thema van de 'versnelde implementatie' van Europese richtlijnen heeft hiertoe aanleiding gegeven.[70] Voor zover dienstig zal op deze discussie hierna worden teruggegrepen ter inleiding en verheldering van de onderzoeksvragen zoals die kunnen worden geformuleerd bij de vijf geselecteerde kaderrichtlijnen en die derhalve voortbouwen op (1) hun brede toepassingsbereik, (2) hun open normstelling en (3) hun intentie een regelgevend kader voor vervolgwetgeving te scheppen.[71]
Het doel van deze exercitie is te komen tot een eerste beschrijving van mogelijke knelpunten bij de omzetting van kaderrichtlijnen waarbij de onderstaande onderzoeksvragen als leidraad dienen. Uiteraard zal niet elke vraag even relevant blijken voor ieder van de vijf casestudies; in de hoofdstukken 4-8 worden daarom sommige onderdelen summier behandeld. Welke onderdelen dat zijn, wordt duidelijk aangegeven aan het eind van de studie (in hoofdstuk 9).

2. Procedurele en institutionele vormgeving

Elke rechtsorde kenmerkt zich door zijn eigen procedurele en institutionele vormgeving, zo ook de Nederlandse. Bij de implementatie van EU-regelgeving is dit een 'gegeven' waarmee rekening dient te worden gehouden. Echter, het Europese recht kan op deze autonomie van de Nederlandse procedurele en institutionele vormgeving danig inbreuk maken. Deze inbreuk kan rechtstreeks voortvloeien uit het Europese recht zelf, of uit een nationale keuze die is gebaseerd op de aanvaarding dat wet- en regelgeving ter omzetting van Europees recht nu eenmaal een andere plek verdient binnen het nationale bestel dan 'autonome' wetgeving.

2.1 Het primaat van de wetgever en kaderrichtlijnen

Het uitgangspunt van het primaat van de wetgever is een grondbeginsel van de Nederlandse rechtsorde. De vraag is of in de context van implementatie van EU-regelgeving dit beginsel onverkort van toepassing moet of kan zijn. Als één van de factoren die verantwoordelijk is voor de te late omzetting van (met name) richtlijnen in de Nederlandse rechtsorde wordt nog wel eens aangeduid het feit dat formele wetgeving nodig was. In het rapport van de Rekenkamer uit 2008 is bijvoorbeeld wederom

[70] Zie bijvoorbeeld Besselink, L.F.M., Kummeling, H.R.B.M., Lange, R. de, and Mendelts, P., De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie, Europa Law Publishing, Groningen, 2002 (in het bijzonder hoofdstuk 4).
[71] Vgl. hoofdstuk 2, par. 3.

benadrukt dat de te late omzetting bij het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Justitie gedeeltelijk te wijten is aan het feit dat op het werkgebied van deze beide ministeries veelal voor omzetting een formele wet is vereist.[72]

Een belangrijk deel van de discussie omtrent versnelde implementatie in Nederland heeft zich met name op dit element van de Nederlandse institutionele vormgeving gericht: de vraag naar de mogelijkheid van omzetting van EU-regelgeving met afwijking van de formele wet. Destijds waren er twee hoofdelementen in deze discussie te ontwaren: ten eerste de vraag of de mogelijkheid af te wijken van een formele wet (zelf neergelegd in een formele wet) eigenlijk wel een afbreuk was van de regel neergelegd in art. 81 van de Grondwet, dit onder het motto: 'De Staten-Generaal waren er zelf bij' (toen ze deze delegatiegrondslag creëerden waarbij mocht worden afgeweken van de formele wet). We laten dit punt hier verder rusten.[73]
Het tweede element in de discussie spitste zich toe op de vraag naar de relevantie van het Nederlandse referentiekader bij implementatie en de rol die hierin is weggelegd voor de Staten-Generaal. Is de rol van de Staten-Generaal überhaupt dezelfde in de context van implementatie, en zo niet, zou in dat geval een afwijken door de lagere wetgever (Regering of, in uitzonderlijke gevallen, zelfs een Minister) van de wet in formele zin dan niet mogelijk moeten zijn? In deze discussie omtrent versnelde implementatie lag de nadruk vooral op de voor implementatie noodzakelijke wijzigingen van bestaande formele wetgeving, niet op het volledig nieuw totstandbrengen van formele wetgeving (de situatie van de 'blanco pagina' in het Nederlandse recht). In deze (steeds zeldzamere) situatie zal een formele wet in ieder geval noodzakelijk zijn.[74]
In de literatuur komt men twee visies tegen met betrekking tot deze vraag: de 'instrumentele visie' en de 'institutionele visie'. In de instrumentele visie gaat men uit van het EU-besluit als een 'rechtsfeit' waar men niet meer omheen kan. Dit feit staat vast en is niet meer te beïnvloeden. In die visie is de rol van de Staten-Generaal niet in alle omstandigheden meer van even groot belang als bij het 'autonome wetgevingsproces', dat wil zeggen wetgeving die niet wordt aangestuurd vanuit een EU-besluit.[75]
Hiertegenover treft men dan de institutionele visie aan waarbij als uitgangspunt wordt vastgehouden aan de verschillende rol die de Europese en de Nederlandse staatsinstellingen hebben. In deze visie kan er geen sprake zijn van een 'communicerende vaten proces' waarbij de Kamers gedeeltelijk terugtreden omdat het legitimerende werk reeds is verricht door het Europese Parlement of in ieder geval omdat er toch niet veel meer in te brengen valt tegen het reeds vastgestelde EU-besluit.[76]
De uitkomst van deze discussie is inmiddels bekend: het Kabinet heeft beloofd niet langer wetsvoorstellen te doen die in een dergelijke mogelijkheid tot afwijking van de formele wet voorzien en in dier voege zijn inmiddels ook de Aanwijzingen voor de Regelgeving aangepast.[77] Het is niet de bedoeling van dit rapport om deze discussie opnieuw op te rakelen. Echter, hij blijft van belang omdat het een zenuw blootlegde in het Nederlandse referentiekader: het primaat van de wetgever in de implementatiecontext. Centraal in deze discussie (althans bij diegenen die een 'instrumentele visie' aanhielden) stond de vraag hoeveel beleidsvrijheid EU-regelgeving nog aan Nederland liet.
Het is interessant om deze problematiek te koppelen aan de vijf onderzochte kaderrichtlijnen. Gezien het feit dat de kaderrichtlijn in veel gevallen een wetgevingscomplex in het leven roept waarbij de Nederlandse regelgever in althans het latere stadium waarin de uitvoerende regelgeving wordt vastgesteld, vaak weinig beleidsvrijheid heeft, creëert dit dan problemen voor het primaat van de

[72] Zie Rapport van de Rekenkamer (2008), op p. 22 waar de reacties van de verschillende bewindspersonen op de uitkomsten van het onderzoek van de Rekenkamer zijn weergegeven.
[73] Het betreft hier kort gezegd de vraag of er sprake is van 'delegatie' dan wel van 'attributie'. Het laatste zou in strijd met de Grondwet zijn. Zie echter voor een kritische blik op de rol van de formele wetgever: Jurgens, E.C.M., 'De mythe van Meerenberg. Over de betrekkelijke legitimatie die uitgaat van medewetgeving door de Staten-Generaal', Nederlands Juristenblad 1993, p. 1381-1386.
[74] Zie verder paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk.
[75] Zie bijvoorbeeld de opmerkingen van oud Minister Brinkhorst bij de bespreking van het voorstel voor een 'EZ implementatiewet', Kamerstukken II, 2004/05, 29 474, nr. 7.
[76] Zie bijvoorbeeld Besselink e.a. (2002), p. 105.
[77] Zie Aanwijzing voor de regelgeving 33a en 34, gepubliceerd in Stcrt., 22 September 2008, Nr. 183, p. 2. Ar. 34 lid 2 sub b staat overigens wel afwijking door de lagere wetgever toe wegens 'wetstechnische aanpassingen van verwijzingen naar EU-regelingen'. Zie ook de mogelijkheden voor 'nahang procedures'; voor- en nahang procedures hebben ook een discussie teweeggebracht over de 'vervuiling' van het Nederlandse regelgevingsysteem met wetgeving die tussen de formele en de lagere wet invalt.

wetgever in dier voege dat de aanname van formele wetgeving problematisch is vanwege (1) weinig mogelijkheid tot inhoudelijke inbreng vanuit het Nederlandse parlement en (2) door korte deadlines van de uitvoerende richtlijnen? In dit verband werd de volgende vraag aan de onderzoekers van de casestudies voorgelegd:

In hoeverre was het primaat van de wetgever een probleem bij de omzetting van de te onderzoeken kaderrichtlijnen, en eventueel de bijbehorende 'uitvoeringswetgeving' of 'bijzondere wetgeving', in het bijzonder gelet op de beleidsvrijheid die deze richtlijnen en/of hun uitvoerende wetgeving al dan niet aan de lidstaten laten?[78]

In deze context is al eerder de suggestie gedaan (o.a. door de Raad van State) om de Nederlandse en Europese delegatiemogelijkheden aan elkaar te koppelen.[79] De verwachting zou inderdaad kunnen worden uitgesproken dat het primaat van de wetgever als uitgangspunt van het Nederlandse bestel vaak in de implementatiefase een 'holle frase' is wanneer 'tertiaire richtlijnen' worden omgezet. Deze kunnen zich immers kenmerken door korte deadlines en een grote mate van gedetailleerdheid.[80]

Daarom werd aan de onderzoekers van de case studies gevraagd of het primaat van de Nederlandse wetgever wellicht eerder aanleiding gaf tot problemen bij uitvoering van kaderrichtlijnen op tertiair niveau (dus gewoonlijk door de Commissie) dan wanneer de kaderrichtlijn voorziet in nadere uitvoering welke direct op het Verdrag steunt

Tot slot nog een opmerking in deze context. Zoals eerder aangegeven, moet bij uitvoering van kaderrichtlijnen onderscheid worden gemaakt tussen uitvoering die zijn delegatiegrondslag vindt in de richtlijn zelf en uitvoerende Europese wetgeving die zelf ook weer gebaseerd is op het verdrag.[81] Uitvoerende wetgeving die zijn grondslag direct in het EU-Werkingsverdrag vindt, voorziet mogelijk in betere mogelijkheden voor de Nederlandse overheid om het Europese besluitvormingsproces te sturen, omdat Nederland er in de Raad van Ministers bijzit. 'Beter' althans in vergelijking met uitvoering van de kaderrichtlijn door een autonome Europese Commissie. Daaraan is dan weer de gevolgtrekking te verbinden dat het voor de hand ligt dat implementatie van secundaire (vervolg) richtlijnen in Nederland op AMvB-niveau kan plaatsvinden – de Nederlandse regering was er immers al bij, toen die secundaire richtlijn tot stand kwam. Daarentegen zou implementatie van tertiaire richtlijnen op het niveau van de Nederlandse formele wet voor de hand liggen; dat soort (vervolg) richtlijnen wordt immers door enkel de Europese Commissie vastgesteld, zonder dat daarbij een vertegenwoordiger van de Nederlandse regering aanwezig is.
Hierbij moet echter direct worden aangetekend dat de Commissie vaak niet autonoom besluit maar onder toezicht staat van een zogenoemd comitologie-comité, waarin nationale ambtenaren zitting hebben. Vooral bij het 'zwaarste' comité, namelijk het regelgevingcomité, heeft de Commissie weinig ruimte want deze kan dan alleen maar besluiten bij een positief advies van het comité; bij een negatief advies maar ook bij het ontbreken van een advies (wegens onenigheid binnen het regelgevingcomité zelf) gaat de zaak naar de Raad. Anderzijds is de invloed van Nederland bij de vaststelling van secundaire vervolgrichtlijnen ook maar beperkt, aangezien de Nederlandse regeringsvertegenwoordiger er maar één van de 27 is en een gekwalificeerde meerderheid van stemmen in de Raad vaak al voldoende is om de secundaire vervolgrichtlijn aan te nemen.
Daarom kan niet worden gezegd dat de Nederlandse regering bij de vaststelling van secundaire vervolgwetgeving over meer, laat staan over aanzienlijk meer, invloed zou beschikken (op de inhoud van de vervolgrichtlijn) dan wanneer deze vervolgwetgeving door de Europese Commissie, op niveau drie, wordt vastgesteld.

---

[78] Zie Annex II bij dit rapport voor het volledige overzicht van alle onderzoeksvragen; deze vragen worden hier en hierna ook per onderwerp in de tekst genoemd.

[79] Zie het Advies van de Raad van State van 8 april 2004 inzake het kabinetsstandpunt over de wenselijkheid van bijzondere bepalingen voor tijdige implementatie van Europese richtlijnen, Kamerstukken I, 2003-2004, 29 200 VI, F op p. 10. Zie ook Van den Brink, A., 'Van rechtsinstrumenten naar rechtshandelingen, 'Lissabon' en de introductie van een Europees primaat van de wetgever', in: Van Ooik, R.H. en Wessel, R. (reds), De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon, Kluwer, Deventer, 2009, p. 75.

[80] Zie ook Besselink (2002), op p. 105, en Kaeding, M., 'In Search of Better Quality of EU Regulations for Prompt Transposition -The Brussels Perspective', European Law Journal, 2008, p. 583 (597).

[81] Zie hoofdstuk 2, par. 3.

Vervolgens is het te hypothetisch om een eventueel verband met het niveau van implementatie in Nederland te onderzoeken, dus 'secundaire richtlijn = AMvB; tertiaire richtlijn = formele wet' In de casestudies wordt daarom verder niet ingegaan op dit punt.

2.2 De opbouw van een Nederlands wetgevingscomplex

Los van de vraag of de verplichte rol van de formele wetgever tot (tijds)problemen leidt bij implementatie van EU-regelgeving, is er ook de vraag naar de handhaving van een goede balans tussen hoofdlijnen en details in de opbouw van het Nederlandse wetgevingscomplex. Ook dit is een aspect van het primaat van de wetgever. In Nederland geldt immers het uitgangspunt dat binnen een Nederlandse wetgevingscomplex (met een gelaagde structuur op zich) de hoofdlijnen van het beleid in de wet in formele zin moeten zijn neergelegd.[82]
In de discussie omtrent versnelde implementatie is echter duidelijk naar voren gekomen dat met dit kenmerk van het Nederlands referentiekader in de context van de implementatie van EU-regelgeving anders wordt omgegaan. Waar de afwijking van de formele wet door lagere regelgeving uit den boze was, daar pleitte het Kabinet[83] wel voor een zo intensief mogelijk gebruik van bestaande delegatiegrondslagen in het Nederlandse recht én voor verruiming van delegatiegrondslagen: 'Als uitgangspunt kan ter implementatie enigszins ruimer gedelegeerd worden dan wanneer het nationaal geïnspireerde wetgeving betreft'.[84] Hierdoor kan de implementatie van EU-regels zoveel mogelijk door regelgeving tot stand komen op één van de regelgevingniveaus beneden dat van de wet in formele zin (dus veelal de AMvB of de ministeriële regeling).

Het lijkt erop dat deze twee uitgangspunten - primaat van de wetgever en zo ruim mogelijk delegeren - op gespannen voet met elkaar staan. Dit punt lijkt a fortiori op te gaan voor kaderrichtlijnen aangezien deze (in de definiëring van dit onderzoek) veelvuldig aangevuld kunnen worden door nadere wetgeving die op zijn beurt weer tamelijk snel gewijzigd moet kunnen worden. Daarom werd bij de vijf kaderrichtlijnen de volgende vraag onderzocht:

Zijn er bij de te onderzoeken kaderrichtlijnen elementen te onderscheiden die problemen kunnen opleveren in het licht van het beginsel dat de hoofdelementen van Nederlandse wetgeving zoveel mogelijk in de formele wet moeten zijn neergelegd?

Vanwege het 'kader'-karakter van de te onderzoeken richtlijnen kan het gewenst zijn dat de Nederlandse wetgever reeds in een vroegtijdig stadium rekening houdt met nadere wetgeving die dit kader verder invult. Deze overweging vindt men ook terug in de Handleiding 'Wetgeving en Europa': 'Het is de vraag hoe delegatiegrondslagen zo te formuleren dat deze toekomstbestendig zijn en beantwoorden aan de eisen die het primaat van de wetgever stelt'.[85]
Delegatiegrondslagen zijn echter niet altijd gemakkelijk te formuleren met het oog op de te verwachten EU-regelgeving in de toekomst. Zijn de ontwikkelingen op EU-gebied voldoende voorzienbaar om goed te laten passen binnen een bestaande delegatiegrondslag?[86] Meer algemeen gesteld is het de vraag of het überhaupt denkbaar is dat het Nederlandse stelsel zo kan worden ingericht dat een betere receptie van het EU-recht mogelijk is.
Met betrekking tot de vijf kaderrichtlijnen werd daarom nagegaan of er inderdaad mogelijkheden zijn ingebouwd bij de implementatie van de primaire richtlijn, of dat dit juist niet nodig werd geacht:

[82] Zie Aanwijzingen voor de regelgeving, Ar 22.

[83] Zie bijv. het Jaarverslag Raad van State, samengevat in NJB 2000, p. 780 en, wat betreft de Regering, het Kabinetsstandpunt 'versnelde implementatie' uit 2004, Kamerstukken I 2003/04 29 200 VI, F, tweede druk. Zie ook Voermans en Steunenberg die ervoor pleiten om richtlijnen 'op een zo laag mogelijk niveau' om te zetten (Voermans en Steunenberg (2005), op p. 12 en 76).

[84] Zie Kamerstukken I 2003-2004, 29 200 VI, F, tweede druk, op p. 2.

[85] Ministerie van Justitie, Handleiding Wetgeving en Europa, 2009, op p. 118. Dit is de opvolger van de eerdere 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten, Sdu Uitgevers, Derde druk, Den Haag, 2001, zie met name op dit punt p. 44 van deze eerdere uitgave.

[86] Kortes en Vervloet wezen ook reeds op dit probleem bij implementatie op een lager regelgevingniveau. Zie Kortes en Vervloet (2006), p. 97.

Hebben de te onderzoeken richtlijnen voor moeilijkheden gezorgd met betrekking tot het vinden of creëren van adequate delegatiegrondslagen in de Nederlandse rechtsorde, in het bijzonder in het licht van de uitvoerende regelgeving die onder (of achter) deze kaderrichtlijn 'hangt'?

2.3 De rol van het maatschappelijk middenveld bij kaderrichtlijnen

In de Nederlandse context is het goed gebruik om in het proces van totstandkoming van wetgeving experts en adviescolleges te raadplegen.[87] Geregeld komt het voor dat deze rol van het 'maatschappelijk middenveld' wettelijk is vastgelegd. Echter, voor zover zulke consultaties wettelijk zijn voorgeschreven, is er in het kader van implementatie van EU-regelgeving voor gekozen om in Nederland, op horizontale wijze, alle verplichtingen tot consultatie af te schaffen. De Awb heeft alle (normaliter) verplichte advies- en voorhangprocedures afgeschaft voor wetgeving die 'uitsluitend strekt tot uitvoering van een bindend besluit van Raad, Raad en EP of de Commissie'.[88] Het betreft hier een versimpeling van het wetgevingsproces op alle lagen van de Nederlandse regelgevingshiërarchie, inclusief de wet in formele zin. Velen oordelen dat op dit gebied een 'verschuiving naar voren' dient plaats te vinden waarbij de (al dan niet wettelijk voorgeschreven) advisering zich niet richt op implementatie maar op de totstandkoming van het EU-besluit.
Ten eerste kan de vraag gesteld worden of bij een kaderrichtlijn met veel nationale invullingsmogelijkheden het toch niet belangrijk is dat ook in de implementatiefase het maatschappelijk middenveld een belangrijke rol is toebedeeld teneinde een goede omzetting van de richtlijn te bewerkstelligen. Bovenden kan het 'kader-karakter' van de vijf richtlijnen er toe leiden dat bij de initiële implementatie van de kaderrichtlijn bepaalde keuzes worden gemaakt die bij de latere uitwerking en aanvulling van deze richtlijn onomkeerbaar zijn. Keuzes bij latere implementatie kunnen immers onlosmakelijk verbonden zijn met keuzes die werden gemaakt bij eerdere implementatie (de zogenoemde 'path dependency' bij implementatie).
Ten tweede rijst de vraag of een eventuele 'verschuiving naar voren' van de rol van het maatschappelijk middenveld altijd werkbaar is bij kaderrichtlijnen. Indien een belangrijk deel van de normstelling op grond van een kaderrichtlijn zich later afspeelt (op het tertiaire dan wel secundaire niveau van de Unie), waarbij soms snel gehandeld moet worden, is er wellicht niet altijd een goede mogelijkheid om in deze latere fase adequaat input te kunnen leveren op de EU-besluitvorming.
Deze twee belangrijke aspecten van participatie van de civil society (op nationaal respectievelijk Europees niveau) werden in de casestudies meegenomen aan de hand van de volgende vraag:

Is er bij de te onderzoeken kaderrichtlijnen een inbreng geweest van het 'maatschappelijk middenveld' (belangenorganisaties en/of adviesorganen) bij (1) de omzetting ervan in de Nederlandse rechtsorde en/of (2) bij de totstandkoming van de kaderrichtlijn?

2.4 De autonomie van het Nederlandse procesrecht en kaderrichtlijnen

Uitgangspunt van het Europese recht is dat deze de 'procesautonomie' van de lidstaten, en dus ook die van Nederland, in stand laat onder voorbehoud dat het nationale procesrecht niet in een minder gunstige regeling voorziet voor handhaving van Europees recht dan voor de handhaving van regels van het Nederlandse recht (non-discriminatie- of gelijkwaardigheidbeginsel) én dat deze nationale procesregels niet de verwerkelijking van het Europese recht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt (effectiviteitsbeginsel).[89] De handhaving en rechtsbescherming met betrekking tot de normen uit richtlijnen is dan ook typisch het gedeelte van de richtlijn dat kan worden omgezet door 'bestaand' recht in de Nederlandse rechtsorde via het Burgerlijk Wetboek, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Algemene wet Bestuursrecht, het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van

[87] Zie bijv. de Nota 'Vertrouwen in wetgeving', TK 2008 – 2009, 31 731, Nr. 1, op p. 8.
[88] Zie art. 1:8 Awb.
[89] Deze eisen stelt het Hof van Justitie in zijn zogenoemde Rewe/Comet-rechtspraak. Voor een bespreking daarvan zie W.T. Eijsbouts et al, Europees Recht, Algemeen Deel, 3e druk, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, p. 324-330.

Strafvordering of de Wet Economische Delicten. Echter, dit uitgangspunt van de nationale procesautonomie staat in toenemende mate onder druk, vooral als gevolg van het algemene effectiviteitsbeginsel maar ook als gevolg van meer specifieke normen zoals neergelegd in EU-besluiten zelf.
Dat op grond van Europese regelgeving soms grondige verschuivingen kunnen plaatsvinden in een nationaal rechtsstelsel kan worden geïllustreerd aan de hand van het opportuniteitsbeginsel in het straf(proces)recht. Zoals bekend is dit een van de grondbeginselen van het Nederlandse strafprocesrecht. Lange tijd waande men het nationale strafrecht een terrein waarop het Europese recht geen vat had. Weliswaar kon er in het kader van de oude 'Derde Pijler' (PJSS) tot strafrechtharmonisatie worden overgegaan, maar dan wel onder behoud van een veto voor iedere lidstaat en zonder dat bepaalde algemene leerstukken uit het Europese (dat wil zeggen het oude 'EG') recht toepassing zouden vinden (bijvoorbeeld directe werking).[90]
Het arrest Kaderbesluit milieustrafrecht is inmiddels in brede kring bekend.[91] De zaak heeft het einde ingeluid van de relatieve vrijwaring van het strafrecht door de 'communautaire rechtsorde'. Het HvJ bepaalde dat onder de milieuparagraaf van het vroegere EG-Verdrag (waar Nederland geen veto had) milieuregels konden worden vastgesteld waarvan de strafrechtelijke sanctionering kon worden geëist in dezelfde milieurichtlijn, zonder dat daarvoor een apart 'derde pijler kaderbesluit' noodzakelijk was. Type en hoogte van de strafsanctie bleven evenwel behoren tot het terrein van de vroeger derde pijler.[92] Nadien werd daarom, na veel aanvankelijk verzet van een groot aantal lidstaten, een richtlijn milieustrafrecht vastgesteld.[93] Met sanctionering door andere nationale mechanismen (die over de band van het bestuursrecht of het privaatrecht zouden lopen) zou dus niet de effectiviteit van het Europese recht afdoende gegarandeerd kunnen worden. Deze ontwikkeling heeft zich doorgezet in het Verdrag van Lissabon dat in art. 83 lid 2 Wv in wezen deze rechtspraak heeft gecodificeerd.[94]
Een van de belangrijkste consequenties van deze ontwikkeling is dat het Nederland in ieder geval niet meer vrijstaat om enkel te kiezen voor bestuurlijke of civiele handhaving, maar dat er ook strafrechtelijk gehandhaafd moet worden. De algemene eisen van effectieve handhaving van het Europese recht, zoals die waren ontwikkeld in de context van de oude EG,[95] zijn daarmee niet meer onverkort van toepassing op alle EU-terreinen. Een nog fundamentelere vraag is echter of Nederland alleen nog maar strafrechtelijk mag handhaven, en dus dat er daarnaast niet meer bestuurlijk of civiel gehandhaafd mag worden. Vooral voor de handhaving van (de uitvoering van) Europese milieuregels is dit een fundamentele vraag, aangezien wij in Nederland relatief goede ervaringen hebben opgedaan met bestuurlijke handhaving.
Wij zouden menen dat uit een analyse van de betrokken besluiten (kaderbesluit en richtlijn milieustrafrecht) en de genoemde rechtspraak van het Hof blijkt dat de tweede visie de betere is. Indien dus ernstige milieuovertredingen in Nederland maar strafbaar worden gesteld - en het OM (af ten toe) optreedt tegen deze overtredingen, zie hierna – dan kan daarnaast verder worden gegaan met de bestuurlijke handhaving.[96]
Binnen de (verplichte) strafrechtelijke handhaving is een tweede fundamentele vraag of er spanningen ontstaan met het Nederlandse opportuniteitsbeginsel. De basisgedachte is dat een expliciete plicht tot strafrechtelijke handhaving (door de EU opgelegd aan de lidstaten) weinig zin heeft als er vervolgens niet daadwerkelijk wordt opgetreden door het OM. In een nog verder gaande opvatting - er is nog geen rechtspraak van het Hof van Justitie - zou het OM iedere overtreding die (indirect) door de

[90] Hoewel het HvJ in de zaak Pupino, ondanks de uitsluiting van directe werking van kaderbesluiten, bepaalde dat de plicht tot conforme uitleg zoals die was ontwikkeld in de EG, ook van toepassing was op kaderbesluiten uit de oude 'derde pijler' van de EU met dezelfde randvoorwaarden (bijvoorbeeld dat conforme uitleg niet tot gevolg mag hebben dat een strafrechtelijke aansprakelijkheid met terugwerkende kracht wordt gevestigd of verzwaard). Zie C-105/03, Strafzaak tegen Maria Pupino, Jur. 2005, I-5285.
[91] Zie C-176/03, Commissie t. Raad ('Kaderbesluit Milieustrafrecht'), Jur. 2005, p. I-7879.
[92] Zie C-440/05, Commissie t. Raad ('Kaderbesluit Scheepsverontreiniging'), Jur. 2007, I-9097, ov. 70.
[93] Richtlijn 2008/98/EG inzake de milieubescherming door middel van het strafrecht, Pb.EU 2008, L 328/28.
[94] Deze bepaling stelt: "Indien onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van het strafrecht nodig blijkt voor een doeltreffende uitvoering van beleid van de Unie op een gebied waarop harmonisatiemaatregelen zijn vastgesteld, kunnen bij richtlijnen minimumvoorschriften worden vastgesteld met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en de sancties op het betrokken gebied".
[95] Zie klassieke zaken als 68/88 Commissie t. Griekenland ('Griekse Maïs'), Jur. 1989, p. 2965.
[96] Uitgebreider Ooik, van, R.H., en Vandamme, T.A.J.A. in de annotatie bij zaak C-176/03, SEW 2006, p. 78-85. Zie evenwel voorzichtiger het aldaar genoemde ICER-advies over deze uitspraak. De Handleiding 'Wetgeving in Europa', op p. 139, wijst echter ook op de mogelijkheid van dit 'parallelle traject'.

EU strafbaar is gesteld, ook daadwerkelijk moeten vervolgen. Dan zou het opportuniteitsbeginsel in feite moeten wijken op die terreinen van het Nederlandse strafrecht die worden geraakt door wetgevingsactiviteiten op die beleidsterreinen van het EU-Werkingsverdrag waarop een plicht tot strafbaarstelling bestaat. Is in dat geval de veranderlijke toepassing van het opportuniteitsbeginsel, die vanuit het perspectief van de Nederlandse burger weinig begrijpelijk zal zijn, vol te houden? En zou dan, vanuit de nationale systematiek bekeken, wellicht op termijn de algehele afschaffing van het opportuniteitsbeginsel volgen, bij wijze van een soort van 'spontane harmonisatie'?
Wij zouden echter beslist niet zo ver willen gaan: weliswaar impliceert een EU-plicht tot strafbaarstelling naar onze mening dat er tenminste af en toe daadwerkelijk strafrechtelijk wordt vervolgd, maar dit betekent nog niet dat iedere overtreding van door de EU strafbaar gestelde gedragingen ook daadwerkelijk vervolgd moet worden. De beleidsvrijheid van het OM binnen het strafrechtelijke pad – om te beoordelen of het opportuun is daadwerkelijk te vervolgen - wordt dus slechts in zeer beperkte mate ingeperkt. Bovendien, als gezegd, blijft bestuursrechtelijk handhaven, naast het strafrechtelijk handhaven, toegestaan. Het OM, in overleg met de bestuurlijke autoriteiten, kan daarom blijven beoordelen of het opportuun is de strafrechtelijke route te bewandelen, dan wel dat het geschikter is om voor de weg van de bestuurlijke handhaving te kiezen – althans, zo lang maar niet in 100 procent van de gevallen voor die laatste weg wordt gekozen.
Soortgelijke vragen kunnen zich voordoen bij de Europese inmenging in het burgerlijk procesrecht of het administratief procesrecht. Onderwerpen als de lijdelijkheid van de rechter, de eventuele plicht tot ambtshalve aanvulling van (Europese) rechtsgronden, mogelijkheid van proceskostenveroordeling, van vergoeding van immateriële schade, van collectieve acties, inmenging in het bewijsrecht of doorbreking van nationaal vastgelegde beroepstermijnen zijn allemaal mogelijkheden die zich kunnen voordoen op grond van de algemene beginselen van non-discriminatie of (vooral) effectiviteit dan wel op grond van meer specifieke normen neergelegd in EU-wetgeving. Het duidelijkste voorbeeld is wel de plicht tot ambtshalve toepassing van Europese consumentenrichtlijnen door de Nederlandse civiele rechters, door het HvJEU afgeleid uit het effectiviteitbeginsel, die daarmee het Nederlandse procesbeginsel van lijdelijkheid van de (civiele) rechter moeten verzaken.[97]
Het is dan ook zeer goed mogelijk dat een of meerdere van de betrokken kaderrichtlijnen nopen tot aanpassingen van het Nederlandse bestuurs- civiel of staf(proces)recht. Teneinde dit vast te stellen werd aan de onderzoekers van de vijf kaderrichtlijnen de volgende onderzoeksvraag gesteld:

Is het voor de te bestuderen kaderrichtlijnen, en hun uitvoerende wetgeving, denkbaar dat nu, of in de toekomst, aanpassingen nodig zijn van Nederlands administratief, civiel- of strafprocesrecht?

2.5 Bestuurlijke autonomie van Nederland en kaderrichtlijnen

Het toepassingsbereik van kaderrichtlijnen kan zich gemakkelijk uitstrekken tot materies die zich in Nederland situeren in de bevoegdheden van de verschillende overheden in de gedecentraliseerde eenheidsstaat (rijk, provincie, gemeente, waterschappen) of binnen de functionele decentralisatie (product- en bedrijfsschappen). Het is mogelijk dat als gevolg van de omzetting van de kaderrichtlijn er knelpunten ontstaan in verband met de onderlinge verhoudingen tussen deze verschillende Nederlandse overheden.
Bovendien kan Europese wetgeving overlegstructuren tussen de lidstaten in het leven roepen waarbij deze verplicht worden in nieuwe verbanden samen te werken. Soms kan de kaderrichtlijn hierbij zelfs aanleiding geven tot een nieuw bestuursorgaan, waarbij gedacht kan worden aan het Transboundary River Basin District (Kaderrichtlijn Water) en de Marine Regions (Kaderrichtlijn Mariene Strategie). Vanwege hun brede toepassingsbereik kan dit fenomeen wellicht eerder bij kaderrichtlijnen worden geconstateerd dan bij andere wetgeving. De volgende onderzoekvraag werd in dit verband gesteld:

Hoe verhoudt de te bestuderen kaderrichtlijn zich tot de bestuurlijke autonomie in Nederland?

[97] Zie met name 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht', rapport van de LOVCK werkgroep Ambtshalve toetsing, februari 2010, te vinden op de website van de Raad voor de Rechtspraak.

Hierbij kan ook gedacht worden aan wijzigingen van toezichtsystemen zoals die in Nederland gebruikelijk zijn. Niet ondenkbaar is bijvoorbeeld dat een EU-besluit een vergunningensysteem voorschrijft (met een voorafgaande individuele beoordeling) terwijl het Nederlandse stelsel uitgaat van een stelsel van algemene regelgeving. Dit zou tot incongruenties kunnen leiden indien in aanverwante Nederlandse rechtsgebieden (nog) geen vergunningstelsel is ingevoerd.[98]

3. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader

3.1 De Nederlandse wetsystematiek en kaderrichtlijnen

Reeds bij de bespreking van de Nederlandse delegatieproblematiek is één element naar voren gekomen in verband met wetsystematiek: de regeling van de hoofdelementen van een regelgevingcomplex in de wet in formele zin.[99] Andere elementen van wetsystematiek die hier aan bod moeten komen zijn de beginselen van rechtseenheid en toegankelijkheid en hun verhouding tot EU-implementatie. Rechtseenheid en toegankelijkheid liggen immers aan de basis van de algemene wetboeken die Nederland kent (zoals het BW en de Awb) maar ook van wetgeving met een bescheidener opzet (zoals de Wet milieubeheer of de Waterwet).

Dit type nationale wetgeving kenmerkt zich door een grote mate van systematiek en gelaagdheid met vaak een lange voorgeschiedenis die bovendien vaak voortbouwt op fundamentele keuzen. Zo beschrijft Hesselink het proces van de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek als een proces van 45 jaar waarin voortdurend discussie is geweest tussen wetenschap en wetgever en natuurlijk tussen wetenschappers onderling. Juist toen dit BW-project eindelijk zijn vaste vorm aannam werd het Europese wetgevingsproces op het gebied van het privaatrecht (contractenrecht) geïntensiveerd met onvermijdelijke consequenties voor de zwaar bevochten Nederlandse wetsystematiek.[100] Soortgelijke verschijnselen kunnen zich voordoen bij het Wetboek van Strafrecht, de Wet milieubeheer, de Algemene wet bestuursrecht, etc. Soms wordt vanuit een materiële invalshoek een nieuwe systematiek ingevoerd in het Nederlandse recht, zoals gebeurde vanuit het perspectief van het omgevingsrecht door middel van de 'Wabo' (Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht).[101] Deze voorziet in uniformiteit met betrekking tot vergunningverlening op diverse terreinen die allemaal functioneel onder de noemer van omgevingsrecht kunnen worden gebracht.

Van dergelijke nationale wetsystematiek wordt doorgaans niet graag afgeweken onder druk van EU-implementatie.[102] Toch lijkt dit soms onvermijdelijk. Een onderscheid dat in dit verband in het kader van dit onderzoek wordt gemaakt is dat tussen 'voorziene' en 'onvoorziene' knelpunten tussen de kaderrichtlijn en de Nederlandse wetsystematiek. Met betrekking tot de onvoorziene knelpunten kan men zich afvragen of bij kaderrichtlijnen een 'systeembreuk' in het nationale recht zich wellicht pas later aandient, in het bijzonder wanneer de uitvoerende regelgeving wordt aangenomen. Daarom werden aan de onderzoekers de volgende twee vragen voorgelegd:

Noopt de te onderzoeken kaderrichtlijn tot een afwijking of herziening van gevestigde wetssystematiek in het Nederlandse recht?

Was deze afwijking voorzienbaar op het moment van aanname van de kaderrichtlijn of bleek de noodzaak hiertoe pas in een later stadium (bijvoorbeeld pas bij de totstandkoming van 'dochterrichtlijnen' of 'bijzondere richtlijnen')?

---

98 Een vraagstuk dat reeds was te vinden in Ministerie van Justitie, 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten, Sdu Uitgevers, Derde druk, Den Haag, 2001, op p. 43.

99 Par. 2.2 van dit hoofdstuk.

100 Zie Hesselink, M., 'The Ideal of Codification', European Law Journal, 2006, p. 279-305.

101 Inwerkingtreding van deze 'Wabo' was voorzien voor 1 juli 2010.

102 Zie Loos, M,. Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht (oratie), Vossiuspers UvA, 2006, p. 11.

Indien harmonisatie tot stand komt op een relatief beperkt terrein is de kans aanwezig dat verschillende stukken Europese wetgeving met verschillende begrippen werken op terreinen die zeer verwant zijn. Zeker vanuit het perspectief van de Nederlandse implementatiewetgever kan dit problematisch zijn.[103] Door een bredere Europese wetgevingsopzet kan de kans op dergelijke problemen worden verkleind. Echter, zoals Hesselink reeds elders heeft vastgesteld kan hierdoor een 'nieuwe generatie' van mogelijke frictie ontstaan tussen de nationale en de Europese rechtsorde:

'after the familiar tension between systematic codification and instrumental harmonisation there will be a new tension between two different systematic codifications'[104]

De Europese wetgever die meer gaat werken met algemene begrippen en concepten en zodoende probeert een meer horizontale Europese wetsystematiek tot stand te brengen zal daarmee in veel gevallen een (gedeeltelijk) andere systematiek in het leven roepen dan de Nederlandse systematiek. Kaderrichtlijnen lenen zich bij uitstek voor een dergelijke aanpak op Europees niveau. De mogelijkheid dat de omzetting in Nederland horizontale consequenties heeft lijkt dan ook in dit verband meer dan anders aanwezig. In de casestudies werd daarom de volgende vraag onderzocht:

Poogt de te onderzoeken kaderrichtlijn een samenhang te bewerkstelligen in de Europese rechtsorde die zich slecht verdraagt met de reeds bestaande samenhang in de Nederlandse rechtsorde?

3.2 Het Nederlandse begrippenkader en implementatie van kaderrichtlijnen

De keuze om bij implementatie van richtlijnen 'vorm en middelen' te kiezen, laat in principe aan lidstaten de mogelijkheid om Europese terminologie te 'vertalen' naar hun eigen terminologie en begrippenkader. Ze kunnen er echter ook voor kiezen om de Europese termen rechtstreeks over te nemen in het nationale recht. In het eerste scenario is er uiteraard een mooiere aansluiting mogelijk met het nationale rechtsstelsel terwijl in het tweede scenario de kans op implementatiefouten veel kleiner is.[105]
De nationale dynamiek lijkt op dit punt moeilijk in te schatten. Zijn nationale concepten betere 'geleiders' van het Europees beleid? Of blijkt juist dat de introductie van een nieuw Europees begrip naast het oudere nationale begrip een meer heldere rechtspraktijk teweegbrengt omdat dit wellicht gemakkelijker is dan aan een reeds bestaand concept een nieuwe 'Europese interpretatie' te geven?[106] Daar tegenover kan dan weer het probleem worden geplaatst dat Europese bepalingen te onduidelijk kunnen zijn om goed in de dagelijkse rechtspraktijk te worden toegepast. In dat geval is 'copy in' als een implementatiemethode natuurlijk problematisch.
Om een antwoord op deze belangrijke vragen te krijgen, althans wat betreft de implementatie van de vijf kaderrichtlijnen, werden aan de onderzoekers de volgende twee vragen meegegeven:

Heeft de te implementeren kaderrichtlijn aanleiding gegeven om EU-terminologie te 'vertalen' naar Nederlandse begrippen? Of is ervoor gekozen om de EU-terminologie direct te incorporeren in het Nederlandse begrippenkader?

Indien voor directe incorporatie is gekozen, heeft dit verdere 'horizontale consequenties' gehad in de Nederlandse rechtsorde (voorzien of onvoorzien)?

---

[103] Zo is op het symposium 'Nationale wetsfamilies en EU-wetgeving', georganiseerd door de Raad van State op 19 juni 2008, ter sprake gekomen dat verschillende Europese richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht verschillende definities van 'consument' aanhielden. Smits wijst op verschillende termijnen voor een recht op ontbinding binnen het EU-acquis; zie Smits, J.M., 'De toekomst van het Europees privaatrecht: gemeenschappelijk referentiekader, optionele code en implementatie van richtlijnen', in: Hartkamp e.a. (red.), De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht, Algemeen Deel, p. 281, op p. 285.

[104] Zie Hesselink (2006), op p. 294.

[105] Zie hierover, vanuit Europees perspectief, ook reeds hoofdstuk 2, par. 2.2.

[106] Zie op dit punt ook Vandamme, T.A.J.A. et al, 'Empirical Aspects of the Research Project Binding Unity and Divergent Concepts in EU Law - General Report on the Outcome of the Questionnaire', in: Prechal, S. and Roermund, van, B. (eds), The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Bepaalde Europese begrippen behoeven nog nadere uitwerking op EU-niveau. Dit doet zich voor bij veel richtlijnen, maar kaderrichtlijnen kunnen een extra moeilijkheid in zich bergen. Het kan zijn dat een begrip uit een kaderrichtlijn nadere invulling behoeft door de Europese wetgever zelf. Bij uitblijven van deze nadere normering op EU-niveau is de Europese norm in de kaderrichtlijn soms een lege huls. De volgende vraag werd in dit verband nader onderzocht:

Hebben zich bij de te bestuderen kaderrichtlijn moeilijkheden voorgedaan omdat bepaalde Europese begrippen nog nadere uitwerking behoefden op EU-niveau?

Het kan zelfs zijn dat de richtlijnbepaling (nog) van onvoldoende normerende betekenis is om überhaupt te kunnen worden omgezet in concrete Nederlandse wetsteksten.[107] Indien dat het geval is, is met name op het niveau van de kaderrichtlijn (basisrichtlijn) de implementatie ervan in Nederlands recht zeer moeizaam.[108]

3.3 Spontane Harmonisatie

Voor zover de afwijking van het Nederlandse begrippenkader of de Nederlandse wetsystematiek onafwendbaar was (ongeacht of deze was voorzien of niet), dient zich de vraag aan hoe met deze systeembreuk wordt omgegaan. Aan spontane harmonisatie wordt immers het voordeel gekoppeld dat er dan geen 'systeembreuk' in het nationale stelsel plaatsvindt.109 Behoud van consistentie is een belangrijke reden om tot spontane harmonisatie over te gaan. Staten willen dan door middel van spontane harmonisatie voorkomen dat een 'lappendeken' ontstaat binnen hun rechtsstelsel. Een ander argument voor spontane harmonisatie kan zijn het voorkomen van zogenoemde omgekeerde discriminatie van 'eigen' burgers en bedrijven en de mogelijke concurrentienadelen die dit teweeg brengt.

Hiertegenover staat echter dat er, zeker in de context van de grote systematische wetboeken, er de (natuurlijke) neiging is om systeeminbreuken zo klein mogelijk te houden. In dat geval wordt implementatie zeer strikt doorgevoerd en zal er dus weliswaar een systeembreuk optreden, doch deze wordt dan beperkt gehouden. Belangrijkste vraag is echter de volgende: is het wenselijk dat in Nederland een bepaalde term / begrip een verschillende uitleg krijgt naar gelang een feitencomplex zich binnen dan wel buiten het bereik van het EU-besluit ligt?
Wellicht dat bij kaderrichtlijnen, door hun ruime toepassingsbereik, er sneller aanleiding is om tot spontane harmonisatie over te gaan dan bij 'gewone' richtlijnen. Teneinde daarover evenwel zekerheid te krijgen, werden aan de onderzoekers de volgende vragen gesteld:

In hoeverre hebben de te onderzoeken kaderrichtlijnen aanleiding gegeven tot 'spontane harmonisatie'?

Indien dit niet het geval was, wat waren daarvoor de belangrijkste beweegredenen van de Nederlandse implementatiewetgever?

---

[107] Zie Ministerie van Justitie, Handleiding Wetgeving en Europa. De voorbereiding, totstandkoming van nationale implementatie van Europese regelgeving, maart 2009 op p. 121. Zie ook de voorloper: Ministerie van Justitie, 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten, Sdu Uitgevers, derde druk, Den Haag, 2001, op p. 102 en het aldaar genoemde voorbeeld van de 'evenwichtige spreiding van ongelode benzine'.

[108] Dit probleem komt bijvoorbeeld naar voren in het Rapport van de Rekenkamer uit 2008, TK 2007-2008, 31 498 Nrs 1-2. op p. 22. Zie Zie ook Ministerie van Justitie, 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten, Sdu Uitgevers, derde druk, Den Haag, 2001, op p. 103 en het daar genoemde voorbeeld van de nog te nemen Commissie-voorschiften ter uitvoering van Richtlijn 91/628/EEG (bescherming dieren tijdens vervoer) die nog niet waren aangenomen ten tijde van het verstrijken van de implementatiedeadline.

[109] Zie ook reeds hoofdstuk 2, par. 2.3.

4. Rechtsinstrumenten en -technieken

4.1 'Goldplating' bij implementatie?

Het traditionele uitgangspunt in de Nederlandse implementatiepraktijk is dat bij de omzetting van richtlijnen er in principe geen nationaal beleid, 'bovenop' de richtlijn, wordt meegenomen in het implementatieproces.[110] Deze praktijk heeft een dubbele achtergrond. Ten eerste is de stelling dat het niet 'meenemen' van nationale aanvullingen helpt bij het voorkomen van deadlineoverschrijdingen bij de omzetting van EU-richtlijnen. Bovendien is er de zorg dat een dergelijk 'goldplating' kan leiden tot zwaardere lasten of zelfs concurrentienadelen voor het Nederlandse bedrijfsleven. Daarvan los moet worden gezien, zoals eerder aangegeven, het al dan niet spontaan uitbreiden van het toepassingbereik van richtlijnen bij hun implementatie in Nederland. Dit kan wel degelijk aantrekkelijk zijn omdat daarmee bepaalde incongruenties in de Nederlandse rechtsorde kunnen worden opgeheven die anders kunnen ontstaan als gevolg van de omzetting van de richtlijn. Kortom, in de Nederlandse implementatiepraktijk bestaat er meer weerstand tegen 'goldplating' dan tegen spontane harmonisatie.
Of het eerstgenoemd beleid ook zichtbaar was bij de implementatie van de vijf (kader)richtlijnen, werd onderzocht aan de hand van de volgende vragen:

Is er bij de bij de te onderzoeken kaderrichtlijnen sprake geweest van 'goldplating'?

Is de beslissing om hiertoe over te gaan te herleiden tot het 'kaderkarakter' van de onderzochte richtlijn?

Indien bij de omzetting niet tot 'goldplating' is besloten (vanwege het Nederlandse uitgangspunt dat in principe niet te doen) heeft dat dan bepaalde negatieve consequenties gehad?

4.2 Zelfregulering en kaderrichtlijnimplementatie

Zelfregulering kan onder bepaalde condities bevredigend werken als een alternatief voor regulering door de overheid.[111] In de vorm van protocollen, (gedrags)codes, convenanten, normalisatie- en certificatie instituten, keurmerken etc. kunnen sectoren in meer of mindere mate zichzelf organiseren. Ook de CAO moet uiteraard in dit verband genoemd worden.
Wanneer de EU een beleidsterrein begint in te richten door middel van een kaderrichtlijn kan dit betekenen dat de voorheen bestaande mogelijkheden tot zelfregulering afnemen. Echter dat hoeft niet het geval te zijn. In een aantal gevallen laat Europese wetgeving zelfregulering als implementatietechniek expliciet toe, zoals de Kaderrichtlijn energiezuinige producten.[112] Op het terrein van het sociaal recht heeft deze mogelijkheid zelfs verdragstatus.[113] Randvoorwaarde bij omzetting van Europees recht door de verschillende methoden van zelfregulering is echter dat de Nederlandse wetgever een 'vangnet' creëert waardoor de resultaten van de richtlijn te allen tijde gegarandeerd kunnen worden voor het geval zelfregulering faalt.[114]
Verschillende vraagstukken kunnen zich voordoen na aanname van een EU-kaderrichtlijn. Ten eerste kan in een vroeg stadium duidelijk zijn dat deze zelfregulering uitsluit. Ontstaat hierdoor een incongruentie in het Nederlandse rechtsstelsel bijvoorbeeld omdat bepaalde economische activiteiten nog steeds onderhevig kunnen zijn aan zelfregulering en bepaalde aanpalende activiteiten als gevolg

110 Zie Aanwijzingen voor de Regelgeving, Nr. 337 en de toelichting hierop in de Handleiding 'Wetgeving en Europa', op p. 126.

111 Van zelfregulering als alternatief voor wettelijke regulering kan worden onderscheiden zelfregulering als uitgangspunt voor regulering (zelfregulering als 'zelfbeschikking'). Die laatste variant blijft in dit onderzoek uiteraard buiten beschouwing. Zie daarover nader Veerman, G.J., Over wetgeving, principes, paradoxen en praktische beschouwingen, SDU, Den Haag, 2007, op p. 258.

112 Zie art. 3 lid 2 van Richtlijn 2005/32. Zie ook Richtlijn 85/339/EEG (milieuconvenant), Pb. 1985, L 176/18 en Richtlijn 84/450/EEG (vrijwillig toezicht door zelfreguleringscolleges) en Richtlijn 92/28/EEG (Geneesmiddelen voor menselijk gebruik).

113 Zie art. 153 lid 3 Wv (oud art. 137 EG): 'Een lidstaat kan de sociale partners, indien zij gezamenlijk daarom verzoeken, belasten met de uitvoering van de krachtens lid 2 vastgestelde richtlijnen' toegepast in bijvoorbeeld Richtlijn 91/533/EEG.

114 Zie bijv. C-340/96, Commissie t. VK, Jur. 1999, p. I-2023. Zie hierover reeds hoofdstuk 2, par. 2.5; zie ook Prechal (2005) .

van de kaderrichtlijn niet meer? Wanneer een kaderrichtlijn zelfregulering niet in de eerste instantie uitsluit, kan deze wellicht op de langere termijn zelfregulering wél (gedeeltelijk) uitsluiten, met name als er opvolgende wetgeving tot stand komt op EU-niveau? In hoeverre was een dergelijke ontwikkeling voorzienbaar bij de initiële vaststelling van de kaderrichtlijn? Verder kan zelfregulering nog wel mogelijk zijn op het terrein van een kaderrichtlijn, maar wordt dit voor de sector in kwestie minder interessant als gevolg van deze Europese ontwikkeling.[115] Of, ter contrast hiermee, leidt de kaderrichtlijn juist tot een (te) groot gewicht voor bestaande zelfreguleringsmechanismen op nationaal niveau wanneer deze hun activiteit zien toenemen als gevolg van de kaderrichtlijn in hun sector?[116]
Aan de auteurs van de vijf casestudies werd in dit verband de volgende vraag voorgelegd:

Welke gevolgen heeft de te onderzoeken kaderrichtlijn voor (a) de mogelijkheid tot zelfregulering en/of (b) de aard van zelfregulering en/of (c) de intensiteit van zelfregulering in de Nederlandse rechtsorde?

[115] Hierbij zij opgemerkt dat wanneer een EU-besluit (regelmatig) wijzigt, ook het zelfreguleringsinstrument (regelmatig) moet wijzigen. Zie in dat verband ook Ministerie van Justitie, 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten, Sdu Uitgevers, Derde druk, Den Haag, 2001, op p. 66.

[116] Interessant is in dit verband het probleem waarvan de '101 Praktijkvragen' melding maken. Bij zelfregulering door normalisatie- en certificatie-instituten kan een dynamische verwijzing naar een EU-besluit (en zijn opvolgers) ertoe leiden dat deze instituten quasi regelgevende bevoegdheden krijgen als gevolg van de 'doorgeleiding', zie Ministerie van Justitie (2001), op p. 68. Zie ook Ministerie van Justitie, Handleiding Wetgeving en Europa. De voorbereiding, totstandkoming van nationale implementatie van Europese regelgeving, maart 2009, op p. 103 e.v.

Deel B

De Case Studies

Hoofdstuk 4 Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden

1. Inleiding

De Kaderrichtlijn betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (89/391/EEG)[117] beoogde een harmonisatie van de regelgeving in de verschillende lidstaten op het gebied van arbeidsomstandigheden. De Richtlijn is in Nederland geïmplementeerd middels een herziening van de Arbeidsomstandighedenwet (hierna Arbowet) uit 1980. Wat betreft de structuur van de Nederlandse Arbowet had die implementatie niet bijzonder veel gevolgen. Materieel gezien leidde de Kaderrichtlijn echter tot de introductie van twee tamelijk zware verplichtingen voor de Nederlandse werkgevers: de verplichting tot het (doen) uitvoeren van een risico-inventarisatie en -evaluatie en de verplichting om deskundige ondersteuning te organiseren bij (de uitvoering van) het arbeidsomstandighedenbeleid binnen ondernemingen. De facto betekende deze laatste verplichting dat de reeds bestaande verplichting, voor sommige ondernemingen met meer dan 500 werknemers, tot aansluiting bij een bedrijfsgezondheidskundige dienst werd uitgebreid tot in principe álle werkgevers.
De Kaderrichtlijn is in 1994 geïmplementeerd in de Arbowet.[118] Hoewel de implementatie van de Kaderrichtlijn aanvankelijk tamelijk rimpelloos is verlopen, heeft met name de wijze waarop de deskundige ondersteuning is geïmplementeerd enige jaren later tot een inbreukprocedure en vervolgens een procedure voor het Europees Hof geleid, waarbij Nederland door het Hof gedwongen werd de wettelijke verplichtingen omtrent de 'arbodienstverlening' aan te passen. Deze aanpassing is doorgevoerd bij wet van 7 april 2005.[119] In 2009 heeft de Europese Commissie opnieuw vragen gesteld over de wijze waarop de deskundige ondersteuning is georganiseerd, meer in het bijzonder omtrent de functie-eisen van de zogeheten preventiemedewerker. De gang van zaken rond deze kwesties leert dat, hoewel de Kaderrichtlijn veel ruimte laat van nationale invulling, die invulling wel degelijk ook inhoudelijk wordt getoetst aan de doelstellingen van de Richtlijn zelf.

2. Kaderrichtlijn 89/391/EEG en haar institutionele context

Kaderrichtlijn 89/391/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk is één van de eerste stukken van sociale wetgeving op grond van toenmalig artikel 118A EEG-Verdrag.[120] Het besluit tot vaststelling van de Richtlijn is genomen in samenwerking met het Europees Parlement, ex art. 118A lid 2 en art. 149, lid 2 EEG-Verdrag.[121] Deze procedure waarborgde een ruime inbreng van het Parlement én van het Raadgevend Comité voor de veiligheid, de hygiëne en de gezondheidsbescherming op de arbeidsplaats.[122] Nog voor het eerste ontwerp van de Richtlijn had al ruim overleg plaatsgevonden met het Raadgevend Comité.[123] De invloed van met name het Europees Verbond van Vakverenigingen bij de totstandkoming van de Richtlijn was, volgens Walters, niet onaanzienlijk.[124] Na indiening van het eerste ontwerp van de Richtlijn[125] is nog uitvoerig overleg gevoerd met het Economisch en Sociaal

117 Pb. 1989, L 183/1.

118 Wijzigingswet Arbeidsomstandighedenwet, Wet van 22 december 1993, Stb. 1993, 757.

119 Wet van 7 april 2005 tot wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 in verband met een gewijzigde organisatie van de deskundige bijstand bij het arbeidsomstandighedenbeleid en de daarmee samenhangende bepalingen (Stb. 2005, 202). Over deze inbreukprocedure, zie nader par. 3.4 van dit hoofdstuk.

120 Later art. 137 EG; thans art. 153 Wv.

121 De huidige artt. 153 en 294 Wv.

122 Ingesteld bij Besluit 74/325/EEG van de Raad van 27 juni 1974 (Pb. L 185 van 9.7.1974).

123 Voor een uitgebreide beschrijving van de totstandkoming van de Richtlijn en de verhoudingen tussen Commissie, Raad, Parlement en Comité, zie Walters 2002, p. 47-51 Uitgebreider Vogel 1993.

124 Walters 2000, p. 89.

125 COM (88) 73 final.

Comité.[126]

Doel van de Richtlijn was met name harmonisatie en versterking van de nationale wettelijke stelsels op het gebied van veiligheid en gezondheid op de arbeidsplaats. Dit onder meer met het oog op het voorkomen van verstoring van de interne markt.[127] In de overwegingen bij de Richtlijn heet het:

"dat in de Lidstaten de wettelijke stelsels op het gebied van veiligheid en gezondheid op de arbeidsplaats sterk uiteenlopen en verbetering behoeven; dat dergelijke nationale bepalingen ter zake, dikwijls aangevuld met technische bepalingen en/of niet-bindende normen, kunnen leiden tot verschillende beschermingsniveaus op het gebied van veiligheid en gezondheid en tot een concurrentie welke ten koste gaat van veiligheid en gezondheid"

De ontwerp-Richtlijn bevatte al veel elementen die ook in de nationale wetgevingen voorkwamen – in het bijzonder een zorgplicht voor de werkgever en, in de meeste lidstaten, een samenwerkingsplicht tussen werkgever en werknemers(vertegenwoordigers). Wel signaleerde de ontwerp-Richtlijn dat de verschillende nationale stelsels slecht op elkaar aansloten en met name veel sectorale uitzonderingen bevatten.[128] De Richtlijn beoogde dan ook uitbreiding van de werkingssfeer en een harmonisatie van de terminologie, in het bijzonder ook van de definitie van 'werknemer'.[129]

De uiteindelijke Richtlijn kenmerkte zich, naar normatieve inhoud gezien, door een aantal elementen die ook in de Nederlandse Arbowet van 1980 reeds waren terug te vinden, zoals met name de zorgplicht van de werkgever, medezeggenschapsaspecten, en medeverantwoordelijkheid van de werknemers. Daarnaast bevatte de Arbowet ook al een kader voor 'nadere regelen'.

Deze laatste kaderartikelen (art. 16 Kaderrichtlijn en art. 24 – thans art. 16 – Arbowet) zijn zelf normatief betrekkelijk beperkt; beide bevatten echter een kader voor materiële 'nadere regelen'. Artikel 16 Kaderrichtlijn bevat een kader voor bijzondere richtlijnen, die rechtstreeks gefundeerd zijn op art. 118A EEG Verdrag (thans art. 153 Wv). De Raad en het EP stellen, op voorstel van de Commissie, bijzondere richtlijnen vast. Overigens biedt artikel 17 Kaderrichtlijn de mogelijkheid om, voor 'strikt technische aanpassingen', te kiezen voor een Comité-procedure.[130]

Naast het kader voor materiële eisen in de vorm van 'bijzondere richtlijnen' is de kern van de Richtlijn echter bovenal een stelsel van zogeheten 'systeemeisen' – in het bijzonder afdeling II: 'verplichtingen van de werkgever'. Artikel 5 vestigt een zorgplicht op de werkgever om te zorgen voor veiligheid en gezondheid van de werknemers "inzake alle met het werk verbonden aspecten." Artikel 6 verplicht de werkgever tot het treffen van maatregelen voor de bescherming van de veiligheid en gezondheid, gebaseerd op een aantal algemene preventieprincipes: voorkomen van risico's of risico's bestrijden bij de bron, rekening houden met de stand der techniek, en voorrang voor maatregelen inzake collectieve bescherming boven maatregelen inzake individuele bescherming. Bij het voorbereiden en uitvoeren van maatregelen werkt de werkgever, "volgens de nationale wetten en/of praktijken", samen met de werknemersvertegenwoordigers (art. 12 Kaderrichtlijn).
Deze verplichtingen vormden ook reeds de kern van de Arbowet uit 1980, zodat op dit punt de nationale wetgeving weinig aanpassing behoefde.

---

126 Pb. 1988, C 175/22.

127 Resolutie van de Raad van 7.5.1985, Pb. 1985, C 136/1.

128 COM (88) 73 final, p. 3.

129 COM (88) 73 final, p. 3; Kamerstukken II 1992-1993, 22 898, nr. 3 p. 2.

130 De Commissie stelt de beoogde maatregelen vast wanneer zij in overeenstemming zijn met het advies van het Comité. Wanneer de beoogde maatregelen niet in overeenstemming zijn met het advies van het Comité, of indien geen advies is uitgebracht, dient de Commissie onverwijld bij de Raad een voorstel in betreffende de te nemen maatregelen. De Raad besluit met gekwalificeerde meerderheid van stemmen. Indien de Raad, na verloop van een termijn van drie maanden na de indiening van het voorstel bij de Raad, geen besluit heeft genomen, worden de voorgestelde maatregelen door de Commissie vastgesteld. Er is dus sprake van een zogenoemd regelgevingscomité, vgl. hoofdstuk 3, par.2.1.

Nieuw voor de Nederlandse situatie waren echter wél de verplichting tot het evalueren van risico's en de verplichting tot het aanwijzen van "één of meer werknemers [..] die zich met de activiteiten op het gebied van de bescherming tegen en de preventie van beroepsrisico's in het bedrijf en/of de inrichting zullen bezighouden" (art. 7 lid 1 Kaderrichtlijn). Deze elementen van de Kaderrichtlijn noopten tot een herziening van de Arbowet, die in de volgende paragraaf nader beschreven wordt.

Ten aanzien van de institutionele context en de procedurele gang van zaken rond de Kaderrichtlijn 89/391/EEG kan hier, in concluderende zin, worden opgemerkt dat de trajecten in geval van herziening van de Richtlijn en, in het bijzonder, uitvaardiging van bijzondere richtlijnen, gezien de procedure van thans art. 153 en art. 294 Wv voldoende handvatten bieden voor redelijke invloed van de Nederlandse overheid.
Ten eerste volgt uit art. 16 Kaderrichtlijn, zoals gezegd, dat bijzondere richtlijnen worden vastgesteld door de Raad en het EP op basis van artikel 118 A (thans art. 153) van het Verdrag. Dit biedt Onze Minister (dat is in dit geval de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) mogelijkheden om binnen de Europese Raad van Ministers zijn stem te doen gelden. Ten tweede biedt de procedure als beschreven in art. 294 Wv ook gelegenheid om via Europees-Parlementaire weg invloed uit te oefenen. Ten derde geldt dat óók voor de louter technische aanpassingen als bedoeld in artikel 17 Kaderrichtlijn 89/391/EEG vertegenwoordiging uit de lidstaten is gewaarborgd, via de genoemde comitologie procedure.

Daarnaast bevat de Kaderrichtlijn zélf diverse bepalingen waarbij expliciet ruimte wordt gelaten aan de lidstaten om de voorschriften uit de Richtlijn "overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken" ten uitvoer te leggen. Hierboven is al aangegeven dat dit onder meer geldt ten aanzien van de rechten van werknemers en hun vertegenwoordigers (o.a. art. 10, 11 en 12 Kaderrichtlijn 89/391/EEG), de organisatie van het toezicht (art. 4 Kaderrichtlijn), en de bepaling van het deskundigheidsniveau van aangewezen werknemers (art. 7 lid 8 Kaderrichtlijn). Dit laatste punt komt hieronder nog terug bij de bespreking van het geschil tussen de Commissie en Nederland omtrent de arbodienstverlening.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat richtlijnen verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lidstaat, maar aan de nationale instanties de bevoegdheid wordt gelaten vorm en middelen te kiezen. Op het gebied van het arbeidsrecht is de Richtlijn het meest gebruikte instrument om het arbeidsrecht van de lidstaten te harmoniseren. Daarbij zijn de lidstaten dus vrij ten aanzien van inhoud, als het doel maar wordt bereikt.

3. Het Nederlandse referentiekader

De Kaderrichtlijn 89/391/EEG is geïmplementeerd door middel van de reeds genoemde wijzigingswet Arbowet van 23 december 1993.[131] De inwerkingtreding per 1 januari 1994 was overigens een jaar ná de voorziene implementatiedatum.[132] Deze vertraging heeft niet geresulteerd in een inbreukprocedure vanwege de Commissie.

3.1 De rol van de formele wetgever, eventuele frictie tussen de Kaderrichtlijn en de (bestaande) nationale wet- en regelgeving

Eén van de redenen voor de vertraagde implementatie was de uitgebreide behandeling van met name de nieuwe verplichting om "één of meer werknemers aan [te wijzen] die zich met de activiteiten op het gebied van de bescherming tegen en de preventie van beroepsrisico's in het bedrijf en/of de inrichting zullen bezighouden" (art. 7 lid 1 Kaderrichtlijn). Reeds voor het eerste wetsontwerp[133] was uitgebreid overleg gevoerd met de sociale partners, vertegenwoordigd in de zogeheten Arboraad. In

131 *Stb.* 1993, 757.
132 Te weten 31 december 1992, zie art. 18 lid 1 Kaderrichtlijn ARBO.
133 *Kamerstukken* II, 1992-1993, 22 898, nrs. 1-2 (5 november 1992).

mei 1990 was de Arboraad om advies gevraagd over voorstellen tot modernisering van de op dat moment bestaande wettelijke regeling voor de bedrijfsgezondheidszorg[134] en het te voeren beleid ter zake. In juni 1991 is vervolgens advies gevraagd over "een beleidsmatig voorstel tot implementatie van artikel 7 (preventiediensten) van de Kaderrichtlijn", en in januari 1992 met betrekking tot het ontwerp wetsvoorstel ten aanzien van de verwerking van de Kaderrichtlijn in de Nederlandse wetgeving.[135] Voorafgaand aan de adviesaanvragen was, aldus één van de geïnterviewde juristen van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, ook binnen het beleidsdepartement uitgebreid overleg gevoerd over de invulling van het systeem van arbodienstverlening, aangezien de voorziene verplichte aansluiting voor àlle Nederlandse ondernemingen bij een multidisciplinaire arbodienst een belangrijke omslag in het systeem vergde.

De parlementaire behandeling zelf is overigens betrekkelijk snel verlopen – binnen 13 maanden was het wetsvoorstel verheven tot wet.[136] Op het wetsvoorstel zijn 7 amendementen ingediend. Bij de omzetting van de Richtlijn hebben zich geen problemen voorgedaan met betrekking tot het primaat van de wetgever, en al helemaal niet als gevolg van een geringe beleidsvrijheid voor de lidstaten in de Kaderrichtlijn. Zoals gezegd laat de Richtlijn in veel opzichten juist betrekkelijk veel ruimte voor omzetting overeenkomstig reeds bestaande nationale wet- en regelgeving.

Overigens zou het primaat van de wetgever minder sterk kunnen zijn bij implementatie van de bijzondere richtlijnen als bedoeld in artikel 16 Kaderrichtlijn 89/391/EEG. In het toenmalige artikel 24 van de Arbowet (huidig artikel 16) is namelijk bepaald dat de 'nadere regelen ter verzekering van de veiligheid, ter bescherming van de gezondheid en ter bevordering van het welzijn in verband met de arbeid', waarin de bijzondere richtlijnen zouden moeten worden verwerkt, worden vastgesteld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur. Dit laat dus betrekkelijk veel ruimte aan de regering, zij het dat in de Nederlandse praktijk de echt ingrijpende AMvB's (zoals de invoering van het Arbeidsomstandighedenbesluit in 1997 en de volledige herziening in 2007) wel in voorhang zijn besproken met het Parlement. Artikel 20 van de Arbowet uit 1994 bevatte, met betrekking tot een eventuele AMvB aangaande de deskundige ondersteuning, nog een expliciete bepaling ter zake.[137] Die bepaling is bij de wijziging van de Arbowet in 1998 vervallen.

Een andere 'ondermijning' van de positie van de formele wetgever zou te vinden kunnen zijn in het huidige art. 16 lid 9 Arbowet, dat handelt over Europese verplichtingen die ertoe nopen om maatregelen uit te vaardigen die niet reeds zijn voorzien in de limitatieve opsomming van lid 2 (onderwerpen) en leden 7 en 8 (doelgroepen) van artikel 16. Dit kan dan worden doorgevoerd zonder dat hiervoor eerst een wijziging in artikel 16 van de Arbowet nodig is.[138] Overigens is hiervan, volgens de geïnterviewde juristen van het Ministerie, nog nimmer gebruikt gemaakt. Het Ministerie heeft, in voorkomende gevallen, de afgelopen jaren de voorkeur gegeven aan reguliere uitbreiding van artikel 16, die een kader biedt voor specifieke nadere regelen. Genoemd is de invoering van het Bouwprocesbesluit (thans opgenomen in hoofdstuk 2 Arbobesluit), die heeft geleid tot een bepaling in voormalig artikel 24 Arbowet (thans 16, lid 8) waardoor ook "de eigenaar of beheerder dan wel degene die anderszins bevoegd is te beslissen over het ontwerp, de vervaardiging dan wel het onderhoud" van een bouwwerk onder de werkingssfeer van de Arbowetgeving gebracht kunnen worden.[139] Een andere uitbreiding betreft het zevende lid, te weten met zogeheten zzp-ers (zelfstandigen zonder personeel).

[134] Besluit verplichtstelling van bedrijfsgezondheidsdiensten (Stb. 1974, 740); Besluit verplichtstelling veiligheidsdiensten Arbeidsomstandighedenwet (Stb. 1989, 304).

[135] Kamerstukken II, 1992-1993, 22 898, nr. 3, p.5.

[136] Stb. 1993, 757.

[137] "De voordracht voor een algemene maatregel van bestuur [..] wordt niet gedaan dan nadat het ontwerp in de Staatscourant is bekendgemaakt en aan een ieder de gelegenheid is geboden binnen een bij die bekendmaking te stellen termijn opmerkingen over het ontwerp schriftelijk ter kennis van onze minister te brengen. Het ontwerp wordt gelijktijdig met de in de eerste volzin bedoelde bekendmaking overgelegd aan de beide Kamers der Staten-Generaal." Artikel 23 lid 4 Arbowet 1994 bevatte eenzelfde bepaling met betrekking tot de organisatie van de bedrijfshulpverlening.

[138] J. van Drongelen en J.A. Hofsteenge, Handboek Arbowet, Den Haag: Sdu, 2007, p. 195.

[139] Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met de tenuitvoerlegging van de richtlijn 92/57/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 24 juni 1992 betreffende de minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor tijdelijke en mobiele bouwplaatsen (Kamerstukken II, 23 153, nr. 1).

Al met al kan worden geconcludeerd dat de uitvaardiging van Kaderrichtlijn 89/391/EEG zelf niet heeft geresulteerd in een beperking van de positie van de Nederlandse formele wetgever. Ook heeft de Kaderrichtlijn geen ingrijpend gevolg gehad voor de reeds bestaande structuur van de arbeidsomstandighedenwetgeving. Evenmin zijn er problemen met betrekking tot het vinden of creëren van adequate delegatiegrondslagen in de Nederlandse rechtsorde. In het (oude) artikel 24 van de Arbowet uit 1980 was reeds voorzien dat de regering de bevoegdheid toekwam om algemene maatregelen van bestuur vast te stellen. Deze bevoegdheid is in de wet van 1994 niet ingrijpend gewijzigd.

De Richtlijn noopte ook niet tot een afwijking of herziening van gevestigde wetssystematiek in het Nederlandse recht of het begrippenkader. Eventuele ruimere begrippen in de nationale regelgeving verdragen zich goed met de Kaderrichtlijn, die expliciet beoogt minimumvoorschriften uit te vaardigen (zie thans 153 lid 2 sub b, Wv). Zo was/is de reikwijdte van de Arbowet (1994/huidig) ruimer dan die van de Kaderrichtlijn, aangezien de Nederlandse wetgeving in sommige gevallen niet alleen van toepassing is op werknemers, maar ook op zelfstandigen (op grond van art. 27 jo. 24 lid 5 Arbowet van 1994; thans 16, lid 7, Arbowet).
De implementatie van de Kaderrichtlijn of van de bijzondere richtlijnen heeft evenmin geleid tot wijzigingen in het Nederlands administratief, civiel- of strafprocesrecht.

Ten slotte kan worden vastgesteld dat de Kaderrichtlijn weliswaar harmonisatie van de arboregelgeving in de verschillende lidstaten beoogde, maar dat deze zich in ieder geval qua structuur goed verdroeg met de bestaande wet- en regelgeving in Nederland.[140] Sterker nog: de wijze waarop de Arbowet uit 1980 was ingericht (zorgplicht en beleidsverplichtingen, arbeidshygiënische strategie, evenwichtige participatie van werknemers, en kader voor 'nadere regelen'), was één van de inspiratiebronnen voor de vormgeving van de Kaderrichtlijn.[141]
Inhoudelijk was er echter wel sprake van een zekere frictie (zie hieronder par. 4.3 over het geschil over de implementatie van art. 7 Richtlijn in Nederland).

3.2 De rol van het maatschappelijk middenveld

Wat betreft de rol van het 'maatschappelijk middenveld' kan worden opgemerkt dat de sociale partners een zware rol hebben gespeeld – met name in de advisering over de organisatie van de deskundige ondersteuning (meer in het bijzonder het systeem van arbodienstverlening). Zoals hierboven aangegeven, zijn over het onderwerp drie adviesaanvragen voorgelegd aan de Arboraad (de voorloper van de huidige commissie arbeidsomstandigheden van de Sociaal-Economische Raad).[142] Ook bij de totstandkoming van de Kaderrichtlijn is betrokkenheid van in ieder geval de Nederlandse vakbeweging betrekkelijk groot geweest, via vertegenwoordiging in het Raadgevend Comité voor de veiligheid, de hygiëne en de gezondheidsbescherming op de arbeidsplaats en via het Europees Verbond van Vakverenigingen, dat een eigen bureau voor arbeidsomstandigheden kent.[143]

Deze intensieve betrokkenheid in de voorfase tot de uiteindelijke implementatie betekende overigens niet dat de sociale partners in alle opzichten hun wensen bij de vormgeving van de 'nieuwe' Arbowet gehonoreerd zagen. Zo werd een door de FNV voorgestelde motie van de PvdA om ook ergonomie op te nemen als één van de verplichte kerndisciplines van de arbodienst niet overgenomen.[144] Ook had de FNV liever gezien dat de arbodiensten niet in een marktsituatie werden geplaatst, uit vrees voor financiële afhankelijkheid ten opzichte van de werkgevers.[145] Deze wensen werden echter niet

[140] Kamerstukken II, 1992-1993, 22 898, nr. 3, p. 3-4.

[141] Popma 2003, p. 87. Vgl. ook De Gier & Vos 1995. Daarnaast was in het bijzonder ook de Noorse Wet betreffende de bescherming van werknemers en de werkomgeving van grote invloed.

[142] De sociale partners spelen op nationaal niveau ook nu nog een rol bij het toezicht op de arbodiensten, door hun positie in het bestuur van de Stichting Beheer Certificatie Arbodiensten (SBCA) en het opstellen van de Richtlijn Certificering Arbodiensten. Vgl. SBCA (2008), Regeling Certificatie Arbodiensten, 7e versie.

[143] Zie Walters en Jensen (2000).

[144] Popma 2003, p.89.

[145] Popma 2003, p.90.

overgenomen in het uiteindelijke Besluit Arbodiensten.[146]

In een iets later stadium zijn de sociale partners ook intensief betrokken geweest bij de nadere invulling van de wijze waarop de risico-inventarisatie in bedrijven (ex art. 6 lid 2 onder b van de Kaderrichtlijn) vormgegeven zou moeten worden – in het bijzonder in kleine bedrijven. Zo is sinds de herziening van 2007 (via een amendement) in artikel 14, twaalfde lid, van de Arbowet bepaald dat bedrijven met ten hoogste 25 werknemers niet langer hun risico-inventarisatie en -evaluatie hoeven te laten toetsen door een gecertificeerd deskundige van de arbodienst indien de werkgever bij de uitvoering van de risico-inventarisatie gebruik maakt van een model dat is goedgekeurd door sociale partners en is opgenomen in een collectieve arbeidsovereenkomst.[147]

3.3 Zelfregulering

De rol van de sociale partners komt, zeker op het terrein van arbeidsomstandigheden, ook tot uiting in diverse vormen van zelfregulering. Zo hebben sociale partners sinds 1999 een groot aantal zogeheten 'arboconvenanten' afgesloten: afspraken over terugdringing van een aantal prioritaire risico's, waarbij 'vermindering van het aantal blootgestelde werknemers' werd genoemd als toets op de effectiviteit van de convenantenaanpak.[148] Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in 69 convenanten.[149] Ook worden er legio arbo-afspraken gemaakt in cao's.[150] Dergelijke vormen van zelfregulering verdragen zich uitstekend met de Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen, mits de afspraken tussen sociale partners geen afbreuk doen aan het in het publieke regelgeving neergelegde minimum beschermingsniveau.

Interessanter is de recente ontwikkeling van zogeheten arbocatalogi. Het concept van de arbocatalogus is geïntroduceerd in het advies van de SER naar aanleiding van de evaluatie van de Arbowet.[151] In het advies wordt de arbocatalogus beschreven als een schriftelijk hulpmiddel waarin werkgeversorganisaties en vakbonden aangeven hoe bedrijven kunnen voldoen aan de voorschriften in de Arbowet.[152] Het verschil met eerdere vormen van zelfregulering is dat in branches waarin een arbocatalogus is overeengekomen, de (publieke) beleidsregels worden ingetrokken en de afspraken in de arbocatalogus het referentiekader zullen vormen bij de handhaving van de Arbowet (en het Besluit en de Arboregeling) door de Arbeidsinspectie. Om deze vorm van private normstelling mogelijk te maken, is met ingang van 2007 het Arbobesluit ingrijpend gewijzigd. Uitgangspunten van die wijziging was dat de overheid zich in het publieke domein (Arbowet, Arbobesluit en Arboregeling) zoveel mogelijk beperkt tot het vaststellen van doelen. Daar waar mogelijk worden deze ondersteund met wettelijke grenswaarden (bijvoorbeeld met betrekking tot gevaarlijke stoffen, geluid en trillingen) of procesnormen (in het bijzonder nadere bepalingen met betrekking tot de risico-inventarisatie en -evaluatie, overleg met de personeelsvertegenwoordiging, etcetera). In het private domein zijn sociale partners verantwoordelijk voor de invulling van de doelvoorschriften, dus de manieren waarop de doelen gerealiseerd kunnen worden. Zij doen dit door in arbocatalogi middelen op te nemen die werkgevers gebruiken om het door de wetgever gestelde arbodoel te bereiken.[153] De Arbeidsinspectie handhaaft op zich niet op dergelijke private normen. Willen sociale partners de arbocatalogus maatgevend maken voor de branche of sector, dan dienen zij deze voor te leggen aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Deze laat vervolgens de Arbeidsinspectie en de beleidsdirectie een marginale toets verrichten (op eventuele strijdigheid met de arbowetgeving). Na goedkeuring wordt de arbocata-

146 Zie Stb 1994, 781.

147 Zie Stb. 2005, 279.

148 Kamerstukken II, 1998–1999, 26 375, nr. 1 (nota 'Arboconvenanten nieuwe stijl').

149 TWA 2007, p. 9.

150 Vgl. o.a. Popma 1998 en Popma 2006.

151 SER 2005b, p.38ff.

152 Naast omschrijvingen van de stand der techniek, bijvoorbeeld zogeheten 'best practices', kunnen arbocatalogi normerende documenten (zoals NEN-normen) en praktische handleidingen bevatten, én kunnen er afspraken in worden opgenomen die door CAO-partijen bindend worden opgelegd. In de branchespecifieke arbocatalogus wordt dus vastgelegd aan welke concrete normen en goede praktijken men zich in feite zal houden. Zie ook Popma 2008, p.111.

153 Stb. 2006, 674, p. 50.

logus vermeld in de zogeheten verzamelbeleidsregel arbocatalogi.[154] Vanaf dat moment treedt deze in de plaats van een eventuele bestaande arbobeleidsregel en vormt het de richtsnoer voor de Arbeidsinspectie bij de handhaving in die branche/sector (zie ook art. 4.82, 4.83 en 4.84 Awb).

Nog los van de vraag hoe deze operatie zich verhoudt tot eisen van rechtsstatelijkheid als bijvoorbeeld rechtsgelijkheid, het beginsel van bestendigheid en evenredige belangenvertegenwoordiging,[155] is nog maar de vraag in hoeverre deze systematiek zich verhoudt tot de Europese bijzondere richtlijnen. Deze zijn, ook in de optiek van de toenmalige staatssecretaris van SZW, namelijk tamelijk dwingend van aard. Reden waarom de staatssecretaris aandrong op modernisering van de Europese regelgeving op het terrein van arbeidsomstandigheden.[156] Dit pleidooi wordt ook heden ten dage nog steeds in Brussel ingebracht door de Nederlandse Regering. Volgens de nota van toelichting bij de recente wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit is de methodiek "mogelijk binnen de ruimte die de Europese Gemeenschap laat", omdat de concrete voorschriften die voortvloeien uit de Europese regelgeving onderdeel blijven van het Besluit.[157] In het interview met de juristen van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is door hen aangegeven dat gezocht is naar wat globaal kan en wat concreet moest blijven gezien de EU-wetgeving.

Interessant in dit licht is ook de overweging bij Kaderrichtlijn 89/391/EEG dat met de Richtlijn beoogd is een einde te maken aan, zoals de Engelse tekst stelt, niet-geharmoniseerde "self regulatory standards". 'Whereas national provisions on the subject, which often include technical specifications and/or self-regulatory standards, may result in different levels of safety and health protection and allow competition at the expense of safety and health." Het is op dit punt dus nog onduidelijk of het systeem van zelfregulering middels arbocatalogi zich wel verdraagt met de doelstellingen van de Richtlijn. Overigens gaven de geïnterviewden te kennen dat ook de Commissie open lijkt te staan voor een meer flexibele inrichting van de (Europese) regelgeving. Hetzelfde geldt voor de ILO (ook bij implementatie van het Maritiem arbeidsverdrag is de arbocatalogus een belangrijke rol toebedeeld).

De Kaderrichtlijn zelf heeft, bij wijze van tussenconclusie, dus geen gevolgen voor de mogelijkheden tot zelfregulering en/of de aard van zelfregulering. Het is echter niet ondenkbaar dat de Commissie op termijn zal oordelen dat het systeem van publieke doelvoorschriften, aangevuld met private afspraken over de invulling van bijvoorbeeld de stand der techniek, zich slecht verdraagt met de bijzondere richtlijnen – en dat "de grenzen van de globaalheid" zijn overschreden. Het is op dit moment echter slecht in te schatten in hoeverre dit in de toekomst zou kunnen gaan spelen.

3.4 Geschil over implementatie art. 7 Richtlijn

Zoals eerder is aangegeven, heeft de Kaderrichtlijn in feite maar twee ingrijpende wijzigingen in de Nederlandse Arbowet tot gevolg gehad: de verplichting voor werkgevers om een risico-inventarisatie en -evaluatie uit te voeren (ex art. 6 Kaderrichtlijn) en de verplichting dat de werkgever zich laat bijstaan door "een of meer werknemers die zich met de activiteiten op het gebied van de bescherming tegen en de preventie van beroepsrisico's in het bedrijf en/of de inrichting zullen bezighouden" (art. 7 lid 1 Kaderrichtlijn). "Indien de mogelijkheden in het bedrijf en/of de inrichting onvoldoende zijn om deze beschermings- en preventieactiviteiten te organiseren, moet de werkgever een beroep doen op deskundigen (personen of diensten) van buiten het bedrijf en/of de inrichting." (art. 7 lid 3 Kaderrichtlijn). Lid 5 schrijft voor dat de bedoelde werknemers of deskundigen beschikken over de nodige capaciteiten en middelen, en voldoende in aantal zijn. De invulling van 'nodige capaciteiten' en 'voldoende in aantal' wordt overgelaten aan de lidstaten (art. 7 lid 8).

[154] Stcrt. 2008, 226.

[155] Popma 2006, Popma 1999.

[156] Vgl. Kamerstukken II 1998–1999, 25 879, nr. 47.

[157] Stb. 2006, 674, p. 52.

Deze verplichting werd in 1994 geïmplementeerd in artikel 17 van de Arbowet:

Artikel 17

De werkgever laat zich ten aanzien van zijn verplichtingen op grond van deze wet bijstaan door:
a. een of meer deskundige werknemers, al dan niet georganiseerd in een dienst;
b. een of meer andere deskundige personen;
c. een of meer diensten bestaande uit andere deskundige personen, dan wel
d. een combinatie van deskundige werknemers, andere deskundige personen of diensten als bedoeld in de onderdelen a, b en c.

De deskundigheidseisen werden, op grond van art. 19 en 20 Arbowet, vastgelegd in het Besluit Arbodiensten van 1994. Kort gezegd kwam het erop neer dat de eisen die aan de deskundigen werden gesteld van hoog niveau waren. Deels kwam dit doordat de FNV (en PvdA) hierop hadden aangedrongen, maar deels ook omdat de overheid ervoor koos zoveel mogelijk aan te sluiten bij de al bestaande infrastructuur van bedrijfsgezondheidsdiensten (en -veiligheidsdiensten).[158] Wel zouden deze diensten omgevormd moeten worden tot 'arbobrede', multidisciplinaire diensten. Mede met het oog op de integratie van veiligheid, gezondheid en welzijn werd aan certificatie van de arbodienst de eis verbonden dat deze zou beschikken over deskundigheid op ten minste vier terreinen: bedrijfsgeneeskunde, veiligheidskunde, arbeidshygiëne, en arbeid- en organisatiekunde.[159] Die deskundigheden zouden bovendien op HBO-niveau vervuld moeten worden. Deze hoog opgeschroefde certificeringseisen hadden echter als consequentie dat, hoewel artikel 17 van de Arbowet 1994 de werkgever in principe de vrijheid liet om te kiezen tussen interne en externe deskundigen, het organiseren van interne preventiediensten vaak onhaalbaar bleek, en vrijwel alle bedrijven hun toevlucht zochten tot externe arbodiensten.[160]
Volgens de Europese Commissie was dit echter in strijd met de geest van artikel 7 Kaderrichtlijn 89/391/EEG, aangezien de systematiek van dat artikel een duidelijke voorkeur aangeeft voor interne deskundigheid, mede met het oog op de evenredige deelneming van de werknemers aan het arbeidsomstandighedenbeleid in hun onderneming. Om deze reden daagde de Commissie het Koninkrijk der Nederlanden in 2003 voor het Europees Hof van Justitie.[161] In zijn arrest van 22 mei 2003 bevestigde het Europees Hof dat "evenwichtige deelneming van werkgevers en werknemers aan de activiteiten op het gebied van de bescherming tegen en preventie van beroepsrisico's" dient te worden bevorderd en dat "het nuttig effect van de richtlijn het best kan worden verzekerd door deze activiteiten bij voorrang binnen het bedrijf te organiseren".[162] Het voert te ver om in het kader van het voorliggende onderzoek dit geschil diepgaand te bespreken. Van belang is hier dat, zoals gezegd, lid 8 van art. 7 van de Richtlijn de bevoegdheid om het deskundigheidsniveau vast te stellen bij de lidstaten laat en, vanuit Nederlandse optiek, dat hierbij een bewuste inhoudelijke keuze was gemaakt voor een hoog niveau van deskundigheid – die ook in de publieke regelgeving was neergelegd. Hoewel deze keuze op een aantal punten inderdaad negatief uitpakte voor de 'evenredige deelneming'[163], kan men wel degelijk aannemen dat de inhoudelijke overwegingen valide en legitiem waren. Dat het Hof in zijn arrest oordeelde ten gunste van de Commissie, geeft echter wel aan dat de beleidsvrijheid van de lidstaten kennelijk minder ver strekt dan op grond van art. 7 lid 8 Kaderrichtlijn aangenomen zou mogen worden. Het Hof heeft er hier kennelijk voor gekozen om het geschil niet op legalistische wijze te beoordelen, maar naar de geest van de Richtlijn.
Overigens blijkt ook uit lezing van artikel 7 lid 1 en 3 zélf al dat de systematiek intern/extern van belang

[158] Kamerstukken II, 1992-1993, 22 898, nr. 6, p.5 en nr. 3, p.51.
[159] Besluit Arbodiensten (Stb 1994; 781) De huidige regelgeving is opgenomen in hoofdstuk 2, afd. 3, Arbobesluit en met name ook de Richtlijn Certificering van de Stichting Beheer Certificatie Arbodiensten, vgl. M.M.W. (red.) (2003), Het compleet arbo-regelgevingboek, Amsterdam/Zeist: FNV/Kerckebosch, 6e druk, p. 907-966
[160] Popma 2003, p. 89.
[161] HvJEG C-441/01, Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Koninkrijk der Nederlanden, Jur. 2003, I-5463, d.d.16 januari 2003. Zie in het bijzonder nr. r.o. 22 voor de argumentatie van de Commissie.
[162] Arrest van het Hof in C-441/01, Commissie t. Koninkrijk der Nederlanden, Jur. 2003, p. I-5463, r.o. 54.
[163] Popma 2003, p. 90-91.

is: daaraan mag niet worden getornd, ook niet als dat 'voortvloeit' uit het vaststellen van een extra hoog deskundigheidsniveau (lid 8). Als het deskundigheidsniveau dermate hoog wordt opgeschroefd dat dit de facto impliceert dat vrijwel alle bedrijven extern hun deskundigheid organiseren, is dat in strijd met lid 1 van artikel 7 én de overwegingen bij de Kaderrichtlijn, waarin staat "dat het ook volstrekt noodzakelijk is dat [werknemers] er via een evenwichtige deelneming, overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken, toe kunnen bijdragen dat de nodige beschermingsmaatregelen worden genomen".

Uit de gang van zaken rond de implementatie van art. 7 Kaderrichtlijn blijkt dus dat, hoewel Richtlijnen veel vrijheid laten aan de lidstaten, de vrijheid van de nationale (i.c. Nederlandse) overheid in voorkomende gevallen kennelijk toch minder ver strekt dan de Lidstaat zou wensen. Formeel-juridisch is dit ook correct – de Richtlijn is immers verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat. Evenredige deelneming lijkt in eerste instantie natuurlijk niet het beoogde resultaat van de Richtlijn. Aan de andere kant stelt de Raad in zijn overwegingen bij de Richtlijn "dat het, ter waarborging van een hoger beschermingsniveau, nodig is dat de werknemers en/of hun vertegenwoordigers op de hoogte worden gesteld van de risico's voor hun veiligheid en gezondheid en van de maatregelen welke moeten worden genomen om deze risico's te verminderen of weg te nemen; dat het ook volstrekt noodzakelijk is dat zij er via een evenwichtige deelneming overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken toe kunnen bijdragen dat de nodige beschermingsmaatregelen worden genomen". Hoewel de Kaderrichtlijn dus op meerdere punten vrijheid laat aan de lidstaten, is die vrijheid zeker niet onbeperkt.

Naar aanleiding van het arrest van het Hof is in 2005 meer ruimte geïntroduceerd in de Arbowet voor 'maatwerk' bij de arbodienstverlening. Bovendien is nu expliciet aangegeven dat de werkgever zich primair dient te laten bijstaan door interne deskundigen – allereerst de zogeheten preventiemedewerkers en verder zo mogelijk de gecertificeerde arbodeskundigen.

Overigens speelt bij de vaststelling van het niveau van vereiste deskundigheid van de preventiemedewerker mogelijk nog een punt. Bij het vaststellen van dat niveau heeft de minister er voor gekozen dit niet gedetailleerd vast te leggen in de arbeidsomstandighedenwetgeving (zoals dat tot 2007 het geval was met betrekking tot de bedrijfshulpverlening), maar te laten bepalen op basis van de uitkomst van de risico-inventarisatie en -evaluatie. Dit geeft ruimte voor maatwerk.[164] Met de Europese Commissie loopt een discussie of deze sterk procedurele invulling van art. 7 lid 8 Kaderrichtlijn voldoende waarborgen biedt voor een juiste uitkomst. In het arrest C-49/00 betreffende een geschil tussen de Europese Commissie en Italië over de implementatie van de Richtlijn door Italië oordeelde het Europees Hof dat het ontbreken van een publiekrechtelijke bepaling betreffende het aantal 'deskundige werknemers' diende te worden gekwalificeerd als een onjuiste implementatie van de Richtlijn.[165]

3.5 'Goldplating' bij implementatie?

De Richtlijnen op grond van art. 118A EEG (thans art. 153 Wv) beogen minimumvoorschriften uit te vaardigen. Het staat de lidstaten dus vrij om strengere regels te stellen bij de implementatie van een Richtlijn. Een dergelijke vorm van 'goldplating' heeft bij de omzetting van Kaderrichtlijn 89/391/EEG niet plaatsgevonden – althans niet wat betreft maatregelen op het gebied van preventie. Wél is de wijziging van de Arbowet 1994 gepaard gegaan met de Wet TZ (Terugdringing Ziekteverzuim).[166] De Wet TZ was primair een wijziging van de Ziektewet, die bewerkstelligde dat een werkgever bij ziekte van een werknemer de eerste twee - zes weken zelf het loon van de zieke werknemer moest doorbetalen

[164] In de parlementaire stukken is destijds aangegeven dat hier ook de algemene arbo-wettelijke (proces) bepalingen spelen, te weten art. 3 (arbobeleid/stand van de wetenschap), art 12 Arbowet en diverse bepalingen uit de Wet op de Ondernemingsraden (overleg met personeel; instemming OR/PVT) en art. 14 Arbowet (toetsing RI&E door een arbodeskundige). Op basis van de mede langs deze weg verkregen informatie kan de Arbeidsinspectie zonodig een eis ex art. 27 Arbowet stellen.

[165] Zie C-49/00, Commissie t. Italië, Jur. 2001, p. I-8575 inzake de niet-nakoming / onvolledige omzetting van Richtlijn 89/391/EEG.

[166] Wet van 22 december 1993, Stb. 1993, 750, tot wijziging van de Ziektewet, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten, alsmede het treffen van een regeling voor het overheidspersoneel, in verband met terugdringing van het ziekteverzuim (Wet terugdringing ziekteverzuim).

– al naar gelang de grootte van het bedrijf. Doel van deze eigen-risicoperiode was het inbouwen van financiële prikkels om werkgevers aan te zetten tot preventieve maatregelen. Deze beleidsfilosofie vormde de link tussen de wijziging van de Ziektewet en die van de Arbowet. Naast deze financiële prikkel (invoering van het eigen risico) werd in de Arbowet bepaald dat de werkgever verplicht was een ziekteverzuimbeleid te voeren, dat in ieder geval ook behelsde de begeleiding (door een bedrijfsarts) van zieke werknemers.
Zo hier al sprake was van 'goldplating', en niet van spontane harmonisatie,[167] op het gebied van arbeidsomstandigheden, dan is dit niet te herleiden tot de Kaderrichtlijn zelf. Het is veeleer nationaal beleid ter vermindering van het beroep op de sociale zekerheid, en niet primair gericht op verbetering van de arbeidsomstandigheden.
Ook bij de invoering van de bijzondere richtlijnen is nauwelijks tot geen sprake geweest van 'goldplating'. Sterker nog: de introductie van het Arbeidsomstandighedenbesluit ging gepaard met een "herstructurering, opschoning en actualisering [die] tevens heeft geleid tot een sterke vermindering van het aantal regels op het terrein van arbeidsomstandigheden".[168] Gedurende de diverse operaties ter actualisering van de arbowet- en regelgeving is bij herhaling een poging gedaan om te schrappen in de 'nationale kop'.[169] Dat dit niet eerder is gebeurd, heeft waarschijnlijk te maken met de non-regressiebepalingen in de diverse richtlijnen, die het de lidstaten verboden om omzetting van de Richtlijn aan te grijpen om de nationale regelgeving naar beneden te harmoniseren.[170] Zo stelt de tweede overweging bij Kaderrichtlijn 89/391/EEG:

"dat de onderhavige richtlijn geen rechtvaardiging mag zijn voor een eventuele verlaging van de in iedere Lidstaat reeds bereikte beschermingsniveaus en dat deze zich krachtens het Verdrag erop toeleggen de verbetering van de op dit gebied bestaande omstandigheden te bevorderen en zich ten doel stellen deze geleidelijk te harmoniseren".

4. Conclusies

Kaderrichtlijn 89/391/EEG is één van de eerste voorbeelden van een Kaderrichtlijn die is uitgevaardigd door de EEG. Het 'kader'-karakter van de Richtlijn blijkt uit een aantal elementen.
Ten eerste vormt artikel 16 van de Richtlijn een kader voor bijzondere richtlijnen op het gebied van veiligheid en gezondheid – anno 2010 betreft het 17 bijzondere richtlijnen en drie aanvullende richtlijnen.[171] Daarnaast schetst de Richtlijn een 'kader' van systeemverplichtingen omtrent het arbeidsomstandighedenbeleid binnen ondernemingen: een zorgplicht voor de werkgever, de verplichting om preventief beleid te voeren, in samenwerking met de werknemersvertegenwoordigers en ondersteund door deskundige werknemers (of externe deskundigen). Binnen dit kader van systeemverplichtingen hebben individuele werkgevers betrekkelijk veel vrijheid om invulling te geven aan het arbeidsomstandighedenbeleid – gesteld dat zij er wel in slagen het door de bijzondere richtlijnen vereiste beschermingsniveau te realiseren.
Voorts kan de Richtlijn als 'kader'-richtlijn worden gekarakteriseerd door de in hoofdstuk 2, par. 3 genoemde inhoudelijke criteria. Zo heeft de Richtlijn een (zeer) breed toepassingsbereik en is zij, wat materiële normen betreft, normatief zwak. De Kaderrichtlijn bevat echter wel een voldoende inhoudelijke normering in die zin dat de richtlijn voorziet in opvolgingswetgeving die past binnen het geschapen kader.
De Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen zijn gebaseerd op artikel 118A EG-Verdrag (thans artikel 153 Wv). Dit betekent dat er een grondslag bestaat voor adequate beïnvloeding door het Europees Parlement en sociale partners. Ook kan de nationale overheid invloed uitoefenen via de Raad van Ministers.
De implementatie binnen de Nederlandse Arbowet- en regelgeving is tamelijk probleemloos verlo-

[167] Vgl. de definities in hoofdstuk 2, par. 2.3.
[168] Arbeidsomstandighedenbesluit, Stb. 1997,60, p.121.
[169] Zie "Overzicht van de nationale kop arbowetgeving", Kamerstukken II, 2005-2006, 25 883, nr. 63.
[170] Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.3.
[171] http://osha.europa.eu/fop/netherlands/nl/legislation/soc_guidelines/health_safety.

pen. De Nederlandse Arbowet hoefde, qua structuur, nauwelijks te worden aangepast. De enige twee noemenswaardige wijzigingen waren de introductie van de verplichting om een risico-inventarisatie en -evaluatie uit te voeren en de verplichting voor de werkgever om zich te laten bijstaan door deskundige werknemers. Hoewel de Kaderrichtlijn veel ruimte laat aan nationale invulling van sommige van de in de Richtlijn genoemde systeemelementen, is op het punt van de 'deskundige ondersteuning' een geschil ontstaan tussen de Commissie en het Koninkrijk der Nederlanden. Uit het arrest van het Europees Hof ter zake blijkt dat de Richtlijn de lidstaten, in casu Nederland, minder ruimte laat dan een letterlijke lezing van de Richtlijn lijkt te bieden.
Tot slot, in het interview met de juristen van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is opgemerkt dat het aantal nieuwe bijzondere richtlijnen dat door de EU wordt uitgevaardigd de komende jaren waarschijnlijk gering zal zijn. Het accent verschuift meer naar intensiever onderzoek door de Commissie naar de juiste implementatie van de Richtlijnen. De Commissie "zit er meer bovenop", aldus één van de geïnterviewden. Aan de andere kant werd vroeger sneller overgegaan tot pre-infractieprocedure, terwijl er nu een pilot loopt om te bezien of eventuele geschillen (zeker naar aanleiding van klachten) meer informeel tot een oplossing gebracht kunnen worden.

Hoofdstuk 5 Kaderrichtlijn Water

1. Inleiding

Doel van de Kaderrichtlijn Water ('Krw') [172] is het bieden van een kader voor de bescherming van oppervlaktewateren en grondwater. De nadruk ligt daarbij op integraal waterbeheer op stroomgebiedniveau. Een stroomgebied (al dan niet opgedeeld in deelstroomgebieden) is in feite een rivier die in zee uitmondt en het hele gebied dat op die rivier afwatert. Eén of meer aan elkaar grenzende stroomgebieden met de bijbehorende grond- en kustwateren moeten de lidstaten toewijzen aan een stroomgebieddistrict. Deze stroomgebieddistricten zijn veelal onderdeel van een internationaal stroomgebieddistrict,[173] waarvoor de betrokken lidstaten een gezamenlijk gecoördineerd waterbeheer moeten voeren.[174] Dat beheer dient te strekken tot het bereiken van de milieudoelstellingen die op grond van art. 4 Krw voor ieder stroomgebieddistrict zijn vastgesteld. De wijze waarop de milieudoelstellingen zullen worden verwezenlijkt zal moeten worden beschreven in stroomgebiedbeheersplannen.
De rechtsbasis voor de Krw was art. 175 lid 1 EG-Verdrag (thans art. 192 lid 1 Wv), waarop de medebeslissingsprocedure van art. 251 EG-Verdrag (thans de gewone wetgevingsprocedure van art. 294 Wv) van toepassing was.

1.1 Milieudoelstellingen

De Krw kent milieudoelstellingen voor oppervlaktewaterlichamen, grondwaterlichamen en beschermde gebieden: uiterlijk in 2015 dienen deze waterlichamen in goede toestand te verkeren en tussentijds mag de toestand van deze oppervlaktewaterlichamen niet verslechteren.[175] Voor oppervlaktewaterlichamen is de 'goede toestand' bereikt wanneer wordt voldaan aan de chemische milieukwaliteitsnormen die zijn vastgesteld in bijlage IX Krw[176] of in andere waterrichtlijnen, zoals de Richtlijn prioritaire stoffen (Rps) (2008/105/EG) en de Grondwaterrichtlijn (Gwr) (2006/118/EG). De milieukwaliteitsnormen geven aan welke concentraties van een bepaalde (verontreinigende) stof er maximaal in het water aanwezig mogen zijn. Milieukwaliteitsnormen normeren geen individuele lozingen, maar geven de maximale concentratie van een bepaalde verontreinigende stof in het water aan die niet mag worden overschreden.
Daarnaast moet worden voldaan aan de ecologische doelstellingen voor oppervlaktewaterlichamen die de lidstaten aan de hand van bijlage V vast moeten stellen. Voor de verschillende soorten oppervlaktewaterlichamen moet de kwaliteit van de structuur en het functioneren van afhankelijke aquatische ecosystemen worden beschreven. De wijze waarop lidstaten de toestand van het oppervlaktewater moeten monitoren is eveneens in bijlage V omschreven.[177] Het bereiken van deze milieudoelstellingen ('goede toestand') wordt het effectgerichte spoor genoemd.
Naast het effectgerichte spoor moeten lidstaten ingevolge art. 10 lid 1 en 2 Krw ook brongerichte emissiebeheersingsmaatregelen treffen om de verontreiniging van oppervlaktewaterlichamen te voorkomen. In dat kader moeten de lidstaten op lozingen de op best beschikbare technieken gebaseerde emissiebeheersingsmaatregelen en de toepasselijke emissiegrenswaarden uit andere communautaire (dochter)richtlijnen toepassen.[178] Op lozingen vanuit diffuse bronnen moeten de in

[172] Richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid, Pb.EU 2000, L 327/1.
[173] Art. 3 lid 3 Krw.
[174] Art. 3, lid 4 Krw.
[175] Art. 4 lid 1 sub a onder i t/m iii Krw.
[176] De kwaliteitsdoelstellingen uit andere dochterrichtlijnen, zoals de richtlijn kwiklozingen (82/176/EEG) en de richtlijn cadmiumlozingen (83/513/EEG) worden in bijlage IX aangemerkt als milieukwaliteitsnormen als bedoeld in de Krw.
[177] Art. 8 jo. bijlage V Krw.
[178] Het gaat om de IPPC-richtlijn (96/61/EG), de Richtlijn stedelijk afvalwater (91/271/EEG), de Nitraatrichtlijn (91/676/EEG), de Richtlijn prioritaire stoffen (2008/150/EG) en de in bijlage IX Krw genoemde richtlijnen.

andere communautaire richtlijnen voorgeschreven beheersingsmaatregelen, waaronder de beste milieupraktijken, worden toegepast. De Krw staat derhalve een gecombineerde aanpak van lozingen uit puntbronnen en diffuse bronnen voor. In dit spoor gaat het om het normeren of beperken van lozingen, zodat wordt gesproken over het brongerichte spoor.
Voor zover dat voor het halen van de milieudoelstellingen noodzakelijk is, zullen in het brongerichte spoor verdergaande emissiebeheersingsmaatregelen of strengere grenswaarden moeten worden vastgesteld dan art. 10 lid 2 Krw voorschrijft.[179] Het effectgerichte spoor is in zoverre doorslaggevend.

Ten aanzien van het terugdringen van prioritaire stoffen in de oppervlaktewaterlichamen geldt ingevolge art. 4 lid 1 sub a onder iv Krw voor oppervlaktewaterlichamen een bijzondere doelstelling, die door het EP en de Raad nader moet worden ingevuld. Zij moeten de prioritaire stoffen aanwijzen, daarvoor milieukwaliteitsnormen vaststellen en aangeven welke emissiebeheersingsmaatregelen de lidstaten moeten treffen (art. 16 Krw). Met het vaststellen van de Richtlijn prioritaire stoffen (2008/108/EG) hebben het EP en de Raad daaraan gevolg gegeven.[180]

Voor grondwaterlichamen moet de goede toestand nader worden uitgewerkt in kwantitatieve eisen en chemische kwaliteitseisen die overeenkomstig bijlage V Krw moeten worden vastgesteld. In die bijlage is ook de wijze van monitoring omschreven.[181] Ten aanzien van de voorkoming en beheersing van grondwaterverontreiniging is aan EP en Raad de opdracht gegeven om daarvoor specifieke maatregelen vast te stellen.[182] In de Grondwaterrichtlijn (Gwr) hebben zij aan die opdracht gevolg gegeven.
De Gwr biedt de noodzakelijke criteria voor de beoordeling van de goede chemische toestand van het grondwater alsmede criteria voor het vaststellen van significante en aanhoudende stijgende trends in de concentratie van verontreinigende stoffen. Daarnaast vult de Gwr de Krw aan voor zover het gaat om het voorkomen en beperken van verontreiniging van het grondwater.

Ook voor 'beschermde gebieden' kent de Krw een milieudoelstelling. De beschermde gebieden zijn krachtens de Krw of andere communautaire richtlijnen aangewezen, zoals de Nitraatrichtlijn, de Zwemwaterrichtlijn, de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.[183] In deze richtlijnen zijn ten aanzien van deze gebieden bijzondere doelstellingen en normen vastgesteld. Voor de beschermde gebieden moeten de lidstaten uiterlijk in 2015 aan alle normen en doelstellingen voldoen die op grond van de verschillende richtlijnen voor deze gebieden gelden, tenzij de desbetreffende richtlijn anders bepaalt.

Voor drinkwaterwinningsgebieden gelden bijzondere verplichtingen. Waterlichamen waaruit een bepaalde hoeveelheid drinkwater wordt gewonnen, moeten worden aangewezen. Voor deze gebieden gelden vanzelfsprekend de milieudoelstellingen van art. 4 Krw. Daarnaast dienen de lidstaten zorg te dragen voor de bescherming van deze waterlichamen teneinde achteruitgang daarvan te voorkomen en het zuiveringsniveau te verlagen.
Met het oog op een zuinig watergebruik verplicht de Krw de lidstaten bovendien tot terugwinning van de kosten van verrichte waterdiensten.[184]

1.2 Afwijkingsmogelijkheden

De Krw voorziet in mogelijkheden voor de lidstaten om onder bepaalde omstandigheden en strikte voorwaarden van de milieudoelstellingen van art. 4 Krw af te wijken. Daarbij gaat het met name om mogelijkheden om doelen te verlagen en termijnen te verlengen.

---

179 Art. 10 lid 3 Krw.

180 De richtlijn bevat (in bijlage II) een lijst met milieukwaliteitsnormen (MKN) voor 33 prioritaire stoffen in oppervlaktewateren en 8 andere verontreinigende stoffen. Emissiebeheersingsmaatregelen zijn vooralsnog niet in de richtlijn opgenomen, omdat er op grond van andere richtlijnen reeds dergelijke maatregelen worden voorgeschreven en het kosteneffectiever en evenrediger wordt geacht als de lidstaten naast de uitvoering van andere communautaire wetgeving overeenkomstig art. 10 Krw adequate beheersingsmaatregelen opnemen (overweging 7 en 8 preambule).

181 Art. 8 jo. bijlage V Krw.

182 Art. 17 Krw.

183 Zie bijlage IV Krw.

184 Art. 9 Krw.

1. Lidstaten kunnen waterlichamen als kunstmatig of sterk veranderend aanmerken. Voor deze waterlichamen gelden lagere ecologische doelstellingen (goed ecologisch potentieel i.p.v. goede ecologische toestand). Waterlichamen kunnen uitsluitend worden aangewezen als kunstmatig of sterk veranderend indien het bereiken van de goede ecologische toestand negatieve gevolgen zou hebben voor de in de Krw genoemde maatschappelijke belangen.[185] Aanwijzing kan niet geschieden indien er betaalbare en technisch haalbare alternatieven voor handen zijn die hetzelfde nuttige effect bereiken, maar minder negatieve effecten hebben op het milieu. In het stroomgebiedbe heersplan zal de aanwijzing van kunstmatig of sterk veranderende waterlichamen moeten worden gemotiveerd.[186]
2. De termijnen waarbinnen de milieudoelstellingen moeten worden gehaald (2015) kunnen met maximaal 12 jaar worden verlengd met het oog op een gefaseerde aanpak. Termijnverlenging is echter alleen mogelijk indien de milieudoelstellingen binnen de oorspronkelijke termijn niet haalbaar zijn, verwezenlijking binnen die termijn onevenredig kostbaar is of natuurlijke omstandigheden beletten dat de doelstelling tijdig wordt gehaald. In het stroomgebiedbeheersplan dient de termijnverlenging te worden gemotiveerd en moeten maatregelen (inclusief tijdschema) worden opgenomen die noodzakelijk worden geacht om de milieudoelstelling binnen de verlengde termijn te halen.[187]
3. De doelstellingen mogen worden verlaagd indien het halen van de doelstellingen vanwege menselijke activiteiten of de natuurlijke gesteldheid van het waterlichaam niet haalbaar of oneven redig kostbaar is. Voor de menselijke activiteiten geldt de aanvullende eis dat er geen betaalbare en voor het milieu aanmerkelijk gunstigere alternatieven beschikbaar zijn. Indien de lidstaat een gegrond beroep op doelverlaging doet, zal de lidstaat ervoor moeten zorgen dat de best mogelijke ecologische en chemische toestand wordt bereikt die haalbaar is en dat er geen verdere achteruit gang in de toestand optreedt. Ook de vaststelling van lagere doelstellingen moet in het stroomge biedbeheersplan worden gemotiveerd.[188]
4. Een tijdelijke achteruitgang van de toestand van een waterlichaam is mogelijk in geval van over macht, zoals extreme overstromingen en periodes van droogte. De lidstaten zullen in dat geval alle haalbare stappen moeten nemen om een verdere achteruitgang te voorkomen, de overmachtsituatie jaarlijks moeten evalueren en alle haalbare herstelmaatregelen moeten treffen. De voorwaarden voor een beroep op overmacht, inclusief passende indicatoren, moeten in de stroomgebiedbeheersplannen worden opgenomen. Alle maatregelen gericht op het voorkomen van achteruitgang en herstel zullen in het (op)volgende stroomgebiedbeheersplan moeten worden opgenomen.[189]
5. Tot slot mag van de goede grondwatertoestand, de vereiste ecologische toestand en verplichting om achteruitgang van de toestand van een waterlichaam te voorkomen worden afgeweken, indien dit het gevolg is van nieuwe veranderingen van fysische kenmerken van oppervlaktewaterlichamen of de stand van grondwaterlichamen. Een achteruitgang van een waterlichaam van een zeer goede toestand naar een goede toestand is bij wijze van uitzondering toegestaan, indien dit het gevolg is van nieuwe duurzame activiteiten van menselijke ontwikkeling. De reden van de afwijking moet van hoger openbaar belang zijn dan het bereiken van de doelstellingen van de Krw. Bovendien is vereist dat dit belang niet met andere betaalbare, technisch haalbare en voor het milieu gunstigere middelen kan worden bereikt.[190] Om een beroep te doen op beide uitzonderingen moeten alle haalbare stappen worden ondernomen om negatieve effecten op de toestand van een waterlichaam tegen te gaan. De redenen van afwijking zullen in het stroomgebiedbeheersplan moeten worden gemotiveerd.

[185] Het gaat om negatieve gevolgen voor het milieu, de scheepvaart, recreatie, de wateropslag ten behoeve van drinkwaterproductie, irrigatie of energieopwekking, het waterbeheer of andere duurzame activiteiten.

[186] Art. 4 lid 3 Krw.

[187] Art. 4 lid 4 Krw.

[188] Art. 4 lid 5 Krw.

[189] Art. 4 lid 6 Krw.

[190] Art. 4 lid 7 Krw.

1.3 Stroomgebiedbeheersplannen en maatregelenprogramma's

De wijze waarop de lidstaat de bovenstaande milieudoelstellingen voor het stroomgebieddistrict denkt te gaan verwezenlijken moet worden vastgelegd in maatregelenprogramma's die eens in de zes jaar moeten worden vastgesteld. In deze programma's zullen de concrete maatregelen moeten worden genomen die zullen worden getroffen met het oog op de verwezenlijking van de voor het stroomgebieddistrict vastgestelde milieudoelstellingen.[191] Waaruit die maatregelen ten minste moeten bestaan, is in art. 11 Krw omschreven. Het betreft o.a. de beheersingsmaatregelen ten aanzien van lozingen vanuit zowel puntbronnen als diffuse bronnen op oppervlaktewater, maatregelen met het oog op het bereiken van de goede ecologische toestand, beheersingsmaatregelen met het oog op een goede kwantitatieve toestand van het grondwater, een verbod op rechtstreekse lozingen van verontreinigende stoffen in het grondwater, maatregelen met het oog op terugwinning van kosten voor waterdiensten en duurzaam watergebruik. Naast het verplichte basispakket noemt de richtlijn ook aanvullende maatregelen die kunnen worden getroffen om de milieudoelstellingen van art. 4 Krw te bereiken. De maatregelenprogramma's moesten eind 2009 worden vastgesteld en daarna om de zes jaar worden herzien. De in het programma opgenomen maatregelen moeten ingevolge art. 11 lid 7 en 8 Krw uiterlijk 3 jaar na vaststelling van het programma operationeel zijn.
Indien uit monitoringsgegevens blijkt dat de doelstellingen van art. 4 Krw vermoedelijk niet worden bereikt, dienen de lidstaten de oorzaken daarvan te onderzoeken en zo nodig vergunningen te herzien en aanvullende maatregelen te treffen, waarmee de doelstellingen voor het waterlichaam alsnog worden bereikt.
Het maatregelenprogramma of een samenvatting daarvan moet worden opgenomen in het stroomgebiedbeheersplan dat eveneens eenmaal in de zes jaar moet worden vastgesteld.[192] In het stroomgebiedbeheersplan moeten verder o.a. de kenmerken van het stroomgebieddistrict, een beoordeling van menselijke activiteiten op de toestand van waterlichamen en een economische analyse van het watergebruik worden opgenomen. Ook zal het plan de overeenkomstig art. 4 Krw vastgestelde milieudoelstellingen en eventuele redenen voor afwijking daarvan moeten bevatten. In bijlage VII staat omschreven welke informatie het stroomgebiedbeheersplan verder moet bevatten.[193]
Het stroomgebiedbeheersplan wordt bij voorkeur voor het gehele (internationale) stroomgebieddistrict vastgesteld. Lukt het niet om een internationaal stroomgebiedbeheersplan vast te stellen, dan moeten de lidstaten ten minste voor de op hun grondgebieden liggende delen van het internationale stroomgebieddistrict stroomgebiedsbeheersplannen opstellen.[194] Een stroomgebiedbeheersplan moet om de zes jaar worden vastgesteld.[195] Overeenkomstig art. 14 Krw moet het stroomgebiedbeheersplan ter inspraak aan het publiek worden voorgelegd.

1.4 Implementatie van de Krw in Nederland

Ofschoon Nederland intensief bij de voorbereidingen van de Krw betrokken is geweest, liep de implementatie niet bepaald soepel.[196] Op rijksniveau is vroeg begonnen met het implementatietraject, omdat men de Kaderrichtlijn tijdig wilde omzetten. Bij de uiteindelijke behandeling van het wetsvoorstel tot implementatie van de Krw trad echter grote vertraging op, omdat men de gevolgen van de Krw voor o.a. de Nederlandse landbouw en industrie vreesde.[197] De Tweede Kamer weigerde het wetsvoorstel in behandeling te nemen voordat duidelijkheid werd gegeven over de wijze waarop Nederland de richtlijn, in het bijzonder de milieudoelstellingen, zou implementeren. De milieudoelstellingen van de Krw waren namelijk niet geïmplementeerd in het wetsvoorstel, maar zouden bij AMvB op grond van hoofdstuk 5 Wm worden geïmplementeerd. Ook de mate waarin een beroep zou worden gedaan op de afwijkingsmogelijkheden van de Krw zou pas blijken bij de vaststelling van de

[191] Art. 11 Krw.
[192] Art. 13 Krw.
[193] Het gaat om kaartmateriaal en inventarisaties van verontreiniging door puntbronnen, diffuse bronnen etc.
[194] Art. 13 lid 2 Krw.
[195] Art. 13 Krw.
[196] Zie Rijswick, van, e.a., EG-recht en de praktijk van het waterbeheer, 2e druk, STOWA, Utrecht 2008, p. 405.
[197] Zie F.J.E. van der Bolt, e.a., Aquarein; Gevolgen van de Europese Kaderrichtlijn Water voor landbouw, natuur, recreatie en visserij, Alterra-rapport. 835, Wageningen 2003.

waterplannen. De Kamer vreesde dat Nederland te ambitieus zou zijn bij de implementatie van de Krw in het bijzonder de implementatie van de milieudoelstellingen.[198] Dat zou kunnen leiden tot een belemmering of zelfs beperking van activiteiten die een negatieve invloed hebben op de waterkwaliteit, zoals landbouwactiviteiten, industrie etc. Pas nadat de staatssecretaris de notitie 'Pragmatische implementatie Kaderrichtlijn Water' aan de Kamer had aangeboden[199] werd het wetsvoorstel zonder veel inhoudelijke discussie door de Kamer aangenomen. In die notitie stelde de Staatsecretaris dat gestreefd werd naar een realistische en pragmatische implementatie, waarbij aan de minimumvereisten van de Krw wordt voldaan en zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het bestaande Nederlandse beleid.
De implementatie van de Krw heeft dan ook niet geleid tot de vaststelling van een geheel nieuwe wet, maar is aanvankelijk in bestaande regelgeving geïmplementeerd. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen de milieudoelstellingen enerzijds en de aanwijzing van passende autoriteiten en stroomgebieddistricten en plan- en programmaverplichtingen anderzijds. De aanwijzing van de stroomgebieddistricten, de aanwijzing van de bijbehorende autoriteit en de verplichting tot samenwerking binnen het stroomgebieddistrict heeft plaatsgevonden in de Wet op de waterhuishouding (Wwh). Pas op een later moment is de Waterwet vastgesteld, waarbij voor een andere implementatiestrategie is gekozen.[200]De milieudoelstellingen en de monitoringsverplichtingen zijn geïmplementeerd op grond van hoofdstuk 5 Wm.

1.4.1 *Implementatie in de Wwh*

Voorop staat dat de bij de implementatie van de Krw is uitgegaan van een strikte implementatie zonder nationale koppen.[201] De Wwh wijst de vier in Nederland gelegen (internationale) stroomgebieddistricten aan. Het betreft de Rijn, Maas, Schelde en Eems.[202] De minister van V en W, tezamen met de ministers van VROM en LNV voor zover het aangelegenheden betreft die hen aangaan, is de bevoegde stroomgebiedautoriteit. Zij stellen in de Nota Waterhuishouding immers de stroomgebiedbeheerplannen vast.
Bij de implementatie van de plan- en programmaverplichtingen is aangesloten bij het reeds bestaande planstelsel van de toenmalige Wwh. Deze wet kende reeds de verplichting voor het Rijk en provincies om strategische waterplannen vast te stellen, waarin zij de hoofdlijnen van het landelijke en regionale waterbeleid moesten aangeven. Tot die hoofdlijnen behoorde in ieder geval de functies van watersystemen en de gewenste ontwikkelingen, werking en bescherming van watersystemen mede gelet op de daaraan toegekende functies. De waterbeheerders (waterschappen en Rijk) dienden voor de bij hen in beheer zijnde watersystemen operationele beheerplannen vast te stellen. In deze plannen moesten zij aangeven op welke wijze zij het beheer van de watersystemen wilden vormgeven. Bij de vaststelling van de beheerplannen moest rekening worden gehouden met de strategische plannen.
Bij de implementatie heeft men ervoor gekozen om de plan- en programma verplichtingen en de inhoudelijke eisen en termijnen die daaraan door de Krw worden gesteld over te nemen in de Wwh.[203] Alle vereisten die de Krw aan plannen en programma's stelt zijn daarbij op het niveau van de formele wet geïmplementeerd.
In alle plannen moeten, gerangschikt naar stroomgebieddistrict, de maatregelen als bedoeld in art. 11 Krw worden opgenomen en moeten de waterlichamen die als kunstmatig of sterk veranderend zijn aangewezen worden vermeld. De plannen moeten overeenkomstig de Krw ten minste eenmaal in de zes jaar worden herzien en nieuwe of herziene maatregelen moeten binnen drie jaar operationeel zijn. Het Nationale Waterhuishoudingsplan zou aldus een optelsom moeten zijn van alle maatregelen die met het oog op het bereiken van de milieudoelstellingen van de Krw in de beheerplannen en provinciale waterhuishoudingsplannen zijn opgenomen.

---

198 Kamerstukken II 2003/04, 28 808, nr. 6, p. 1-2.

199 'Pragmatische Implementatie Europese Kaderrichtlijn Water in Nederland; van beelden naar betekenis', Kamerstukken II 2003/04, 28808, nr. 12.

200 Zie paragraaf 1.5.2.

201 Kamerstukken II 2002/03, 28 808, nr. 3, p. 20 en Kamerstukken II 2003/04, 28 808, nr. 6, p. 4.

202 Zie art. 2a en 2b Wwh.

203 Zie uitgebreider: Kamerstukken II 2002/03, 28 808, nr. 3, p. 20-26.

1.4.2 *Implementatie in de Waterwet en het Waterbesluit*

Tot de inwerkingtreding van de Waterwet op 22 december 2009 vertoonde de waterregelgeving een verbrokkeld geheel. De verschillende publiekrechtelijke bevoegdheden om onderdelen van het waterbeleid uit te voeren alsmede de rechtsbescherming tegen de uitoefening van die bevoegdheden waren over verschillende wetten verdeeld.[204] Die wetten kenden deze bevoegdheden aan bestuursorganen van verschillende overheden toe en voorzagen ook ieder in een eigen systeem van interbestuurlijk toezicht. Alleen de Wwh kende voor de vorming van het waterbeleid een integraal planstelsel.
De afgelopen decennia zijn de verschillende onderdelen van het waterbeheer steeds meer in samenhang bezien. De wens was dan ook om te komen tot één integrale wet, waarin niet alleen de planvorming, maar ook de juridische instrumenten om het waterbeheer te voeren, rechtsbescherming, handhaving en het bestuurlijk toezicht zouden worden geïntegreerd en gestroomlijnd.[205] De Krw, die eveneens uitgaat van een integraal waterbeheer, heeft deze oude Nederlandse wens weer nieuw leven ingeblazen, met de Waterwet als resultaat.[206]
De Waterwet gaat met de integratie van waterbeheer zelfs een stapje verder dan de Krw, aangezien daarin ook het overstromingsrisicobeheer is geïntegreerd. In de Krw is dit aspect van het waterbeheer niet meegenomen, omdat men van oordeel was dat daarop de besluitvormingsprocedure van art. 175 lid 2 EG-Verdrag (thans art. 192 lid 2 sub b EU-Werkingsverdrag inzake 'kwantitatief waterbeheer') van toepassing was. In dat geval zou eenparigheid van stemmen in de Raad vereist zijn, hetgeen een aanzienlijke vertraging in de EU- besluitvorming met zich mee had kunnen brengen.[207]
Voor overstromingsrisicobeheer is uiteindelijk een afzonderlijke Europese richtlijn vastgesteld: de Richtlijn overstromingsrisico's (2007/60/EG) (Ror). Uiteindelijk is toch niet gekozen voor art. 175 lid 2 EG-Verdrag, maar voor de codecisieprocedure van art. 175 lid 1 EG-Verdrag (thans de gewone wetgevingsprocedure van art. 294 lid 1 Wv). Dit zou namelijk in overeenstemming zijn met soortgelijke instrumenten van risicopreventie (Seveso-richtlijn, 96/82/EG) en stroomgebiedbeheer (Krw).[208]
De Ror verplicht lidstaten om op stroomgebiedniveau overstromingsrisico's in kaart te brengen en adequate doelen en maatregelen voor overstromingsrisicobeheer vast te stellen in overstromingsrisicobeheerplannen. Hoewel deze richtlijn geheel afzonderlijk van de Krw is vastgesteld, sluit de Ror aan bij de stroomgebiedsystematiek van de Krw.[209] Daarnaast streeft de Ror coördinatie met de Krw na. Daarbij gaat het voornamelijk om coördinatie bij het voorbereiden en het vaststellen van de overstromingsrisicobeheerplannen en de stroomgebiedbeheerplannen. Beide plannen moeten namelijk op stroomgebieddistrictsniveau worden vastgesteld.
Ook voor de mariene wateren is er inmiddels een Europese richtlijn vastgesteld. Deze Kaderrichtlijn mariene strategie (2008/56/EG) (Kms) is gericht op het halen van een goede milieutoestand van de mariene wateren in 2021. Lidstaten moeten daarvoor een strategie opstellen die achtereenvolgens bestaat uit het evalueren van de milieutoestand en effecten daarop van menselijke activiteiten, het omschrijven van een goede milieutoestand, het vaststellen van doelen, het vaststellen en operationaliseren van een monitoringsprogramma en het ontwikkelen en toepassen van een programma van maatregelen gericht op het halen van de goede milieutoestand in 2021. De richtlijn heeft duidelijke raakvlakken met de Krw, omdat de chemische kwaliteit van kustwateren en de daarbuiten gelegen territoriale wateren onder beide richtlijnen vallen. Daar waar de beide richtlijnen van toepassing zijn, is de Kms uitsluitend van toepassing op elementen die van belang zijn voor de bescherming van het mariene milieu en die niet tevens vallen onder de Krw. Anders dan de milieudoelstellingen uit de Krw zijn de Kms inspanningsverplichtingen.
De Ror en de Kms kennen beide een planmatige aanpak. De plan- en programmaverplichtingen uit de

[204] De Wet op de waterhuishouding, de Wet verontreiniging oppervlaktewater, de Wet verontreiniging zeewater de Grondwaterwet, de Wet beheer rijkswaterstaatswerken (natte deel), de Waterstaatswet 1900, de Wet op de waterkering en de Wet droogmakerijen en indijkingen en de Wrakkenwet zijn in de Waterwet geïntegreerd.

[205] Zie over de Waterwet: Handgraaf, S., 'De Waterwet', MenR, 2009, nr. 8, p. 489-496; Havekes, H.J.M., 'De Waterwet: innovatie van het waterrecht', TO, 2009, nr. 4, p. 156-163; Rijswick, van, H.F.M.W. en Groothuijse, F.A.G., 'Het wetsvoorstel Waterwet', Tijdschrift voor Agrarisch Recht, 2007, nr. 6, p. 238-248;

[206] Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 4-5.

[207] Zie Van Rijswick e.a., EG-recht en de praktijk van het waterbeheer, 2e druk, STOWA, Utrecht 2008, p. 359, voetnoot 481.

[208] Zie COM(2006), 15, p. 6.

[209] De begrippen stroomgebied, stroomgebieddistrict zijn uit de Krw overgenomen. Zie art. 2 Ror.

Ror en Kms zouden dan ook leiden tot een aanpassing van het planstelsel van de Wwh. Met het oog op de implementatie van deze en eventuele toekomstige richtlijnen met plan- en programmaverplichtingen heeft de wetgever er bewust voor gekozen om de plan- en programmaverplichtingen niet langer op het niveau van de formele wet te implementeren, maar op AMvB-niveau. Men heeft daarmee gekozen voor een andere implementatiestrategie dan de Implementatiewet Krw, waarin alle plan- en programmaverplichtingen nog op het niveau van de formele wet waren geïmplementeerd.
Hoofdstuk 4 van de Waterwet bevat een algemene regeling van het planstelsel waarin uitsluitend de essentialia van de plan- en programmaverplichtingen zijn geregeld. Voor wat betreft de Krw gaat het dan om de verplichting om het waterplan ten minste eenmaal in de zes jaar te herzien. Verder gaat het om de mogelijkheid om bij AMvB te bepalen dat maatregelen uit het waterplan binnen een bepaalde termijn moeten zijn geoperationaliseerd en om de verplichting om de raadpleging van het publiek en buitenlandse autoriteiten nader bij AMvB te regelen.[210] De bijzondere eisen die de Krw, Ror en Kms aan deze plannen stellen behoren niet tot de essentialia en hoeven naar het oordeel van de wetgever dan ook niet op het niveau van de formele wet te worden geregeld, maar kunnen bij AMvB (het Waterbesluit) worden geïmplementeerd.[211]
Aan implementatie van deze bijzondere eisen in een AMvB zitten belangrijke voordelen. Het Waterbesluit vormt namelijk het kader voor alle ter uitvoering van het planstelsel benodigde bepalingen, hetgeen de overzichtelijkheid ten goede komt. Europese richtlijnen kunnen sneller worden geïmplementeerd. Bovendien is het Waterbesluit een flexibeler instrument om de verschillende Europese kaders onderling af te stemmen.
De bepalingen met betrekking tot de indeling van Nederland in stroomgebieddistricten alsmede de verplichting om in het nationale waterplan de vier Nederlandse delen van internationale stroomgebiedbeheersplannen op te nemen, zullen wel op het niveau van de formele wet geregeld blijven.[212] Deze bepalingen zijn, ook buiten hoofdstuk 4 Waterwet, van structurerende aard voor de wijze waarop het waterbeheer in Nederland wordt georganiseerd en kunnen volgens de wetgever daarom in de wet niet worden gemist.[213]

1.4.3 *Implementatie milieudoelstellingen en monitoringsverplichtingen op grond van hoofdstuk 5 Wet milieubeheer*

Milieudoelstellingen
De milieudoelstellingen van de Krw, Gwr en Rps worden niet bij of krachtens de Waterwet geïmplementeerd, maar op grond van hoofdstuk 5 Wm.[214] Dit hoofdstuk bevat een algemene regeling voor de vaststelling van milieukwaliteitseisen in het belang van de bescherming van het milieu.[215] Milieukwaliteitseisen worden in beginsel bij AMvB vastgesteld. In die AMvB moet ook worden bepaald aan de uitoefening van welke bevoegdheden de milieukwaliteitseisen worden gekoppeld. Daarbij moet worden aangegeven of de kwaliteitseis bij de uitoefening van deze bevoegdheden een grenswaarde is die in acht moet worden genomen of een richtwaarde waarmee rekening moet worden gehouden.[216]
De milieudoelstellingen die op grond van de Krw moeten worden vastgesteld stellen eisen aan de kwaliteit van waterlichamen, waaraan uiterlijk eind 2015 moet worden voldaan. Bij de implementatie van de Krw is er dan ook voor gekozen om de milieudoelstellingen te implementeren als milieukwaliteitseisen op grond van hoofdstuk 5 Wm. De AMvB waarin deze kwaliteitseisen zijn opgenomen is het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water (Bkmw 2009). De milieukwaliteitseisen voor de chemische waterkwaliteit zijn daarin aangemerkt als richtwaarden voor het vaststellen van waterplannen. Art. 5.2b lid 4 Wm voorziet ten aanzien van de waterkwaliteitseisen in de mogelijkheid om bij AMvB van de waterkwaliteitseisen af te wijken van de milieudoelstellingen van art. 4 Krw. De mogelijkheid tot afwijken kan echter uitsluitend worden geboden voor zover de Krw afwijking van de milieudoel-

210 Zie art. 4.8 Waterwet.
211 Kamerstukken II 2007/08, 30 818, nr. 7, p.19-20.
212 Zie 1.2 Waterwet.
213 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 818, nr. 7, p. 20.
214 Zie art. 2.10 Waterwet. Zie uitgebreider: Thijssen, M., en Woldendorp, H.E., 'Kaderrichtlijn Water; waterkwaliteitseisen waterdicht geregeld', *MenR* 2009, nr. 9, p. 554-559.
215 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 808, nr. 3, p. 21 en 42.
216 Art. 5.2 lid 1 jo. 5.1 lid 3 Wm.

stellingen toestaat.
In art. 5.2b Wm is een afzonderlijke wettelijke grondslag gecreëerd om op provinciaal niveau kwaliteitseisen te stellen, aangezien de ecologische kwaliteitseisen per waterlichaam kunnen verschillen. Op provinciaal niveau kunnen uitsluitend kwaliteitseisen worden gesteld voor zover daarin niet reeds bij AMvB is voorzien.

Monitoringsverplichtingen
Naast de milieudoelstellingen worden ook de monitoringsverplichtingen van art. 8 Krw op grond van hoofdstuk 5 Wm bij AMvB geïmplementeerd.[217] In de AMvB kan bovendien worden bepaald dat de wijze van monitoren bij ministeriële regeling kan worden vastgesteld.[218] In het Bkmw 2009 zijn de monitoringsverplichtingen geregeld in art. 13 t/m 16. Over de wijze van monitoren van waterlichamen kunnen ingevolge art. 15 Bkmw 2009 met inachtneming van de monitoringsregels van de Krw bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld. Aangezien de Krw de monitoring uitgebreid regelt en de lidstaten daarbij weinig discretionaire ruimte laat, is de keuze voor een ministeriële regeling begrijpelijk. Met een ministeriële regeling kunnen bovendien op de door de Commissie vastgestelde technische specificaties en gestandaardiseerde methoden voor analyse en monitoring van de watertoestand snel worden geïmplementeerd.[219] Tevens kan snel worden geanticipeerd op door de Commissie aangebrachte wijzigingen en aanvullingen. Daarbij is nog van belang dat over de invulling van de resterende beleidsruimte veelal in EU-verband afspraken zijn gemaakt die in guidance documents[220] zijn neergelegd.[221] De ministeriële regeling is inmiddels in de Regeling monitoring kaderrichtlijn water vastgesteld.[222] Er is uiteindelijk voor gekozen om de ecologische kwaliteitsdoelstellingen niet in het Bkmw 2009 als richtwaarden op te nemen, maar om deze als indicatorwaarden voor de monitoring op te nemen in de Regeling monitoring kaderrichtlijn water. Indicatorwaarden geven de stand van de wetenschap weer om in het kader van de monitoring uitspraken te kunnen doen over de toestand waarin een waterlichaam zich bevindt.[223]

2. Procedurele en institutionele vormgeving

2.1 Algemeen

Stroomgebiedbenadering
De vier Nederlandse stroomgebieddistricten zijn in de wet zelf aangewezen. De onderlinge grenzen van de stroomgebieddistricten en toedeling van grondwaterlichamen aan stroomgebieddistricten geschiedt bij AMvB op grond van de Waterwet.[224]

Plan- en programmaverplichtingen
Bij de implementatie van de Krw heeft het primaat van de wetgever weinig problemen opgeleverd. Met de inwerkingtreding van de Waterwet is wel gekozen voor een andere implementatiestrategie ten aanzien van de plan- en programmaverplichtingen van de Krw. Waar deze verplichtingen aanvankelijk volledig op het niveau van de formele wet (Wwh) werden geïmplementeerd, heeft men er in de Waterwet voor gekozen om deze verplichtingen hoofdzakelijk bij AMvB (Waterbesluit) te implementeren.[225] Alleen de essentiële elementen van de Krw zijn op het niveau van de formele wet geregeld. Met

[217] Art. 5.3 lid 3 Wm.
[218] Art. 5.3 lid 3 jo. lid 2 Wm.
[219] De Commissie heeft deze bevoegdheid op grond van art. 8 lid 3 Krw. De Commissie heeft op 30 oktober 2008 een Beschikking vastgesteld tot vaststelling van de indelingswaarden voor de monitoringssytemen van de lidstaten die het resultaat zijn van intercalibratie (Beschikking 2008/915/EG).
[220] Zie voor de Europese guidances: www.helpdeskwater.nl/wetgeving-beleid/kaderrichtlijn-water/publicaties.
[221] Zie Stb. 2010, 15, p. 26.
[222] Stcrt. 2010, nr. 5615.
[223] Zie Stcrt. 2010, nr. 5615, p. 11.
[224] Zie art. 1.2 Waterwet.
[225] Zie Kamerstukken II 2007/08, 30 818, nr. 7, p. 19-20, Kamerstukken II 2007/08, 30 818, nr. C, p. 29-30 en Stb. 2009, 548, p. 101-102.

deze implementatiestrategie heeft de wetgever beoogd de implementatie van toekomstige waterrichtlijnen met dezelfde soort plan- en programmaverplichtingen, zoals de Kms, de Rps en de Ror, in de Waterwet te vergemakkelijken.
Over deze nieuwe toekomstgerichte implementatiestrategie is in beide Kamers weinig discussie geweest. In de Eerste Kamer is nog wel gevraagd hoe kan worden voorkomen dat er geen 'koppen op Brussel worden gezet' zonder dat de Tweede en Eerste Kamer zich daarover hebben kunnen uitspreken.[226] De regering antwoordde daarop dat, in overeenstemming met het kabinetsbeleid, op de implementatie van Europese richtlijnen in beginsel geen nationale koppen worden geplaatst, tenzij het nut daarvan kan worden aangetoond. De Kamers zijn volgens de regering op verschillende wijzen betrokken bij implementatie van richtlijnen. Zo worden zij geïnformeerd over op stapel staande richtlijnen. De regering gaat daarmee echter niet in op de formele positie van beide Kamers bij de implementatie van planverplichtingen uit andere (water)richtlijnen. Uiteindelijk hebben de beide kamers zonder verdere discussie ingestemd met het implementatiesysteem waarvoor in de Waterwet is gekozen.

Algemene bepalingen ten behoeve van de implementatie van Europese richtlijnen in de Waterwet
Art. 10.1 Waterwet verschaft een algemene delegatievoorziening voor de uitvoering van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die betrekking hebben op waterbeheer. Deze delegatiegrondslag kan dus ook worden gebruikt voor de implementatie van Europese richtlijnen die betrekking hebben op het waterbeheer. Dankzij deze algemene delegatiegrondslag is niet steeds een wetswijziging nodig wanneer Europese waterrichtlijnen worden vastgesteld of aangepast. De delegatievoorziening kan vanzelfsprekend slechts betrekking hebben op de onderwerpen die in de Waterwet zijn geregeld. Om die reden kan de delegatievoorziening niet worden aangewend om de milieudoelstellingen uit de Krw te implementeren. De milieudoelstellingen worden immers op grond van hoofdstuk 5 Wm geïmplementeerd.

De Waterwet en de daarop gebaseerde regelgeving bevatten dynamische verwijzingen naar de Krw en andere Europese richtlijnen. Om ervoor te zorgen dat wijzigingen van deze richtlijnen waarnaar dynamisch wordt verwezen rechtstreeks doorwerken in het Nederlandse recht is art. 10.2 Waterwet opgenomen.[227] Dit artikel bepaalt dat wijzigingen van Europese richtlijnen van rechtswege gaan gelden op het moment dat aan de wijziging van de richtlijn uitvoering moet zijn gegeven. Dat is alleen anders indien bij ministerieel besluit een ander tijdstip bekend wordt gemaakt.
Van belang daarbij is dat de AMvB, waarin de bijzonderheden van de richtlijnen worden geïmplementeerd (Waterbesluit), geen verplichte voorhangprocedure kent, zodat de Tweede Kamer daarbij niet direct betrokken is. Ook de AMvB's die op grond van de algemene delegatievoorziening van art. 10.1 Waterwet worden vastgesteld kennen geen verplichte voorhangprocedure. Het is echter niet uitgesloten dat er op een later moment, bijvoorbeeld naar aanleiding van nieuwe dochterrichtlijnen of jurisprudentie, discussie kan ontstaan over de ruime delegatiemogelijkheden die in de Waterwet zijn opgenomen. De ruime delegatiemogelijkheden die in de Waterwet zijn opgenomen zouden daarom wel eens op gespannen voet kunnen (komen te) staan met het primaat van de wetgever.[228]

Milieudoelstellingen
Zoals reeds in paragraaf 2 is opgemerkt, worden de milieudoelstellingen van de Krw, de Gwr en Rps geïmplementeerd bij of krachtens een AMvB op grond van hoofdstuk 5 Wm. Deze AMvB is het Besluit kwaliteitseisen monitoring water (Bkmw 2009). Ook deze keuze is zonder veel discussie door de Tweede en Eerste Kamer geaccepteerd.
In afwijking van AMvB's op grond van de Waterwet, kennen AMvB's op grond van art. 5.1 Wm wel een verplichte voorhangprocedure. Nadat een dergelijke AMvB is vastgesteld moet deze worden doorgestuurd naar de beide Kamers. Wanneer door ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van een der Kamers te kennen wordt gegeven dat zij het onderwerp van de AMvB bij wet geregeld

[226] Kamerstukken I, 2007/08, nr. C, p. 29-30.
[227] Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 138 en art. 343 Aanwijzingen voor de regelgeving.
[228] Handleiding Wetgeving en Europa. De voorbereiding, totstandkoming van nationale implementatie van Europese regelgeving, Ministerie van Justitie, maart 2009, p. 113.

willen hebben, dient zo spoedig mogelijk een daartoe strekkend wetsvoorstel te worden ingediend en wordt de AMvB ingetrokken. Zie art. 1:8 lid 2 sub b Awb jo. art. 21.6 lid 5 Wm.[229] Op deze manier kunnen de Kamers der Staten Generaal per geval beoordelen of zij de milieudoelstellingen in de wet geïmplementeerd willen zien of dat een implementatie bij AMvB volstaat. Met deze bijzondere voorhangprocedure kunnen de Kamers per geval het primaat van de wetgever herstellen, wanneer ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden daarvan dat wenst.
Wanneer de vast te stellen regels uitsluitend strekken ter uitvoering van een voor Nederland bindend verdrag, dient de implementatie ingevolge art. 21.6 lid 6 Wm in beginsel wel bij ministeriële regeling te geschieden. Alleen wanneer voor een juiste implementatie de wijziging van een wet of AMvB nodig is, is implementatie bij ministeriële regeling niet mogelijk. Voor de chemische kwaliteitseisen was implementatie in een ministeriële regeling niet mogelijk, omdat implementatie aanpassingen van de Wm en de AMvB Milieukwaliteitseisen en monitoring water (oud) noodzakelijk was. Voor de ecologische doelstellingen is wel gekozen voor implementatie in een ministeriële regeling. Deze doelstellingen zijn niet als grens- of richtwaarden geïmplementeerd, maar als indicatorwaarden voor de monitoring.[230]

Andere waterrichtlijnen
De Krw wordt uitgewerkt in richtlijnen die een zelfstandige basis hebben in het Verdrag (Wv). Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de Grw en de Rps. Evenals de Krw worden de plan- en programmaverplichtingen uit deze richtlijnen op grond van de Waterwet geïmplementeerd en de milieudoelstellingen (milieukwaliteitsnormen) op grond van hoofdstuk 5 Wm. Bij de implementatie van deze richtlijnen is het primaat van de wetgever en daarmee samenhangende problemen niet wezenlijk anders dan bij implementatie van de Krw.

2.2 De rol van het maatschappelijk middenveld bij de Krw

Europees niveau
Nederland is intensief bij de totstandkoming van het voorstel voor de Krw betrokken geweest. Vóór de Krw vertoonde ook het Europese waterbeleid een gefragmenteerd beeld. Ten behoeve van de discussies in het kader van de EU-Milieuraad heeft Nederland begin 1995 een position paper ingediend met een visie op de toekomst van het Europese waterbeleid. In deze position paper is gepleit voor een integrale benadering van het waterbeleid op stroomgebiedniveau. De strategie van Nederland kon rekenen op steun van de andere lidstaten, zodat Nederland een comfortabele middenpositie in het Brusselse krachtenveld kon verwerven. Het succes van de Nederlandse strategie is mede in de hand gewerkt door de parallelle stellingname van het EP. De Raad heeft eind 1995 de essentie van de Nederlandse strategie overgenomen, waarmee de Commissie aan de slag is gegaan.[231]
De Commissie heeft vervolgens een beleidsdocument gemaakt en in 1996 aan de Raad en het EP voorgelegd, waarin een aanbeveling werd gedaan voor een kaderrichtlijn voor het waterbeleid. Dat beleidsdocument heeft tevens als discussiestuk gefungeerd, waarop door een aantal partijen is gereageerd. Europese instanties zoals de Raad, het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's hebben daarop gereageerd, maar ook een dertigtal NGO's en personen. Ook heeft de Commissie een tweedaagse conferentie georganiseerd over de voorstellen voor een kaderrichtlijn. Onder de deelnemers waren onder andere vertegenwoordigers van de lidstaten, toezichthoudende instanties, lokale overheden, waterleveranciers, industrie, landbouw, consumentenorganisaties en vertegenwoordigers van de milieubeweging. Tijdens de conferentie is over de voorstellen van de Commissie gedebatteerd.[232]

[229] Zie uitgebreider de casestudy Richtlijn Luchtkwaliteit, hierna hoofdstuk 6.
[230] Zie Regeling monitoring kaderrichtlijn water, Stcrt. 2010, nr. 5615.
[231] Zie Villeneuve, de, C.H.V., 'De Kaderrichtlijn water, een momentopname', in: Water: ontwikkelingen in (inter)nationale regelgeving en beleid (Vereniging voor Milieurecht 1998-2), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 25-26.
[232] Zie COM (97) 59 def., p. 5-6.

Nationaal niveau

Implementatiewet Krw

De voormalige Staatscommissie voor de Waterstaatswetgeving bracht op 28 oktober 1999 een advies uit over de gevolgen van de Krw voor de Nederlandse wetgeving.[233] Een voorontwerp van het wetsvoorstel is behandeld in het Overlegorgaan Waterbeheer en Noordzee-aangelegenheden (OWN). In dit overlegorgaan zijn de maatschappelijke organisaties vertegenwoordigd die direct betrokken zijn bij het waterbeheer. De Unie van Waterschappen, het Interprovinciaal Overleg en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten zijn in de gelegenheid gesteld om te reageren op het wetsvoorstel, in aanvulling op de bijdragen die deze organisaties leverden in de eerdergenoemde projectgroep en in het OWN.

Waterwet

Het wetsvoorstel Waterwet is voorbereid door een projectorganisatie van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, in nauwe samenwerking met andere betrokken departementen en medeoverheden (provincies, gemeenten en waterschappen). Ook hebben in de eerste voorbereidingsfase klankbordgesprekken plaatsgevonden met diverse maatschappelijke organisaties, waaronder LTO, VNO-NCW en de VEWIN[234]. De bestuurlijke discussiepunten zijn besproken in het Landelijke Bestuurlijk Overleg Water. In de zomer van 2005 is een voorontwerp gepubliceerd en voor advies en commentaar toegezonden aan diverse instanties, waaronder het Interprovinciaal Overleg, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, de Unie van Waterschappen en het Overlegorgaan Water en Noordzee. Tevens is advies gevraagd aan de Commissie van advies inzake de Waterstaatswetgeving (CAW), die een belangrijke klankbordfunctie heeft vervuld bij de voorbereiding van het wetsvoorstel. Tot slot heeft ook de Adviescommissie water (AcW) naar aanleiding van het voorontwerp een advies uitgebracht, dat zich concentreert op de rol van de beoogde Waterwet in het kader van de uitvoering van het waterbeleid.[235]

Waterbesluit

Het voorontwerp van het Waterbesluit is voorbereid in nauw overleg met de koepelorganisaties van provincies, waterschappen en gemeenten (het Interprovinciaal Overleg, de Unie van Waterschappen en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten). In oktober 2008 is het besluit voor advies en commentaar toegezonden aan diverse instanties (waaronder de genoemde koepelorganisaties), aan alle departementen en aan het Overlegorgaan Water en Noordzee.[236] Tevens is advies gevraagd aan de Commissie van advies inzake de Waterstaatswetgeving (CAW).[237]

Besluit Kwaliteitsdoelstellingen en monitoring water

Een ontwerp voor dit besluit is overeenkomstig art. 21.6 lid 4 Wm voorgepubliceerd.[238] Eenieder heeft binnen een bij de voorpublicatie gegeven termijn opmerkingen over het ontwerp schriftelijk naar voren kunnen brengen. Achttien organisaties hebben van die gelegenheid gebruik gemaakt. Met de meeste van deze organisaties had in een eerder stadium van de opstelling van het ontwerpbesluit al uitgebreid overleg plaatsgevonden. Ook daarna heeft met een aantal van deze organisaties nog geregeld overleg plaatsgevonden over de inhoud en vormgeving van het besluit.[239]

2.3 De Krw en de bestuurlijke autonomie van Nederland

De stroomgebiedbenadering, waarvan de Krw uitgaat, heeft consequenties voor onderlinge verhoudingen tussen verschillende Nederlandse overheden. Nederland is namelijk in vier internationale stroomgebieddistricten gelegen, die niet alleen landsgrensoverschrijdend zijn, maar ook gemeente-,

[233] 'De EU-kaderrichtlijn water', Ministerie van Verkeer en Waterstaat, 1999.

[234] VEWIN staat voor de Vereniging van waterleidingbedrijven in Nederland.

[235] Zie Kamerstukken II, 30 818, nr. 3, p. 81-82.

[236] Zoals aangegeven, zijn in dit overlegorgaan de maatschappelijke organisaties vertegenwoordigd die direct betrokken zijn bij het waterbeheer.

[237] Zie Stb. 2009, 548, p. 53-54.

[238] Stcrt. 2008, nr. 476.

[239] Zie Stb. 2010, 15, p. 85.

waterschap- en provinciegrensoverschrijdend zijn. Dit noopt tot overleg en afstemming op internationaal, nationaal en decentraal niveau. De Krw verplicht niet tot het instellen van nieuwe autoriteiten, maar dwingt overheden binnen stroomgebieddistricten tot onderlinge samenwerking en afstemming van hun beleid op stroomgebiedniveau. Op welke wijze dat moet geschieden is aan de lidstaten overgelaten. Dit leidt in de praktijk tot een grote variatie aan samenwerkingsvormen.
Internationale samenwerking kan op informele wijze in overlegcommissies geschieden, maar kan ook worden geïnstitutionaliseerd en formeel vast worden gelegd in privaatrechtelijke overeenkomsten of verdragen.[240] De internationale rivierencommissies zijn daarvan een voorbeeld.[241] Ook is er de mogelijkheid om op Europees niveau samen te werken in een Europese Groepering voor Territoriale Samenwerking (EGTS).[242]Overheden kunnen taken en bevoegdheden overdragen aan een EGTS met uitzondering van bevoegdheden tot regelgeving en handhaving. In de Waterwet wordt bij de voorbereiding van waterplannen overleg met de buitenlandse autoriteiten voorgeschreven. Op welke wijze dat overleg geschiedt, wordt in het Waterbesluit nader geregeld.
Met de implementatie van de Krw is de gedecentraliseerde organisatie van het nationale waterbeheer niet wezenlijk gewijzigd. De stroomgebiedbenadering van de Krw eist ook niet dat het werkterrein van de bevoegde autoriteiten uitsluitend het stroomgebieddistrict of een deel daarvan omvat. Er is ruimte voor overschrijding van de districtsgrenzen, zolang de coördinatie per stroomgebieddistrict is gewaarborgd. De organisatie van het Nederlandse waterbeheer behoefde dan ook weinig aanpassingen.
De organisatie ziet er op hoofdlijnen als volgt uit. Op operationeel niveau zijn er in beginsel twee beheerders van watersystemen: de waterschappen en het Rijk. Zij beheren de watersystemen en hebben de instrumenten om dat beheer te voeren. Het gaat daarbij om operationele planvorming, regelgevende bevoegdheden, vergunningverlening, handhaving etc. De verplichtingen van de gemeenten zijn bij de uitvoering van de Krw slechts beperkt tot kostenterugwinning voor het rioleringsbeheer.[243] Op nationaal en provinciaal niveau vindt de strategische beleidsvorming plaats. Het strategische beleid wordt in waterplannen neergelegd. Deze plannen geven de (beleids)kaders waarbinnen de beheerders hun operationele taken kunnen uitvoeren.
De decentrale organisatie van het Nederlandse waterbeheer kan tot problemen leiden bij de uitvoering van de Krw. Zo zijn provincies niet ingedeeld naar hydrologische grenzen, terwijl de waterschappen waarop zij bestuurlijk toezicht houden en waarvoor zij de beleidkaders stellen wel naar hydrologische grenzen zijn ingedeeld. Sommigen waterschappen zijn dan ook in meerdere provincies gelegen, zodat meerdere provincies beleidskaders stellen voor en bestuurlijk toezicht houden op één waterschap. Provincies moeten in dergelijke gevallen hun beleid en besluitvorming onderling afstemmen. De waterwetgeving voorziet in verschillende regelingen om die afstemming te bereiken.[244]
Daarnaast is ook het operationele beheer van stroomgebieddistricten verdeeld over de waterschappen en het Rijk. De grote rivieren en een beperkt aantal waterkeringen zijn in beheer bij het Rijk; de andere onderdelen zijn in beheer van de waterschappen. Voor een integraal stroomgebiedbeheer is dus ook de onderlinge samenwerking tussen de waterschappen en het Rijk, die het beheer hebben over verschillende onderdelen van een stroomgebieddistrict, onontbeerlijk. De Waterwet voorziet in verschillende afstemmings- en coördinatiebepalingen: waterakkoorden, afstemmingsverplichting van beheerplannen etc.
Zowel de provincies als het Rijk beschikken over instrumenten van bestuurlijk toezicht waarmee zij hun strategische beleid dwingend kunnen laten doorwerken naar de lagere bestuurlijke niveaus. Dit instrumentarium is eveneens van belang voor het eventueel afdwingen van Europeesrechtelijke verplichtingen wanneer lagere overheden zich van die verplichtingen niet of onvoldoende rekenschap

[240] Zie Adviescommissie Water (AcW) en de Commissie van advies inzake de waterstaatswetgeving (CAW), Bruggen bouwen. Nederlands waterbeheer in Europees en grensoverschrijdend perspectief, November 2007, p. 21-28, te downloaden van www.cawsw.nl. Zie ook Backes, Ch. W., 'Naar internationale waterschappen en grensoverschrijdende omgevingsplannen? Enkele opmerkingen over de (on)mogelijke gevolgen van de nieuwe Kaderrichtlijn Water' in: A. v. Hall, T. G. Drupsteen en H. J. M. Havekes (red.) De staat van water. Opstellen over juridische, technische, financiële en politiek-bestuurlijke aspecten van waterbeheer. Koninklijke Vermande, Den Haag 1999.

[241] Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 808, nr. 3, p. 10-11.

[242] Verordening 1082/2006 betreffende een Europese groepering voor territoriale samenwerking, Pb.EU 2006, L 210/19. Vgl. de Wet gemeenschappelijke regelingen.

[243] Zie art. 4.22 Wm en Titel 10.5 Wm.

[244] Zie bijvoorbeeld art. 6 t/m 9 Waterschapswet, art. 5.7 lid 2 en 5.8 lid 2 Waterwet.

geven.[245]
In de Waterwet is gekozen voor een algemene regeling van het interbestuurlijke toezicht door Rijk en provincie.[246] Indien internationale verplichtingen of bovenregionale belangen dat noodzakelijk maken, kunnen bij of krachtens AMvB regels worden gegeven met betrekking tot de voorbereiding, vaststelling, wijziging en de inhoud van plannen, besluiten en waterakkoorden van provincie- en waterschapsbesturen.[247] Met hetzelfde oogmerk kunnen er bij of krachtens AMvB kaderregels worden gesteld met betrekking tot de informatieverschaffing door provincie- en waterschapsbesturen aan de minister van V en W.[248]

In concrete gevallen kan de minister van V en W ten behoeve van de naleving van internationale verplichtingen provinciebesturen en waterschapsbesturen aanwijzingen geven omtrent de uitoefening van hun taken en bevoegdheden in het kader van het waterbeheer. Wordt die aanwijzing niet opgevolgd dan kan de Minister in plaats van het provinciebestuur respectievelijk het waterschapsbestuur daarin voorzien.[249]

Met het oog op een samenhangend en doelmatig regionaal waterbeheer kunnen bij of krachtens provinciale verordening dezelfde regels worden gesteld. Die regels kunnen echter uitsluitend zijn gericht tot de waterschapsbesturen.[250] Ook heeft het provinciebestuur in concrete gevallen de bevoegdheid om waterschapsbesturen aanwijzingen te geven omtrent de uitoefening van hun taken en bevoegdheden, indien dat met het oog op een samenhangend en doelmatig regionaal waterbeheer nodig is.[251]
De Waterwet gaat uit van getrapt interbestuurlijk toezicht. Dit betekent dat de provincie in beginsel toezicht houdt op de waterschappen en dat het Rijk toezicht houdt op de provincies.[252] In bijzondere situaties kan het Rijk ook direct aanwijzingen geven aan de waterschapsbesturen. Deze vorm van direct rijkstoezicht is echter beperkt tot de gevallen waarin dat met het oog op internationale verplichtingen of bovenregionale belangen noodzakelijk wordt geacht. Het zwaartepunt van het bestuurlijke toezicht op de waterschappen ligt derhalve op provinciaal niveau. Dit past ook bij de regierol die de provincie heeft in het regionale waterbeheer en de regionale gebiedsontwikkeling.
Ofschoon de Waterwet voorziet in vele afstemmings- en coördinatieregelingen, is interbestuurlijk toezicht nodig als sluitstuk voor het afdwingen van een juiste uitvoering van de Krw. Met behulp van het uitoefenen van bestuurlijk toezicht kunnen de provincies en uiteindelijk het Rijk lagere overheden dwingen om mee te werken aan het uitvoeren van de uit de Krw voortvloeiende verplichtingen. De Kroon respectievelijk de Minister van V en W kan daarmee de eindverantwoordelijkheid voor de naleving van die verplichtingen uit de Krw waarmaken.
Voor het bovenstaande interbestuurlijke toezichtinstrumentarium is in de Waterwet mede gekozen met het oog op de implementatie en de uitvoering van de verplichtingen uit de Krw. Ten aanzien van de Implementatiewet Krw beraadde het kabinet zich nog over de invoering van wettelijke voorzieningen om ten behoeve van de implementatie en uitvoering van de Krw corrigerend op te treden tegen decentrale overheden. Naar aanleiding van een opmerking van de Raad van State in het advies over het wetsvoorstel is de memorie van toelichting aangevuld met opmerkingen over de wijze waarop in de tussentijd corrigerend zou worden opgetreden.[253] In de memorie van toelichting wordt verwezen naar de taakverwaarlozingsregelingen van de Provinciewet en de Waterschapswet.[254] Daarnaast wordt spontane schorsing of vernietiging van apert met de Krw strijdige besluiten door de Kroon als interventiemogelijkheid genoemd.[255] Ook wordt de mogelijkheid van privaatrechtelijk kostenverhaal

[245] Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 25
[246] Daarnaast ken de Waterwet een aantal specifieke vormen van provinciaal toezicht, zoals het vereiste van provinciale goedkeuring voor beheerplannen en projectplannen van waterschappen.
[247] Art. 3.10 lid 2 en 3.11 lid 2 Waterwet.
[248] Art. 3.10 lid 1.
[249] Art. 3.13 Waterwet.
[250] Art. 3.11 lid 1 Waterwet.
[251] Art. 3.12 Waterwet.
[252] Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 27 en 29-30.
[253] Zie Kamerstukken II 2002-03, 28 808, nr. 3, p. 31-32.
[254] Art. 121 Provinciewet respectievelijk art. 60 lid 2 Waterschapswet.
[255] Zie art. 261 Provinciewet respectievelijk art. 156 Waterschapswet.

genoemd van de rijksoverheid op de decentrale overheden, indien Nederland door het Hof van Justitie (ex art. 260 Wv) zou worden veroordeeld tot het betalen van een boete of dwangsom wegens schending van de Krw.
Geconcludeerd kan worden dat de belangrijkste organisatorische wijziging in het waterbeheer die (mede) aan de Krw kan worden toegeschreven de introductie is van het interbestuurlijke toezichtinstrumentarium zoals dat in hoofdstuk 3 van de Waterwet is geregeld.

3. Samenhang rechtsregels en Nederlands begrippenkader

3.1 Nederlandse wetsystematiek en begrippenapparaat

De Krw beoogt een samenhangend waterbeheer op stroomgebiedniveau te bewerkstelligen zonder dat lidstaten verplichtingen worden opgelegd met betrekking tot de bestuurlijke organisatie van het waterbeheer. Nederland kent het concept van integraal beheer van watersystemen al sinds de jaren tachtig. [256] Deze benadering sluit aan bij de stroomgebiedbenadering waarvan de Krw uitgaat. De samenhang die men op Europees niveau tracht te bewerkstelligen sluit in zoverre aan bij de Nederlandse watersysteembenadering.
De implementatie van de Krw noopt niet tot een herziening of afwijking van de gevestigde wetsystematiek in Nederland. Voor de indeling van Nederland in stroomgebieddistricten was geen wezenlijke wijziging van de wetsystematiek nodig. Zoals reeds opgemerkt noopt de Krw niet tot een ingrijpende wijziging in de bestuurlijke organisatie van het waterbeheer, maar slechts tot samenwerking op stroomgebieddistrict niveau. Mede met het oog op een strikte implementatie van de Krw (geen nationale koppen), is er voor gekozen om de bestuurlijke organisatie van het waterbeheer in Nederland ongewijzigd te laten.[257] Wel is in de Waterwet gekozen voor krachtige interbestuurlijke toezichtbevoegdheden op rijksniveau, waarmee nakoming van de verplichtingen uit de Krw kan worden verzekerd.
Verder kende Nederland met het planstelsel van de Wet op de waterhuishouding[258] sinds eind jaren tachtig van de vorige eeuw reeds een integraal planstelsel, waarin de stroomgebiedbeheersplannen en maatregelenprogramma's relatief eenvoudig konden worden ingepast. De milieudoelstellingen van de Krw zijn ook in een reeds bestaande wetsystematiek voor het stellen van milieukwaliteitseisen (hoofdstuk 5 Wm) geïmplementeerd.
Het voorgaande neemt niet weg dat de Krw en de daarmee samenhangende richtlijnen (Gwr, Rps, Rms en Ror) een belangrijke impuls hebben gegeven aan de ontwikkeling van een integrale Waterwet.[259] Het idee van een integrale waterwet bestond in Nederland overigens reeds sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw.[260] Ook het Hof van Justitie acht integrale waterwetgeving zeer geschikt om de Krw om te zetten, maar een verplichting daartoe kan niet uit de Krw worden afgeleid.[261] Gesteld kan worden dat de Krw en de daarmee samenhangende richtlijnen de introductie van de Waterwet wenselijk hebben gemaakt, maar dat dit voor de implementatie van deze richtlijnen niet absoluut noodzakelijk is. Implementatie binnen de bestaande wetsystematiek, waarvoor aanvankelijk in de Wwh was gekozen, was ook mogelijk geweest.
Enerzijds is er bij de implementatie voor gekozen om de belangrijkste begrippen uit de Krw rechtstreeks over te nemen in de implementatiewetgeving en dynamisch naar de Krw te verwijzen.[262]

[256] Zie o.a. de notitie 'Omgaan met water', Kamerstukken II 1984/85, 18 793, nr. 3 en Kamerstukken II 1986/87, 17 367, nr. 6. Zie uitgebreider: Groothuijse, F.A.G., Water weren, het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming van wateroverlast en overstromingen (diss. Utrecht), IBR, 's-Gravenhage 2009, p. 19-23.

257 Zie *Stb.* 2010, 15, p. 23 en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 808, nr. 3, p. 20.

[258] Stb. 1989, 285.

[259] Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 4-5. Zie ook Van Rijswick e.a., EG-recht en de praktijk van het waterbeheer, 2e druk, STOWA, Utrecht 2008, p. 532.

[260] Zie Kamerstukken II 1981/82, 17 367, nr. A-D, p. 9.

[261] Zie C-32/05, Commissie t. Luxemburg, Jur. 2006, p. I- 11323.

[262] Het gaat bijvoorbeeld om: stroomgebiedbeheersplan en stroomgebieddistrict (art. 1.1 Waterwet), maatregelenprogramma als bedoeld in art. 11 Krw (art. 3.4 lid 2 sub c, art. 4.6 lid 1 sub a en 3 Waterbesluit) analyses en beoordelingen bedoeld in artikel 5 Krw (art. 3.4 lid 1 Waterbesluit), sterk veranderde oppervlaktewaterlichamen als bedoeld in art. 4 lid Krw (art. 4.5 lid 1 sub b Waterbesluit),

Waarschijnlijk omdat deze begrippen uitsluitend betekenis hebben voor het waterbeheer heeft het incorporeren van deze begrippen in de waterwetgeving verder geen horizontale consequenties gehad in de Nederlandse rechtsorde. Anderzijds is bij de implementatie van de milieudoelstellingen gekozen voor implementatie in de bestaande wetsystematiek van hoofdstuk 5 Wm.

Grenswaarden of richtwaarden?

De milieudoelstellingen zijn in het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water (Bkmw 2009) geïmplementeerd als richtwaarden voor het vaststellen van waterplannen. De kwaliteitseisen zijn bewust niet gekoppeld aan besluitvorming over concrete projecten en activiteiten. Bewust is voor richtwaarden gekozen, omdat gevreesd werd dat Nederland bij een keuze voor grenswaarden, waarvan niet mag worden afgeweken, 'op slot zou gaan'.[263] Een tweede fijnstof-dossier wilde men kost wat kost voorkomen.[264]

De Raad van State heeft in haar advies over het Bkmw 2009 onder verwijzing naar een uitspraak van het Hof van Justitie van de EU[265] gesteld dat de milieudoelstellingen harde resultaatsverplichtingen inhouden en dat om die reden zou moeten worden gekozen voor grenswaarden die bij de vaststelling van waterplannen in acht moeten worden genomen.[266] Ook in de literatuur is aanbevolen om te kiezen voor grenswaarden in plaats van richtwaarden.[267]

De regering heeft echter vastgehouden aan richtwaarden.[268] Zij acht dat niet in strijd met de Krw, omdat de Krw niet aangeeft of het om grens- of richtwaarden gaat. De regering overweegt daartoe:

'In de Krw is slechts bepaald dat de milieukwaliteitsnormen met behulp van stroomgebiedbeheersplannen en maatregelenprogramma's moeten worden gerealiseerd en dat daarbij bepaalde uitzonderingsmogelijkheden mogen worden toegepast, die in artikel 4, derde tot en met zevende lid, Krw zijn aangegeven. Dit is precies wat in dit besluit, in samenhang met de Waterwet, ook wordt geregeld. Het begrip richtwaarde bevat daarnaast niet een inherente afwijkingsmogelijkheid waarop altijd een beroep kan worden gedaan, zoals de Raad van State in zijn advies veronderstelde. Om dit te benadrukken is artikel 2, eerste lid, in dit besluit opgenomen, waarin is bepaald dat van een richtwaarde niet mag worden afgeweken om andere redenen dan die volgens de Krw zijn toegestaan.'[269]

De regering lijkt niet geheel zeker van haar zaak. Voor de zekerheid heeft zij in art. 2 lid 1 bepaald dat alleen kan worden afgeweken van richtwaarden als de Krw dat toestaat. Daarnaast wil de regering de werking van hoofdstuk 5 Wm in het kader van de implementatie van de Krw, Gwr en Rps evalueren, waarbij uitdrukkelijk ook naar de keuze voor richtwaarden of grenswaarden zal worden gekeken.
Het probleem bij de implementatie van de milieudoelstellingen van de Krw is ontstaan, omdat gekozen is voor implementatie op grond van hoofdstuk 5 Wm. Het systeem van hoofdstuk 5 Wm dwingt immers om de milieudoelstellingen aan te merken als richtwaarden of als grenswaarden, terwijl de Krw deze begrippen niet kent. Het nationale begrippenkader van hoofdstuk 5 Wm heeft dan ook geleid tot verwarring en discussie bij de implementatie van de Krw.[270]

monitoringsprogramma's als bedoeld in art. 8 Krw (art. 5.3 lid 3 Wm), milieudoelstellingen als bedoeld in art. 4 Krw (art. 5.3 lid 3 Wm), goede ecologische toestand (art. 6 lid 1 Bkmw), goed ecologische potentieel (art. 6 lid 3 Bkmw), goede kwantitatieve grondwatertoestand (art. 8 Bkmw) en goede chemische grondwatertoestand (art. 9 Bkmw).

263 Zie hiervoor uitvoerig: Rijswick, van, H.F.M.W., 'De betekenis en vormgeving van waterkwaliteitseisen', MenR, 2007, nr. 7, p. 395-407; Aerts M., en Putter,de, P., 'Zijn de nieuwe generatie waterplannen in een goede toestand?', MenR, 2009, nr. 9, p. 560-567; M. Thijssen en H.E. Woldendorp, 'Kaderrichtlijn water; waterkwaliteitseisen waterdicht geregeld', MenR 2009, nr. 9, p. 554-559 en M. Thijssen en H.E. Woldendorp, 'Waterkwaliteitseisen: waterdicht geregeld?', MenR 2009, nr. 9, p. 568-578.

264 Stb. 2010, 15, p. 28.

265 Zie C-32/05, Commissie t. Luxemburg, Jur. 2006, p. I-11323, r.o. 75.

266 RvS 3 september 2009, adviesnr. W08.09.0109/IV.

267 Broek, van den, J.H.G., Nijmeijer, A.G.A., van Rijswick, H.F.M.W., 'Kan de bouw bouwen op de AMvB Doelstellingen?', TBR 2008/152, p. 778-779. Anders: Woldendorp, H.E., 'De normstelling volgens de Kaderrichtlijn water: Nederland op slot? (2)', BR 2008/3, nr. 37, p. 185-186.

268 Zie Stb. 2010, 15, p. 27-29 en Nader rapport, Kamerstukken II, 27 625, nr. 154, onder punt 3.

269 Stb. 2010, 15, p. 29.

270 Zie Kamerstukken II 2003/04, 28 808, nr. 12, p. 4- en Kamerstukken II 2009/10, 27 625, nr. 159, p.7-8 Zie ook Broek, van den, J.H.G., Nijmeijer, A.G.A., Rijswick, van, H.F.M.W., 'Kan de bouw bouwen op de AMvB Doelstellingen?', TBR 2008/152, p. 778-779, Woldendorp, H.E., 'De normstelling volgens de Kaderrichtlijn water: Nederland op slot? (2)', BR 2008/3, nr. 37, p. 185-186 Zie hiervoor uitvoerig: Rijswick, van, H.F.M.W., 'De betekenis en vormgeving van waterkwaliteitseisen' MenR, 2007, nr. 7, p. 395-407;

De milieudoelstellingen uit de Krw geven een resultaat aan dat behaald moet worden. De Krw biedt echter ook mogelijkheden om van de waterkwaliteitsnormen af te wijken. Het is dan ook de vraag of hier sprake is van 'grenswaarden' in de zin van hoofdstuk 5 Wm (waar niet van mag worden afgeweken) of van 'richtwaarden' (waar gemotiveerd van mag worden afgeweken). De begrippen 'grenswaarden' en 'richtwaarden' van hoofdstuk 5 Wm en de daarmee gepaard gaande (nationale) status van de milieukwaliteitsnormen komen derhalve niet helemaal overeen met het juridische karakter van de milieudoelstellingen uit de Krw. In het kader van de discussie over de Bkmw 2009 heeft de minister toegezegd dat zij een wetsvoorstel zal indienen waarin hoofdstuk 5 Wm wordt afgestemd op de Krw, zodat het probleem van grens- of richtwaarde zich niet meer zal voordoen.[271]

Koppeling van milieukwaliteitseisen aan waterplannen

Voor de koppeling van de milieukwaliteitseisen aan plannen is gekozen om een afweging mogelijk te maken tussen de aanpak van de bestaande verontreiniging door puntbronnen en diffuse bronnen en ontwikkelingen die tot nieuwe verontreiniging kunnen leiden.[272] Op het niveau van het waterplan moet de optelsom worden gemaakt van positieve en negatieve invloeden op de waterkwaliteit die gedurende de planperiode te verwachten zijn. Aan het eind van de planperiode moet dit resulteren in het realiseren van de beoogde waterkwaliteit.

De milieukwaliteitseisen zijn, uit vrees voor een herhaling van het luchtkwaliteitdossier, bewust niet gekoppeld aan afzonderlijke lozingsvergunningen. Omdat bij de verlening van lozingsvergunningen wel rekening moet worden gehouden met de waterplannen, kunnen deze hooguit op indirecte wijze bij vergunningverlening doorwerken. Aangezien voor deze lozingen in het brongerichte spoor reeds de best beschikbare technieken moeten worden voorgeschreven, verwacht de regering dat een aanscherping van het vergunningenbeleid in de waterplannen in veel gevallen niet nodig zal zijn.[273]

Bovendien sluit de koppeling van de milieudoelstellingen aan waterplannen aan bij de planmatige aanpak van de Krw. Niet alleen moet worden bezien in hoeverre nieuwe ontwikkelingen met het oog op de milieudoelstellingen kunnen worden toegelaten (passief); in een overschrijdingssituatie zullen ook actieve maatregelen moeten worden genomen, zoals het beperken van verontreiniging door diffuse bronnen, om de waterkwaliteit zodanig te verbeteren dat tijdig aan de milieudoelstellingen wordt voldaan (actief).[274]

De koppeling van de waterkwaliteitseisen aan de waterplannen en het vereiste dat de daarin opgenomen maatregelen binnen 3 jaar operationeel moeten zijn, beoogt te verzekeren dat de effectgerichte milieudoelstellingen van de Krw, Gwr en Rps tijdig worden verwezenlijkt. De koppeling van kwaliteitseisen aan plannen is afgekeken van de wijze waarop de luchtkwaliteitseisen in het nationale recht zijn geïmplementeerd.[275]

Geen achteruitgang waterkwaliteit

Een ander implementatieprobleem is de verplichting uit de Krw om de toestand van waterlichamen niet achteruit te laten gaan. In wezen komt dat neer op de implementatie van het begrip 'geen achteruitgang", dat in de Krw niet verder is uitgewerkt. Hoofdstuk 5 Wm kent een stand-still-beginsel. Dat betekent dat wanneer aan een milieukwaliteitseis is voldaan geen verslechtering van de milieukwaliteit mag plaatsvinden (art. 5.2 lid 3 Wm). De kaderrichtlijn stelt in diverse bepalingen uitdrukkelijk dat geen verdere achteruitgang van de kwaliteit mag plaatsvinden; ook als de milieukwaliteitsdoelstelling nog niet is bereikt. In afwijking van de systematiek van hoofdstuk 5 wordt in art. 5.2b lid 4 Wm bepaald dat de waterkwaliteit niet mag verslechteren, tenzij overeenkomstig de afwijkingsmoge-

Aerts M. en Putter, de, P., 'Zijn de nieuwe generatie waterplannen in een goede toestand?', MenR, 2009, nr. 9, p. 560-567; Thijssen, M. en Woldendorp, H.E., 'Kaderrichtlijn water; waterkwaliteitseisen waterdicht geregeld', MenR 2009, nr. 9, p. 554-559; en het STEM-rapport, De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese regelgeving. Een verkennende studie naar mogelijkheden en knelpunten voor een concrete implementatie, STEM publicatie 2009/2, p. 63-66.

271 Kamerstukken II 2009/10, 27 625, nr. 159, p. 8.

272 Zie uitgebreider Woldendorp, H.E., 'De normstelling volgens de Kaderrichtlijn water: Nederland op slot? (2)', BR 2008/3, nr. 37, p. 186-187.

273 Nader rapport inzake het ontwerp Besluit kwaliteitseisen en monitoring water, Kamerstukken II, 27 625, nr. 154, onder punt 3.

274 Zie ook Thijssen M. en Woldendorp, H.E. 'Kaderrichtlijn water; waterkwaliteitseisen waterdicht geregeld', MenR 2009, nr. 9, p. 556.

275 Vgl. titel 5.2 Wm (luchtkwaliteitseisen). Zie hierover uitgebreider de casestudy van de Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit in hoofdstuk 6.

lijkheden van de Krw bij AMvB is bepaald dat achteruitgang is toegelaten. Ten behoeve van de implementatie van de eis van "geen achteruitgang" uit de Krw is de bestaande stand-stil-verplichting dus aangescherpt.[276]
Bij de vaststelling van het Bkmw was de minster evenwel van oordeel dat moet worden voorkomen dat de implementatie van "geen achteruitgang" in de Nederlandse wetgeving leidt tot onnodige belemmeringen. Geen achteruitgang mag in ieder geval niet betekenen dat iedere toename in concentratie als een achteruitgang moet worden beschouwd, aldus de minister.
In het Bkmw 2009 geeft de minister een andere (soepelere) uitleg aan "geen verslechtering". In artikel 16 lid 5 Bkmw 2009 is bepaald welke toestandsklassen voor de toepassing voor het bepalen van de goede toestand worden onderscheiden. De indeling van elk waterlichaam in een toestandsklasse wordt bepaald door de slechtste toestandsklasse waarin het waterlichaam voor een stof of kwaliteitselement verkeert. Achteruitgang van de toestand wordt bepaald door een overgang naar een lagere klasse en niet door achteruitgang van de waterkwaliteit binnen een toestandsklasse.[277] Daarmee wordt dus voorkomen dat iedere feitelijke achteruitgang van de waterkwaliteit zou leiden tot strijd met de Krw. De minister is van plan ook de Wm aan deze soepelere uitleg aan te passen.[278]

Tussenconclusie wetsystematiek en begrippenapparaat
Bij de implementatie van de milieudoelstellingen uit de Krw in de bestaande Nederlandse regeling voor milieukwaliteitseisen doen zich problemen voor, omdat de Nederlandse wetsystematiek en het daarbij behorende begrippenapparaat niet aansluit bij de systematiek en het begrippenapparaat van de Krw. Zowel bij het formuleren van de milieudoelstellingen als milieukwaliteitseisen (richtwaarde of grenswaarde) als bij het formuleren van de stand-still-bepaling doet dit probleem zich voor. Als oplossing voor dit probleem wordt waarschijnlijk in afwijking van het bestaande Nederlandse systeem een afzonderlijke regeling getroffen voor de implementatie van de milieudoelstellingen uit de Krw. In zoverre is er een parallel te trekken met de implementatie van de luchtkwaliteitseisen uit de Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit, waarbij ook voor een afzonderlijke (afwijkende) regeling is gekozen.[279]

3.2 Spontane harmonisatie

Hoewel de Krw en de daarmee samenhangende richtlijnen een belangrijke stimulans hebben gegeven aan de Waterwet, kan niet gesteld worden dat deze richtlijnen tot spontane harmonisatie aanleiding hebben gegeven. Zoals reeds is geconstateerd, was afwijking van de Nederlandse wetsystematiek immers niet nodig om deze richtlijnen op correcte wijze te implementeren. Vóór de inwerkingtreding van de Waterwet was reeds sprake van verbrokkelde wetgeving in het waterbeheer. De implementatie van de Krw zou dat niet noodzakelijkerwijs verergeren. Sterker nog: de Krw heeft mede aanleiding gegeven tot een integratie en stroomlijning van de waterregelgeving. Wel maakt de implementatiestrategie van de Waterwet (zoveel mogelijk implementeren bij AMvB) de implementatie van waterrichtlijnen eenvoudiger en sneller.

[276] Kamerstukken II, 2002/03, 28 808, nr. 3, p. 29.

[277] Indien een waterlichaam zich in de laagste toestandsklasse bevindt, geeft de Krw geen regels over wat in een dergelijk geval onder achteruitgang van de toestand moet worden verstaan. Wanneer een waterlichaam zich in de laagste toestandklasse bevindt, is geen verdere verslechtering van de waterkwaliteit toegestaan. Zie art. 16 lid 2 onder b Bkmw.

[278] Zie Kamerstukken II 2009/10, 27 625, nr. 159, p. 9 en Kamerstukken II 2009/10, 27 625, nr. 158, p. 9.

[279] Vgl. de case-study Richtlijn Luchtkwaliteit in dit rapport (hoofdstuk 6). Zie ook: STEM-rapport, De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese regelgeving. Een verkennende studie naar mogelijkheden en knelpunten voor een concrete implementatie, STEM publicatie 2009/2, p.74.

4. Rechtsinstrumenten en -technieken

4.1 Geen goldplating

De Krw is strikt geïmplementeerd zonder toevoeging van nationale koppen. Zoals reeds is opgemerkt hebben de Krw en de daarmee samenhangende richtlijnen wel gestimuleerd om tot een verdere integratie van waterregelgeving over te gaan. Daarmee wordt niet beoogd om incongruenties in de Nederlandse rechtsorde op te heffen die ten gevolge van de implementatie van deze richtlijnen zouden ontstaan, maar wordt beoogd om de tot dan toe verbrokkelde waterregelgeving te vereenvoudigen en te stroomlijnen. De aanleiding om over te gaan tot de integratie van waterwetgeving in één integrale Waterwet (inclusief regels m.b.t. het overstromingsrisicobeheer) had een dieper gelegen oorzaak dan de implementatie van de Krw; namelijk de reeds bestaande, autonome, wens om de verbrokkelde waterregelgeving te moderniseren en te stroomlijnen. Hiervoor heeft de Krw vooral een aanjagende functie gehad.

4.2 Zelfregulering

De implementatie van de Krw heeft geen gevolgen voor de mogelijkheid van zelfregulering. Wel noemt de Krw zelfregulering als facultatieve aanvullende maatregel die kan bijdragen aan het verwezenlijken van de milieudoelstellingen wanneer dat met behulp van de basismaatregelen niet lukt of niet dreigt te lukken. Als aanvullende maatregelen worden genoemd: in onderhandeling tot stand gekomen milieuovereenkomsten en gedragscodes.[280]

5. Conclusies

De implementatie van de Krw is niet zo voorspoedig verlopen als wellicht te verwachten was. Nederland heeft namelijk bij de totstandkoming gepleit voor een integrale aanpak van het waterbeheer gebaseerd op de stroomgebiedbenadering, waarvoor uiteindelijk ook in de Krw is gekozen. De reden voor de vertraging was dan ook niet gelegen in de implementatie van de planverplichtingen en de stroomgebiedbenadering in de Wwh en later de Waterwet, maar in de vaststelling van de milieudoelstellingen van art. 4 Krw op grond van hoofdstuk 5 Wm.

De implementatie van de planverplichtingen en de stroomgebiedbenadering

De Nederlandse wetgeving beschikte met de Wet op de waterhuishouding reeds over een planmatige en integrale aanpak van het waterbeheer. Het juridische instrumentarium om de plannen voor het waterbeheer te verwezenlijken, inclusief de rechtsbescherming tegen het gebruik daarvan was echter verdeeld over verschillende wettelijke regelingen. Hoewel de Krw daartoe niet verplicht, is wel mede ten gevolge van de Krw de integratie van Nederlandse waterwetgeving verder doorgevoerd in de Waterwet. Omdat de Nederlandse regelgeving reeds een planstelsel kende en uitging van de watersysteembenadering, heeft de implementatie van de planverplichtingen en de stroomgebiedbenadering uit de Krw weinig problemen opgeleverd.
Na aanvankelijk de planverplichtingen uit de Krw in de Wet op de waterhuishouding zelf op te nemen, heeft men in de Waterwet voor een meer toekomstgerichte oplossing gekozen. De Krw en de richtlijnen die daarna zijn vastgesteld (Rps, Ror en Gwr) hebben aanleiding gegeven tot het ontwerpen van een nieuwe implementatiestrategie voor de Waterwet, waarbij de vaststelling of wijziging van waterrichtlijnen niet steeds meer hoeven te leiden tot een formele wetswijziging. In de Waterwet is een aantal ruime delegatiegrondslagen gecreëerd, waaronder een algemene delegatiegrondslag voor de implementatie van Europese richtlijnen en een delegatiegrondslag voor de bijzondere plan- en programmaverplichtingen. Deze ruim geformuleerde delegatiegrondslagen beogen de implementatie van (toekomstige) Europese richtlijnen te vergemakkelijken en te bespoedigen, maar zouden op gespannen voet kunnen (komen te) staan met het primaat van de wetgever.

[280] Zie art. 11 lid 4 jo. bijlage VI onderdeel B sub iv en vi Krw.

Teneinde de implementatie en uitvoering van de Krw te verzekeren voorziet de Waterwet in een effectief interbestuurlijk toezichtinstrumentarium, waarmee de Minister van V en W als stroomgebiedautoriteit de bevoegdheid heeft om met het oog op de nakoming van de verplichtingen uit de Krw in te grijpen in de plan- en besluitvorming van lagere overheden. Met dat krachtige toezichtinstrumentarium kan hij zijn verantwoordelijkheid als stroomgebiedautoriteit ook daadwerkelijk waarmaken. Daarnaast bevat de Waterwet ter uitvoering van de internationale verplichtingen die betrekking hebben op het waterbeheer een algemene delegatiegrondslag voor het stellen van nadere regels met betrekking tot de in de Waterwet geregelde onderwerpen, waaronder de planverplichtingen en stroomgebiedbeheersplannen.

De implementatie van de milieudoelstellingen

Problematisch bij de implementatie van de Krw was niet zozeer het systeem van de Nederlandse wetgeving, maar het ambitieniveau waarop de milieudoelstellingen zouden worden vastgesteld. Bij de implementatie van de milieudoelstellingen is men echter wel tegen de systematiek van hoofdstuk 5 Wm aangelopen. In die systematiek moeten de milieudoelstellingen bij AMvB worden uitgedrukt in ofwel grenswaarden, die moeten worden bereikt en waarvan niet mag worden afgeweken, dan wel richtwaarden, die zoveel mogelijk moeten worden bereikt en waarvan gemotiveerd mag worden afgeweken. In contrast daarmee moeten de milieudoelstellingen van de Krw in 2015 zijn verwezenlijkt, maar daar mag dan wel onder strikte voorwaarden van worden afgeweken. De milieudoelstellingen uit de Krw moeten derhalve worden 'geperst' in een systematiek waar deze eigenlijk niet in passen.

In het Bkmw 2009 zijn de milieudoelstellingen uiteindelijk als richtwaarden aangemerkt, waarmee bij de vaststelling van waterplannen rekening moet worden gehouden. Bewust zijn de milieukwaliteitseisen niet aan afzonderlijke vergunningen gekoppeld, maar aan plannen. De normen voor de ecologische kwaliteit zijn als indicatorwaarden in de regeling monitoring kaderrichtlijn water opgenomen. Uiteindelijk moet de uitvoering van de waterplannen leiden tot het voldoen aan de gestelde milieukwaliteitseisen. Het gaat daarbij niet alleen om passieve maatregelen (vergunningenbeleid), maar ook om actieve maatregelen die ertoe bijdragen dat tijdig aan de milieudoelstellingen wordt voldaan, zoals het aanscherpen of intrekken van vergunningen of het beperken van verontreiniging door diffuse bronnen.

Inmiddels is er een wetswijziging aangekondigd waarmee hoofdstuk 5 Wm beter zal worden afgestemd op de Krw. Het gaat dan met name om de implementatie van de milieudoelstellingen, waaronder ook de doelstelling "geen achteruitgang". Daarmee wordt voorzien in een afzonderlijke regeling voor de waterkwaliteitseisen, die in belangrijke mate afwijkt van de algemene regeling voor milieukwaliteitseisen van hoofdstuk 5 Wm.

Tot slot

Nederland heeft overeenkomstig de aanwijzing voor de regelgeving gekozen voor een implementatie van de Krw zonder nationale koppen. De implementatie heeft geen breuk van de Nederlandse wetsystematiek tot gevolg gehad, zodat spontane harmonisatie niet aan de orde is geweest. Evenmin is van goldplating sprake geweest. Weliswaar is de voorheen gefragmenteerde waterwetgeving geïntegreerd en gestroomlijnd in de Waterwet, maar dat is geen direct gevolg geweest van de Krw. Wel is de integratie van waterwetgeving op Europees niveau een belangrijke stimulans geweest voor de (verdere) integratie van de Nederlandse waterregelgeving.

Hoofdstuk 6 Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit

1. Inleiding

In 1996 is richtlijn 96/62/EG inzake de beoordeling en het beheer van luchtkwaliteit vastgesteld. Deze kaderrichtlijn bevat de uitgangspunten voor het gemeenschappelijke luchtkwaliteitsbeleid binnen de EU. De richtlijn bevat zelf geen luchtkwaliteitsnormen maar biedt de basis voor het vaststellen van grenswaarden en richtwaarden voor verschillende luchtverontreinigende stoffen in dochterrichtlijnen. De Commissie diende daartoe, conform een bepaald tijdschema, voorstellen in te dienen bij de Raad.[281] Er zijn in dit kader uiteindelijk vier dochterrichtlijnen vastgesteld, in de periode 2000-2004.[282]

Op 11 juni 2008 is een nieuwe kaderrichtlijn betreffende de luchtkwaliteit en een schonere lucht voor Europa in werking getreden (2008/50/EG, hierna kaderrichtlijn Luchtkwaliteit).[283] Deze richtlijn vervangt de voornoemde kaderrichtlijn van 1996, de eerste drie dochterrichtlijnen en beschikking 97/101/EG van de Raad inzake de luchtkwaliteit.[284] De achterliggende reden van de samenvoeging is de 'vereenvoudiging van de wetgeving' en van 'de administratieve procedures van (EU- of nationale) overheidsinstanties'. De versmelting beoogt het schrappen van overlappende bepalingen; het verbeteren van de samenhang tussen de rechtsinstrumenten en het intrekken van overbodige bepalingen, mede ten behoeve van de administratieve lastenverlichting.[285] De vierde dochterrichtlijn is (nog) niet geïntegreerd in de nieuwe richtlijn. Blijkens de considerans van kaderrichtlijn 2008/50/EG zal zodra voldoende ervaring is opgedaan met de vierde dochterrichtlijn de mogelijkheid kunnen worden overwogen de bepalingen van deze dochterrichtlijn 'samen te smelten' met de bepalingen van de kaderrichtlijn.[286]

De nieuwe kaderrichtlijn Luchtkwaliteit diende uiterlijk op 11 juni 2010 in de lidstaten te zijn omgezet. Op die datum zijn de eerder genoemde vijf luchtkwaliteitregelingen, inclusief kaderrichtlijn 96/62/EG, ingetrokken.[287] De omzetting van de richtlijn dient zich blijkens de considerans (nr. 28) te beperken tot die bepalingen die ten opzichte van de vorige richtlijnen materieel zijn gewijzigd.

De kaderrichtlijn Luchtkwaliteit 2008/50/EG beoogt een beperkt - verticale - integrale aanpak van het luchtkwaliteitsbeleid. De aanpak is 'beperkt integraal' omdat er nog diverse andere Europese regelingen (richtlijnen) bestaan, die zien op de luchtkwaliteit.[288] In de kaderrichtlijn wordt enige aandacht besteed aan de relatie met deze regelgeving, in het bijzonder ten aanzien van de planverplichtingen.[289] De kaderrichtlijn Luchtkwaliteit biedt de lidstaten aanzienlijke ruimte en flexibiliteit in combinatie met concreet te behalen milieukwaliteitseisen. Ten opzichte van de te vervangen luchtkwaliteitrichtlijnen verschilt de nieuwe kaderrichtlijn op een aantal punten. Belangrijkste verschillen zijn de mogelijkheden tot derogatie en de introductie van normen voor zeer fijn stof (PM 2,5) (art. 22 en 16 KrL). De derogatiemogelijkheden betreffen het uitstellen van het tijdstip waarop de normen voor stikstofdi-

281 Zie art. 4 van Richtlijn 96/62/EG.

282 De eerste dochterrichtlijn (1999/30/EG) bevat luchtkwaliteitsnormen voor zwaveldioxide, stikstofdioxide en stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood; de tweede dochterrichtlijn (2000/69/EG) bevat luchtkwaliteitsnormen voor benzeen en koolmonoxide; de derde dochterrichtlijn (2002/03/EG) betreft de ozon in de lucht en de vierde dochterrichtlijn (2004/107/EG) bevat normen voor arseen, cadmium, kwik, nikkel en PAK's in de lucht.

283 Pb.EU 2008, L 152/1.

284 Beschikking 97/101/EG betreft de invoering van een regeling voor de onderlinge uitwisseling van gegevens van meetnetten en meetstations voor luchtverontreiniging in de lidstaten.

285 Voorstel voor de richtlijn betreffende de luchtkwaliteit en schonere lucht voor Europa (COM(2005)447), p. 8.

286 Zie considerans richtlijn 2008/50/EG, overweging 4.

287 Zie art. 31 en 33 van richtlijn 2008/50/EG.

288 Zo is er de NEC-Richtlijn 2001/81/EG (National Emission Ceilings Richtlijn) die nationale emissieplafonds heeft vastgelegd voor enkele stoffen. Een andere richtlijn is richtlijn 1999/13/EG inzake vluchtige organische stoffen (VOS).

289 Zo moeten de lidstaten, 'voor zover uitvoerbaar' ten behoeve van het bereiken van de relevante milieudoelstellingen zorgen voor samenhang tussen de luchtkwaliteitplannen ingevolge de kaderrichtlijn met planverplichtingen in een aantal andere richtlijnen: richtlijn 2001/80/EG inzake grote stookinstallaties, de NEC-Richtlijn 2001/81/EG en richtlijn 2002/49/EG, de laatste inzake omgevingslawaai (art. 23 lid 2) en moeten de luchtkwaliteitplannen informatie bevatten over de stand van de tenuitvoerlegging van een 14-tal richtlijnen (bijlage XV onder B sub 2). Zie ook de definitie van 'lucht' in art. 2 van kaderrichtlijn 2008/50/EG (afbakening met arbo-richtlijn 89/654/EEG) en de wijzigingen van andere richtlijnen in slotbepaling art. 38 van kaderrichtlijn 2008/50/EG.

oxide en benzeen moesten worden bereikt, resp. het krijgen van vrijstelling voor het voldoen aan de normen voor fijn stof. Voor het verkrijgen van de - beide tijdelijke - derogaties bevat de richtlijn onder meer de verplichting tot het opstellen van een luchtkwaliteitplan waarin passende maatregelen zijn omschreven (art. 22 juncto 23 van de KrL).
In het navolgende ligt de nadruk op de implementatie van kaderrichtlijn 2008/50/EG in Nederland maar wordt er, gelet op de relevantie voor dit onderzoek, tevens terug gekeken op 'implementatieperikelen' die speelden bij de omzetting van diens voorganger, kaderrichtlijn 96/62/EG. De implementatiekeuzes die zijn gemaakt bij kaderrichtlijn 96/62/EG hebben tot grote problemen geleid in Nederland.[290] Deze problemen hingen samen met het bestaande Nederlandse wettelijke kader. De Nederlandse wetgeving is hier in 2007 op aangepast, waarbij een aparte titel voor luchtkwaliteit in de Wet milieubeheer is geïntroduceerd.[291] De aanpassing had tevens een relatie met de toegenomen flexibiliteit (de derogatiemogelijkheden) in het voorstel voor de nieuwe richtlijn en de daarin toegenomen nadruk op de planverplichtingen. In 2009 heeft de omzetting van richtlijn 2008/50/EG in het Nederlandse recht plaatsgevonden.[292] Dit vereiste weliswaar wederom wijzigingen in de Wet milieubeheer (titel luchtkwaliteit), maar betrof geen wijzigingen in de systematiek. Het ging o.a. om de aanpassing van definities, de aanpassing van de termijnen om te voldoen aan de grenswaarden (zijnde een tijdelijke derogatie, via vrijstelling, van de kaderrichtlijn) en om de introductie van normen voor zeer fijn stof (PM2,5).

2. Procedurele en institutionele vormgeving

2.1 Spanningen met het primaat van de wetgever

Een eerste vraag die voorligt, is in hoeverre het primaat van de wetgever een probleem was bij de omzetting van de luchtkwaliteitsrichtlijn(en). Op dit punt deden zich zeker complicaties voor. Alvorens wij ingaan op de problemen met betrekking tot het primaat van de wetgever wordt eerst kort aangegeven in welke mate de lidstaten beleidsvrijheid bezitten bij de implementatie van kaderrichtlijn 2008/50/EG.

Deze kaderrichtlijn Luchtkwaliteit kent een inhoudelijke vierdeling qua soorten maatregelen:
de beoordeling van de luchtkwaliteit (hoofdstuk II);
beheer van de luchtkwaliteit (hoofdstuk III);
plannen (hoofdstuk IV);
informatie en verslaglegging (hoofdstuk V).

De mate waarin de lidstaten bij de implementatie van de kaderrichtlijn Luchtkwaliteit beleidsvrijheid bezitten verschilt per soort maatregel (instrument) en daarbinnen feitelijk per bepaling. Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat de meeste flexibiliteit/beleidsvrijheid zit in de planverplichtingen (hoofdstuk IV). Bij de overige drie soorten maatregelen ontbreekt de flexibiliteit/beleidsvrijheid in beginsel grotendeels doordat de bijbehorende richtlijnbepalingen een hoge mate van gedetailleerdheid kennen. En hoewel ook daarin wel enige ruimte voor manoeuvreren resteert, bevatten zowel de bepalingen als de bijlagen bij de richtlijn veel uitgewerkte of nog door de Commissie, in wetgeving via een comitologieprocedure dan wel in richtsnoeren, uit te werken criteria.
De bepalingen inzake het beheer van de luchtkwaliteit, met daarin de milieukwaliteitsnormen, worden als een centraal element van de richtlijn gezien (hoofdstuk III). Het gaat hierbij om de grens- en streefwaarden, en wel de verplichtingen van de lidstaten tot het bereiken en behouden van de luchtkwaliteit onder deze grenswaarden. De grens- en streefwaarden, maar ook de alarm- en informatiedrempels, zijn allen opgenomen in de bijlagen bij de richtlijn en daarin wordt geen

[290] Hierover bestaat uitgebreide literatuur, zie bijv. Koeman, N.S.J., 'Het Besluit luchtkwaliteit: hoe nu verder?', BR 2005, nr. 6, p. 50 en Schutte-Postma, E.T., 'De Nederlandse worsteling met de Europese richtlijnen voor de luchtkwaliteit', NTER 2005, nr. 6, p. 134-139.

[291] Wet van 11 oktober 2007 tot wijziging van de Wet milieubeheer (luchtkwaliteitseisen), Stb. 2007, 414.

[292] Wet van 12 maart 2009 tot wijziging van de Wet milieubeheer (implementatie en derogatie luchtkwaliteitseisen), Stb. 2009, 158.

mogelijkheid geboden voor afwijking van deze waarden en drempels door de lidstaten.
De milieukwaliteitsnormen zoals vervat in de kaderrichtlijn bieden derhalve weinig flexibiliteit, vooral omdat zij in beginsel de vorm van grenswaarde hebben. De lidstaten kunnen hier feitelijk niets aan wijzigen. Toch speelde (en speelt) bij de implementatie van juist deze milieukwaliteitsnormen het primaat van de wetgever een belangrijke rol. Daarbij dient vooral te worden teruggeblikt op de implementatie van de eerste dochterrichtlijn (1999/30/EG).
De Nederlandse wetgeving kent in de Wet milieubeheer (Wm) een algemene regeling inzake milieukwaliteitsnormen. Deze algemene regeling is opgenomen in hoofdstuk 5, titel 5.1 Wm en biedt in beginsel het kader voor het vaststellen van milieukwaliteitsnormen op verschillende terreinen zoals water, bodem, geluid, externe veiligheid en (voorheen) lucht.[293]
De oude kaderrichtlijn Luchtkwaliteit 96/62/EG is in 1998 geïmplementeerd in (met name hoofdstuk 5 van) de Wet milieubeheer en de Wet inzake de luchtverontreiniging.[294] De Memorie van Toelichting benadrukte dat deze twee wetten reeds de meeste elementen van voor de uitvoering van de kaderrichtlijn Luchtkwaliteit benodigde bepalingen bevatten.[295] Op een aantal punten is de nationale regeling echter aangevuld. Dit betrof met name de implementatie van de planverplichtingen en de verplichtingen inzake monitoring. In de Wm werden hiertoe basisbepalingen opgenomen die het mogelijk maken bij of krachtens AMvB de dochterrichtlijnen te implementeren. Met betrekking tot de vaststelling van milieukwaliteitsnormen bevatte de Wm reeds de mogelijkheid om deze vast te stellen bij AMvB, provinciale milieuverordening of ministeriële regeling. De vaststelling bij ministeriële regeling dient plaats te vinden indien de regels strekken ter uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag of een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, tenzij voor een juiste uitvoering wijziging van een AMvB of de wet noodzakelijk is (art. 21.6 lid 6 Wm jo. art. 5.4 Wm). Voor 'milieukwaliteitseisen-AMvB's'[296] geldt bovendien een 'verzwaarde' voorhangprocedure (zie art. 21.6 lid 5 Wm). Een dergelijke AMvB wordt nadat hij is vastgesteld, toegezonden aan de beide kamers der Staten-Generaal. De AMvB treedt in werking op een bij KB te bepalen tijdstip nadat minstens 4 weken na toezending aan het parlement zijn verstreken, tenzij binnen die termijn minstens een vijfde van het aantal leden van een der kamers regeling bij wet wenst. De AMvB wordt dan 'onverwijld' ingetrokken en er dient 'zo spoedig mogelijk' een wetsvoorstel te worden ingediend (art. 21.6 lid 5 Wm).
Het was de bedoeling om de eerste dochterrichtlijn (1999/30/EG) te implementeren in een AMvB op grond van hoofdstuk 5 Wm. Op 7 juni 2001 – enkele weken voor de uiterste implementatietermijn van 19 juli 2001 – werd de AMvB (het 'Besluit luchtkwaliteit 2001') conform de verzwaarde voorhangprocedure van art. 21.6 lid 5 Wm aan de Tweede Kamer voorgelegd. Vervolgens gaven 38 leden van de Tweede Kamer de wens te kennen dat de inhoud van het Besluit luchtkwaliteit bij wet moest worden geregeld (brief van Klein Molenkamp c.s. van 2 juli 2001).[297] Een nadere motivering voor deze wens werd niet gegeven. De minister van VROM was op zijn zachtst gezegd niet gelukkig met dit verzoek, zo blijkt uit de Kamerstukken.[298] Zijn opvolger, staatssecretaris Van Geel, vermoedde dat de motivering van de wens betrekking had op 'de veronderstelling dat de implementatie verder zou gaan dan hetgeen de EU richtlijn voorschrijft' en 'een misverstand omtrent de beleidsvrijheid bij de implementatie'. Hij betwistte dat hiervan sprake was.[299] Door toepassing van art. 21.6 lid 5 Wm zou het Besluit luchtkwaliteit moeten worden ingetrokken en daarmee zou de implementatiedatum voor dochterrichtlijn 1999/30/EG van 19 juli 2001 niet worden gehaald. Volgens de minister kon het niet de bedoeling zijn dat door toepassing van art. 21.6 lid 5 Wm een Europeesrechtelijke verplichting niet wordt nageleefd. Het Besluit luchtkwaliteit 2001 werd niet ingetrokken, maar de minister gaf wel aan

293 Er zijn overigens slechts op enkele terreinen milieukwaliteitsnormen op basis van deze algemene regeling vastgesteld (externe veiligheid, water). De normen voor geluidhinder zijn in een aparte Wet geluidhinder vastgesteld en de normen voor de bodemkwaliteit zijn in circulaires opgenomen. Het is de bedoeling in de toekomst tot een verdere integratie te komen.

294 Stb. 1998, 221.

295 Kamerstukken II 1997/98, 25 686, nr. 3, p. 2.

296 Vastgesteld krachtens art. 5.1 lid 1 Wm.

297 Kamerstukken II 2000/01, 27 793, nr. 2.

298 Kamerstukken II 27793, nrs. 1-9.

299 Kamerstukken II 2002/03, 28 663, nr. 4. Ondanks het verzoek van de Staatssecretaris op 14 maart 2003 om opheldering bij de beantwoording van de vragen van Klein Molenkamp van 30 januari 2003 over het Besluit Luchtkwaliteit (Kamerstukken II, 2002/03, Aanhangsel van de Handelingen 926).

dat er tevens een wetsvoorstel zou worden voorbereid.[300] De waarnemend voorzitter van de Tweede Kamer gaf per brief te kennen het niet eens te zijn met de minister: 'Het enkele bestaan van zo'n implementatietermijn kan de bevoegdheden die Raad van State, Tweede Kamer en Eerste Kamer hebben niet opzij zetten, ook niet de bevoegdheden die uit een wettelijke voorhangbepaling voortvloeien. In ieder geval betreft het hier een beslissing die een minister niet alleen kan nemen, maar slechts met instemming van de desbetreffende instelling.'[301] Uiteindelijk zei de minister toe de AMvB in te trekken en op het moment van intrekking een ministeriële regeling van kracht te doen worden ter implementatie van de eerste en tweede dochterrichtlijn luchtkwaliteit. Tevens werd een wetsvoorstel voorbereid.[302] De ministeriële regeling zou zijn gebaseerd op art. 21.6 lid 6 Wm (zie hierboven). De Raad van State adviseerde negatief over het gebruik van art. 21.6 lid 6 Wm in dit geval. Dit artikel kan volgens de Raad van State alleen worden gebruikt indien sprake is van zuivere implementatie.[303]
De ministeriële regeling is er uiteindelijk niet gekomen. In 2005 trad een nieuw (tijdelijk) Besluit luchtkwaliteit in werking en op 11 november 2007 trad uiteindelijk ter vervanging van dit Besluit luchtkwaliteit 2005 een nieuwe titel 5.2 'luchtkwaliteitseisen' in de Wet milieubeheer in werking. De normen uit de dochterrichtlijnen zijn opgenomen in een bijlage bij de Wet milieubeheer. Daarmee is uiteindelijk uitvoering gegeven aan de wens van de Kamer om de luchtkwaliteitsnormen uit de dochterrichtlijnen op wettelijk niveau te implementeren.
Ook bij de totstandkoming van deze wet ontstond echter weer discussie over de rol van het parlement bij de implementatie van Europese regelgeving. Door de implementatie van de luchtkwaliteitsnormen en - eveneens - de plansystematiek bij wet noodzaakt iedere wijziging op Europees niveau (een wijziging van een dochterrichtlijn of de vaststelling van een nieuwe richtlijn) tot een wetswijziging. Aangezien het doorlopen van de totstandkomingsprocedure van een wet veel tijd kost, voorzag de wetgever dat hierdoor implementatieachterstanden zouden kunnen ontstaan.[304] In het wetsvoorstel werd daarom een bepaling opgenomen waarin werd voorzien in de mogelijkheid om ter uitvoering van een richtlijn van de Raad van de Europese Unie betreffende de kwaliteit van de buitenlucht een tijdelijke ministeriële regeling vast te stellen die voor zover daarbij is aangegeven in de plaats treedt van titel 5.2 of bijlage 2 (waarin de luchtkwaliteitsnormen zijn opgenomen) van de Wet milieubeheer.[305] Ook werd bepaald dat binnen 18 maanden na het tijdstip van inwerkingtreding van die regeling een wetsvoorstel aanhangig wordt gemaakt. De Eerste Kamer struikelde uiteindelijk over deze bepaling vanwege mogelijke strijdigheid met de Grondwet, omdat art. 5.8 Wm beoogde een lagere regelgever (de minister) te machtigen om een richtlijn te implementeren, ook als die implementatie afwijkt van de wet in formele zin.[306] De vaste commissie van milieu Eerste Kamer verwees daarbij naar de motie Jurgens van 14 maart 2006 (Kamerstukken I 2005/06, 21 109 A).[307] Ook werd gewezen op het feit dat dezelfde problematiek in het kader van de vaststelling van een nieuwe Geneesmiddelenwet aan de orde was geweest. De minister van VROM zei vervolgens toe het bewuste art. 5.8 Wm niet in werking te laten treden (en ook niet te kiezen voor een beperking van de reikwijdte van de bepaling tot bijlage 2 van de Wm waarin de luchtkwaliteitsnormen zijn opgenomen).[308] De bepaling is thans ingetrokken.

Het voorgaande betekent dat juist op het punt waar de luchtkwaliteitrichtlijnen (ook de nieuwe kaderrichtlijn 2008/50/EG) weinig tot geen beleidsvrijheid laten, namelijk met betrekking tot de luchtkwaliteitsnormen, bij wijzigingen van deze Europese normen telkens de wet moet worden

300 Kamerstukken II 2000/01, 27 793, nr. 4.

301 Kamerstukken II 2000/01, 27 793, nr. 4, p. 3.

302 Kamerstukken II 2001/02, 27 793, nr. 6, p. 1.

303 Advies Raad van State van 7 augustus 2002, W08.02.0268/V, Bijvoegsel Stcrt. 13 september 2005, nr. 177. Ook in een latere Voorlichting geeft de Raad van State aan dat deze bepaling niet kan worden gebruikt voor aanpassing van de luchtkwaliteitregelgeving, zie Voorlichting Raad van State van 30 maart 2005, W08.05.0081/V/A, Bijlage bij Kamerstukken II 2004/05, 29 667, nr. 10.

304 Zie Kamerstukken II 2005/06, 30 489, nr. 3, p. 69.

305 Zie art. 5.8 van het wetsvoorstel, Kamerstukken II 2005/06, 30 489, nr. 2.

306 Kamerstukken I 2006/07, 30 489 I, p. 1.

307 "In de motie is erop gewezen dat uit de tekst van art. 81 Grondwet voortvloeit dat het vaststellen van een wet in formele zin, en dus ook het afwijken daarvan, het besluit hoort te zijn van regering en Staten-Generaal, terwijl er voorts op gewezen is dat de kenbaarheid van een wet in formele zin wordt belemmerd wannneer de wet buiten de in art. 81 Grondwet geregelde wijze zou worden gewijzigd.", aldus de Vaste Kamercommissie, Kamerstukken I 2006/07, 30 489, I.

308 Kamerstukken I 2006/07, 39 489, M.

gewijzigd. Dit geldt ook daar waar de kaderrichtlijn wel enige beleidsvrijheid/flexibiliteit bevat, ten minste voor de derogatiemogelijkheden van art. 22 van de kaderrichtlijn.[309] Het oorspronkelijke systeem van de Wet milieubeheer, zoals hiervoor vermeld, ging echter nu juist uit van implementatie van Europees (en internationaal) recht bij ministeriële regeling of AMvB.

2.2 De luchtkwaliteitsrichtlijnen en de opbouw van een Nederlands wetgevingscomplex

Delegatie op nationaal niveau

Met betrekking tot het Nederlandse systeem kan worden opgemerkt dat de Wet milieubeheer verschillende delegatiegrondslagen bevat juist met het oog op de implementatie van Europese regelgeving. Zoals in par. 2.1 is opgemerkt, vindt ingevolge art. 21.6 lid 6 Wm, implementatie plaats bij ministeriële regeling indien het regels betreft die strekken ter uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag of een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, tenzij voor een juiste uitvoering wijziging van een AMvB of de wet noodzakelijk is. Er geldt dan een lichte voorhangprocedure (de ministeriële regeling wordt ten minste vier weken voordat de regeling wordt vastgesteld toegezonden aan beide Kamers). Deze voorhangprocedure vormt een uitzondering op het bepaalde in art. 1:8 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (zie art. 1:8 lid 3 Awb). Met het wetsvoorstel 30930 wordt overigens beoogd deze uitzondering van de Wm te beëindigen.[310] Dit dossier ligt vooralsnog stil.

In par. 2.1 is ook reeds gewezen op de eis van de Tweede Kamer om de milieukwaliteitseisen voor lucht in de formele wet op te nemen en deze expliciet niet te regelen via lagere wetgeving, zoals een AMvB. Dit betekent dat bij wijziging telkens de wet zal moeten worden gewijzigd. Omdat de kaderrichtlijn uitsluit dat de Commissie de Europese milieukwaliteitseisen via – eenvoudige - uitvoeringsregels wijzigt (zie hierna), zal dit probleem wellicht minder groot zijn. Voor de aanpassing van deze milieukwaliteitseisen zal de standaard - langere - Europese wetgevingsprocedure moeten worden gevolgd (co-decisie/thans gewone wetgevingsprocedure). Wel kan worden gesteld dat implementatie eenvoudiger zou zijn indien implementatie bij AMvB zou zijn toegestaan.[311]

Overigens zijn er bij de omzetting van de luchtkwaliteitrichtlijnen specifieke delegatiegrondslagen gecreëerd voor implementatie, zoals voor meten en voor de aanwijzing van zones en agglomeraties.

Delegatie op Europees niveau

Hoewel richtlijn 2008/50 als 'kaderrichtlijn' kan worden getypeerd, is deze richtlijn vooralsnog weinig aangevuld met 'uitvoerende wetgeving'. Door de integratie van de uitvoerende wetgeving met de kaderrichtlijn 96/62/EG is de bekende systematiek van een kaderrichtlijn met aanvullende (dochter) regelingen juist voor een belangrijk deel verlaten.

Op het gebied van de milieukwaliteitseisen kondigt de nieuwe kaderrichtlijn weliswaar mogelijke uitvoerende wetgeving aan, waarvoor de Commissie bevoegdheden heeft gekregen en waarbij gebruik zal worden gemaakt van de comitologieprocedure. Zo mag de Commissie uitvoeringsmaatregelen vaststellen tot wijziging van de kaderrichtlijn betreffende niet-essentiële onderdelen van de richtlijn en bijlagen I tot en met VI, VIII tot en met X en bijlage XV. Maar deze wijzigingen mogen 'direct noch indirect resulteren in een wijziging van de grenswaarden, streefwaarden, informatie- en alarmdrempels alsmede de langetermijndoelstellingen (art. 28 lid 1 KrL). Ook mag het niet gaan om de wijziging van de nalevingstermijnen van deze milieukwaliteitseisen. Een wijziging van de Europese milieukwaliteitsnormen, via uitvoerende wetgeving, zal dan ook niet via de comitologieprocedure maar gewoon via - in beginsel – de gewone wetgevingsprocedure tot stand komen en wel met een zelfstandige basis in het EU-werkingsverdrag.

Dit is nader bepaald voor in het bijzonder PM 2,5 (zeer fijn stof). De Commissie is verplicht om in 2013 'de bepalingen met betrekking tot PM 2,5, en waar van toepassing, andere verontreinigende stoffen, opnieuw [te] onderzoeken, en bij het Europees Parlement en de Raad een voorstel in [te] dienen' (cursivering toegevoegd). Deze bepaling houdt duidelijk geen verplichting in voor de Commissie om

[309] Het verdient opmerking dat de beschikking van de Commissie ten aanzien van deze derogatiemogelijkheden juist weinig ruimte laat aan Nederland (Beschikking van 7 april 2009, C(2009)2560def).

[310] Zie in het bijzonder Kamerstukken II 2006/07, 30 930, nr. 3, p. 5.

[311] In de interviews kwam in dit verband naar voren dat een algemene delegatiegrondslag in de Awb voor implementatieregelgeving zeer nuttig zou kunnen zijn.

een voorstel in te dienen ter vervanging van de PM 2,5 streefwaarde voor 'juridische bindende nationale verplichtingen inzake blootstellingsvermindering' (art. 32 lid 1 KrL). De Commissie wordt enkel verplicht om een evaluatie te verrichten. Maar indien de Commissie wetgeving op dit punt wenselijk acht, is de gewone wetgevingsprocedure van toepassing, zo kan worden afgeleid uit de bepaling.

Indien dergelijke uitvoerende wetgeving, met een zelfstandige verdragsbasis, tot stand komt, zal de omzetting daarvan een wetswijziging vereisen (in elk geval van de bijlage bij titel 5.2 Wm) als gevolg van de in par. 2.1 geschetste keuze ter oplossing van de spanning tussen het primaat van de wetgever en Europese milieukwaliteitseisen.
Spanning is niet te verwachten ten aanzien van de overige expliciete bevoegdheden van de Commissie om uitvoerende wetgeving vast te stellen, aangezien deze enkel zien op niet-essentiële onderdelen van de kaderrichtlijn. Dit geldt in versterkte mate voor de verplichting in de kaderrichtlijn voor de Commissie om diverse richtsnoeren te publiceren, bijvoorbeeld betreffende het inrichten van gemeenschappelijke meetstations, het aantonen van gelijkwaardigheid (art. 28 leden 3-4 KrL), alsmede het publiceren van voorbeelden van beste praktijken (art. 24 lid 4 KrL). Deze richtsnoeren worden in beginsel, op Europees niveau, als niet bindend beschouwd.[312] Er zijn bovendien ook in de formele wet (Wet milieubeheer) verschillende delegatiegrondslagen opgenomen (zoals voor die meetpunten), zodat voor deze elementen geen problemen zijn te verwachten.

2.3 Inbreng maatschappelijk middenveld

Zowel bij de totstandkoming als de omzetting van de kaderrichtlijn Luchtkwaliteit hebben belangenorganisaties inbreng geleverd. Op Europees niveau heeft voorafgaand aan het Commissievoorstel een consultatieronde (openbare raadpleging) plaatsgevonden op internet, waarop 11578 reacties volgden.[313]

Op de presentatie door de Commissie op 21 september 2005 van de Thematische Strategie Luchtverontreiniging (COM(2005)446) en het voorstel voor de nieuwe kaderrichtlijn (COM(2005)447) volgden reacties van diverse belangenorganisaties richting de Commissie en/of de Nederlandse wetgever (Tweede Kamer). Zo hebben de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en het Interprovinciaal Overleg (VNG en IPO) gezamenlijk een 'position paper' doen toekomen aan de Commissie.[314] Van de Nederlandse milieuorganisaties hebben de Stichting Natuur en Milieu, Greenpeace en Milieudefensie gezamenlijk op 28 november 2005 een brief gestuurd aan de leden van de vaste commissie voor VROM uit de Tweede Kamer in verband met het algemeen overleg van deze vaste commissie met de staatsecretaris over de agenda van de EU-Milieuraad, gepland voor 2 december 2005.[315] De Stichting Natuur en Milieu heeft vervolgens ook haar standpunt geuit op Europees niveau, niet alleen zelfstandig[316] maar ook samen met het European Environmental Bureau (EEB), dat hierover een zogenaamd position paper opstelde.[317]
Bij de omzetting hebben, onder andere, IPO en VNG vervolgens ook een adviserende rol gespeeld. Zo hebben zij kunnen adviseren over het Besluit derogatie (luchtkwaliteitseisen). Daarvoor kregen zij een kortere reactieperiode dan de gebruikelijke 2 maanden, ingevolge de Code Interbestuurlijke Verhoudingen. De redenen hiervoor waren dat IPO en VNG al eerder betrokken waren bij de voorbereidingen van het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL) en de aanvraag voor de derogatie alsmede omdat het Besluit strekt tot strikte implementatie en nauw aansluit bij de Regionale Samenwerkingsprogramma's Luchtkwaliteit.[318] IPO en VNG worden samen met de ministeries van V&W en VROM wel aangeduid als "de NSL-partners". Tevens heeft de Raad van State geadviseerd, onder andere ten aanzien van het Besluit derogatie (luchtkwaliteitseisen). Ook milieuorganisa-

[312] Uitzondering lijken de richtsnoeren voor het aantonen van gelijkwaardigheid, zie bijlage VI, deel B.3.
[313] http://europa.eu.int/comm/environment/air/cafe/pdf/air_pollu_en.pdf.
[314] http://www.vng.nl/smartsite.dws?id=58227.
[315] www.natuurenmilieu.nl/pdf/0900_brfjkameroverdemilieuraaddecember1.pdf.
[316] www.natuurenmilieu.nl/pdf/0500_briefdraftpropsalsep2005.pdf.
[317] www.eeb.org/activities/air/NGOs_Ambient_Air_Qual_Directive.pdf.
[318] Stb. 2009, 366.

ties en andere belangenorganisaties hebben tijdens de omzetting hun mening kenbaar gemaakt aan de Nederlandse wetgever. Zo heeft de Stichting Natuur en Milieu wederom aan de voornoemde vaste commissie een brief gestuurd over het NSL en de ontkoppeling.[319]
Bovendien heeft - voorafgaand aan de omzetting - in het kader van het NSL in 2008 een inspraakprocedure plaatsgevonden, conform de Wm (en Awb). Een ieder werd daarbij gedurende een bepaalde periode in de gelegenheid gesteld zijn/haar zienswijze over het NSL kenbaar te maken. Daarbij zijn 120 zienswijzen ingediend, door 1426 organisaties en particulieren, die in een Nota van Antwoord zijn gebundeld en voorzien van reactie door de minister van VROM (10 juli 2009). [320]

2.4 De autonomie van het Nederlandse procesrecht

Aanpassingen van het huidige procesrecht lijken op zich niet nodig bij de implementatie van de kaderrichtlijn Luchtkwaliteit. Wel hield de omzetting van de kaderrichtlijnbepalingen inzake informatieverstrekking en handhaving in dat het administratief(proces)recht en - mogelijk – het strafrecht tegen het licht moest worden gehouden.

De kaderrichtlijn bevat allereerst een specifieke bepaling inzake de informatieverstrekking door de lidstaat aan een zeer ruim verwoordde groep: 'de bevolking', alsook 'belanghebbende organisaties, zoals milieuorganisaties, consumentenorganisaties, organisaties die de bepalingen van kwetsbare bevolkingsgroepen behartigen, andere bij de gezondheidszorg betrokken organen en de belanghebbende vakverenigingen' (art. 26 KrL). Het gaat hierbij om informatie omtrent de luchtkwaliteit (bijlage XVI), de derogatiemogelijkheden (art. 22 lid 1 en lid 2 KrL: - tijdelijk - een derogatie van termijnen respectievelijk een vrijstelling van grenswaarden) en de luchtkwaliteitsplannen en programma's (art. 17, 22 en 23 KrL).
Daarnaast bevat de richtlijn een (standaard)bepaling inzake handhaving (art. 30 KrL, over 'Sancties').

Omdat de kaderrichtlijn ziet op milieubescherming gelden echter ook enkele horizontale Europese (en internationale) milieuregelingen die bij de implementatie van de kaderrichtlijn voor de beide Nederlandse rechtsgebieden (administratief en strafrecht) van belang kunnen zijn. Het gaat dan in het bijzonder om:

het Verdrag van Aarhus321, met de drie pijlers: toegang tot milieu-informatie, inspraak van het publiek en toegang tot de rechter;
de EU-omzetting daarvan, zoals richtlijn 2003/4/EG inzake milieu-informatie en richtlijn 2003/35/EG inzake inspraak van het publiek,322 wellicht aangescherpt door het nu bindende Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie (genoemd in de preambule, overweging 30), alsmede
de richtlijn 2008/98/EG inzake de milieubescherming door middel van het strafrecht.323

Deze horizontale regelingen maken onderdeel uit van de toenemende Europeanisering van het nationale procesrecht. De kaderrichtlijn verwijst niet naar deze horizontale regelingen. Toch zijn deze relevant bij diens implementatie (inclusief uitvoering en handhaving).
Belangrijk in dit kader is de lopende Nederlandse discussie over het inperken van de mogelijkheden tot rechtsbescherming in de Awb, zoals in de crisis- en herstelwet.324 Een vraag is in hoeverre het inperken van de rechtsbescherming in milieugerelateerde geschillen in overeenstemming is met de derde pijler van het Verdrag van Aarhus, of –indien hiervoor de wetgevingsprocedure succesvol wordt

319 www.natuurenmilieu.nl/pdf/0900_070925.152_brf_vaste_cie._vrom_ao_luchtkwalilteit_27_september_2007_kb_def.pdf.

320 www.vrom.nl/get.asp?file.../NSL2009046120-23aBijlage01NvAntwoord.

321 http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43e.pdf.

322 Richtlijn 2003/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot intrekking van Richtlijn 90/313/EEG van de Raad, Pb. L 041 van 14/02/2003 blz. 26-32 en Richtlijn 2003/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 tot voorziening in inspraak van het publiek in de opstelling van bepaalde plannen en programma's betreffende het milieu en, met betrekking tot inspraak van het publiek en toegang tot de rechter, tot wijziging van de Richtlijnen 85/337/EEG en 96/61/EG van de Raad. Pb. L 156 van 25/06/2003, blz. 17-25.

323 Pb. L 328 van 06/12/2008, blz. 28-37.

324 Wet van 18 maart 2010 houdende regels met betrekking tot versnelde ontwikkeling en verwezenlijking van ruimtelijke en infrastructurele projecten (Crisis en Herstelwet), Stb. 2010, 135.

afgerond- de Europese richtlijn inzake de toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden (COM(2003)624).325

In de literatuur is er al op gewezen dat het verschil in de systemen van rechtsbescherming in de lidstaten gevolgen heeft voor de doorwerking van Europese (milieu)regels.326 Zo heeft het relativiteitsbeginsel in Duitsland gezorgd voor een beperking van de juridische betekenis van de milieukwaliteitseisen van de oude kaderrichtlijn 96/62/EG (zie ook par. 4.1). Toch is de autonomie van de lidstaten ten aanzien van de rechtsbescherming niet onbegrensd. Grenzen worden niet alleen gesteld door voornoemde horizontale regelingen, het beginsel van gemeenschapstrouw in art 10 EG (nu als loyaliteitsbeginsel, gewijzigd, opgenomen in art 4 lid 3 VEU) en de Rewe/Comet-doctrine (het gelijkwaardigheid- en effectiviteitbeginsel), maar ook door de kaderrichtlijn zelf.327 In de zaak Janecek van 2008, werd dit duidelijk voor de oude kaderrichtlijn 96/62/EG.328 Artikel 7 lid 3 van deze richtlijn moet volgens het Hof zo worden uitgelegd dat bij 'een dreigende overschrijding van de grenswaarden voor de emissie van PM10 (zwevende deeltjes) of van de alarmdrempels, particulieren die rechtstreeks worden getroffen, moeten kunnen bewerkstelligen dat de bevoegde nationale autoriteiten een actieplan opstellen, ook wanneer zij naar nationaal recht beschikken over andere mogelijkheden om deze autoriteiten maatregelen te doen uitvaardigen ter bestrijding van luchtverontreiniging.' (overweging 42). Aldus hebben particulieren, zoals hiervoor verwoord, op grond van de richtlijn recht op opstelling door de bevoegde autoriteiten van het plan ingevolge art. 7 lid 3 van de kaderrichtlijn 96/62/EG, zo nodig via de rechter. In tegenstelling tot het Duitse procesrecht, met het relativiteitsvereiste (schutznorm), lijkt dit arrest geen aanpassing van het huidige Nederlandse procesrecht te eisen, niet wat betreft het begrip belanghebbende en niet wat betreft de beroepsmogelijkheid zelf.329 Er staat in beginsel beroep open tegen het (niet opstellen van het) NSL, weliswaar niet bij de administratieve rechter (de Afdeling) maar wel bij de civiele rechter. Een civiele vordering om het bevoegde gezag te dwingen een actieplan ingevolge de kaderrichtlijn op te stellen zal daarbij niet sneuvelen op de Waterpakt-doctrine; het leidt namelijk niet tot een gerechtelijk bevel tot (formele) wetgeving.330

Onduidelijk is echter of de Nederlandse omzetting van alle planverplichtingen uit de beide kaderrichtlijnen wel voldoet aan Janecek (in het bijzonder van art. 7 lid 3 van richtlijn 96/62/EG en art. 24 van richtlijn 2008/50/EG). De Nederlandse wetgever heeft de kortetermijnplanverplichting in art. 24 van de kaderrichtlijn enkel expliciet omgezet voor ozon. De verplichting lijkt voor de overige verontreinigende stoffen vervat in de algemene verplichting voor de Minister van VROM tot het opstellen van het NSL (Nationaal Samenwerkingsprogramma).

De voornoemde horizontale milieuregelgeving in combinatie met de kaderrichtlijnen zelf beperkt in elk geval nationale trends ter inperking van horizontale milieubescherming respectievelijk verplicht tot het versterken van de nationale strafrechtelijke sanctionering en handhaving van milieurecht, beide ook inzake luchtkwaliteit.

2.5 De kaderrichtlijn en de bestuurlijke autonomie

De kaderrichtlijn Luchtkwaliteit 2008/50/EG bevat op zich geen verplichting om in te grijpen in de bestaande bestuurlijke verhoudingen, behoudens de verplichting om bevoegde instanties en organen

325 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2009/2010, 32 127, nr. 4, Advies W01.09.0253/I van de Raad van State, d.d. 7 september 2009 (ook via: www.raadvanstate.nl) inzake de crisis- en herstelwet.

326 Zie bijvoorbeeld Backes, Ch. W., Suum Cuique, enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, oratie van 14 november 2008 te Maastricht, Boom Juridische Uitgevers, 2009; en uitgebreid Jans, J.H. De Lange, R., Prechal, S., Widdershoven, R.J.G.M., Europeanization of Public Law, Europa Law Publishing, 2007.

327 Zaak 33/76, Rewe. Jur. 1976, p. 1989 en Zaak 45/76, Comet, Jur. 1976, p. 2043. Zie ook hoofdstuk 3, par. 2.4 en, uitgebreid, Jans, J.H. De Lange, R., Prechal, S., Widdershoven, R.J.G.M., Europeanization of Public Law, Europa Law Publishing, 2007, chapter II.

328 Zie C-237/07, Janecek, Jur. 2008, p. I-6221. Zie ook o.a. Jans, J.H., 'Harmonization of National Procedural Law via de Back Door? Preliminary Comments on the ECJ's Judgment in Janecek in a Comparative Context', in:. Views of European Law from the Mountain - Liber Amicorum for Piet Jan Slot, via http://ssrn.com.

329 Zie over de mogelijke gevolgen van Janecek: J.H. Jans, a.w.

330 HR 21/3/2003, NJ 2003/691 (Waterpakt, inzake de schending van de trias politica bij toekenning vordering tot het treffen van wettelijke maatregelen ter implementatie van de Nitraatrichtlijn). Dit is bevestigd in HR 1/10/2004, NJ 2004/679 (inzake vordering tot intrekking van een met Europees recht strijdige Provinciale verordening), beide met noot TK.

aan te wijzen die belast zijn met vooral de beoordeling van de luchtkwaliteit en de analyse van de beoordelingsmethoden (art. 3, inzake 'Verantwoordelijkheden'). Er worden ook op grond van de richtlijn geen nieuwe - grensoverschrijdende - bestuurlijke lagen toegevoegd. Dit geldt ook voor de verplichting tot het indelen van het grondgebied in zones en agglomeraties (art. 4, zie ook art. 23 lid 1). De omzetting heeft niet direct geleid tot een inbreuk op de bestuurlijke autonomie. Echter, de gekozen indeling wijkt wel af van de bestaande bestuurlijke indeling in provincies en gemeenten. Nederland kent voor de uitvoering van de kaderrichtlijn Luchtkwaliteit namelijk zeven regio's die slechts deels overeenkomen met de indeling in provincies: Overijssel, Gelderland, Utrecht, Noordvleugel, Zuid-Holland, Noord-Brabant en Limburg. Deze 7 regio's stellen elk een regionaal samenwerkingsprogramma luchtkwaliteit (RSL) op, met daarin de lokale en regionale maatregelen, die worden gebundeld in het Nederlandse luchtkwaliteitsplan (het NSL). Het NSL wordt aangemerkt door het Kabinet als een 'kader en systeem voor interbestuurlijke samenwerking'.[331] Het NSL leidt op zijn beurt echter tot centralisatie. De minister van VROM stelt het NSL formeel vast (art. 5.12 Wm) en krijgt daarmee invloed op de keuze van projecten die niet individueel behoeven te worden getoetst op luchtkwaliteit. De provincies hebben evenwel een coördinerende taak voor de zeven regio's. De decentrale overheden zijn bevoegd (gebleven) om de lokale en regionale keuzes te maken ten aanzien van de daar te nemen maatregelen, inclusief de voorgenomen bouwprojecten. In de RSLs zijn ook de maatregelen opgenomen die zijn voorgesteld door het ministerie van VenW voor overschrijdingen van de grenswaarden langs de hoofdwegen.[332]

Op het punt van de relatie tussen de nationale autonomie en andere (lid)staten vereist de kaderrichtlijn niet expliciet de totstandkoming van nieuwe overlegstructuren tussen de lidstaten waarbinnen deze verplicht worden samen te werken, zoals wel het geval is in de kaderrichtlijn Water (2000/60/EG).[333] Toch zou de verplichting bij grensoverschrijdende luchtverontreiniging in de kaderrichtlijn 2008/50/EG feitelijk hierop kunnen neerkomen, in elk geval voor Nederland. Deze verplichting strekt veel verder dan een informatieverplichting, maar de werkelijke betekenis van de verplichting verschilt per lidstaat afhankelijk van diens geografische ligging. De lidstaten zijn namelijk verplicht samen te werken bij overschrijding van de milieukwaliteitseisen van de richtlijn of diens lange termijndoelstelling, indien deze het gevolg is van 'aanzienlijk grensoverschrijdend transport van de verontreinigende stoffen of de precusoren daarvan'. Zij moeten daarnaast, 'indien passend', gezamenlijke activiteiten ontplooien, 'zoals het opstellen van gezamenlijke of gecoördineerde luchtkwaliteitplannen' (ingevolge art. 23 KrL). Het doel van deze twee samenwerkingsverplichtingen is het opheffen van de overschrijdingen (art. 25 lid 1 KrL).[334] Gelet op de ligging van Nederland, dat zich geconfronteerd ziet met grensoverschrijdende luchtverontreiniging vanuit de buurlanden, kan de betekenis van deze bepaling groot zijn.[335] Bij de samenwerking en activiteiten is ook voor de Europese Commissie een rol weggelegd. Deze moet hiervoor worden uitgenodigd en dient hieraan medewerking te verlenen. Bovendien moet de Commissie, indien opportuun, onderzoek doen naar de vraag of op Europees niveau nadere actie nodig is om de voor grensoverschrijdende verantwoordelijke uitstoot van precusoren te verminderen (art. 25 lid 2 KrL). De richtlijn vermeldt dit niet, maar bij een nadere actie zou kunnen worden gedacht aan uitvoerende wetgeving (via de gewone wetgevingsprocedure, op zelfstandige verdragsbasis) of aan niet bindende richtsnoeren.

De kaderrichtlijn bevat daarentegen geen speciale toezichtsystemen. De richtlijn is duidelijk gericht tot de lidstaat en schrijft geen bepaalde, op burgers gerichte, maatregelen voor zoals vergunningen, bronmaatregelen, en verboden, behoudens de bepaling inzake sancties (art. 30). Lidstaten moeten sanctievoorschriften vaststellen en toepassen bij overtredingen van de nationale implementatieregelgeving ('bepalingen'). De sancties moeten 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn'. Deze - voor richtlijnen standaard - bepaling moet ook in het licht worden gezien van de verplichtingen inzake strafrechtelijke sanctionering van milieudelicten ingevolge richtlijn 2008/98/EG.[336]

---

331 Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit, Kabinetsstandpunt, 2008, via www.vrom.nl , p. 17.

332 Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit, Kabinetsstandpunt, 2008, via www.vrom.nl , p. 19.

333 Zie hoofdstuk 5, par. 2.3.

334 Art. 25 lid 3 van de kaderrichtlijn ziet op het streven naar samenwerking met staten buiten de grenzen van de EU.

335 Zie over de grensoverschrijdende luchtverontreiniging en de ligging van Nederland de Commissie Beschikking van 7 april 2009, C(2009)2560def.

336 ,Zie hierover par. 2.4 van dit hoofdstuk.

3. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader

3.1 De kaderrichtlijn Luchtkwaliteit en de Nederlandse wetsystematiek

De implementatie van de kaderrichtlijn 96/62/EG heeft tot grote problemen geleid in Nederland. Dit had te maken met het feit dat Nederland niet op alle plekken kon voldoen aan de (Europese) grenswaarden voor de luchtkwaliteit voor met name fijn stof en stikstofdioxide en met de wijze van implementatie, waarbij was aangesloten bij het bestaande systeem van de Wet milieubeheer (thans hoofdstuk 5, titel 5.1 Wm). Dit systeem houdt een directe koppeling in van bevoegdheden aan milieukwaliteitsnormen. Voor de luchtkwaliteitsnormen betekende dit een rechtstreekse toetsing van individuele besluiten aan de grenswaarden. Deze rechtstreekse koppeling had tot gevolg dat verschillende bouw- en wegverbredingsplannen werden vertraagd of geen doorgang konden vinden omdat de grenswaarden voor de luchtkwaliteit niet konden worden gehaald ("Nederland op slot"). De noodzaak tot aanpassing van het systeem werd vooral duidelijk toen in de rechtspraak strikt werd getoetst.[337]
In 2007 is naast de algemene regeling voor milieukwaliteitsnormen een specifieke regeling voor luchtkwaliteitseisen aan de Wet milieubeheer toegevoegd, titel 5.2 (zie ook hierboven). Deze nieuwe regeling kent een programmatische aanpak waarbij voor een belangrijk deel van de gevallen een besluit over een bepaald project niet meer rechtstreeks aan de luchtkwaliteitsnormen hoeft te worden getoetst.
De aanpassing van het Nederlandse systeem diende om een oplossing te bieden voor de ontstane problemen die mede het gevolg waren van de eerdere implementatiekeuzes. De nieuwe Nederlandse aanpak sloot tevens aan bij de (versterkte) programmatische aanpak van kaderrichtlijn 2008/50/EG. Ongewoon is dat de Nederlandse wetgever bij de wijziging van de Nederlandse wetgeving (in werking getreden in 2007) al vooruit is gelopen op deze kaderrichtlijn 2008/50/EG die toen nog een voorstel was. In het bijzonder werd vooruitgelopen op de derogatiemogelijkheid die in het voorstel was opgenomen. De Raad van State heeft zich hierover toentertijd kritisch geuit.[338]

Wat betreft de vraag of de kaderrichtlijn Luchtkwaliteit een samenhang bewerkstelligt in de Europese rechtsorde, die zich slecht verdraagt met de reeds bestaande samenhang in de Nederlandse rechtsorde, zij het volgende opgemerkt. De Wet milieubeheer is een zogenoemde 'aanbouwwet'. In het onderzoek 'De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving'[339] is geconcludeerd dat de Wm als 'aanbouwwet' een adequaat implementatiekader heeft geboden in de afgelopen jaren. Wel wordt opgemerkt dat de ontwikkelingen op zowel Europees als nationaal niveau hebben geleid tot een complex pakket aan milieuregelgeving in de Wm. Tevens worden enkele aandachtspunten genoemd, zoals het begrippenkader en de bevoegdhedenstructuur. Als 'keerzijde van de medaille' is in dit onderzoek gewezen op het gevaar dat het oorspronkelijk beoogde integrale karakter van de Wm – een nationale keuze die niet geheel overeenkomt met de Europese lijn – wordt losgelaten. Daarmee zou de Wm een barrière kunnen gaan vormen voor wenselijke integratieontwikkelingen elders in het omgevingsrecht.[340]
De implementatie van de luchtkwaliteitrichtlijnen, waarbij uiteindelijk is gekozen voor een geheel nieuwe titel luchtkwaliteitseisen en het opnemen van normen in een bijlage bij de wet, is in dit verband een voorbeeld van de botsing tussen de integrale Wm en sectorale Europese milieuregelgeving. Het inpassen van de richtlijn in het bestaande algemene (integrale) systeem van milieukwaliteitseisen in de Wm bleek problemen op te leveren. De Wm bood de mogelijkheid een aparte titel luchtkwaliteitseisen op te nemen. De 'sectorale' benadering van de Europese luchtkwaliteitrichtlijnen sluit daarmee evenwel niet aan bij de meer integrale benadering van de Wm.

---

337 Zie bijv. ABRvS 21 april 2004, AB 2004, 190 m.nt. Spaans. Overigens zijn er uiteraard ook andere oorzaken te noemen waarom besluiten sneuvelden, bijvoorbeeld bestuursorganen die onvoldoende of slecht onderbouwing gaven aan hun besluiten.

338 Zie voorlichting Raad van State 1 juni 2006, Bijlage bij Kamerstukken II 2005/06, 30489, nr. 11.

339 Vogelezang-Stoute, E.M., Boeve, M.N., Grijp, van der, N.M., Groothuijse F.A.G., De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving, STEM-publicatie december 2009, via www.evaluatiemilieuwetgeving.nl.

340 Zie de genoemde publicatie De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving, p. 71-77.

3.2 Aansluiting op het Nederlandse begrippenkader en spontane harmonisatie

Bij de implementatie van kaderrichtlijn 96/62/EG is in eerste instantie aangesloten bij de systematiek van hoofdstuk 5 Wet milieubeheer en bij de daar gehanteerde begrippen. In 2007 zijn bij de invoering van de nieuwe titel 5.2 luchtkwaliteitseisen in de Wet milieubeheer aparte definities voor luchtkwaliteit opgenomen (o.a. van grenswaarde en richtwaarde), maar zijn niet de definities van de richtlijn overgenomen. Bij aparte wet[341] moest nog een voor luchtkwaliteit specifieke omschrijving van het begrip 'stoffen' worden opgenomen in titel 5.2 Wet milieubeheer omdat de definitie van het begrip 'stoffen' zoals opgenomen in de algemene definitiebepalingen van de Wm (art.1.1) naar aanleiding van de REACH-verordening, te beperkt bleek met het oog op de implementatie van de Europese normen voor de luchtkwaliteit.[342]
Bij de omzetting van de nieuwe richtlijn luchtkwaliteit 2008/50/EG is nauwer aangesloten bij de EU-terminologie en zijn de definities van bijvoorbeeld grenswaarde en richtwaarde aangepast. De definities zijn deels letterlijk overgenomen uit de richtlijn.[343]
De afzonderlijke regeling voor luchtkwaliteit, mede ingegeven door de Europese luchtkwaliteitrichtlijnen, heeft dus tot gevolg dat in de Wet milieubeheer verschillende definities van eenzelfde begrip worden gehanteerd.[344]

Eén van de punten die overigens speelde bij de implementatie van kaderrichtlijn 96/62/EG was in hoeverre er een zeezoutaftrek mocht plaatsvinden bij de beoordeling van de concentratie fijn stof in de lucht. Dit had te maken met de invulling van het begrip 'verontreinigende stof' (in art. 2, onder 2, van de eerste dochterrichtlijn 1999/30/EG en de Nederlandse implementatie daarvan).[345] Nederland vulde dit begrip zo in dat zeezout bij de beoordeling van fijn stof buiten beschouwing mocht worden gelaten. De Europese Commissie bevestigde in een brief uiteindelijk deze uitleg en in kaderrichtlijn 2008/50/EG is deze uitleg expliciet opgenomen (art. 2, onder 15, KrL).
Een andere onduidelijkheid betrof de meetverplichtingen, zoals waar de luchtkwaliteit moet worden gemeten.[346] Zoals voorzien in de kaderrichtlijn 96/62/EG heeft de Commissie de meet- en berekenmethoden (ingevolge Annex IX) nader uitgewerkt in de vorm van technische richtsnoeren (technical guidance).[347] Deze richtsnoeren worden op dit moment geëvalueerd en aangepast, mede in het licht van de nieuwe kaderrichtlijn 2008/50/EG.[348]

De beide kaderrichtlijnen luchtkwaliteit hebben geen aanleiding gegeven tot "spontane harmonisatie". Er is zelfs een aparte titel 5.2 in de Wet milieubeheer voor de luchtkwaliteit opgenomen met een eigen systematiek en definities. Wel heeft deze nieuwe titel wat betreft de systematiek een voorbeeldwerking voor andere wetgeving (zoals de waterwetgeving). Van harmonisatie buiten de reikwijdte van de kaderrichtlijnen is echter geen sprake.

341 Stb. 2008, 173.
342 Kamerstukken II 2006/07, 31 137, nr. 3, p. 1.
343 Zie Stb. 2009, 158.
344 Zie in dit verband ook de casestudie over de kaderrichtlijn water en het (nationale) begrippenkader (hoofdstuk 6, par. 3).
345 Nota van Toelichting, Besluit luchtkwaliteit 2005, Stb. 2005/316, p. 19-20.
346 Backes, Ch. W., Suum Cuique, enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, oratie van 14 november 2008 te Maastricht, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, op p. 14.
347 Richtlijn 96/62/EG voorzag in de uitwerking via secundair recht (art. 4 lid 5 juncto lid 4 juncto de dochterrichtlijnen), waar vervolgens in is gespecificeerd dat de Commissie samen met een Comité richtsnoeren opstelt (zie bijvoorbeeld bijlage XI onder V van de eerste dochterrichtlijn 1999/30/EG).
348 http://ec.europa.eu/environment/air/quality/legislation/assessment.htm.

4. Rechtsinstrumenten en rechtstechnieken

4.1 'Goldplating'

De wetgever heeft bij de omzetting van de kaderrichtlijn 2008/50/EG het uitgangspunt van strikte implementatie gehanteerd.
Bij de omzetting van de kaderrichtlijn 96/62/EG zou daarentegen eventueel gesproken kunnen worden over 'goldplating', indien hieronder zou worden geschaard dat de doorwerking van Europese regels wordt versterkt door het direct "koppelen" van de Europese milieunormen (milieugrenswaarden) aan bepaalde nationale verplichtende instrumenten (vergunningenplicht). Bij de implementatie van deze kaderrichtlijn kende het Nederlandse wettelijke systeem (de Wm) al deze - puur nationale - koppeling tussen grenswaarden en - vergunningverlenende - bevoegdheden.[349] Deze koppeling ziet niet alleen op de toepassing van de milieukwaliteitseisen bij milieuvergunningen maar ook op bevoegdheden inzake ruimtelijke ordening, zoals het bestemmingsplan.
Volgens een in 2007 uitgevoerd onderzoek naar nationale koppen in opdracht van het ministerie van EZ, moet dit echter niet worden aangeduid als een nationale kop, maar als een 'methoden-kwestie'.[350] De definitie van een nationale kop in dat onderzoek luidde: er is sprake van een EG-richtlijn, die correct is omgezet in nationaal recht en waarbij 'de Nederlandse regelgeving verder gaat dan gezien de Europese richtlijn strikt genomen noodzakelijk is'. Bij de genoemde koppeling gaat het niet om een kop maar om, in de woorden van het voornoemd rapport, 'de methoden die Nederland kiest om de richtlijnnorm te halen'. Nederland had de vrijheid bij de omzetting, qua vorm en inhoud van de implementatie, van kaderrichtlijn 96/62/EG ingevuld door haar eigen bestaande wettelijke methode voor grenswaarden te behouden. In casu werden de milieukwaliteitseisen uit de richtlijn daardoor gekoppeld, via het toenmalige Besluit luchtkwaliteit, aan diverse bevoegdheden, zoals vermeld ook op het gebied van de ruimtelijke ordening.
De doorwerking van Europese milieukwaliteitseisen werd ook nog op een ander punt door het bestaande Nederlandse wettelijk systeem versterkt, in elk geval ten opzichte van enkele andere lidstaten. Het gaat daarbij om de ruime toegang tot de rechter voor besluiten waarop de voornoemde gekoppelde bevoegdheden zien en het niet hanteren van een schutznorm (of relativiteitsvereiste). In Duitsland heeft de schutznorm er feitelijk toe geleid dat de geografische reikwijdte van de milieukwaliteitseisen is beperkt tot die plekken waar de desbetreffende appellanten regelmatig een of meerdere uren aanwezig zijn.[351] Nederland kent een dergelijke schutznorm of relativiteitseis niet waardoor het uitgangspunt van de richtlijn, te weten dat de grenswaarden overal in de buitenlucht gelden, verhoudingsgewijs strikter doorwerkt (zie art. 2 lid 1 richtlijn 1999/31/EG).
Ook op andere punten hanteerde Nederland de milieugrenswaarden in kaderrichtlijn 96/62/EG strikt. Zo werd geen gebruik gemaakt van zogenoemde saldomethodes of significantiedrempels, terwijl andere lidstaten dit al wel deden.[352] De keuze van Nederland om de grenswaarden strikt te hanteren, ook geografisch, is een kwestie van invulling van Europese begrippen. De richtlijn voorzag zelf niet expliciet in een saldomethode. Bovendien was een strikte hantering in lijn met de strenge rechtspraak van het Hof over het karakter van grenswaarden.[353] Zoals in het rapport uit 2007 wordt aangegeven, levert een strenge interpretatie niet per definitie een nationale kop op: 'Als de richtlijn deze strenge definitie eenvoudigweg vereist, voldoet Nederland enkel aan haar verplichtingen onder het verdrag.' Het vaststellen van het exacte minimumniveau van een richtlijn is soms moeilijk, zo werd daar al geconstateerd, waardoor 'goldplating' niet evident is. Het feit dat andere lidstaten de richtlijn minder strikt implementeren, oftewel op een lager minimumniveau, kan daarbij enkel een indicatie zijn van

[349] De overheid die de milieukwaliteitseis vastlegt, moet tevens de bevoegdheden aanwijzen waar bij de uitoefening daarvan deze milieugrenswaarden in acht moeten worden genomen, respectievelijk met deze milieurichtwaarden rekening moet worden gehouden (art. 5.2 lid 1 Wm).

[350] 'Nationale koppen op EG-regelgeving', Tweede ronde van meldingen van het bedrijfsleven over 'koppen' in de Nederlandse wet- en regelgeving, juridisch bekeken, Europa Instituut, Universiteit Leiden, Asser Instituut Den Haag, in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Leiden, april 2007, p. 2 en 14 (methoden).

[351] Backes, Ch. W., Suum Cuique, enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, oratie van 14 november 2008 te Maastricht, p. 7.. Zie ook par. 2.4 van dit hoofdstuk.

[352] Backes, Ch. W., Internationale vergelijking implementatie EU-richtlijnen luchtkwaliteit, p. 31.

[353] Backes, Ch. W., a.w., p. 22.

'goldplating'. Want deze lidstaten kunnen ook onder het minimumniveau hebben geïmplementeerd.[354] Het minimumniveau kan enkel op Europees niveau worden verduidelijkt.
Wij komen, gelet op het bovenstaande, tot de conclusie dat er geen sprake is geweest van 'goldplating' bij de omzetting van Kaderrichtlijn 96/62/EG, maar dat de bekritiseerde koppeling een 'methodekeuze' betrof.

4.2 Zelfregulering

De Richtlijn laat niet expliciet zelfregulering toe. Toch wordt bij de uitvoering mede gebruik gemaakt van zelfregulering en wel in de vorm van convenanten. In het NSL, het Nederlandse luchtkwaliteitplan ingevolge art. 22 lid 1 en 23, worden maatregelen genoemd die lijken te behoren tot de categorie zelfregulering. Zo wordt binnen de nationale maatregelen (6.3) verwezen naar de milieuzones voor vrachtverkeer, die als dwingende maatregelen zijn aangeduid maar waarbij het gaat om het convenant 'Stimulering schone vrachtauto's en milieuzonering' (het Milieuconvenant).[355] Dit Milieuconvenant bestaat al sinds 2006. Het werd gesloten tussen het Rijk (de minister van VenW, de staatsecretaris van VROM), een aantal (anno 2008: een twintigtal) gemeenten, de VNG en enkele logistieke organisaties (TLN, EVO en KNV). Het convenant houdt onder meer in dat vrachtwagens moeten beschikken over een roetfilter en, per 2010, moeten voldoen aan de zogenoemde Euro-4-norm, indien zij naar (en in) de deelnemende gemeenten willen rijden. Het convenant loopt tot 1 juli 2013.[356] Gelet op de uitwerking van het convenant waarbij de overheid (gemeente) milieuzones kan handhaven, is de typering zelfregulering wellicht niet helemaal correct.
Tot de voorgenomen maatregelen behoort ook een 'Convenant roetfilters bestelauto's of invoering fijnstofdifferentiatie nieuwe bestelauto's' en het uitbreiden van het Milieuconvenant tot bestelwagens.
Het is onwaarschijnlijk dat het gebruik van dergelijke convenanten in strijd is met de kaderrichtlijn. De kaderrichtlijn schrijft enkel voor dat de lidstaten maatregelen opnemen in hun luchtkwaliteitdoelstellingen om deze (alsnog) te behalen. De kaderrichtlijn laat de lidstaten vrij qua vorm en inhoud van deze maatregelen, al worden wel enkele voorbeelden genoemd (art. 24 en bijlage XV, onder B.3, inclusief het instellen van 'lage-emissieszones'). Bovendien heeft de Commissie feitelijk ingestemd met de convenanten als onderdeel van de NSL dat door haar is beoordeeld in het kader van het gebruik van de derogatiemogelijkheid van art. 22 van de kaderrichtlijn. [357] Wel zijn de convenanten slechts enkele van de maatregelen in het omvangrijke maatregelenpakket in het NSL, dat daarnaast onder meer bestaat uit projecten en wetgeving. De ruimte die de kaderrichtlijn laat qua vorm en inhoud voor de maatregelen in het luchtkwaliteitsplan zelf, biedt dan ook kansen voor zelfregulering. Mits de lidstaat - onder andere daarmee - uiteindelijk, en wel tijdig, voldoet en blijft voldoen aan de milieukwaliteitseisen.

5. Conclusies

De implementatie van de kaderrichtlijnen (en dochterrichtlijnen) heeft tot spanningen geleid met betrekking tot het primaat van de wetgever. Juist op het punt waar deze richtlijnen weinig tot geen beleidsvrijheid laten, namelijk met betrekking tot de luchtkwaliteitsnormen, eiste de Tweede Kamer regeling bij formele wet. Terwijl het oorspronkelijke systeem van de nationale wet (de Wet milieubeheer) juist uitgaat van implementatie bij AMvB of ministeriële regeling. De Wet milieubeheer kent de Tweede Kamer dit recht toe (art. 21.6 lid 6 Wm). Een uitgebreide discussie over het niveau van wetgeving volgde. De milieukwaliteitsnormen zijn nu als gevolg van de eis van de Tweede Kamer in de wet vastgelegd en bij wijzigingen op Europees niveau (ook wanneer er geen sprake is van beleidsvrijheid) moet telkens de wet worden gewijzigd. Er zijn overigens bij de implementatie van de luchtkwaliteitrichtlijnen op andere punten (bijvoorbeeld aanwijzing meetpunten) specifieke delegatiegrondslagen gecreëerd.

---

354 'Nationale koppen op EG-regelgeving', p. 11-12. Zie ook Backes, Ch. W., a.w., p. 22.

355 Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit, Kabinetsstandpunt, [2008] via www.vrom.nl , p. 99 en 101.

356 ww.milieuzones.nl/Default.aspx?id=4&cid=133.

357 Beschikking van 7 april 2009, C(2009)2560 def.

Zowel bij de totstandkoming als bij de omzetting van de kaderrichtlijn Luchtkwaliteit is het maatschappelijk middenveld uitgebreid betrokken geweest. Deze grote betrokkenheid werd mede ingegeven door de grote problemen die de luchtkwaliteitproblematiek in Nederland had veroorzaakt.
Niet de kaderrichtlijn zelf lijkt aanpassing van het Nederlandse procesrecht te vereisen. Wel relevant bij de implementatie van deze richtlijn is de horizontale Europese (en internationale) milieuregelgeving inzake toegang tot milieu-informatie, inspraak van het publiek en toegang tot de rechter en bescherming van het milieu door middel van het strafrecht. Deze regelgeving beperkt nationale trends ter inperking van horizontale milieubescherming respectievelijk verplicht tot het versterken van de nationale strafrechtelijke sanctionering en handhaving van milieurecht, beide ook inzake luchtkwaliteit.
De kaderrichtlijn heeft niet direct ingegrepen in de bestaande bestuurlijke verhoudingen, hoewel de 'programma-aanpak' wel heeft geleid tot interbestuurlijke samenwerking (en ook centralisatie).
Wat betreft de verhouding van de luchtkwaliteitrichtlijnen met de Nederlandse wetsystematiek moet worden geconcludeerd dat de implementatiekeuzes die zijn gemaakt bij kaderichtlijn 96/62, namelijk de keuze voor aansluiting bij het bestaande wettelijke systeem, tot grote problemen hebben geleid in Nederland. Het bestaande nationale wettelijke systeem bleek een keurslijf. Uiteindelijk heeft de wetgever gekozen voor een aparte titel luchtkwaliteitseisen in de Wet milieubeheer. De Wet milieubeheer als 'aanbouwwet' leent zich hier ook voor, maar het betekent wel een doorkruising van het oorspronkelijk beoogde integrale karakter van de Wet milieubeheer. De keuze voor een aparte titel voor luchtkwaliteit, mede ingegeven door de Europese luchtkwaliteitrichtlijnen, heeft ook gevolgen voor het nationale begrippenkader: in de Wet milieubeheer worden hierdoor verschillende definities voor eenzelfde begrip gehanteerd.
De kaderrichtlijnen hebben geen aanleiding gegeven tot spontane harmonisatie. Wel heeft de nieuwe titel luchtkwaliteitseisen een voorbeeldwerking voor andere wetgeving.
Er is geen sprake geweest van 'goldplating' bij de omzetting van de kaderrichtlijn Luchtkwaliteit. De keuze voor het direct 'koppelen' van luchtkwaliteitsnormen aan bevoegdheden op het gebied van ruimtelijke ordening en milieu, waardoor Nederland 'op slot' raakte, betrof naar onze mening een 'methodekeuze'. Dit wordt niet onder 'goldplating' geschaard.
Nederland kent enige mate van zelfregulering op het gebied van luchtkwaliteit, zoals het Milieuconvenant. Hoewel de kaderrichtlijn zelfregulering niet expliciet als soort maatregel toestaat, lijkt deze het niet te verbieden. Zeker niet in het kader van de programmatische aanpak van de richtlijn en gelet op het daarin opgenomen, niet limitatieve, maatregelenpakket. Op dit punt geldt zeker de Verdragsvrijheid qua vorm en methode van implementatie van richtlijnen. Mits daarmee het - tijdig - behalen en blijven voldoen aan de (milieukwaliteit-) doelstelling van de richtlijn niet wordt gefrustreerd.

Hoofdstuk 7 Ontwerp-Kaderrichtlijn Consumentenrechten

Algemeen deel

1. Inleiding

De (ontwerp-) richtlijn consumentenrechten[358] is uitgevaardigd op de basis van artikel 114 EU-Werkingsverdrag (ex art. 95 EG-verdrag) en betreft derhalve een richtlijn betreffende de werking van de interne markt. Aangezien de richtlijn betrekking heeft op consumentenbescherming, diende bij de vaststelling van de richtlijn uit te worden gegaan van een 'hoog beschermingsniveau' (art. 114 lid 3 EU-Werkingsverdrag). De richtlijn is in belangrijke mate een consolidatie van bestaande richtlijnen – de colportagerichtlijn,[359] de richtlijn oneerlijke bedingen,[360] de richtlijn koop op afstand[361] en de richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties.[362] De richtlijn betreft daarmee centrale gebieden van het vermogensrecht als de regeling van algemene voorwaarden en de koop van roerende zaken door consumenten. Dat betekent dat de richtlijn hoe dan ook een impact heeft op het algemene vermogensrecht. De mate waarin dat het geval is, hangt in ieder geval ten dele af van het antwoord op de vraag welke ruimte de nationale wetgever nog heeft ten aanzien van door de richtlijn geregelde onderwerpen. Beslissend voor dat antwoord is in hoeverre de richtlijn bepaalde onderwerpen uitputtend en volledig regelt. Bij uitputtende harmonisatie wordt een bepaald onderwerp dat binnen het materiële en personele bereik van de richtlijn valt, geheel door de richtlijn geregeld, bij niet-uitputtende harmonisatie regelt de richtlijn slechts bepaalde aspecten van het onderwerp, maar wordt regeling van het onderwerp voor het overige aan de lidstaten gelaten.[363] Wissink wijst erop dat richtlijnen op het gebied van het privaatrecht in het algemeen niet de bedoeling hebben om bepaalde onderwerpen uitputtend te regelen.[364]
Hesselink geeft terecht aan dat de richtlijn en de toelichting op het richtlijnvoorstel op diverse plaatsen het (voort)bestaan van nationaal algemeen privaatrecht veronderstellen[365] en dat de regeling van geen van de onderwerpen in de ontwerprichtlijn compleet is.[366] In zoverre is het eenvoudigweg ondenkbaar dat de ontwerprichtlijn uitputtend kan zijn. Zo geeft zij wel aan dat de consument in bepaalde (beperkte) gevallen het recht heeft om een koopovereenkomst te ontbinden, maar regelt zij niet hoe de consument de koopovereenkomst moet ontbinden en wat de gevolgen van de ontbinding van de koopovereenkomst zijn. Het kan niet anders dan dat de bepalingen van artikel 6:267 e.v. BW deze aspecten van de ontbinding van de consumentenkoopovereenkomst moeten en mogen regelen. Toepassing van het nationale recht zal echter de wél door de richtlijn geregelde onderwerpen niet mogen doorkruisen.[367]

[358] In het onderstaande wordt ervan uitgegaan dat de richtlijn tot stand komt overeenkomstig het gewijzigde voorstel dat circuleert binnen de Raad van Ministers van 10 december 2009, te vinden via http://register.consilium.europa.eu (interinstitutional file 2008/0196 (COD), laatstelijk gecontroleerd op 10 maart 2010). Verwijzingen naar de richtlijn zijn in werkelijkheid verwijzingen naar deze versie van het richtlijnvoorstel. Verwijzingen naar het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie van 8 oktober 2008, COM(2008) 614 definitief, worden aangeduid als: oorspronkelijk richtlijnvoorstel.

[359] Richtlijn 85/577/EEG, Pb. 1985, L 372/31.

[360] Richtlijn 93/13/EEG, Pb. 1993, L 95/29.

[361] Richtlijn 97/7/EG, Pb.EU 1997, L 144/19.

[362] Richtlijn 1999/44/EG, Pb.EU 1999, L 171/12.

[363] Wissink, M.H., Richtlijnconforme interpretatie van het burgerlijk recht, diss. Leiden, Deventer: Kluwer, 2001, nr. 38; Hesselink, M.W., Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn Consumentenrechten', in: Hesselink, M.W. en. Loos, M.B.M., (red.), Het voorstel voor een Europese richtlijn Consumentenrechten. Een Nederlands perspectief, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 76. Zie over deze harmonisatietypes ook hoofdstuk 2, par. 2.3.

[364] Wissink 2001, nr. 39.

[365] Hesselink 2009, p. 79. Zie bijv. p. 7 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, COM(2008) 614.

[366] Hesselink 2009, p. 80.

[367] Wissink 2001, nr. 39.

Wel is duidelijk dat voor zover een onderwerp binnen het personele en materiële bereik valt, sprake is van volledige harmonisatie, nu artikel 4 van de ontwerprichtlijn Consumentenrechten dit met zoveel woorden bepaalt. Volledige harmonisatie van 'kernbegrippen' van het Europees consumentenrecht wordt nodig geacht om rechtszekerheid te creëren voor zowel consumenten als bedrijven: zij moet ertoe leiden dat consumenten erop kunnen vertrouwen dat één regeling van de rechten en verplichtingen van partijen in de gehele Europese Unie geldt. Daarmee zouden de belemmeringen voor de interne markt worden weggenomen die voortkomen uit het bestaan van verschillende regels in de lidstaten.[368] Het zou de lidstaten daarom niet mogen worden toegestaan om op het geharmoniseerde terrein andere bepalingen te introduceren of te handhaven dan die welke voortvloeien uit de richtlijn.[369] Concreet betekent dit dat voor zover de richtlijn over een bepaald (aspect van een) onderwerp regels stelt, nationale regels niet mogen afwijken van de bepalingen van de richtlijn. Bestaande regels van consumentenbescherming die verder gaan dan de richtlijn toestaat, moeten dan ook worden afgeschaft.[370] Dat betekent overigens ook dat implementatie van de richtlijn niet vergezeld zal gaan van 'goldplating' – verdergaande bescherming mag immers niet worden geboden. Wel is de mogelijkheid aanwezig dat ter voorkoming van incoherentie van en inconsistenties binnen het nationale vermogensrecht wordt besloten om ook de regels die gelden voor niet-consumentenovereenkomsten aan te passen aan de bepalingen van de richtlijn (spontane harmonisatie, zie hierna).

Met de stroomlijning van de oorspronkelijke vier richtlijnen in de nieuwe richtlijn consumentenrechten wordt echter maar een deel van de ondoorzichtelijkheid op het Europese niveau aangepakt. De richtlijn consumentenrechten zal immers een potentieel zeer breed bereik krijgen en het lijkt onvermijdelijk dat het aan talloze andere Europese regelgeving zal raken. Zo is er bijvoorbeeld de vraag hoe de richtlijn consumentenrechten zich verhoudt tot de Dienstenrichtlijn (2006/123). Beide hebben een breed toepassingbereik en beide leggen belangrijke informatieverplichtingen op aan dienstverleners. Noch in het richtlijnvoorstel, noch in de Dienstenrichtlijn wordt duidelijk gemaakt welke richtlijn voorgaat in het geval dat beide richtlijnen – die beide uitgaan van volledige harmonisatie – gelijktijdig van toepassing zijn. Dit kan praktische problemen opleveren, omdat bijvoorbeeld de informatieverplichtingen die in de beide richtlijnen zijn opgenomen verschillen vertonen.[371]

Of afschaffing of beperking van bestaande consumentenrechtelijke regels wenselijk of acceptabel is, is in de eerste plaats een rechtspolitieke vraag die in het kader van de vaststelling van de richtlijn speelt en heeft gespeeld. Indien de richtlijn eenmaal is vastgesteld, volgt de verplichting tot afschaffing van verdergaande nationale consumentenbeschermende bepalingen, als gezegd, uit het karakter van de volledige harmonisatie van de richtlijn. Dat betekent evenwel niet dat daarmee direct duidelijk is welke regels aanpassing behoeven. Met name het oorspronkelijke richtlijnvoorstel was op dit punt bijzonder onduidelijk. In het bijzondere deel wordt ingegaan op een aantal voorbeelden hiervan.

2. Procedurele en institutionele vormgeving

2.1 Het primaat van de wetgever en de mogelijkheid van delegatie op nationaal niveau

De richtlijn consumentenrechten laat het de lidstaten vrij om te bepalen of de richtlijn wordt omgezet door wetgeving of door lagere regelgeving, zo blijkt ook uit artikel 46 van de richtlijn. In de praktijk wordt regelgeving op het gebied van het privaatrecht niet of slechts in zeer beperkte mate overgelaten aan lagere wetgevers. Dit is mede verklaarbaar door het feit dat artikel 107 Grondwet bepaalt dat de wet het burgerlijk recht in algemene wetten regelt, behoudens de mogelijkheid om bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten te regelen. Aanwijzing 22 van de Aanwijzingen voor de regelge-

368 Vgl. overweging 8 van de preambule.

369 Zie overweging 9 van de preambule.

370 Zie Loos, M.B.M., 'Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijn-voorstel', Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2008/5, p. 174.

371 Op de informatieplichten in de richtlijn Consumentenrechten zal in het bijzondere deel worden teruggekomen.

ving[372] bepaalt dat de hoofdelementen van de wettelijke regeling in de wet zelf dient te worden opgenomen; daartoe behoren blijkens de toelichting in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling en in beginsel ook de voornaamste duurzame normen.[373] Uitgangspunt is daarmee dat privaatrechtelijke regelgeving in het Burgerlijk Wetboek zelf, of in bijzondere formele wetten, zoals de Colportagewet, geschiedt. Uitvoerende regelgeving ontbreekt dan ook nagenoeg geheel. Slechts op een beperkt aantal gebieden biedt de wet de mogelijkheid tot delegatie. Dit geldt vooral het gebied van algemene voorwaarden – waar artikel 6:239 BW de mogelijkheid biedt om de grijze lijst van artikel 6:237 BW te wijzigen bij algemene maatregel van bestuur, met mededeling aan de voorzitters van de beide Kamers van de Staten-Generaal en eventueel voorafgaand horen van representatieve organisaties van gebruikers en consumenten – en ten aanzien van informatieplichten. Informatieplichten worden soms bij wet geregeld – zo bijvoorbeeld de situatie voor de informatieplichten bij op afstand gesloten overeenkomsten[374] – maar soms ook bij algemene maatregel van bestuur – zo in het geval van de Colportagewet,[375] ten aanzien van timeshare-overeenkomsten[376] en voor reisovereenkomsten.[377]

2.2 Delegatie op Europees niveau; Comitologie-procedure

De ontwerprichtlijn Consumentenrechten is niet een 'kaderrichtlijn' in de institutionele betekenis van het woord. Hij voorziet nauwelijks in delegatie en zelfs voor zover dat wel het geval is, staat nu juist dit aspect van het voorstel momenteel ter discussie. Het gaat hier om artikel 39 lid 2 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, dat voorziet in aanpassing van de bijlagen II en III met daarin de lijsten met (mogelijk) oneerlijke bedingen, de 'zwarte' resp. de 'grijze' lijst van bedingen die worden geacht (Bijlage II) resp. worden vermoed (Bijlage III) onredelijk bezwarend te zijn. De bevoegdheid tot wijziging diende te worden gebruikt om te waarborgen dat de regels inzake oneerlijke bedingen op consistente wijze worden toegepast.[378] De Commissie zou daartoe worden bijgestaan door het speciaal hiervoor ingestelde 'Comité voor oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten',[379] Het comité zou jaarlijks drie maal[380] bijeenkomen om te oordelen over de vraag of de lijsten moeten worden aangevuld met bedingen die in de lidstaten als oneerlijk zijn geoordeeld; op de lidstaten werd in dit kader de verplichting gelegd om van dergelijke beslissingen van rechters of toezichthouders melding te maken aan de Europese Commissie. De verplichting hiertoe zou slechts gelden voor die beslissingen die de lidstaten 'relevant achten met het oog op aanpassing' van de bijlagen.[381] Met andere woorden: het was aan de discretie van de lidstaten overgelaten om te bepalen of een beslissing waarmee een beding als oneerlijk wordt aangemerkt ook te melden aan de Europese Commissie.[382] De toepassing van de comitologie-procedure op de vaststelling van de Europese zwarte en grijze lijst kon om meerdere redenen worden bekritiseerd. In de eerste plaats is de procedure bedoeld om essentiële onderdelen van een basisregeling toe te passen. Daarbij is met name gedacht aan maatregelen ter bescherming van de gezondheid en veiligheid van mensen, dieren en planten.[383] Het gaat dan dus om

372 Aanwijzingen voor de regelgeving (zoals laatstelijk gewijzigd bij Circulaire van de Minister-President, Stcrt. 2005, 87). De Aanwijzingen voor de regelgeving zijn te downloaden via http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over_wetgeving/wetgevingskwaliteit/instrumenten/ (laatstelijk gecontroleerd op 22 januari 2010).

373 Zie de toelichting bij de Aanwijzingen voor de regelgeving, p. 13.a

374 Voor op afstand gesloten overeenkomsten zijn de informatieverplichtingen opgenomen in artikel 7:46c lid 1 en lid 2 BW.

375 Zie artikel 24 lid 2 sub b Colportagewet.

376 Zie artikel 7:48b lid 1 BW.

377 Zie artikel 7:501 lid 1 BW.

378 Zie overweging (53) van de preambule bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel.

379 Zie artikel 40 lid 1 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel.

380 Zie de toelichting die aan het oorspronkelijke richtlijnvoorstel voorafgaat, p. 8.

381 Zie artikel 39 lid 1 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel.

382 Een dergelijke beperking lijkt niet onverstandig: het zou ongetwijfeld om veel te veel uitspraken of beslissingen zijn gegaan, zodat het hele systeem zou worden overladen. Bovendien dient bij de beoordeling van de mogelijke oneerlijkheid rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zodat het feit dat een beding in een bepaald (concreet) geval oneerlijk wordt geoordeeld, niet automatisch betekent dat het in alle gevallen (absoluut) oneerlijk is. Dat is overigens anders bij een op de voet van artikel 38 richtlijn Consumentenrechten gevoerde collectieve actie-procedure, waar juist van concrete omstandigheden wordt geabstraheerd. Dergelijke beslissingen lenen zich waarschijnlijk beter voor veralgemenisering op Europees niveau en zouden in mijn ogen dan ook steeds moeten zijn gemeld aan de Commissie.

383 Barents, B., en Brinkhorst, L.J., Grondlijnen van Europees recht, Deventer: Kluwer, 12e druk, 2006, p. 214.

aangelegenheden van meer technische aard, waarvoor in veel gevallen ook snel ingrijpen noodzakelijk is. Bij de wijzigingen van de zwarte en grijze lijst gaat het daarentegen om wijzigingen van het materiële recht. Ook is onduidelijk of een dergelijke mogelijkheid tot snelle wijziging wel noodzakelijk is: met behulp van de flexibele open norm van artikel 32 lid 1 van de richtlijn kunnen oneerlijke bedingen worden bestreden, terwijl in het geval een meer principieel verbod van een bepaald beding noodzakelijk wordt geacht, de richtlijn zelf gewijzigd zou kunnen worden conform de normale procedure voor de vaststelling van een (wijzigings)richtlijn. Het is voorts de vraag of de zwarte en grijze lijst door deze procedure feitelijk sneller gewijzigd zouden worden dan door een reguliere wijziging van een richtlijn mogelijk is. De Nederlandse ervaring met de mogelijkheid tot de wijziging van artikel 6:237 BW door middel van een algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 6:239 BW doet daar wel aan twijfelen: van die bevoegdheid is nimmer gebruik gemaakt.
De bijzondere comitologie-procedure tot wijziging van de bijlagen bij de richtlijn is echter al in een vroegtijdige behandeling binnen de Raad van Ministers geschrapt. In de definitieve versie van de richtlijn keert zij niet terug.
De richtlijn is wel een 'kaderrichtlijn' in de materiële zin aangezien zij 'kaderscheppend' werkt voor het consumentenrecht. Dat vloeit reeds voort uit het feit dat de richtlijn regels geeft die in beginsel van toepassing zijn op alle consumentenovereenkomsten (overeenkomsten tussen een handelaar en een consument). Tot nu toe werd steeds gekozen voor een sectorspecifieke aanpak: een aparte richtlijn voor pakketreizen, overeenkomsten die op afstand worden gesloten en colportageovereenkomsten. Een aantal van deze bestaande sectorspecifieke richtlijnen zal nu opgaan in de nieuwe richtlijn en vanuit deze codificatie zal het consumentenrecht weer een stap verder worden geharmoniseerd. Dat de richtlijn geen grondslag biedt voor nadere regelgeving, betekent dan ook niet dat de bepalingen van de richtlijn een beperkt toepassingsgebied hebben. Integendeel: gezien de ruime omschrijving van het toepassingsgebied van de richtlijn – in beginsel alle overeenkomsten tot levering van zaken en diensten door een handelaar aan consumenten – hebben met name de artikelen 4a-6 betreffende de algemene informatieplichten en de artikelen 30-38 betreffende oneerlijke bedingen een zeer ruim bereik. Niet uitgesloten is ten slotte dat de richtlijn in de toekomst de plaats wordt waarin ook de herziening van andere richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht wordt geconsolideerd en dat de richtlijn dan wel kaderscheppend wordt ten aanzien van andere regelgeving. Het lijkt overigens onwaarschijnlijk dat Nederland hierop bij de implementatie van de richtlijn zal anticiperen, al was het alleen maar omdat het tijdsschema waarbinnen de implementatie dient te geschieden, vrij kort zal zijn en iedere onverplichte uitbreiding van de wetgeving kan leiden tot vertraging bij de implementatie.

2.3 De rol van het maatschappelijk middenveld in Nederland

Bij de voorbereiding van de Nederlandse inbreng naar aanleiding van de voorgestelde richtlijn consumentenrecht is advies ingewonnen van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad (SER). Het ligt in de rede dat ook bij de omzetting van de richtlijn een adviesaanvraag zal worden ingediend over de voorgenomen wijze van implementatie. De Ministeries van Economische Zaken en Justitie hebben voorts gezamenlijk bijeenkomsten georganiseerd (met bijdragen van de SER). Tijdens deze 'klankbordbijeenkomsten' is aan de hand van concrete casusposities gedebatteerd over de ontwerp-richtlijn. De gedachte was dat een zo breed mogelijk draagvlak zou worden gecreëerd indien zoveel mogelijk stakeholders hierbij werden uitgenodigd. Men denke hierbij aan de Consumentenbond en het bedrijfsleven (VNO-NCW) maar ook aan de Consumentenautoriteit. Dat draagvlak werd van belang geacht voor zowel de positieve uitkomst van de onderhandelingen (zijn uiteindelijk Nederlandse standpunten waarover iedereen is geconsulteerd te herkennen in de uiteindelijke richtlijn) als negatieve uitkomsten (meer begrip voor het feit dat bepaalde Nederlandse standpunten het niet hebben gehaald).

De Consumentenbond heeft daarnaast nadrukkelijk via de Europese organisatie BEUC (European Consumers' Organisation) getracht invloed uit te oefenen op de definitieve versie van de richtlijn; ongetwijfeld zullen ook VNO-NCW en MKB Nederland hun invloed hebben laten gelden. Daarnaast is kort na het uitbrengen van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel in Amsterdam een symposium

gehouden, waarin wetenschappers en praktijkjuristen, in aanwezigheid van vertegenwoordigers van het Ministerie van Justitie en het Ministerie van Economische Zaken, over het oorspronkelijke richtlijnvoorstel hebben gedebatteerd. De tijdens het symposium gehouden voordrachten zijn gepubliceerd.[384]

2.4 De autonomie van het Nederlandse procesrecht en zelfregulering

Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat als gevolg van de richtlijn consumentenrechten aanmerkelijke aanpassingen nodig zijn van het Nederlands burgerlijk procesrecht. Dit is mogelijk anders ten aanzien van de vraag in hoeverre de Nederlandse rechter bevoegd of verplicht is tot ambtshalve toetsing aan de wetgeving die dient ter implementatie van de richtlijn. Het hieronder nog te bespreken arrest van het Hof van Justitie in de zaak Pannon[385] lijkt echter mee te brengen dat aanpassing van het burgerlijk procesrecht niet nodig is. Wel dient de Nederlandse rechter erop bedacht te zijn dat ambtshalve toetsing verplicht is – in het kader van algemene voorwaarden – of ten minste tot de bevoegdheden van de rechter behoort – zoals onlangs door het Hof is aangegeven ten aanzien van de bepalingen van de colportage-richtlijn.[386]

De richtlijn biedt weinig ruimte voor zelfregulering door het bedrijfsleven, al dan niet tezamen met consumentenorganisaties. Bestaande mechanismen ten aanzien van collectieve actie-procedures – zoals de verplichting tot voorafgaand overleg[387] – kunnen evenwel blijven bestaan, nu artikel 41 richtlijn consumentenrechten bepaalt dat de lidstaten passende en doeltreffende middelen beschikbaar dienen te stellen voor het voeren van een collectieve actie-procedure overeenkomstig het nationale recht. De verplichting om door middel van overleg de handelaar trachten te bewegen zelf zijn handelwijze of contractsvoorwaarden in overeenstemming te brengen met de richtlijn alvorens een collectieve actie-procedure aan te kunnen spannen, kan gezien de beperkte eisen die aan deze poging worden gesteld, in overeenstemming met de richtlijn worden geacht. Aanpassing van deze regelgeving lijkt derhalve niet vereist.

3. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader

Zoals reeds opgemerkt is de richtlijn consumentenrechten in belangrijke mate een consolidatie van vier bestaande richtlijnen. Voor de omzetting van de richtlijn consumentenrechten is desalniettemin een ingrijpende wijziging van het Burgerlijk Wetboek (en van de Colportagewet, die vermoedelijk in het Burgerlijk Wetboek zal moeten worden geïntegreerd)[388] vereist, omdat de richtlijn consumentenrechten – anders dan de richtlijnen die zij vervangt – uitgaat van volledige harmonisatie. Bepalingen van nationaal recht die consumenten meer bescherming bieden dan de richtlijn toelaat, zullen dan ook moeten worden afgeschaft. Dat vergt een nauwkeurige beoordeling van de bestaande regels. Complicerende factor daarbij is dat de regels betreffende algemene voorwaarden en de regels die van toepassing zijn op consumentenkoopovereenkomsten in belangrijke mate óók gelden voor niet-consumentenovereenkomsten, zij het dat voor overeenkomsten met consumenten aanvullende bepalingen worden gesteld en het geheel van regels dat van toepassing is op de consumentenovereenkomst dwingendrechtelijk van aard is. Aanpassing van de bestaande regels kan dan ook al snel betekenen dat ook de regels voor niet-consumentenovereenkomsten gewijzigd (kunnen of moeten) worden. De interactie tussen de bepalingen van de richtlijn en het bredere kader van het Nederlandse

384 Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (red.), Het voorstel voor een Europese richtlijn Consumentenrechten. Een Nederlands perspectief, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009.

385 Zie C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, arrest van het HvJ van 4 juni 2009, n.n.g.

386 Zie C-227/08, Martín Martín/EDP Editores, arrest van het HvJ van 17 december 2009, n.n.g.

387 Zie artikel 3:305a lid 2 BW en, ten aanzien van onredelijk bezwarende bedingen, artikel 6:240 lid 4 BW.

388 Dit kan op ambtelijk-organisatorische problemen stuiten, daar het Ministerie van Economische Zaken (anders dan bij de andere 'oude' regelingen) eerste ondertekenaar van de Colportagewet is. Een dergelijke gescheiden behandeling vergroot evenwel het risico op onjuiste omzetting van de richtlijn Consumentenrechten. Het verdient daarom aanbeveling om de richtlijn Consumentenrechten als één geheel te beschouwen en in één instrument te implementeren.

vermogensrecht zal direct duidelijk zijn geweest voor de bij de totstandkoming van de richtlijn betrokken ambtenaren. De wetgever kan ervoor kiezen de gevolgen van de invoering van de richtlijn beperkt te houden tot de daardoor direct geraakte overeenkomsten – consumentenovereenkomsten – door het buiten toepassing verklaren van de bestaande regels voor consumentenovereenkomsten en het ontwerpen van een aparte wet of een apart boek binnen het Burgerlijk Wetboek voor consumentenovereenkomsten. Voor niet-consumentenovereenkomsten zou de regelgeving daarmee ongewijzigd kunnen blijven. Dat leidt dan wel tot een tweedeling binnen het nationale contractenrecht in instrumenteel consumentenrecht en niet-instrumenteel niet-consumentenrecht.[389] Het alternatief is om ook voor niet-consumentenovereenkomsten de bestaande regels te wijzigen overeenkomstig de bepalingen van de richtlijn. De taak van de wetgever is in dit verband geen eenvoudige, aangezien de richtlijn consumentenrecht op sommige onderdelen leidt tot een trendbreuk binnen het Nederlandse recht.

Artikel 1 van de richtlijn geeft aan dat het doel van de richtlijn is 'bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en om een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen' door harmonisatie van die aspecten van het recht dat van toepassing is op consumentenovereenkomsten die het belangrijkst zijn voor de interne markt.[390] Centraal staat derhalve enerzijds de bevordering van de interne markt voor overeenkomsten tussen consumenten en handelaren,[391] en anderzijds het tot stand brengen van een hoog niveau van consumentenbescherming, een en ander voor zover het een onder de richtlijn vallende overeenkomst betreft. De richtlijn heeft daarmee een instrumenteel karakter. De instrumentele doelen zijn niet eenvoudig verenigbaar met de doelstelling en het karakter van het algemene privaatrecht, dat, zoals Hesselink aangeeft, 'veelal hoogstens de rechtvaardige oplossing van geschillen tussen private partijen als doel heeft.'[392] Indien ervoor gekozen wordt om de regels die van toepassing zijn op consumentenovereenkomsten uit het algemene vermogensrecht te snijden en deze onder te brengen in een afzonderlijke wet of afzonderlijk boek binnen het Burgerlijk Wetboek, is de hierboven genoemde tweedeling in instrumenteel consumentenrecht en niet-instrumenteel niet-consumentenrecht een feit. Interne coherentie van en consistentie binnen het nationale contractenrecht is eigenlijk alleen te handhaven door middel van spontane harmonisatie, d.w.z. door de regels van de richtlijn consumentenrecht ook toe te passen op overeenkomsten die buiten het personele en materiële bereik van de richtlijn vallen. Zo is voorstelbaar dat de regels die gelden voor consumentenkoopovereenkomsten, ook worden toegepast op koopovereenkomsten tussen twee professionele partijen en op koopovereenkomsten tussen twee personen die niet handelen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf. Ook is denkbaar om de regels die gelden voor de consumentenkoop ook toe te passen op de koop van woningen, al dan niet door een consument. In beide gevallen leidt spontane harmonisatie – hier: toepassing van de regels van de richtlijn buiten het personele resp. materiële bereik van de richtlijn – ertoe dat de regels van de koopovereenkomst zo veel mogelijk gelijk zijn, waardoor de interne coherentie van het recht zoveel mogelijk in stand blijft. Wanneer de wetgever ervoor zou kiezen om op deze gebieden niet tot spontane harmonisatie over te gaan, zullen de regels voor consumentenovereenkomsten en niet-consumentenovereenkomsten noodzakelijkerwijs uiteenlopen. Consumenten en ondernemers zullen dan worden geconfronteerd met materieel verschillende regels naar gelang de overeenkomst betrekking heeft op een overeenkomst tussen een consument en een handelaar met betrekking tot de koop van een roerende zaak, en andere koopovereenkomsten (koopovereenkomsten tussen een consument en een handelaar met betrekking tot onroerende zaken, koopovereenkomsten tussen twee consumenten en koopovereenkomsten tussen twee handelaren). Overigens zou ook een middenweg kunnen worden gekozen: bij de implementatie van de richtlijn zou aan de in de richtlijn opgenomen regeling een breder toepassings-

389 Hesselink 2009, p. 67.

390 Toelichting bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, p. 7.

391 De term betreft zowel verkopers als dienstverleners. Met de term wordt, overeenkomstig de omschrijving in artikel 2 onder 2 van de richtlijn, gedoeld op de natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelt voor doeleinden die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit. Een soortgelijke omschrijving is opgenomen in artikel 6:193a BW, opgenomen in afd. 6.3.3A (Oneerlijke handelspraktijken).

392 Hesselink, M.W., 'Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn Consumentenrechten', in: Hesselink, M.W. Loos, M.B.M., (red.), Het voorstel voor een Europese richtlijn Consumentenrechten. Een Nederlands perspectief, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 64.

bereik gegeven kunnen worden. Zo zou de regeling bijvoorbeeld ook van toepassing kunnen worden verklaard op overeenkomsten met kleine zelfstandigen ('ZZP-ers'). Dat kan evenwel niet door de definitie van het begrip 'consument' uit te breiden, aangezien ook deze definitie (volledig) wordt geharmoniseerd.

Doordat de richtlijn consumentenrechten grotendeels dezelfde terminologie hanteert als de richtlijnen die zij vervangt, levert de 'vertaling' van de door de richtlijn gehanteerde terminologie geen additionele problemen op voor het Nederlandse recht. De bij de implementatie van de oorspronkelijke vier richtlijnen gekozen 'vertaling' naar Nederlandse begrippen – zo zijn de begrippen 'afstand doen van de gevolgen van zijn verbintenis' (artikel 5 lid 1 colportagerichtlijn) en 'herroepingsrecht' (artikel 6 lid 1 richtlijn koop op afstand) beide vertaald als een ontbindingsbevoegdheid – kan ook bij de implementatie van de richtlijn consumentenrechten worden overgenomen. De op het eerste gezicht onduidelijke betekenis van de bepaling dat oneerlijke bedingen 'niet bindend' zijn voor de consument (artikel 37 richtlijn consumentenrechten) komt overeen met de bepaling dat oneerlijke bedingen de consument 'niet binden' (artikel 6 lid 1 richtlijn oneerlijke bedingen) en de bepaling dat afwijkingen van de rechten die de richtlijn consumentenkoop de consument evenmin 'binden' (artikel 7 lid 1 richtlijn consumentenkoop). De onduidelijkheid van de oorspronkelijke bepalingen is inmiddels verduidelijkt in een reeks arresten van het Hof van Justitie.[393] Ten aanzien van eventuele nieuwe termen zal vermoedelijk de voorkeur worden gegeven aan het direct incorporeren van deze nieuwe termen in het BW in plaats van deze te vertalen naar bestaande Nederlandse rechtsbegrippen. De reden hiervoor is tweeërlei: ten eerste worden zo fouten bij de implementatie (en mogelijk zelfs infractieprocedures ex artikel 258 EU-Werkingsverdrag) voorkomen,[394] en ten tweede kan het gebruik van autonome Europese termen in zekere opzichten de rol van de Nederlandse rechter vergemakkelijken: de rechter ziet hierdoor direct dat hij met een term van Europese origine te maken heeft en kan dan beslissen een prejudiciële vraag te stellen overeenkomstig artikel 267 EU-Werkingsverdrag.

Het is niet uitgesloten dat bij eventuele toekomstige 'aanbouwwetgeving' wél terminologische aanpassingen gemaakt zullen moeten worden, aangezien bij een herziening en uitbreiding van de richtlijn consumentenrechten, mogelijkerwijs de terminologie van het Common Frame of Reference als uitgangspunt genomen zal worden.

393 Hier worden slechts genoemd Gevoegde Zaken C-240/98 t/m C-244/98, Océano Grupo Editorial e.a./Murciano Quintero e.a., Jur. 2000, p. I-4941, C-473/00, Cofidis, Jur. 2002, p. I-1875, C-168/05, Mostaza Claro, Jur. 2006, p. I-10421, C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustiké Győrfi n.n.g. en C-40/08, Asturcom n.n.g.

394 Dit zou overigens een goede reden zijn om ter gelegenheid van de implementatie van de richtlijn Consumentenrechten de bestaande Colportagewet te integreren in het Burgerlijk Wetboek, zie hiervoor.

Bijzonder deel

4. Informatieverplichtingen

In de Toelichting op het oorspronkelijke richtlijnvoorstel is opgemerkt dat de voorgestelde richtlijn niet raakt 'aan meer algemene concepten van het verbintenissenrecht, zoals de bevoegdheid om een overeenkomst te sluiten of de toekenning van schadevergoeding'.[395] Deze beperking van het toepassingsgebied van de richtlijn volgde niet uitdrukkelijk uit de tekst van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, maar lijkt – gezien de reacties van de Europese Commissie[396] op de hierop geuite kritiek – wel te zijn beoogd. In de uiteindelijke (Engelstalige) versie van de richtlijn komt dit ook uitdrukkelijk naar voren. Artikel 3 lid 5 bepaalt daartoe het volgende: 'This Directive does not affect national law in the area of general contract law regulating the conclusion or validity of a contract, or the rights of the contracting parties to terminate a contract on the basis of a breach of contract, insofar as this is not harmonised in this Directive' (curs. toegevoegd). Onduidelijk is echter wat deze beperking precies met zich brengt. Zo lijkt de richtlijn op het eerste gezicht niet tot aanpassing te dwingen van de regels die de contractsluiting betreffen, zoals de regels over aanbod en aanvaarding, de regeling van de wilsgebreken en van handelingsonbekwaamheid. Die indruk is evenwel niet geheel juist, aangezien de richtlijn uitgebreide bepalingen bevat over informatieverplichtingen die voorafgaande aan of bij het sluiten van de overeenkomst nagekomen dienen te worden door de handelaar (de verkoper of dienstverlener).[397] Deze deels precontractuele, deels contractuele informatieverplichtingen dienen uitdrukkelijk in de wet opgenomen te worden en gelden voor alle onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallende overeenkomsten, derhalve voor alle overeenkomsten tot levering van een zaak of dienst door een 'handelaar'[398] – een professionele verkoper of dienstverlener – aan een consument. Dat brengt mee dat – voor zover niet uitdrukkelijk anders bepaald – de informatieverplichtingen op vrijwel alle door consumenten met handelaren gesloten overeenkomsten van toepassing zijn. Gezien het feit dat het begrip 'dienstenovereenkomst' in de richtlijn ruimer is dan de omschrijving van in het Nederlandse recht bekende bijzondere overeenkomsten als overeenkomst van opdracht, bewaarneming en aanneming van werk, is het bovendien niet goed voorstelbaar dat de informatieverplichtingen op juiste wijze geïmplementeerd zouden kunnen worden in Boek 7 BW. Opname in Boek 6, in afdeling 6.5.2 of eventueel een nieuwe afdeling 6.5.2A, ligt daarmee voor de hand.

Mocht hiertoe besloten worden, dan kan ook overwogen worden om in die afdeling regels op te nemen die betrekking hebben op bijzondere vormen van contractsluiting en eventueel ook bijzondere overeenkomsten. In de eerste plaats kan daarbij worden gedacht aan de op afstand gesloten overeenkomsten en de overeenkomsten die buiten een reguliere verkoopruimte worden gesloten – waaronder in het bijzonder ook vallen de door middel van colportage tot stand gebrachte overeenkomsten. Maar ook een verdergaande regeling is denkbaar: naast deze overeenkomsten gelden bijzondere informatieverplichtingen ten aanzien van onder meer op afstand gesloten overeenkomsten tot levering van financiële diensten, ten aanzien van consumentenkredietovereenkomsten (beide thans geregeld in de Wft), reisovereenkomsten en timeshare-overeenkomsten. Overwogen zou kunnen worden om in het Burgerlijk Wetboek alleen de algemene informatieverplichtingen te regelen en om bijzondere informatieverplichtingen voor bijzondere overeenkomsten of op bijzondere wijze tot stand gekomen overeenkomsten bij algemene maatregel van bestuur te regelen op basis van een delegatiebepaling in het Burgerlijk Wetboek. Voor deze implementatiewijze is thans gekozen

395 Toelichting bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, p. 7.

396 Zie bijv. de speech van de Commissaris voor Consumentenaangelegenheden Kuneva van 2 maart 2009 ter gelegenheid van de hoorzitting van de IMCO (Committee for the Internal Market and Consumer Protection van het Europees Parlement) over de ontwerp-richtlijn, p. 2, te downloaden via http://ec.europa.eu/commission_barroso/kuneva/speeches/speech_consumer_rights_dir_en.pdf (laatstelijk gecontroleerd op 13 januari 2010), en de speech van Kuneva van 13 maart 2009 ter gelegenheid van de ceremonie ter viering van de tiende European Consumer Day, te downloaden via http://ec.europa.eu/commission_barroso/kuneva/speeches/Speech_consumer_day.pdf (laatstelijk gecontroleerd op 13 januari 2010).

397 Artikel 5 van de richtlijn bevat algemene informatieverplichtingen, artikel 6 informatieverplichtingen voor tussenpersonen, artikel 9-11 bijzondere informatieverplichtingen voor koop op afstand en colportage.

398 De term 'handelaar' wordt reeds gebruikt in de regeling van de oneerlijke handelspraktijken, zie artikel 6:193a sub b BW.

ten aanzien van door middel van colportage tot stand gekomen overeenkomsten,[399] ten aanzien van timeshare-overeenkomsten[400] en voor reisovereenkomsten,[401] maar niet voor op afstand gesloten overeenkomsten.[402]

De sancties op schendingen van de informatieverplichtingen zijn overgelaten aan de lidstaten.[403] Dat betekent vermoedelijk dat een schending van de informatieverplichtingen kan leiden tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling (artikel 6:228 BW).[404] Het is echter de vraag of een dergelijk middel kan worden gezien als 'passende en doeltreffende middelen (...) om de bepalingen van deze richtlijn te doen naleven', zoals wordt vereist door artikel 41 van de richtlijn. Volgens overweging (58) in de preambule dienen de sancties die worden vastgesteld voor een inbreuk op de richtlijn 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' te zijn en dient Nederland erop toe te zien dat deze sancties worden toegepast. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling aan deze eisen voldoet. Een beroep op dwaling dient immers aan een aantal vereisten te voldoen om te kunnen slagen: de consument zou (1) een verkeerde voorstelling van zaken moeten hebben gehad over een essentiële eigenschap of omstandigheid, (2) zonder welke onjuiste voorstelling de overeenkomst niet of niet onder deze voorwaarden zou zijn gesloten (causaal verband), terwijl (3) de wederpartij moet hebben begrepen dat de eigenschap of omstandigheid waarover gedwaald is, van essentieel belang was voor de consument bij het nemen van het besluit tot contractsluiting.[405] Het lijkt onwaarschijnlijk dat de schending van de verplichting om, bijvoorbeeld, voor contractsluiting het geografische adres en de identiteit van de handelaar of het adres of de identiteit van degene voor wie de handelaar als tussenpersoon optreedt te noemen,[406] zou kunnen leiden tot een succesvol beroep op dwaling. Ook een schadevergoedingsvordering zal in dergelijke gevallen veelal geen uitkomst bieden, aangezien de consument veelal door het enkele niet voor contractsluiting op de hoogte zijn van deze informatie, geen schade zal hebben geleden. Dit brengt met zich mee dat in het algemene vermogensrecht een bepaling zal moeten worden opgenomen welke wel een 'adequaat en effectief middel' kan vormen om naleving van de informatieverplichtingen af te dwingen, bijv. door een afzonderlijke grond voor vernietiging van de overeenkomst in te voeren. Het toevoegen van een dergelijke vernietigingsgrond zou overigens niet nieuw zijn: de ter omzetting van de richtlijn elektronische handel[407] ingevoerde artikelen 6:227b en 227c BW bevatten reeds specifieke vernietigingsgronden wegens schendingen van informatieverplichtingen voor langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten.

5. Ontbindingsbevoegdheid gedurende de bedenktijd

Voor op afstand gesloten overeenkomsten en op overeenkomsten die buiten een reguliere verkoopruimte worden gesloten – waaronder in het bijzonder ook vallen de door middel van colportage tot stand gebrachte overeenkomsten – gelden naast bijzondere informatieverplichtingen ook voorschriften betreffende de wijze van contractsluiting. De richtlijn kent voorts een algemene regeling met betrekking tot de ontbinding van de overeenkomst tijdens de bedenktijd: gedurende een korte periode na contractsluiting dan wel na levering van de gekochte zaken kan de consument de overeenkomst zonder opgave van redenen, vormvrij en kosteloos ontbinden. Tot dusver zijn voor koop op

399 Zie artikel 24 lid 2 sub b Colportagewet.

400 Zie artikel 7:48b lid 1 BW.

401 Zie artikel 7:501 lid 1 BW.

402 Voor op afstand gesloten overeenkomsten zijn de informatieverplichtingen opgenomen in artikel 7:46c lid 1 en lid 2 BW.

403 Artikel 42a van het richtlijnvoorstel. Slechts ten aanzien van een aantal specifieke informatieverplichtingen bevat de richtlijn zelf de sanctie, zie artikel 5 lid 1a, 6 lid 2 en 13 van de richtlijn.

404 In bijzondere situaties zou eventueel ook vernietiging wegens bedrog of misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 3 resp. 4 BW) mogelijk zijn.

405 Aan de overige vereisten voor dwaling is in casu voldaan, aangezien (4) de dwaling veroorzaakt is door het schenden van een mededelingsplicht, en (5) de schending van de mededelingsplicht volgens vaste rechtspraak boven een mogelijke schending van de onderzoeksplicht van de consument zou gaan.

406 Artikel 5 lid 1 onder (b) van de richtlijn.

407 Richtlijn 2000/31/EG, Pb.EU 2001, L 178/1.

afstand en colportage afzonderlijke regels van toepassing in resp. afdeling 7.9A BW en de Colportagewet. Beide regelingen behoeven aanpassing omdat, in het bijzonder, de gevolgen van de ontbinding daarin niet zijn geregeld.[408]
Anders dan in de bestaande richtlijnen zijn deze gevolgen uitgebreid geregeld in de nieuwe richtlijn. De daarop betrekking hebbende bepalingen dienen in de wet te worden opgenomen. Daarbij verdient overweging om de regels in één regeling op te nemen (gelijk de richtlijn zelf doet) en om deze regels, voor zover mogelijk, ook van toepassing te verklaren op andere overeenkomsten waarvoor krachtens Europese regelgeving een bedenktijd geldt of gaat gelden, zoals timeshare-overeenkomsten, op afstand gesloten overeenkomsten tot levering van financiële diensten en consumentenkredietovereenkomsten. Daarbij dient in het bijzonder rekening te worden gehouden met het feit dat bijvoorbeeld ook de nieuwe timeshare-richtlijn[409] blijkens overweging (3) in de preambule uitgaat van volledige harmonisatie. Deze richtlijn laat de gevolgen van de ontbinding echter grotendeels ongeregeld. Artikel 8 lid 1 van de nieuwe timeshare-richtlijn geeft wel aan dat de partijen bij de overeenkomst door de ontbinding bevrijd worden van de verplichting om de overeenkomst uit te voeren, maar geeft niet aan hoe al geleverde prestaties ongedaan moeten worden gemaakt. De bepalingen uit de richtlijn consumentenrecht kunnen door de nationale wetgever dan ook van toepassing worden verklaard op de ongedaanmaking van de ontbonden timeshare-overeenkomst.

6. Algemene voorwaarden

In Nederland was lange tijd omstreden of de sanctie van vernietigbaarheid van een onredelijk bezwarend beding wel in overeenstemming is met artikel 6 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, dat vereist dat oneerlijke bedingen de consument 'niet binden'. De sanctie 'vernietigbaarheid' brengt immers met zich dat het beding tot het moment van vernietiging geldig is en het de ermee beoogde rechtsgevolgen heeft; pas door de vernietiging ontvalt de geldigheid aan het beding.[410] Op de vernietiging is de algemene regeling van de artikelen 3:49 en verder BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat de vernietiging zowel door de rechter als door middel van buitengerechtelijke verklaring kan geschieden.[411] In beide gevallen lijkt vereist dat de wederpartij een beroep doet op de vernietigbaarheid, met andere woorden: dat zij actie onderneemt om zich te bevrijden van de gebondenheid aan een onredelijk bezwarend beding. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt echter dat de nationale rechter gehouden is tot ambtshalve toetsing van onredelijk bezwarende bedingen in consumentenovereenkomsten.[412] Uit het recente Pannon-arrest[413] blijkt dan ook dat de nietigheid van het onredelijk bezwarende beding van rechtswege geldt en dat de rechter verplicht is dit ambtshalve te constateren 'zodra hij [de rechter] over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt' (ro. 32). Dat brengt in ieder geval met zich mee dat het beding onderdeel moet zijn van de rechtsstrijd van partijen – simpel gezegd: het beding moet relevant zijn voor de beoordeling van het geschil waarover partijen procederen. Indien hij het beding oneerlijk acht, dient hij de consument daarvan in kennis te stellen, waarna de consument desgewenst kan aangeven dat hij niet voornemens is het oneerlijke en niet-bindende karakter daarvan in te roepen. In dat geval is de nationale rechter 'niet gehouden' om het beding dan buiten toepassing te laten.[414] Uit het Pannon-arrest kan worden afgeleid dat de sanctie van vernietigbaarheid, mits gecombineerd met ambtshalve toetsing, voldoet aan de bestaande richtlijn oneerlijke contractsbedingen en dus ook aan de overeenkomstige bepaling in artikel 37 richtlijn consumentenrechten. Dat geldt te meer nu (de Engelstalige tekst van) artikel 37 uitdrukkelijk

[408] In de praktijk worden thans de regels van de ontbinding wegens een tekortkoming (artikel 6:265 BW e.v.) analoog toegepast, voor zover de bijzondere wetgeving daarvan niet afwijkt.

[409] Richtlijn 2008/122/EG, Pb.EU 2009, L 33/10.

[410] Asser-Hartkamp II, nr. 460.

[411] Hijma 2003, p. 69-70; Asser-Hartkamp II, nr. 359.

[412] Vgl. Gevoegde Zaken C-240/98 t/m C-244/98, Océano Grupo e.a., Jur. 2000, p. I-4941, C-473/00, Cofidis, Jur. 2002, p. I-1875; C-168/05, Mostaza Claro, Jur. 2006, p. I-10421; C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, n.n.g. en C-40/08, Asturcom n.n.g..

[413] C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, n.n.g.

[414] Zie r.o. 33.

aangeeft dat oneerlijke bedingen de consument niet binden 'in accordance with national law'. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat het concept 'niet binden' naar de nationale context 'vertaald' dient te worden.

Desalniettemin zal de richtlijn consumentenrechten tot aanpassing van afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden) moeten leiden, al was het alleen maar omdat de zwarte en grijze lijst in Bijlage II en III van de richtlijn ingrijpend verschillen van de bestaande lijsten in artikel 6:236 en 237 BW. De wijzigingen gaan echter verder. Belangrijk is in het bijzonder de bepaling van artikel 31 lid 2 van de richtlijn: vooraf opgestelde bedingen (algemene voorwaarden) dienen aan de consument ter beschikking te worden gesteld op een zodanige wijze dat hij daadwerkelijk in staat is zich daarvan op de hoogte te stellen voordat de overeenkomst gesloten wordt, met inachtneming van het gebruikte communicatiemiddel. In deze bepaling herkennen we de informatieplicht die in het Nederlandse recht opgenomen is in artikel 6:233 onder b BW en uitgewerkt is in artikel 6:234 BW. Een duidelijke sanctie voor een schending van de informatieplicht ontbreekt in de richtlijn, maar artikel 31 lid 4 van de richtlijn verbiedt het de lidstaten uitdrukkelijk om aanvullende eisen te stellen met betrekking tot de wijze waarop de bedingen in overeenkomsten ter beschikking van de consument gesteld worden. Aan de andere kant dient Nederland wel te zorgen voor 'passende en doeltreffende middelen (...) om de bepalingen van deze richtlijn te doen naleven', zoals wordt vereist door artikel 41 van de richtlijn. Deze middelen dienen volgens overweging (58) in de preambule doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend te zijn. De sanctie van vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden indien aan de consument geen redelijke mogelijkheid is geboden om kennis te nemen van de algemene voorwaarden, zoals thans bepaald in artikel 6:233 onder b BW, voldoet zonder meer aan deze vereisten.[415] De uit de parlementaire geschiedenis blijkende gedachte dat artikel 6:234 BW een limitatieve invulling bevat van de wijze waarop de informatieplicht kan worden nagekomen,[416] zal echter definitief moeten worden verlaten. Deze zeer restrictieve uitleg van de 'redelijke mogelijkheid' tot kennisneming is in de literatuur steeds bestreden met het argument dat artikel 6:233 sub b BW als een open norm is geformuleerd en dat ook de bewoordingen van artikel 6:234 BW niet tot de conclusie dwingen dat de opsomming limitatief van aard is, doch slechts aangeeft wanneer de handelaar in ieder geval heeft voldaan aan de informatieplicht.[417] De richtlijn zal – indien het richtlijnvoorstel op dit punt althans ongewijzigd zou worden aanvaard – in ieder geval nopen tot een dergelijke interpretatie. Met zijn arrest Geurtzen/Kampstaal[418] heeft de Hoge Raad al de nodige ruimte geschapen voor een toekomstige richtlijnconforme interpretatie. Het zou dan overigens voor de hand liggen als de terhandstellingsverplichting ook niet meer zou gelden in overeenkomsten waarbij de wederpartij zelf een handelaar (professionele partij) is: het lijkt moeilijk te verdedigen dat een professionele wederpartij op dit punt meer bescherming zou moeten krijgen dan een consument. Spontane harmonisatie lijkt op dit punt dan ook voor de hand te liggen.[419]

Het Pannon-arrest dwingt op een ander punt na te denken over nuancering in het Nederlandse contractenrecht. Uitgangspunt van artikel 6:231 onder a BW is dat kernbedingen – bedingen die de kern van de prestatie van een der partijen weergeven – geen algemene voorwaarden zijn. Dat geldt echter slechts voor zover dergelijke bedingen in duidelijke en begrijpelijke taal zijn geformuleerd. Onder de richtlijn consumentenrechten is de mogelijkheid tot toetsing van kernbedingen verder uitgebreid: de in artikel 32 lid 3 richtlijn consumentenrechten opgenomen uitzondering van de mogelijkheid om kernbedingen te toetsen, geldt slechts indien ten aanzien van deze bedingen

[415] Vgl. in ander verband ook het arrest Hof van Justitie in zaak C-227/08, Martín Martín/EDP Editores, waar het ging om de mogelijke nietigheid van een overeenkomst wegens schending van de verplichting door een handelaar om de consument te informeren over het bestaan van de ontbindingsbevoegdheid en de voorwaarden voor de uitoefening daarvan bij een door middel van colportage tot stand gekomen overeenkomst.

[416] Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1590, 1614-1615.

[417] Zie hierover bijvoorbeeld M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2001, nrs. 59-63.

[418] HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (Geurtzen/Kampstaal).

[419] Vgl. in deze zin ook Wissink, M.H., 'Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW. Knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) Richtlijn Consumentenrechten', VrA 2009/1, p. 58, 60-61, die in dit kader spreekt van 'doorharmoniseren'; zelf heb ik in mijn oratie in dit verband over 'spontane harmonisatie' gesproken, zie Loos, M.B.M., Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 6.

voldaan is aan de in artikel 31 lid 1 en 2 richtlijn gestelde eisen 'betreffende de transparantie van bedingen in overeenkomsten', waaronder ook de informatieplicht. Kernbedingen die niet voor contractsluiting ter kennis van de consument zijn gebracht, zijn daarmee te zien als algemene voorwaarden en, omdat de informatieplicht geschonden is, overeenkomstig artikel 6:233 sub b BW vernietigbaar. Vernietiging van het kernbeding zou dan logischerwijs moeten leiden tot nietigheid van de gehele overeenkomst, omdat van een kernbeding slechts sprake is indien de overeenkomst zonder het beding niet tot stand zou kunnen komen vanwege de onbepaalbaarheid van de wederzijdse verbintenissen van partijen.[420] In dat geval kan de overeenkomst derhalve niet in stand blijven, zoals de hoofdregel van artikel 37, tweede zin, van de richtlijn[421] voorschrijft. Mogelijk zou de rechter de consument deze consequentie voor moeten houden, zodat deze zich kan uitlaten over de vraag of hij het kernbeding dan wel of niet wil vernietigen – op soortgelijke wijze dus als waarop de rechter de consument dient voor te houden wat de gevolgen zijn van het buiten toepassing laten van een door hem ambtshalve als onredelijk bezwarend beoordeeld beding.[422]

Een bijzonder punt van aandacht betreft de regelgeving inzake gereguleerde markten, zoals de levering van energie door energieleveringsmaatschappijen. Zo bepaalt art. 95a Elektriciteitswet dat een ondernemer die aan kleinverbruikers, waartoe naast kleine ondernemingen ook consumenten worden gerekend, elektriciteit wil leveren, over een vergunning dient te beschikken. Artikel 95m lid 1 Elektriciteitswet bepaalt vervolgens dat de voorwaarden voor levering van elektriciteit of aansluiting op het elektriciteitsnet 'transparant, eerlijk en vooraf bekend' dienen te zijn, 'voor het sluiten van de overeenkomst' moeten worden verstrekt en te zijn gesteld in duidelijke en begrijpelijke taal. De verplichting om de algemene voorwaarden vooraf te verstrekken zal, net als het dwingende karakter van de bepaling in artikel 6:234 lid 1 BW, dienen te worden afgezwakt. Daarnaast is het de vraag of een bepaling als die van artikel 95m lid 8 Electriciteitswet, volgens welke een leverancier geen beding tot vergoeding in zijn overeenkomst mag opnemen indien de consument een overeenkomst van onbepaalde tijd opzegt, nog wel is toegestaan, aangezien een dergelijk beding een algemene voorwaarde is en dit beding als zodanig niet op de Europese zwarte lijst voorkomt. In dit verband moet erop worden gewezen dat het Hof van Justitie in de nationale wetgeving verboden handelspraktijken die niet overeenstemmen met de zwarte lijst bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, reeds in strijd met het Europese recht heeft geoordeeld, omdat ook die richtlijn van volledige harmonisatie uitgaat.[423] Sector-specifieke wetgeving als deze zal dan ook nadrukkelijk moeten worden onderzocht op de vraag of zij niet verdergaande consumentenbescherming biedt dan is toegestaan op grond van de richtlijn.

7. Koop en consumentenkoop

De richtlijn zal met name voor het Nederlandse kooprecht tot ingrijpende wijzigingen leiden, ofschoon de meest ingrijpende wijzigingen die het oorspronkelijke richtlijnvoorstel met zich bracht, in latere versies van het richtlijnvoorstel wat werden gematigd. In Nederland is ervoor gekozen om de regeling van de consumentenkoop zoveel mogelijk te integreren met de regels die gelden voor andere koopovereenkomsten. Daartoe zijn veel bepalingen in de kooptitel en de regels inzake niet-nakoming in het geval van een consumentenkoop van dwingendrechtelijke aard verklaard indien de gesloten koopovereenkomst voldoet aan de omschrijving van een consumentenkoop in de zin van artikel 7:5 BW.[424]
Daarnaast is een aantal bijzondere regels ingevoerd die alleen voor de consumentenkoop gelden.[425]

[420] In deze zin ook Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.) 2006, p. 328.

[421] Zie in dezelfde zin artikel 6 lid 1 richtlijn oneerlijke contractsbedingen.

[422] Vgl. Hof van Justitie C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, arrrest van 4 juni 2009, n.n.g., ro. 33; zie ook C-227/08, Martín Martín/EDP Editores, ro. 35.

[423] Zie C-261/07 en 299/07, VTB-VAB/Total Belgium, uitspraak van het HvJ van 23 april 2009, n.n.g. en C-304/08, Plus Warenhandelsgesellschaft, uitspraak van het HvJ van 14 januari 2010, n.n.g.

[424] Zie artikel 7:6 lid 1 BW.

[425] Deze bepalingen zijn krachtens het bepaalde in artikel 7:6 lid 1 BW eveneens van dwingend recht. Artikel 7:6 lid 2 BW geeft echter

Het bestaande kooprecht beschermt kopers – zowel consumenten als andere kopers – in verdergaande mate dan toegestaan is onder de richtlijn consumentenrechten. Het voor de praktijk belangrijkste verschilpunt betreft de duur van de wettelijke garantie. In Nederland kan de koper gedurende de gehele economische levensduur van een zaak een vordering wegens non-conformiteit instellen indien de zaak op zeker moment niet aan de overeenkomst blijkt te voldoen. Volgens artikel 28 lid 1 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel zou de consument de bevoegdheid daartoe echter slechts gedurende de eerste twee jaar na aflevering hebben, ook al betreft de koopovereenkomst een zaak die gewoonlijk gedurende een veel langere periode geschikt dient te zijn voor gebruik, zoals een auto of een wasmachine. In artikel 28 lid 1a van de uiteindelijke tekst van de richtlijn is echter bepaald dat wanneer de non-conformiteit objectief moeilijk te ontdekken is voor de consument en betrekking heeft op het normale gebruik van de zaak, de verkoper aansprakelijk is wanneer het gebrek zich binnen tien jaar na risico-overgang heeft geopenbaard. Dat brengt mee dat de aanzienlijke inperking van de rechten van de consument die het oorspronkelijke richtlijnvoorstel met zich bracht, is teruggebracht tot uitzonderlijke situaties waarin de consument mocht verwachten dat de gebrekkige zaak meer dan tien jaar gebruikt zou kunnen worden en het gebrek zich pas na afloop van de periode van tien jaar openbaart. Dat zou zich, bijvoorbeeld, kunnen voordoen bij de koop van duurzame consumptiegoederen als auto's en bij de koop van dieren met een hoge levensverwachting. Te denken valt bijvoorbeeld aan de koop van een paard, waarbij een genetisch defect na ommekomst van de termijn van tien jaar leidt tot de ontwikkeling van een ernstige ziekte, waardoor het dier aanzienlijk eerder overlijdt dan redelijkerwijs verwacht behoefde te worden. Tegenover die (geringe) achteruitgang van de positie van de consument staat het voordeel van een duidelijke einddatum voor de aansprakelijkheid van de verkoper. De aldus aangepaste bepaling behelst mijns inziens dan ook een evenwichtige afweging van de belangen van partijen en van de verschillende in Europa geldende termijnen waarbinnen de consument nog recht heeft op een remedie wegens non-conformiteit.[426]
Nu de richtlijn geen betrekking heeft op overeenkomsten tussen professionele partijen of tussen consumenten onderling, kan de bestaande regeling voor andere kopers dan bij een consumentenkoopovereenkomst in beginsel blijven bestaan. In uitzonderlijke gevallen zou de bescherming van de niet-consumentkoper dan beter kunnen zijn dan de positie van de consumentkoper. Het zou dan moeten gaan om gevallen waarin de koper redelijkerwijs zou mogen verwachten dat de zaak ook na afloop van de termijn van tien jaar na risico-overgang gebruikt zou kunnen worden, het gebrek zich pas na afloop van die termijn openbaart en de koper erin zou slagen om te bewijzen dat het gebrek reeds op het moment van de risico-overgang verborgen aanwezig was. Het hierboven genoemde genetische defect in het paard is hiervan een voorbeeld. Als dit zich voordoet, kan het in het belang van een koper zijn om te bewijzen dat hij geen consument is (zodat om die reden geen sprake is van een consumentenkoopovereenkomst), of dat hij mocht aannemen dat de verkoper niet in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelde (en dat de overeenkomst dus tussen twee particulieren gesloten is), omdat hij dan nog een vordering wegens non-conformiteit zou kunnen instellen tegen de verkoper. Een alternatief is dat de beperking van de conformiteitsperiode van toepassing zou worden verklaard op alle koopovereenkomsten, of op alle koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, in welk geval sprake zou zijn van negatieve spontane harmonisatie.[427]Daar in artikel 28 lid 1a richtlijn consumentenrechten een goede balans lijkt te zijn gevonden tussen de rechten van de koper en de verkoper, verdient het mijns inziens aanbeveling om de termijn van tien jaar inderdaad van overeenkomstige toepassing te verklaren ten aanzien van alle koopovereenkomsten betreffende roerende zaken. Omdat het bij de koop van onroerende zaken, zoals woningen, maar ook bedrijventerreinen, om belangen van een geheel andere orde kan gaan – zo kan bodemverontreiniging soms pas veel later worden ontdekt, maar leiden tot zeer kostbare saneringsverplichtingen voor de koper – lijkt het gerechtvaardigd om de termijn van tien jaar voor dergelijke overeenkomsten niet over te

ten aanzien van een aantal bepalingen aan dat van deze bepalingen mag worden afgeweken bij individueel beding; een afwijking bij algemene voorwaarden wordt echter geacht onredelijk bezwarend te zijn in de zin van artikel 6:233 sub a BW.

426 Zie daarover uitgebreid Loos, M.B.M., De koopregeling in het voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten, Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus', Deventer: Kluwer, 2009, p. 17-19; Loos, M.B.M., 'Consumer sales law in the proposal for a Consumer rights directive', European Review of Private Law 2010/1, p. 27-29.

427 Vgl. hierover Loos, M.B.M., Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 51 e.v.

nemen maar de gewone verjaringsregels hun werk te laten doen. Het ligt ook voor de hand dat de Nederlandse wetgever zou kiezen voor dit alternatief: een betere bescherming van de professionele partij in vergelijking tot de bescherming van de consument zou een onwenselijk geachte afwijking van een grondbeginsel van het Nederlandse burgerlijke recht opleveren.

De bestaande richtlijn consumentenkoop zwijgt over het recht van de consument op schadevergoeding. Artikel 27 lid 2 richtlijn consumentenrechten bevat wel een aanzet voor de ontwikkeling van een Europese regeling: voor zover herstel, vervanging, prijsvermindering en ontbinding niet alle door de consument geleden schade wegnemen – het gaat dan in het bijzonder om gevolgschade, dus om schade die de gebrekkige zaak heeft veroorzaakt aan andere zaken van de consument en om letselschade – dient de verkoper de consument voor deze schade te compenseren. De richtlijn geeft niet aan of deze aansprakelijkheid gebaseerd is op schuld- of risicoaansprakelijkheid, welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, of hoe de schadevergoeding moet worden berekend. Kennelijk wordt dit aan het nationale recht van de lidstaten overgelaten. Dat betekent dat het Nederlandse recht op dit punt niet gewijzigd behoeft te worden. De expliciete erkenning van het recht om schadevergoeding te vorderen voor zover het nadeel dat de non-conformiteit meebrengt niet wordt weggenomen door herstel, vervanging, ontbinding of prijsvermindering, doet wel de vraag rijzen of de consument naar nationaal recht nog de mogelijkheid mag hebben om vervangende schadevergoeding te vorderen. Nu deze remedie algemeen beschikbaar is voor teleurgestelde crediteuren, ligt het voor de hand de vraag bevestigend te beantwoorden, maar zeker is dit allerminst.[428] De aanvankelijk op dit punt bestaande onzekerheid wordt inmiddels nog verder gevoed door de bepaling van artikel 3 lid 5 richtlijn, waarin wel is bepaald dat – voor zover deze niet zijn geharmoniseerd in de richtlijn – de regels over contractsluiting en geldigheid van overeenkomsten en de rechten om de overeenkomst te ontbinden wegens wanprestatie niet worden geraakt, maar niets wordt gezegd over de andere rechten die de consument in het geval van non-conformiteit heeft. De onzekerheid kan slechts worden weggenomen door een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

8. Diensten en andere bijzondere overeenkomsten dan koop

Onduidelijk is vooralsnog ook de verhouding tussen de richtlijn en het nationale contractenrecht op specifieke gebieden, in het bijzonder met betrekking tot overeenkomsten voor de huur van huizen, het gebruik van serviceflats, de huurkoop van auto's, financiële diensten en de diensten van artsen, makelaars en reisorganisatoren. In artikel 2 onder (5) van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel was een zeer ruime definitie opgenomen van het begrip 'dienstenovereenkomst', waaronder al deze bijzondere overeenkomsten vielen. De definitie is in de uiteindelijke tekst van de richtlijn komen te vervallen, zonder dat hiermee bedoeld is het toepassingsgebied van de richtlijn in te perken. Bij nadere bestudering blijkt er geen probleem te bestaan voor informatieplichten die gelden in het kader van een reisovereenkomst of een overeenkomst tot levering van financiële diensten[429]: artikel 3 lid 4 van de Richtlijn consumentenrechten brengt mee dat voor overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van een andere richtlijn vallen, de informatieverplichtingen van die richtlijnen van toepassing blijven. De artikelen 2 onder (dd) en 8 lid 1 onder (dd) bepalen voorts dat de informatieverplichtingen in hoofdstuk 2 en 3 en de regeling van de bedenktijd in hoofdstuk 3 voor op afstand of buiten een verkoopruimte tot stand gekomen overeenkomsten niet van toepassing zijn op overeenkomsten betreffende 'healthcare services'. Daarmee is zeker gesteld dat bepalingen die betrekking hebben op het verkrijgen van geïnformeerde toestemming voor het uitvoeren van een geneeskundige behandelingsovereenkomst op basis van artikel 7:448 BW niet worden geraakt door de richtlijn.

Ten aanzien van alle andere overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, brengt het karakter van volledige harmonisatie echter met zich dat nationale informatieplichten de

[428] Zie Loos, M.B.M., De koopregeling in het voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten, Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus', Deventer: Kluwer, 2009, p. 2, 34.

[429] In artikel 2 onder (13) omschreven als: 'iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen'.

werking van de richtlijn niet mogen doorkruisen.[430] Dat betekent volgens artikel 4 van de richtlijn in het bijzonder dat 'meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming moeten waarborgen', niet zijn toegestaan. Informatieverplichtingen die niet tot doel hebben om consumenten te beschermen ten aanzien van het nemen van een besluit over het wel of niet aangaan van de overeenkomst, zijn mijns inziens wel toegestaan, aangezien dergelijke bepalingen er niet toe strekken 'een ander niveau van consumentenbescherming [te] waarborgen' en daarmee mijns inziens buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, zoals dit is omschreven in artikel 3 richtlijn. Op deze grond kunnen mijns inziens ook bepalingen die het vóórkomen van belangenverstrengeling trachten tegen te gaan, zoals de artikelen 7:416-418 BW, worden gehandhaafd. Informatieverplichtingen die betrekking hebben op het sluiten van een overeenkomst, ook als ze zouden voortvloeien uit een zorgplicht, zouden daarentegen vermoedelijk niet zijn toegestaan. Dat roept onder meer de vraag op of informatieverplichtingen bij overeenkomsten op grond waarvan een professionele partij een consument vraagt zich borg te stellen voor de schuld van een ander,[431] nog wel zijn toegestaan. De reikwijdte van de richtlijn is op dit punt eenvoudigweg niet goed te voorspellen.

9. Conclusies

Bij de indiening van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten werd verondersteld dat deze zou leiden tot een zeer ingrijpende wijziging van het (consumenten)vermogensrecht. Die verwachting hing niet zozeer samen met de in de richtlijn geregelde onderwerpen – de richtlijn is in belangrijke mate een consolidatie van bestaande richtlijnen – maar vooral met het feit dat de richtlijn uitgaat van volledige harmonisatie. Dat betekent dat Nederland niet minder, maar ook niet meer consumentenbescherming mag bieden dan de richtlijn voorschrijft. Voor zover bestaande bepalingen van consumentenrecht verdergaande bescherming zou bieden, zou deze bescherming moeten worden afgeschaft. Nu een deel van de richtlijn het centrale deel van het vermogensrecht raakt – de regeling van algemene informatieverplichtingen, de regeling van de consumentenkoop en de regeling betreffende algemene voorwaarden – kunnen wijzigingen van deze regelingen in verband met de noodzaak of wenselijkheid van interne coherentie van het nationale vermogensrecht ook gevolgen hebben voor overeenkomsten die strikt genomen niet onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen: de kans is groot dat om te voorkomen dat het nationale recht als geheel incoherent of inconsistent wordt, de wetgever zich gedwongen zal voelen om de wetgeving ook buiten het toepassingsgebied van de richtlijn aan die richtlijn aan te passen. Dat geldt met name ten aanzien van het personele bereik van de richtlijn, in het bijzonder in die gevallen waarin de richtlijn minder bescherming biedt aan consumenten dan het bestaande nationale recht aan niet-consumenten: wanneer bijvoorbeeld de gevallen waarin een consument een overeenkomst kan ontbinden wegens non-conformiteit van de geleverde zaak minder talrijk of lastiger zijn, kan het voor de koper van een gebrekkige zaak de moeite waard zijn om zich op het standpunt te stellen dat de gesloten koopovereenkomst geen consumentenkoop is, maar een koop tussen twee professionele partijen of tussen twee particulieren, zodat hij niet gebonden is aan de – in dit geval voor hem minder gunstige – bepalingen van het consumentenrecht. Dat de bepalingen van het niet-consumentenrecht gunstiger kunnen zijn dan die van het consumentenrecht, lijkt een ongewenst gevolg van het feit dat de richtlijn uitgaat van volledige harmonisatie. Dergelijke problemen kunnen, wanneer de richtlijn eenmaal is vastgesteld, nog slechts worden voorkomen indien de wetgever tot aanpassing van (ook) de niet-consumentenrechtelijke regels besluit: een geval van (negatieve) spontane harmonisatie.

Spontane harmonisatie kan ook minder noodgedwongen zijn. Dat zal met name het geval zijn wanneer de wetgever, bij de omzetting van de richtlijn, tot de conclusie komt dat de in de richtlijn opgenomen wijzigingen ook voor niet-consumentenovereenkomsten wenselijk zouden zijn. Zo kan gedacht worden dat niet alleen consumenten, maar ook andere afnemers van goederen en diensten voor contractsluiting geïnformeerd zouden moeten worden over de belangrijkste eigenschappen van de aangeboden goederen en diensten en het geografische adres van de verkoper of dienstverlener. Zo

[430] Vgl. Wissink 2001, nr. 39.

[431] Zie bijv. HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 (Van Lanschot/Bink).

bezien zou de wetgever er goed aan doen om te bezien of uitbreiding van de wettelijke regeling tot niet-consumenten wenselijk is. Probleem daarbij is natuurlijk dat aangezien een dergelijke uitbreiding niet noodzakelijk is voor de correcte omzetting van de richtlijn, het risico bestaat dat het parlement juist ten aanzien van dit niet-verplichte deel van de omzettingswetgeving bezwaren naar voren brengt die tot vertraging van het wetgevingsproces kan leiden. Dit gevaar is het grootst ten aanzien van de positie van de Eerste Kamer, daar deze niet het recht van amendement heeft en slechts onder dreiging van het afkeuren van het gehele wetsvoorstel een novelle kan afdwingen – waarvoor dan weer het advies van de Raad van State en de instemming van de Tweede Kamer is vereist. Om dergelijke problemen te voorkomen lijkt het verstandig om de omzettingswetgeving zoveel mogelijk te beperken tot die regels die noodzakelijk zijn om de richtlijn correct om te zetten, en aanvullende regelgeving zoveel mogelijk door middel van een separate, eventueel gelijktijdig te behandelen, wet te laten plaatsvinden. Voor de richtlijn consumentenrechten kan in dit verband bijvoorbeeld worden gedacht aan de eventuele uitbreiding van de algemene informatieverplichting van artikel 5 van de richtlijn tot niet-consumentenovereenkomsten en aan de invoering van een maximale termijn voor de uitvoering van rechten voortvloeiend uit non-conformiteit van tien jaar.

Als gezegd kunnen de gevolgen van het feit dat een richtlijn uitgaat van volledige harmonisatie, verstrekkend zijn: bestaande regels op het geharmoniseerde terrein, maar ook regels die strikt genomen daarbuiten gelegen zijn, zullen moeten worden aangepast of zelfs worden geschrapt. Wanneer, zoals bij de richtlijn consumentenrechten, het gaat om regels die centrale regels van het vermogensrecht raken, bestaat niet alleen het risico dat het niveau van consumentenbescherming (mogelijk zelfs ingrijpend) wordt verlaagd, maar ook dat de harmonie van het vermogensrecht verstoord raakt, ook voor niet direct door de richtlijn geraakte contractuele verhoudingen. Dat betekent dat in de fase waarin de richtlijn tot stand wordt gebracht, van de bij de richtlijn betrokken ambtenaren van de Ministeries van Justitie en Economische Zaken grote alertheid moet worden verwacht ten aanzien van de gevolgen die de richtlijn heeft voor het Nederlandse consumentenrecht in het bijzonder, maar ook voor het Nederlandse vermogensrecht in het algemeen. Dat brengt met zich mee dat de betrokken Ministeries voldoende menskracht moeten kunnen vrijmaken om de beraadslaging over de vast te stellen richtlijn goed te kunnen voorbereiden. Daarom ook dient vooraf onderzoek te geschieden naar de mogelijke directe gevolgen (voor de door de ontwerp-richtlijn geraakte terreinen) alsook naar de te verwachten indirecte gevolgen, zoals de noodzaak of wenselijkheid van spontane harmonisatie. Het is aan te bevelen dat de betrokken Ministeries zo nodig – in een zo vroeg mogelijk stadium – opdracht geven tot het verrichten van onderzoek, zo mogelijk door verschillende (teams van) onderzoekers[432] en/of het houden van een wetenschappelijk symposium stimuleren of ondersteunen, zodat reeds in een vroegtijdig stadium mogelijke knelpunten in de ontwerp-richtlijn duidelijk worden. Deze handelwijze heeft er bij de voorbereiding van de richtlijn consumentenrechten toe geleid dat de meest problematische onderdelen van de ontwerp-richtlijn in een vroegtijdig stadium van het onderhandelingsproces zijn onderkend en dat steun kon worden gezocht bij andere lidstaten voor aanpassing. Het eindresultaat zal misschien niet op alle onderdelen tevreden stellen, maar al te negatieve consequenties voor het Nederlandse privaatrecht zijn thans niet (meer) te verwachten.

[432] Ten aanzien van de richtlijn Consumentenrechten is een zeer degelijk onderzoek verricht door Cauffman, C., Faure M. en T. Hartlief, Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland, WODC 2009.

Hoofdstuk 8 Dienstenrichtlijn

1. Inleiding

De Dienstenrichtlijn[433] kenmerkt zich door een uitermate brede opzet met raakvlakken op talloze sectoren binnen het Nederlandse economisch publiekrecht. Uiteraard ontsnapt ook de Dienstenrichtlijn niet aan het compromiskarakter dat in veel EU-wetgeving terugkomt.[434] De vele uitgezonderde sectoren en beroepen[435] en de bepaling in art. 3 dat de Dienstenrichtlijn een subsidiair karakter heeft ten opzichte van alle andere EU-regelgeving met betrekking tot de uitoefening van diensten, doen uiteraard afbreuk aan zijn 'horizontale ambitie'. Desalniettemin kan het uiteindelijke resultaat indrukwekkend genoemd worden. Zo is het personele toepassingsbereik zeer breed in die zin dat deze zowel de relatie tussen ondernemingen onderling ('B2B') als tussen ondernemingen en consumenten ('B2C') beslaat.[436]
Interessant is dat de Dienstenrichtlijn naar meer eenvormigheid streeft waar die er voordien niet noodzakelijkerwijs was in de Nederlandse rechtsorde. Zo mag van de door de richtlijn voorziene 'screeningsoperatie' van alle in Nederland vigerende vergunningsstelsels verwacht worden dat deze een dergelijk uniformerend effect zal hebben.[437] Hiermee is de Dienstenrichtlijn in het Nederlandse recht het spiegelbeeld van de implementatie van vele 'klassieke' richtlijnen in de Nederlandse rechtsorde. Een dergelijk streven naar Europese systematisering leidt niet alleen tot een interne gelijkschakeling van talloze nationale regelgeving (centraal en decentraal) maar kan vervolgens ook aanleiding geven tot de keuze voor 'spontane harmonisatie'. Hoewel bij de omzetting van de Dienstenrichtlijn in Nederland als uitgangspunt wordt gehanteerd dat de implementatiewetgeving binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn blijft,[438] zijn er wel degelijk aspecten uit de richtlijn die breder zijn ingevoerd. Het bekendste voorbeeld hiervan is wellicht de uitbreiding van de 'lex silencio positivo' naar situaties buiten het toepassingsbereik van de dienstenrichtlijn. Bijzonder aspect is ten slotte dat de uit de Dienstenrichtlijn voortvloeiende kwaliteitseisen ook de privaatrechtelijke overeenkomsten tussen dienstverlener en afnemer kunnen kleuren door de informatieverplichtingen en het discriminatieverbod in de richtlijn.[439]
De implementatie van de Dienstenrichtlijn raakt een zó een breed scala aan overheden (het Rijk, vrijwel alle departementen, toezichthouders en handhavers, bedrijfs- en beroepsorganisaties, decentrale overheden) en zoveel potentiële vergunningsstelsels dat was voorzien in een implementatie in meerdere fasen:

De Dienstenwet die de hoofdverplichtingen implementeert en zodoende voor alle overheden een 'aanjagende en richtinggevende functie' heeft;
De Aanpassingswet welke een gedeelte van de uitkomst van de 'screening' voor zijn rekening moet nemen (aanpassing departementale wetgeving welke niet vanuit die departementen zelf kan worden aangepast); en
De 'Veegwet'. Deze was voorzien voor de technische onvolkomenheden en omissies die nog zouden

433 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, Pb.EU 2006, L 376/36.
434 Zie hiervoor hoofdstuk 2, par. 2.1.
435 Zie artt. 2 lid 2 en 17 Dienstenrichtlijn. Art. 1 lid 6 zondert het volledige arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht uit van de toepassing van de Dienstenrichtlijn.
436 In tegenstelling tot bijvoorbeeld EU-wetgeving m.b.t. consumentenbescherming zoals de Ontwerprichtlijn Consumentenrechten, zie hoofdstuk 7 van dit rapport.
437 Zie art. 39 leden 1 en 5 Dienstenrichtlijn.
438 Zie bijv. Memorie van Toelichting Dienstenwet, TK, 2007-2008, 31 579, nr. 3, op p. 16. Dit is bijvoorbeeld van belang voor de implementatie van art. 22 lid 5 (informatieverplichtingen door dienstverlener) dat voorziet in minimumharmonisatie.
439 Zie art. 20 en hoofdstuk V Dienstenrichtlijn. Zie ook Schauer, M., 'Contract Law of the Services Directive', European Review of Contract Law, 2008 en J.W. van de Gronden, Hervormingen in een Dienstbaar Europa, Europa in Beeld, Kluwer, Deventer, 2008, op p. 38 (oratie RU).

blijken te bestaan na de Dienstenwet en de Aanpassingswet. Deze laatste wet is uiteindelijk niet nodig gebleken.

De reikwijdte van de Dienstenwet is dermate groot dat deze niet helemaal te overzien is, onder andere vanwege de vraag hoe (breed) het Hof van Justitie de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn gaat interpreteren. Het kan dan ook niet gegarandeerd worden dat de uitkomst van de screeningsoperatie álle stelsels betreft die binnen de werkingsfeer van de Dienstenrichtlijn zullen blijken te vallen. Derhalve is overgegaan tot een unicum in de Nederlandse regelgeving: de 'Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet' die is aangenomen na afsluiting van de screeningsoperatie.[440] Het adjectief 'indicatief' geeft aan dat de overheid niet kan garanderen dat zijn eigen besluit volledig dekkend is. Inhoudelijk voorziet de Dienstenrichtlijn in een verdere liberalisering van twee Verdragsvrijheden: de vrijheid van vestiging en de vrije dienstverlening (respectievelijk de artt. 9 en 16 Dienstenrichtlijn). Hierbij gaat de Richtlijn het verst bij de vrije dienstverlening, vooral vanwege het afschaffen van een groot aantal excepties die onder het Verdragsregime nog mogelijk waren.[441] Hierdoor kan men zeggen dat het ooit zo gehekelde 'land van oorsprongbeginsel' zeker niet volledig uit de huidige Dienstenrichtlijn is weggeschreven.[442] De turbulente voorgeschiedenis van de Dienstenrichtlijn heeft er echter wél voor gezorgd dat deze verdergaande liberalisering niet onverkort is doorgevoerd. Talloze sectoren zoals de uitzendbranche, de gezondheidszorg, financiële diensten en het notariaat zijn (nu nog) uitgezonderd van de werkingsfeer van de Richtlijn[443] of, meer in het bijzonder, van het vrij verkeer van diensten.[444] Deze uitsluitingen zijn gedeeltelijk te herleiden tot het feit dat er reeds andere EU-wetgeving op deze sectoren of beroepen van toepassing was, maar zeker ook voor een deel omdat verdere liberalisering politiek niet haalbaar was (bijvoorbeeld van de gezondheidszorg).

Doordat de kernbepalingen van de Dienstenrichtlijn (de artt. 9 en 16) bestaande Verdragsvrijheden gedeeltelijk codificeren, ontstaat er een complexe relatie met het Verdragsregime. Er treedt een vervaging op van het onderscheid tussen negatieve integratie (door middel van de EU-verdragsvrijheden) en positieve integratie (door middel van EU-wetgeving).[445] Zoals hieronder zal blijken levert dit voor de Nederlandse implementatiewetgever specifieke problemen op. Om die reden is het goed thans reeds op te merken dat, in tegenstelling tot wat soms gedacht wordt, de Dienstenrichtlijn niet de enige in zijn soort is.[446] Niettegenstaande de brede liberalisering die de Richtlijn voorstaat blijft het EU-Werkingsverdrag (en zijn voortdurende uitleg door het Hof van Justitie) van belang voor zaken als de niet-vergunningsgerelateerde aspecten van de vrije vestiging,[447] de horizontale toepassing van de vrije vestiging en het vrije dienstenverkeer,[448] en diensten van algemeen economisch belang.[449]

Ook de relatie tussen de Dienstenrichtlijn en de overige EU-wetgeving kan complex zijn. Dit kan worden geïllustreerd met het voorbeeld van de advocatuur. Bepaalde aspecten van deze beroepsactiviteit zijn uitgezonderd van het dienstenhoofdstuk van de Richtlijn (art. 16) doch met betrekking tot vestiging lijkt de Dienstenrichtlijn dan weer wel van toepassing. Dan moet echter weer wel worden

[440] Regeling van de Minister van Economische Zaken van 10 februari 2010, Stcrt. 2010, 2290 (inwerkingtreding op 1 maart 2010). Deze is gebaseerd op art. 2 lid 2 Dienstenwet.

[441] Zie artt 62 en 52 Wv (de artt. 55 en 46 EG (oud)) en de talloze 'rule of reason' excepties die in de rechtspraak van het HvJ zijn ontwikkeld in relatie tot de vrije vestiging en het vrij verkeer van diensten.

[442] Zie het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie van 25 februari 2004, COM (2004), 2. Zie voor een nadere uiteenzetting Barnard, C., 'Unravelling the Service Directive', CMLRev 2008, p. 323 (362).

[443] Zie art. 2 lid 1 Dienstenrichtlijn.

[444] Zie art. 17 Dienstenrichtlijn. Zie ook Hessel, B., et al die zich niet aan de indruk konden ontrekken dat 'deze lijst van excepties het resultaat zou kunnen zijn van effectief lobbywerk', Hessel et al, (2007), op p. 198.

[445] Zie op dat punt ook Waele, de, H., 'The Transposition and Enforcement of the Services Directive, a Challenge for the European and the National Legal Order', EPL, 2009, p. 523 (531).

[446] Zie De Waele (2009) en de ontwerp Richtlijn voor patiëntenrechten COM(2008), 414 en Richtlijn 2007/64/EG (betalingsdiensten in de interne markt).

[447] Zie bijvoorbeeld C-442/02 Caixa, Jur. 2004, p. I-8961. Zie verder Hessel et al (2007), op p 198.

[448] Zie Hessel et al, op p. 201. Overigens heeft de Dienstenrichtlijn wel degelijk eveneens een horizontale dimensie, als men kijkt naar art. 4 leden 7 en 9. Zie verder Van de Gronden (2008), op p. 30-33 die op dit punt een sui generis doorwerking van de artt. 9 en 16 van de Dienstenrichtlijn bepleit.

[449] Zie art. 17 lid 1 Dienstenrichtlijn, dat zich overigens slecht lijkt te verdragen met het uitgangspunt in punt 17 van de preambule van de Dienstenrichtlijn dat 'diensten van algemeen economisch belang (...) binnen de werkingsfeer van deze richtlijn vallen'. Zie ook art. 15 lid 4 Dienstenrichtlijn m.b.t. dit type diensten en de vrije vestiging.

bezien in hoeverre deze nog toegevoegde waarde heeft ten opzichte van Richtlijn 98/5 die ook al regels op dit gebied bevat voor de advocatuur.[450] Bovendien kan de Dienstenrichtlijn in botsing komen met andere (niet-sectorale) EU-wetgeving met eveneens een breed toepassingsbereik zoals de ontwerp-kaderrichtlijn consumentenrechten.[451]De Dienstenrichtlijn bevat weliswaar in art. 3 lid 1 een voorrangsregeling volgens welke andere EU wetgeving voorgaat, toch geeft ook de Commissie toe dat afbakeningsvragen complex kunnen zijn: 'de vraag of een bepaling van de Dienstenrichtlijn al dan niet strijdig is met andere communautaire wetgeving moet in elk specifiek geval zorgvuldig worden onderzocht'.[452] Daarbij kan de conclusie zijn dat soms de vereisten van de Dienstenrichtlijn moeten wijken, maar dat ze in andere gevallen cumulatief moeten worden vervuld in aanvulling op de vereisten van overige wetgeving zoals op het gebeid van informatieverstrekking.[453]

Tot slot zijn voor dit onderzoek van groot belang de diverse 'institutionele' verplichtingen uit de Dienstenrichtlijn. De administratieve vereenvoudiging, de inhoudelijke en procedurele eisen aan vergunningstelsels (voor zover deze überhaupt nog zijn toegestaan), de informatieverstrekking aan dienstenverrichters en dienstenafnemers en de administratieve samenwerking zijn allemaal onderwerpen met mogelijk verstrekkende gevolgen voor de gevestigde Nederlandse wetgevingstelsels.

2. Procedurele en institutionele vormgeving

2.1 Spanningen met het primaat van de wetgever

De brede, sectoroverschrijdende, opzet van de Dienstenrichtlijn heeft enige spanning opgeleverd in relatie tot het primaat van de wetgever als uitgangspunt van het Nederlandse rechtsstelsel. Zoals aangegeven in hoofdstuk 3, wordt het primaat van de wetgever in relatie tot de omzetting van EU-instrumenten in Nederland gekoppeld aan de vraag naar de hoeveelheid beleidsvrijheid die de richtlijn nog laat aan de lidstaten. De implementatie van de Dienstenrichtlijn in de Nederlandse rechtsorde geeft echter aan dat het primaat van de wetgever ook een andere rol speelt bij de omzetting van EU-wetgeving met een zeer breed toepassingsbereik, zoals de Dienstenrichtlijn. Wanneer namelijk gekeken wordt naar louter de hoeveelheid beleidsvrijheid die de Dienstenrichtlijn aan de lidstaten laat, moet worden vastgesteld dat de wet in formele zin niet noodzakelijkerwijs opportuun is. Veel belangrijke beslissingen lagen immers reeds vast in de Dienstenrichtlijn en lieten niet meer zoveel vrijheid aan de Nederlandse beleidsmakers om puur op die gronden de omzetting via de wet in formele zin te laten geschieden.

Bovendien zijn er enkele aspecten van de Dienstenrichtlijn die überhaupt geen wettelijke regeling vereisen, zoals de bepalingen omtrent de 'screening' van Nederlandse vergunningsstelsels.[454] Uiteraard noopte een aantal aspecten van de Dienstenrichtlijn tot aanpassing van bestaande wetten in formele zin zoals de Algemene Wet Bestuursrecht en het Burgerlijk Wetboek (zie hierna). Echter, minstens zo belangrijk was dat door het brede toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn deze dermate indringend was voor de gehele Nederlandse overheid (ook decentraal) dat uiteindelijk omzetting door middel van een wet in formele zin toch gewenst werd geacht. Ook dat behoort uiteindelijk tot één van de aspecten van het primaat van de wetgever: dat de hoofdlijnen van beleid zijn terug te vinden in de wet in formele zin.[455]

Een bijzonder knelpunt dat zich op institutioneel-Nederlands niveau heeft voorgedaan met betrekking tot de omzetting van de Dienstenrichtlijn heeft te maken met een bijzondere eigenschap van dit EU-instrument, namelijk dat het twee belangrijke Verdragsnormen bevat, de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten.[456] Zoals hierboven aangegeven gaat het hier voor een

[450] Zie verder Hessel et al (2007), op p. 199.

[451] Zie hoofdstuk 7, par. 1. Artikel 3 lid 4 Ontwerprichtlijn Consumentenrechten laat de informatieverplichtingen van de Dienstenrichtlijn onverlet. De laatste, op zijn beurt, laat informatieverplichtingen in het overige EU-recht onverlet, zie art. 22 lid 5 Dienstenrichtlijn. Gesteld kan dus worden dat als deze richtlijnen elkaar 'niet bijten', ze beide tegelijkertijd kunnen gelden.

[452] Zie Europese Commissie, Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, op p. 17.

[453] Zie art. 22 lid 5 Dienstenrichtlijn. Zie ook Schauer (2008) op p. 7.

[454] Zie art. 39 Dienstenrichtlijn.

[455] Zie Aanwijzingen voor de regelgeving, Ar 22.

[456] Zie de artt. 49 Wv en 56 Wv (de artt. 43 en 49 EG (oud)).

belangrijk deel om een codificatie van 'negatieve integratie'.[457] Zoals staat te lezen in de Memorie van Toelichting op de Dienstenwet m.b.t. de artt. 9, 14, 15, 16, 19, 24 en 25 van de Dienstenrichtlijn is de moeilijkheid met dit soort richtlijnbepalingen dat 'binnen de Nederlandse Grondwettelijke verhoudingen, zeker voor wat betreft de wetgever in formele zin, het wettelijk vastleggen van dergelijke instructienormen niet wenselijk is'.[458] Dit behoeft wellicht enige toelichting. Het besluit om deze bepalingen niet om te zetten in de Nederlandse rechtsorde is erin gelegen dat deze instructies tevens de wetgever in formele zin zelf adresseren. In de Nederlandse rechtsorde geldt het als op zijn minst curieus indien de wetgever in formele zin zichzelf een verbod oplegt. Bovendien is in het systeem van de Awb de wetgever in formele zin geen 'bestuursorgaan'.[459] Men zou eigenlijk moeten denken aan een systeem met mogelijkheden tot 'organieke wetgeving' maar dat kent de Nederlandse rechtsorde niet. De enige opties voor omzetting van bepalingen als art. 9 (vestiging) en art. 16 (diensten) van de Richtlijn zou dan zijn neerlegging in de Grondwet of wellicht in de Wet algemene bepalingen, hetgeen echter politiek noch praktisch haalbaar werd geacht. Hiertegenover staat echter dat deze bepalingen nu juist de normatieve kern van de Dienstenrichtlijn betreffen. Verdedigd kan worden dat door het weglaten van deze kernbepalingen uit de omzettingswetgeving de kenbaarheid van het wettelijk kader in het geding is.[460] Zoals eerder opgemerkt is ook dit een element van de Nederlandse rechtsorde.[461] Op dit punt lijkt de Dienstenrichtlijn derhalve een spanningsveld te creëren tussen enerzijds een formeel juridisch correcte omzetting en anderzijds respect voor de Nederlandse constitutionele verhoudingen.[462]

Hoewel niet onproblematisch is het wel goed te realiseren dat de Dienstenrichtlijn wat dit betreft niet uniek lijkt te zijn. De EU-wetgever bedient zich vaker van bepalingen die formeel gezien ook de nationale wetgever een permanente verbodsnorm opleggen. Als voorbeeld kunnen genoemd worden Richtlijn 1999/93 (Elektronische handtekening); 2000/31 (Richtlijn elektronische handel) en 2002/20 (Machtigingsrichtlijn).[463] Als de omzetting van deze drie richtlijnen nader worden bekeken valt op dat een zekere parallel met de omzetting van de Dienstenrichtlijn niet te ontkennen valt. In richtlijn 1999/93 zien we bijvoorbeeld dat in art. 3 lid 1 een algemeen verbod is neergelegd tot het eisen van een voorafgaande machtiging voor het verlenen van certificatiediensten i.v.m. de elektronische handtekening. Artikel 4 bepaalt vervolgens dat de lidstaten het vrije verkeer waarborgen van producten voor elektronische handtekeningen. Beide bepalingen zien ontegenzeggelijk ook op het gedrag van de formele wetgever maar zijn niet omgezet in de Nederlandse implementatiewetgeving. In de Memorie van Toelichting bij de wet op de elektronische handtekening wordt bij beide bepalingen simpelweg gesteld dat deze 'geen implementatie behoeven'.[464] Vergelijkbaar hiermee is de regel in richtlijn 2000/31 die stelt dat een lidstaat geen voorafgaande vergunning mag vereisen vooraleer een dienstverrichter 'diensten van de informatiemaatschappij' mag gaan uitoefenen. Ook deze bepaling vertoont sterke verwantschap met een bepaling uit het Werkingsverdrag (art. 49 Wv inzake de vrije vestiging) en is eveneens niet omgezet in de Nederlandse implementatiewet.[465] Hier bepaalt de Memorie van Toelichting dat dit niet vereist is wegens de reeds bestaande 'zorgplicht van Nederland'. De Machtigingsrichtlijn (2002/20) tenslotte bepaalt in art 3 lid 1 dat de lidstaten de vrijheid van elektronische communicatiediensten moeten waarborgen tenzij een beperking is gerechtvaardigd op grond van artikel 52 lid 1 Wv (openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid). De Memorie van Toelichting bij de omzettingswet stelt dat deze bepaling is opgenomen in 'hoofdstuk 2 van de

457 Zie bijv. Van de Gronden (2008), op p. 26 en 30.

458 Zie Memorie van Toelichting Dienstenwet, TK, 2007-2008, 31 579, nr. 3, op p. 21.

459 Zie Steyger, E., 'De implementatie van de Dienstenrichtlijn in het algemeen bestuursrecht', NTB, 2008, p. 1, op p. 5. Overigens lijkt reeds van dit principe te zijn afgeweken in relatie tot EU-implementatieverplichtingen in Titel 1.2 Awb dat 'van overeenkomstige toepassing is op voorstellen van wet'.

460 Zie voor een dergelijke mening Botman, M.R., 'De Dienstenwet, dekt de vlag de lading?', NtEr 2010, p. 109.

461 Dit kwam bijvoorbeeld naar voren in de discussie omtrent de toelaatbaarheid van buitinwerkingstelling en indeplaatstelling van de formele wet door lagere wetgeving.

462 Overigens hebben ook Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Italië afgezien van omzetting van deze kernbepalingen, zie Koeck, H.S.en Karollus, M., FIDE XXIII Congres Linz, 2008, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 379-421.

463 Zie 1999/93/EG, PbEG 2000, L 13/12 (met name art. 4); 2000/31/EG PbEG 2000, L 178/1 (met name art. 3 lid 2) resp. 2002/20/EG, PbEG 2002, L 108/21 (met name artt. 6 en 11).

464 Zie wet van 13 mei 2004 ('Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel') Stb. 2004, nr. 210.

465 Zie Tweede Kamer, Vergaderjaar 2001-2002, 28 197, nr. 3, op p. 72.

gewijzigde Telecommunicatiewet'.[466] Echter, bij lezing hiervan kan daarin deze bepaling als zodanig niet teruggevonden worden (hooguit a contrario doordat de wet van dergelijke beperkingen geen gewag maakt).
Dit besluit om niet om te zetten in Nederlands recht is uiteraard niet onproblematisch. Allereerst kan Nederland zich daarmee blootstellen aan een inbreukprocedure.[467] Het Nederlandse verweer in een dergelijke procedure dat deze niet-omzetting wordt opgevangen door de directe werking van de gecodificeerde Verdragsbepalingen lijkt zwak. Nog afgezien van het feit dat het HvJ directe werking nooit accepteert als reden voor niet omzetting,[468] wijkt vooral artikel 16 van de Dienstenrichtlijn (vrij verkeer van diensten) af van het bestaande Verdragsregime doordat er veel minder uitzonderingen mogelijk zijn. Bovendien kan de niet-omzetting voor de handhavingmogelijkheden van de particulier problemen opleveren, met name in horizontale situaties. Er zij aan herinnerd dat de aloude jurisprudentie van het HvJ met betrekking tot het afwijzen van de directe werking van richtlijnen tussen particulieren nog steeds geldend recht is. Wanneer bijvoorbeeld een onderneming uit België door een concurrent in Nederland van oneerlijke handelspraktijken wordt beticht omdat hij zich niet aan een lokaal wettelijk vereiste houdt, heeft deze niet het verweer dat dit wettelijk vereiste in strijd is met artikel 16 Dienstenrichtlijn. Wél zijn er in deze lijn van jurisprudentie nuanceringen aangebracht die misschien uitkomst zouden kunnen bieden: de rechtspraak in zaken als CIA Securitel en Unilever Italia (waar particulieren werd toegestaan zich op de technische notificatierichtlijn te beroepen in horizontale situaties waar het nationaal recht strijdig met deze richtlijn zou zijn geweest)[469] en de rechtspraak in zaken als Mangold en Kücükdeveci waarin particulieren zich - horizontaal - konden beroepen op een algemeen beginsel van Unierecht dat nader was uitgewerkt in een richtlijn, en daarmee in feite ook op de richtlijn zelf.[470] Echter, ook al zou dit inderdaad in individuele gevallen voor de particulier soelaas bieden, een verweer in de context van een inbreukprocedure levert dit niet op.

2.2 De Dienstenrichtlijn en de opbouw van een Nederlands wetgevingscomplex

Uiteraard is (EU-)wetgeving nooit af. Deze waarheid als een koe lijkt echter in versterkte mate te gelden voor de Dienstenrichtlijn en in die zin moeten de lidstaten er zeker rekening mee houden dat de Dienstenrichtlijn de aanzet zal zijn voor meer EU-wetgeving op dit terrein. Zo signaleert Van de Gronden in zijn oratie dat de Dienstenrichtlijn 'aanbouwwetgeving' is.[471] Artikel 39 lid 4 Dienstenrichtlijn voorziet in aanvullende initiatieven naar aanleiding van de 'screening' in verband met vestigingseisen (uiterlijk op 28 december 2010) en artikel 16 lid 4 Dienstenrichtlijn doet hetzelfde met betrekking tot diensten (uiterlijk op 28 december 2011). Meerdere auteurs koppelen deze ingeplande herzieningen van de Richtlijn aan de drastische inperking van het aantal nog mogelijke uitzonderingen dat de lidstaten nog kunnen inroepen ter rechtvaardiging van beperkingen van (vooral) het vrij verrichten van diensten, zoals consumentenbescherming.[472] De mogelijk onbillijke gevolgen die dit teweeg zou kunnen brengen, kunnen dan (al snel) leiden tot meer inhoudelijke harmonisatie m.b.t. diensten.
Daarenboven bevat artikel 41 Dienstenrichtlijn de algemene herzieningsclausule die bepaalt dat de Commissie in het kader van de drie-jaarlijkse evaluatie voorstellen kan doen om de interne markt voor diensten verder te voltooien, in het bijzonder wat betreft de sectoren die nu nog zijn uitgesloten van

[466] Zie Tweede Kamer, Vergaderjaar 2002-2003, 28 851, nr. 3, op p. 188 en Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken. Stb. 2004, nr. 189.

[467] Art. 258 EU-Werkingsverdrag.

[468] Zie hoofdstuk 2, par. 2.5.

[469] Zie Zaak C-194/94, CIA Securitel, Jur 1996, p. I-2201 en Zaak C-443/98, Unilever Italia, Jur 2000, p. I-7535.

[470] Zie Zaak C-144/04 Mangold, Jur. 2005, p. I-9981 en Zaak C-555/07, Kücükdeveci, uitspraak van het Hof van 19 januari 2010, n.n.g. Zie voor kritiek op deze twee mogelijke routes Waele, de, Henri, 'The Transposition and Enforcement of the Services Directive, A Challenge for the European and the National Legal Order', EPL, 2009, p. 523. Hij pleit voor een 'omgaan' van het HvJ m.b.t. horizontale directe werking van richtlijnen.

[471] Zie Van de Gronden (2008), p. 41.

[472] De uitkomst van een arrest als Cippola (minimumtarieven voor advocaatdiensten in het belang van de consumentenbescherming, hoewel deze het vrij verkeer belemmeren) is bijvoorbeeld nu niet meer mogelijk, zie Van de Gronden (2008), op p. 33 en Hessel et al (2007) op p. 200.

de werkingsfeer van de Richtlijn. De te verwachten verdere uitbreiding van de werkingsfeer van de Dienstenrichtlijn kan een aanleiding zijn voor de Nederlandse wetgever om eerder ervoor te kiezen om te implementeren door middel van algemene regels, met name die in de Awb.[473]

2.3 De Dienstenrichtlijn en de autonomie van het Nederlandse procesrecht

De bepalingen betreffende de administratieve versimpeling, de samenwerking en de informatieverstrekking uit de Dienstenrichtlijn hebben een belangrijke impact gehad op het bestuursprocesrecht en zelfs het strafrecht. Met betrekking tot het civielprocesrecht lijkt de impact van de Dienstenrichtlijn vooralsnog beperkt. Gewezen kan worden op artikel 64 van de Dienstenwet waarin aanpassingen van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering zijn voorzien (het nieuw in te voegen artikel 438c Rv in verband met de erkenning van financiële waarborgen van financiële instellingen in andere lidstaten).[474]
Op het gebied van het bestuursprocesrecht zijn er daarentegen enkele belangrijkere wijzigingen doorgevoerd als gevolg van de Dienstenrichtlijn. Spanningen waren te constateren met artikel 2:15 Awb (elektronisch verkeer met bestuursorgaan enkel nadat deze die weg heeft geopend),[475] 4:14 Awb (motivatie verlenging beslistermijn),[476] 4:3a Awb (ontvangstbevestiging alleen bij elektronische aanvraag).[477] Het meest in het oog springend was echter de omzetting van artikel 13 lid 4 Dienstenrichtlijn die de lex silencio positivo introduceert wanneer in een nationale procedure ter aanvraag van een vergunning het bestuursorgaan niet binnen redelijke termijn zijn beslissing neemt. Hoewel zeker spectaculair, moet wel worden opgemerkt dat het een misvatting is te denken dat deze rechtsfiguur niet eerder bestond in de Nederlandse rechtsorde. Zoals de Memorie van Toelichting bij de Dienstenwet aangeeft, kende het Nederlandse recht deze figuur reeds, zij het op functioneel beperkte terreinen.[478] De problemen met betrekking tot de lex silencio lijken dan ook minder van institutionele aard en meer van wetsystematische en praktische aard.
Bij omzetting van de Dienstenrichtlijn is er uiteindelijk voor gekozen de lex silencio op te nemen in de Awb (een nieuwe Titel 4.1.3.3). Dit was echter niet onproblematisch uit oogpunt van de Nederlandse systematiek die is opgebouwd rondom het beschikkingsbegrip. De Dienstenrichtlijn werkt immers met de 'vergunning' als centrale rechtsterm (dat uiteraard een beperktere strekking heeft dan de 'beschikking' uit de Awb).[479] In de literatuur was er dan ook zeker kritiek op het volgen van de 'Awb route' bij de introductie van de lex silencio. Duijkersloot en Widdershoven stellen dat het hanteren van de Awb ter implementatie van deze richtlijnverplichting een systeem creëert waarbij te veel uitzonderingen op de nieuwe regel zouden bestaan, hetgeen zich slecht verdraagt met het stelsel van deze wet.[480] Het compromis is inmiddels bekend: er is een algemene regeling getroffen voor de lex silencio voor alle beschikkingen maar deze is facultatief (deze moet eerst expliciet van toepassing worden verklaard door de bijzondere wetgever; zie het nieuw ingevoegde art. 4:20a lid 1 Awb).[481] Daarnaast is ervoor gekozen om dan van deze facultatieve regeling ('nee tenzij') in de Dienstenwet af te wijken door deze nieuwe titel van de Awb generiek van toepassing te verklaren voor alle vergunningen tenzij de wetgever daarvan afwijkt ('ja tenzij').[482]
Overigens valt hierbij op dat deze afwijking van de lex silencio bij vergunningen die de Dienstenwet toestaat niet geheel conform de Richtlijn is. Artikel 13 lid 4 Dienstenrichtlijn staat afwijking van de lex silencio toe maar koppelt hier wel de voorwaarde aan vast dat dit geschiedt vanwege een 'dwingende

---

473 Zie Duijkersloot, A.P.W. en Widdershoven, R.J.G.M., 'De Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', RegelMaat, 2007, p. 190 (203).

474 Zie art. 27 lid 3 Dienstenrichtlijn waarvan dit de exacte (in gelijke bewoordingen) omzetting is. Zie verder art. 64 Dienstenwet.

475 Vergelijk art. 8 lid 1 Dienstenrichtlijn.

476 Vergelijk art. 13 lid 3 Dienstenrichtlijn.

477 Vergelijk art. 13 lid 5 Dienstenrichtlijn.

478 Meer bepaald de Woningwet, Monumentenwet, de Mijnbouwwet en - toch niet onbelangrijk - de Mededingingswet, zie de Memorie van Toelichting bij de Dienstenwet, p. 47 en 48. Ook de Awb zelf kent er een in art. 10.31 lid 4 Awb; zie daarover Wijk, van, H.D. et al, Hoofdstukken van Bestuursrecht, Elsevier, Den Haag, 2008, op p. 199.

479 Niettegenstaande het feit dat de Richtlijn een brede definitie hanteert van 'vergunningstelsel', zie art. 4 lid 6 Dienstenrichtlijn.

480 Zie Duijkersloot en Widdershoven (2007) op p. 203.

481 Zie art. 61 Dienstenwet.

482 Zie art. 28 Dienstenwet.

reden van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij'.[483] Deze laatste overweging is niet terug te vinden in de Dienstenwet.
Tot slot blijkt de niet onproblematische invoering van de lex silencio (maar nu vooral op het praktische vlak) uit het feit dat de nieuwe regeling in de Awb voorlopig niet wordt uitgebreid naar de vergunningstelsels die in beheer zijn bij de decentrale overheden. Deze laatsten zijn dit nog niet verplicht tot 2012 tenzij het een vergunningstelsel is dat ze uitvoeren in het kader van 'medebewind'.[484] Dit is naar onze mening een tekortkoming bij de omzetting van de Dienstenrichtlijn en, gezien de grote rol van de decentrale overheden bij het verstrekken van vergunningen,[485] ook een gevoelige tekortkoming..[486]

Al met al lijkt het erop dat de implementatie van de lex silencio positivo in feite een mooi voorbeeld is van een richtlijnbepaling die 'te groot is voor sectorale wetgeving maar te klein voor de Awb'. Zo begrijpen wij in ieder geval de eerder genoemde overweging van Duijkersloot en Widdershoven. Waar de lex silencio weliswaar een enorme vernieuwing teweegbrengt in het Nederlandse bestuursrecht, lijkt het met de 'diepere incongruentie' tussen de Nederlandse en de Europese rechtsorde nog wel mee te vallen. Wellicht dat wat dat betreft de relatie tussen de Dienstenrichtlijn en het strafprocesrecht problematischer is. In Hoofdstuk VI van de Richtlijn treft men art. 33 aan inzake de gegevensuitwisseling over de betrouwbaarheid van dienstverrichters. Hierin is vastgelegd dat de lidstaten elkaar 'overeenkomstig hun nationale recht' informatie verstrekken over tuchtrechtelijke, administratieve of strafrechtelijke sancties. Het feit dat er ook op strafrechtelijk gebied uitwisseling van gegevens moet plaatsvinden stuitte in een aantal lidstaten (zoals Tsjechië)[487] niet op bezwaren maar in lidstaten zoals Duitsland en Nederland ligt dit wel degelijk gevoelig. Hierbij moet bedacht worden dat het hier gaat om uitwisseling van strafrechtelijke gegevens in verband met de commerciële belangen van internationaal dienstenverkeer en die zich dus buiten de sfeer van de klassieke internationale 'rechtshulp' afspeelt.[488] Nederland heeft dan ook besloten zich te beperken tot een 'verklaring omtrent gedrag' waarmee het - mogelijkerwijs bewust - de Dienstenrichtlijn op dit punt niet correct lijkt te hebben omgezet De 'verklaring omtrent gedrag' is een instrument uit de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens dat enigszins hieraan tegemoet komt, toch is het de vraag of dit afdoende is.[489] De 'Verklaring' wordt afgegeven indien 'in verband met het doel waarvoor de afgifte is gevraagd en na afweging van het belang van de betrokkene niet is gebleken van bezwaren tegen die persoon of rechtspersoon'. De verklaring bevat geen andere (meer concrete) mededelingen.[490] Het lijkt er sterk op dat dit een te summiere informatieverstrekking is in het licht van de Dienstenrichtlijn.[491] Dat andere lidstaten op dit punt minder problemen hebben blijkt overigens al uit de Memorie van Toelichting bij de Dienstenwet die ingaat op de situatie dat vanuit andere lidstaten gevoelige strafrechtelijke informatie wordt verstrekt aan de Nederlandse instanties. Deze informatie valt onder de Wet Bescherming Persoonsgegevens, die een uitzondering biedt voor gebruik van strafrechtelijke gegevens 'ter beoordeling van een verzoek van betrokkene om een beslissing over hem te nemen'.[492]

2.4 De kaderrichtlijn en de bestuurlijke autonomie van Nederland

Op het gebied van de 'bestuurlijke autonomie' lijkt de Dienstenrichtlijn op het eerste gezicht frictie te vertonen met de bestuurlijke autonomie van Nederland. Het betreft hier met name de geografische reikwijdte van door decentrale overheden verleende vergunningen. Artikel 10 lid 4 Dienstenrichtlijn

[483] Dit kunnen dus meer (publieke) belangen zijn dan de vier belangen genoemd in artikel 16 Dienstenrichtlijn.

[484] De overgangstermijn voor deze zogenaamde 'autonome vergunningstelsels' is wettelijk vastgelegd in art. 65 Dienstenwet.

[485] Zie daarvoor, ter indicatie, de grote hoeveelheid lokale regelingen die zijn opgenomen in de 'Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet', Stcrt. 2010, 2290.

[486] Zie in dat opzicht eveneens Botman, M.R., De Dienstenwet, dekt de vlag de lading?, NtEr 2010, p. 109 (110).

[487] In deze landen is de redenering simpelweg dat wanneer een strafvonnis wordt uitgesproken in het openbaar, men niet inziet waarom men deze gegevens niet zou mogen verstrekken in de context van het vrij verkeer van diensten en de vrije vestiging.

[488] Zie ook Klip, A.H., European Criminal Law, An Integrative Approach, Intersentia, Antwerpen, 2009.

[489] Zie ook Van de Gronden (2008) op p. 38.

[490] Zie art. 28 van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens en art. 41 Dienstenwet.

[491] Overigens is dat wellicht ook het geval bij de omzetting van artikel 32 Dienstenrichtlijn ('alarmmechanisme'). In artikel 51 lid 5 heeft de Nederlandse wetgever bepaald dat in deze context geen gegevens in de zin van artikel 132a Wetboek van Strafvordering worden uitgewisseld. Niet is uit te sluiten dat dit de effectieve werking van het alarmmechanisme in de Richtlijn frustreert.

[492] Zie Memorie van Toelichting Dienstenwet, op p. 58. Zie verder artt. 16 en 22 lid 2 sub a Wet bescherming persoonsgegevens.

lijkt namelijk te vereisen dat een uitbreiding van de werkingssfeer van de lokale vergunningen naar het gehele nationale territoir noodzakelijk is. Van de Gronden spreekt in dit verband over 'een systeem van wederzijdse erkenning op nationaal niveau'.[493] De problemen die een zuivere doorvoering van dit principe in Nederland zouden teweegbrengen zijn evident. Een vergunning voor een strandfeest afgegeven door de gemeente Sluis (strand van Cadzand) kan moeilijk worden erkend door de gemeente Rotterdam (strand van Hoek van Holland) gezien de talloze afwijkende lokale omstandigheden. Nederland heeft besloten op dit punt de Dienstenrichtlijn niet om te zetten en maakt daarbij gebruik van een (ogenschijnlijke) discrepantie in de Dienstenrichtlijn zelf. Art. 10 lid 7 Dienstenrichtlijn stelt namelijk dat deze 'geen afbreuk doet aan de toedeling van de bevoegdheden, op lokaal of regionaal niveau, die in de betrokken lidstaat vergunningen verlenen'.[494] Deze omgang met de Dienstenrichtlijn lijkt te zijn gerechtvaardigd door de specifieke achtergrond van deze bepaling. Zoals ook is erkend door de Commissie,[495] is deze bepaling voornamelijk een reactie op eerder aangetroffen situaties zoals die aan het licht kwamen in zaken als Commissie v. Italië,[496] waarin een vergunning voor buitengerechtelijke inning van geldvorderingen in iedere Italiaanse provincie afzonderlijk moest worden aangevraagd, waarbij steeds exact dezelfde procedure moest worden doorlopen. Met andere woorden, de bepaling heeft voor ogen het bestrijden van nationale stelsels waarin vergunningen voor markttoegang generiek van opzet zijn maar die lokaal worden afgegeven. In zo een geval is het naar onze mening inderdaad terecht dat geëist wordt dat één vergunning in de rest van het nationale grondgebied erkend moet worden. We zien hier een fraai voorbeeld van EU-wetgeving die is geïnspireerd door juridische situaties die zich voordoen in andere lidstaten (Italië) maar die in Nederland in feite niet bestaan.

2.5 De kaderrichtlijn en de rol van het maatschappelijk middenveld

Het maatschappelijk middenveld is met betrekking tot de totstandkoming van de Dienstenrichtlijn uitvoerig aan het woord geweest. Allereerst hebben de SER en de Raad van State geadviseerd over het Richtlijnvoorstel.[497] Bovendien zijn de VNG en het Interprovinciaal Overleg (IPO) geconsulteerd, alsmede de Unie van Waterschappen. Op het gebied van de beroepsorganisaties zijn gesprekken gevoerd met de accountants, de advocaten, de notarissen en de octrooigemachtigden.

Uit interviews in het kader van de totstandkoming van dit rapport kwam naar voren dat de betrokkenheid van het 'maatschappelijk middenveld' niet in elke fase van de Europese beleidsvorming door iedereen van even groot nut werd geacht omdat de discussie omtrent de Richtlijn al zo 'gepolitiseerd' was. Hoewel in verband met de informatievoorziening de input van het maatschappelijk middenveld als zeer nuttig werd ervaren, is ook gebleken dat in de implementatiefase deze input minder toegevoegde waarde had. Politieke strijdpunten waarmee sommige partijen zich hadden 'ingegraven', zouden dan niet meer zeer dienstig zijn aan een goede omzetting van de Richtlijn op ambtelijk niveau.

493 Zie Van de Gronden (2008), op p. 27.

494 Zie Memorie van Toelichting Dienstenwet, op p. 23.

495 Handboek implementatie van de Dienstenrichtlijn, p. 28 waar wordt erkend dat 'individuele beoordelingen steeds weer noodzakelijk kunnen zijn'.

496 Zie C-134/05 Commissie t. Italië, Jur. 2007, p. I-6251, r.o. 56-64.

497 Zie Memorie van Toelichting Dienstenwet, op p. 10. De Raad van State is zelfs twee maal geconsulteerd: eenmaal heeft het zich (in een zogenoemde 'voorlichting') uitgesproken over de Dienstenrichtlijn in het algemeen en eenmaal over de Lex Silencio Positivo in het bijzonder.

3. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader

3.1 De Dienstenrichtlijn en de verscherping van het onderscheid tussen vestiging en diensten

Een cruciaal inhoudelijk punt waar de Europees en Nederlandse wetsystematiek van elkaar afwijken betreft het onderscheid tussen vestiging en diensten. Dit onderscheid is uiteraard een rechtstreeks gevolg van het aloude onderscheid dat het EU-Werkingsverdrag (EG-Verdrag (oud)) reeds maakt tussen deze twee klassieke vrijheden. De Dienstenrichtlijn bevat als gezegd op dit punt een gedeeltelijke codificatie van primair Europees recht en zijn uitleg door het Hof van Justitie (in het bijzonder met betrekking tot de rule of reason). Echter, de Dienstenrichtlijn codificeert niet alleen het primaire EU-recht maar wijkt daar ook van af. Waar vanouds de verschillende vrijheden met elkaar convergeerden in de rechtspraak van het Hof van Justitie, zowel wat betreft hun reikwijdte als wat betreft de mogelijke (rule of reason) uitzonderingen, introduceert de Dienstenrichtlijn nu juist opnieuw belangrijke verschillen tussen de vrijheid van vestiging en de vrije dienstverlening.[498] De vrijheid van vestiging (Hoofdstuk III van de Richtlijn) en de vrije dienstverlening (Hoofdstuk IV van de Richtlijn) komen onder verschillende regimes (althans voor zover ze niet van de Dienstenrichtlijn zijn uitgezonderd of voor zover er geen bijzondere EU-wetgeving van toepassing is). Voor de vrije dienstverlening wordt het aantal mogelijke uitzonderingen beperkt tot slechts vijf mogelijkheden: openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid, milieu en collectief afgesproken arbeidsvoorwaarden. In feite wordt daarmee de in de rechtspraak ontwikkelde rule of reason afgeschaft voor de vrije dienstverlening, met uitzondering van de milieubelangen en arbeidsvoorwaarden.[499] Voor de vrijheid van vestiging geldt dat de Richtlijn meer in lijn ligt met de rechtspraak van het Hof en de daar ontwikkelde mogelijke uitzonderingen.[500]

De Nederlandse wetsystematiek kent echter niet een dergelijk scherp onderscheid tussen vestiging en diensten.[501] Dit verschil tussen de EU en Nederlandse wetsystematiek brengt derhalve met zich mee dat het strengere regime inzake de vrije dienstverlening in Nederland algemeen toepassing vindt.[502] In het ongunstigste geval zou dit kunnen leiden tot 'omgekeerde discriminatie' van het Nederlandse bedrijfsleven vis-à-vis ondernemingen met hun thuisbasis in EU-lidstaten waarvan het nationale recht wel op hetzelfde principiële onderscheid tussen diensten en vestiging is gebaseerd, hetgeen voordelen op hun thuismarkt kan bieden.

Overigens moet bij deze constatering wel een aantal 'verzachtende omstandigheden' worden vermeld. In de eerste plaats moeten de (vijf) excepties van artikel 16 Dienstenrichtlijn worden gelezen in samenhang met de beperkingen van de reikwijdte van de Richtlijn in artikel 17 ('aanvullende afwijkingen van het vrij verrichten van diensten'). Bovendien is er een belangrijke samenhang met artikel 3 lid 2 Dienstenrichtlijn. Hier is bepaald dat de Richtlijn geen betrekking heeft op de regels van het internationaal privaatrecht met inbegrip van de regels die aan de Nederlandse consument garanderen dat deze kan blijven vertrouwen op de Nederlandse consumentenbescherming.[503] Hierdoor wordt het feit dat in artikel 16 de consumentenbescherming niet wordt vermeld als één van de mogelijke (rule of reason) uitzonderingen enigszins gemitigeerd.

---

498 Zie ook W.T. Eijsbouts et al, Europees Recht, Algemeen Deel, 3e druk, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, op p. 76 en Van de Gronden (2008), op p. 38.

499 De overige drie uitzonderingen zijn namelijk verdragsexcepties, zie artt. 62 j.o. 52 Wv. Zie verder art. 16 lid 3 van de Dienstenrichtlijn.

500 Zie art. 9 lid 1 sub b Dienstenrichtlijn. Zie ook art. 15 lid 3 sub b Dienstenrichtlijn. De toegevoegde waarde zit hier derhalve vooral in de 'actieve screening' die de lidstaten moeten uitvoeren van al hun wetgeving in het licht van de vrije vestiging.

501 Zie Meerten, van H. (et al), 'The New Services Directive of the European Union, Hopes and Expectations from the Angle of a further Completion of the Internal Market - National Report from The Netherlands', in: Koeck, H.F., and Karollus, M.M., The New Services Directive of the European Union, FIDE XXIII Congress Linz, 2008, Vienna 2008, p. 381 (254 en 255).

502 Zie ook Van de Gronden (2008), op p. 41.

503 Zie ook art. 17 lid 15 Dienstenrichtlijn. Het betreft hier met zoveel woorden een verwijzing naar de 'Rome Conventie I' Verordening. Het recht van toepassing op het dienstencontract kan volgens deze regels een ander rechtstelsel zijn dan het recht van de staat waar de dienstverrichter is gevestigd (dus bijvoorbeeld waar de dienstontvanger is gevestigd), zie Schauer (2008), op p. 11.

3.2 De Dienstenrichtlijn en het begrippenapparaat uit de Awb

Dat het systeem van de Dienstenrichtlijn en dat van de Awb rondom verschillende centrale begrippen kunnen zijn opgebouwd bleek reeds uit, enerzijds, de 'vergunning' als centraal element bij de lex silencio in de Richtlijn en, anderzijds, de 'beschikking' in de Awb.[504] Er zijn nog enkele andere punten die de revue moeten passeren.

Allereerst is er de introductie van de 'niet schriftelijke beschikking' als gevolg van de Dienstenrichtlijn. De 'beschikking' in de normale AwB terminologie moet immers normaliter 'schriftelijk' zijn.[505] Echter, wederom als uitvloeisel van de lex silencio moet deze basale regel in het Nederlands bestuursrecht worden verlaten. Het nieuwe artikel 4:20b AwB bepaalt immers, in lijn met de Dienstenrichtlijn, dat indien niet binnen een redelijke termijn is gereageerd op een aanvraag tot beschikking deze moet zijn geacht te zijn verleend. Het artikel vervolgt: 'de verlening van rechtswege geldt als een beschikking'. De Memorie van Toelichting bij de Dienstenwet zegt hierover: 'van een beschikking in de zin van art. 1:3 AwB kan geen sprake zijn aangezien de beschikking niet schriftelijk is'.[506] Hoewel deze rechtsfiguur niet volledig nieuw is omdat op beperkte schaal de lex silencio ook reeds bestond in Nederland, moest als gevolg van de Dienstenrichtlijn deze figuur nu wel worden opgenomen in de AwB.

Opvallend genoeg kan het begrip 'beschikking' of zelfs het nog ruimere 'besluit' in de Awb ook te beperkt zijn. Wanneer men kijkt naar de verplichtingen uit de Dienstenrichtlijn met betrekking tot de elektronische informatievoorziening door middel van het 'één loket' (art. 7 Dienstenrichtlijn) dan valt op dat de relevante bepalingen uit de Awb zich beperken tot informatieverstrekking die leidt tot een 'besluit' terwijl de informatieverstrekking op grond van de Dienstenrichtlijn niet per se tot een besluit hoeft te leiden.[507]

3.3 Spontane harmonisatie

Een voorbeeld par excellence van spontane harmonisatie is de uitbreiding van een Europese norm die alleen grensoverschrijdende gevallen beslaat naar de 'interne situatie' zonder grensoverschrijdende aspecten. Echter, het specifieke probleem met de Dienstenrichtlijn is dat niet van al zijn bepalingen op voorhand duidelijk blijkt of ze ook de interne situatie betreffen of niet. De bepalingen betreffende het vrij verrichten van diensten hebben enkel betrekking op de grensoverschrijdende situaties (art. 16 Dienstenrichtlijn spreekt over 'het recht van dienstverrichters om diensten te verrichten in een andere lidstaat') maar van de bepalingen betreffende vestiging kan dit niet duidelijk gezegd worden. In de literatuur bestaat op dit punt behoorlijk wat onenigheid508 en ook de implementatiewetgever lijkt toe te geven dat een en ander niet helemaal zeker is.509 Wat ook de juiste interpretatie op dit punt is, de Nederlandse wetgever heeft er met betrekking tot de richtlijnbepalingen omtrent de administratieve vereenvoudiging (zoals het kunnen afhandelen van alle procedures via het fameuze 'één loket') voor gekozen om dit ook ten goede te laten komen aan de binnenlandse dienstenverrichters. De reden voor deze aanpak ligt voor de hand: de Nederlandse Regering wilde op dit punt het binnenlandse bedrijfsleven niet benadelen ten opzichte van de buitenlandse dienstaanbieders.510 Bovendien zou

---

504 Zie art. 1 Dienstenwet. Zie ook Backes, Ch. W., 'Much ado about nothing, of het begin van een nieuwe bestuurscultuur?, De omzetting van de Dienstenrichtlijn', NTB 2009, 307, op p. 312.

505 Een 'beschikking' is immers een species van het 'besluit' dat altijd schriftelijk moet zijn, zie art. 1:3 Awb.

506 Zie Memorie van Toelichting Dienstenwet, p 129. Zie paragraaf 4.1.3.3 Awb.

507 Zie art. 3:20 e.v. Awb (de Awb coördinatie regeling). Zie verder Duijkersloot en Widdershoven (2007), op p. 198.

508 Zie bijvoorbeeld Hessel et al (2007) op p. 147 (art. 9 Dienstenrichtlijn betreft ook de interne situatie) en Duijkersloot en Widdershoven (2007) op p. 193 (Hoofdstuk III van de Richtlijn is alleen relevant voor grensoverschrijdende situaties), die op hun beurt weer bestreden worden door Steyger (2008) op p. 4/5. Zie ook Schauer (2008) op p. 9: 'It is evident that Chapters III and IV cannot be applied in domestic cases'. Davies vindt dat de Richtlijn van toepassing moet zijn op interne situaties, zie Davies, G., 'The Services Directive, Extending the Country of Origin Principle and Reforming Public Administration', ELR, 2007, p. 241. Backes is het hier in principe niet mee eens maar ziet goede redenen om de Dienstenrichtlijn door te trekken naar de interne situatie, zie Backes, Ch., 'Much Ado About nothing, of het begin van een nieuwe bestuurscultuur', NTB 2009, p. 40.

509 Zie het intrigerende zinnetje op p . 16 van de Memorie van toelichting bij de Dienstenwet: 'Vaak is het bij de puur binnenlandse situaties dan ook nog zo dat het onduidelijk is of de richtlijn niet daartoe verplicht'.

510 Zie memorie van Toelichting Dienstenwet, op p. 29. Zie in deze zelfde lijn Duijkersloot en Widdershoven (2007) op p. 193. Een zelfde mening is ook Backes toegedaan, zie Backes (2009), a.w.

het handhaven van een onderscheid met de Nederlandse dienstverrichter in een interne situatie simpelweg niet praktisch zijn.[511]

Hoewel met de Dienstenwet de Dienstenrichtlijn in Nederland één-op-één is ingevoerd, 'kleurt deze buiten de lijnen' met de bredere gelding van de Lex Silencio Positivo. Deze verplichting ex art. 13 lid 4 Dienstenrichtlijn heeft de Nederlandse wetgever algemeen ingevoerd.[512] Op het eerste gezicht lijkt dit derhalve een mooi voorbeeld te zijn van spontane harmonisatie. Echter, uit onderzoek ter voorbereiding van dit rapport bleek dat de bredere invoering van de Lex Silencio Positivo een voorbeeld is van een 'gelukkige samenloop' van Europees recht en reeds bestaande nationale beleidsvoornemens. De 'lex silencio' paste immers goed in het pakket maatregelen dat de Nederlandse overheid had voorgesteld om de administratieve procedures te versnellen en te vereenvoudigen.[513] Op de round table bijeenkomst ter afsluiting van dit onderzoek is door meerdere experts dan ook benadrukt dat door deze omstandigheid de bredere invoering van de 'lex silencio' niet moet worden beschouwd als een voorbeeld van spontane harmonisatie.

Een ander mogelijk voorbeeld van spontane harmonisatie betreft het besluit om milieuvergunningen generiek onder de Dienstenwet te laten vallen, ook als deze geen betrekking hebben op dienstverlening. Voor een groot deel betreft dit type vergunningen namelijk al een of andere vorm van dienstverlening. Voor de consistentie van het Nederlandse recht achtte het Ministerie van VROM het dan ook beter om alle milieuvergunningen onder het regime van de Dienstenwet te laten vallen. Net als bij de uitbreiding van de Dienstenrichtlijn tot de interne situatie betreft het hier een overweging gebaseerd voor een groot deel op praktische ingevingen (het niet steeds hoeven na te gaan, bij een vergunningaanvraag, of deze ook 'dienstengerelateerd' is).[514]

Een ander, meer ondergeschikt, punt waar spontane harmonisatie wellicht voor de hand had gelegen is de eis dat de mogelijke kosten voor de verkrijging van een vergunning 'redelijk en evenredig zijn met de kosten van de vergunningsprocedure'.[515] De Awb zwijgt over dit onderwerp, hoewel opname in deze wet uit de aard van de zaak deze regel zou uitbreiden naar alle 'beschikkingen' en dus verder dan de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn zou gaan. Zoals Duijkersloot en Widdershoven echter stellen kan goed worden volgehouden dat 'er geen reden is waarom overheden winst zouden moeten kunnen maken op vergunningsprocedures'.[516]

4. Rechtsinstrumenten en -technieken

4.1 'Goldplating' of niet?

Zoals gezegd hanteert Nederland het uitgangspunt dat de richtlijn niet 'strenger' wordt omgezet dan nodig is. De term 'strenger' in dit verband zou neerkomen op nog meer liberalisering dan reeds vereist is door de Dienstenrichtlijn. Veel ruimte daarvoor laat de Dienstenrichtlijn sowieso niet meer. Een bepaling die wel expliciet voorziet in strengere maatregelen door de lidstaten is art. 22 lid 5 Dienstenrichtlijn (verplichtingen tot aanvullende informatieverstrekking door de dienstverlener). Deze is door Nederland dan ook niet benut.

4.2 Zelfregulering

De dienstenrichtlijn heeft uiteraard een raakvlak met zelfreguleringsorganen. De artt. 4 lid 7 en 4 lid 9 geven duidelijk aan dat de Dienstenrichtlijn 'horizontale verhoudingen' aanpakt (overigens net als de onderliggende Verdragsbepalingen) door beroepsorden, beroepsverenigingen en beroepsorganisaties te noemen als 'bevoegde instanties' die met hun regels en reglementen de vrije vestiging en het vrije dienstenverkeer zouden kunnen belemmeren. Ook door de definitie van het begrip 'eis' (dat mede omvat de 'regels van beroepsorden, beroepsverenigingen en -organisaties') en 'instantie' (dat

511 Zie Backes (2009).

512 Zie Memorie van Toelichting Dienstenwet, op p. 25 en 47.

513 Zie de Memorie van Toelichting Dienstenwet, op p. 47/48.

514 Zie de Regeling Indicatieve Vaststelling Reikwijdte Dienstenwet en de vermelding aldaar van art. 8.1 Wet milieubeheer.

515 Zie art. 13 lid 2 Dienstenrichtlijn. Deze is niet omgezet in de Dienstenwet noch in de AwB.

516 Zie Duijkersloot en Widdershoven (2007) op p. 202.

wederom mede omvat de 'beroepsorden, beroepsverenigingen en -organisaties') maakt de Dienstenrichtlijn duidelijk dat deze een horizontale dimensie bevat, dit overigens in lijn is met de oudere rechtspraak van het HvJ over belemmeringen van het vrij verkeer. Artikel 16 Dienstenrichtlijn hanteert immers het begrip 'eis' bij het formuleren van het algemeen verbod van het belemmeren van het vrij verkeer van diensten. De Richtlijn erkent derhalve dat beroepsordes een bijzondere rol hebben bij de dienstenpraktijk.

Door deze opbouw zijn de lidstaten in hoge mate verantwoordelijk voor wat op het niveau van zelfregulering in de dienstensector gebeurt op hun territoir. Wat dat betreft geven de artikelen 26 lid 1 en 37 Dienstenrichtlijn wellicht een wat vertekend beeld. De Dienstenrichtlijn bevat hier een inspanningsverplichting voor de lidstaten met betrekking tot het verhogen van de kwaliteit van de dienstverlening via zelfregulering (certificatie, accreditatie, een eigen kwaliteitshandvest en gedragscodes op EU-niveau). Deze aanzet tot verdere verbetering neemt uiteraard niet weg dat de lidstaat verantwoordelijk blijft voor de 'ondergrens' indien zelfreguleringorganisaties 'eisen' stellen die het vrije dienstenverkeer kunnen hinderen. Bovendien is er een vangnet nodig in geval de zelfreguleringsinstanties in de toekomst ondermaats zouden presteren qua informatieverstrekking over hun afspraken. Voor dat geval is in een bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken voorzien om deze taak over te nemen.[517]

Eén bijzondere vraag die in dit verband is gerezen betreft de kwalificatie van de certificerende organisatie zelf. Moet deze worden beschouwd als 'een instantie' in de zin van de Dienstenrichtlijn of is het zelf een dienstverrichter? De accrediterende organisatie heeft immers ontegenzeggelijk invloed op de toegang tot dienstverlening, maar dit geschiedt veelal met een tegenprestatie. Het uitgangspunt bij dit vraagstuk blijft dat de accrediterende organisatie geen openbaar gezag uitoefent indien er geen sancties verbonden zijn aan de niet-accreditatie. In dat geval geldt de accreditatie organisatie dus als een 'gewoon ondernemer' en valt deze bijvoorbeeld niet onder de plichten die de Dienstenrichtlijn oplegt aan 'instanties' om tot administratieve samenwerking over te gaan.

4.3 Dynamische verwijzing naar het EU-begrippenkader

De Dienstenrichtlijn vertoont sterke voorbeelden van 'copy in'- technieken en van dynamische verwijzing. Allereerst is er art. 1 Dienstenwet dat voor de begrippen 'dienst' en 'dienstverrichter' verwijst naar de overeenkomstige Verdragsbepalingen (art. 50 resp. 48 EG oud, thans artt. 57 resp. 54 EU-Werkingsverdrag). Deze begrippen zijn natuurlijk onderhevig aan de interpretatie van het HvJ. Dynamische verwijzing is ook aan te treffen in art. 1 Dienstenwet waar het begrip 'dwingende reden van algemeen belang' wordt gedefinieerd. Dat gebeurt door de definitie van de rule of reason te incorporeren in de Nederlandse wet: 'redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie'.

Dit laatste lijkt bezwaarlijk uit oogpunt van kenbaarheid en rechtszekerheid. Echter, met betrekking tot de kernbepaling van art. 16 Dienstenrichtlijn is dit begrip sowieso zeer ingeperkt. Voor zover de rule of reason wel een grote rol speelt in de Nederlandse dienstenregulering (zie bijv. 10 lid 4 m.b.t. landelijke toepasselijkheid van regionale vergunningen of art. 13 lid 4 m.b.t. de afwijking van de 'lex silencio') is het zo dat dit natuurlijk ook reeds moest worden in acht genomen voordat de Dienstenrichtlijn tot stand kwam. Kort gezegd: als EU-wetgeving primair recht codificeert,[518] lijkt het eerder aangewezen om bij de omzetting in Nederland uit te gaan van dynamische verwijzing naar het (gecodificeerde) EU-recht. De mogelijke bezwaren m.b.t. rechtszekerheid die er in het algemeen zijn bij dynamische verwijzing zijn daarom wellicht minder op zijn plaats in deze context. Ook Backes stelt op dit punt dat er een voordeel schuilt in deze techniek van implementatie: men is tenminste altijd alert op het feit dat men in Nederlands recht te maken heeft met van oorsprong Europees recht waarvoor de interpretatie vanuit het HvJ EU altijd in acht genomen moet worden.[519]

---

[517] Zie art. 11 Dienstenwet.

[518] Zie art. 4 lid 8 Dienstenrichtlijn dat op zijn beurt een dynamische verwijzing bevat naar de 'rule of reason' rechtspraak van het HvJ.

[519] Zie Backes, Ch. W., 'Much ado about nothing, of het begin van een nieuwe bestuurscultuur?, De omzetting van de Dienstenrichtlijn', NTB 2009, 307 op p. 311.

5. Conclusies

De Dienstenrichtlijn heeft door zijn brede toepassingsgebied zeker bepaalde fricties en vraagstukken opgeleverd in de Nederlandse rechtsorde. Dit was door de aard van de Richtlijn niet geheel onverwacht. Wellicht dat de ruime implementatieperiode (drie jaar) ook mede door deze verwachting was ingegeven. Het exacte toepassingsbereik van de Richtlijn bleek bovendien lastig in te schatten, wat duidelijk naar voren kwam bij de totstandkoming van de 'Regeling vaststelling indicatieve reikwijdte Dienstenrichtlijn'.

Met betrekking tot het primaat van de wetgever kan enerzijds geconstateerd worden dat de Dienstenrichtlijn een goed voorbeeld verschaft van een richtlijn die puur door zijn omvang en brede werking neerlegging in een formele wet verdiende (terwijl dat niet per se gerechtvaardigd lijkt door de hoeveelheid beleidsvrijheid die deze nog liet aan de Nederlandse wetgever). Anderzijds leverde de Dienstenrichtlijn juist op dit punt een frictie op met het Nederlandse staatsrecht aangezien de meest cruciale bepalingen (verbod op het belemmeren van het dienstenverkeer en de vrije vestiging) niet als zodanig in de omzettingswetgeving werden opgenomen, omdat deze normen ook de formele wetgever zelf adresseren.

Hoewel de Dienstenrichtlijn zeer breed van opzet is en een breed toepassingbereik heeft, is de implementatie ervan door middel van de algemene wetboeken geen vanzelfsprekendheid gebleken. De AwB is uiteindelijk wel de voornaamste implementatiewet, naast de Dienstenwet zelf, maar het voorbeeld van de lex silencio positivo geeft goed aan dat dit een moeizaam proces was met als compromis een rechtsinstrument dat wordt neergelegd in de AwB maar waarvan de toepassing door de bijzondere wetgever moet worden aangegeven. Verder vertoonde de AwB met de Dienstenrichtlijn wetsystematische fricties doordat beide wetgevingsdocumenten op verschillende centrale begrippen zijn gebouwd ('beschikking' en 'besluit' resp. 'vergunning'). De belangrijkste wetstechnische incongruentie lijkt zich trouwens op een nog hoger niveau dan de AwB af te spelen. Het Nederlandse recht kent niet echt een 'vestigingsconcept' zoals dat waarmee het EU-Werkingsverdrag werkt (art. 49 Wv). Daardoor krijgt het dienstenhoofdstuk uit de Richtlijn een bredere toepassing terwijl nu juist in dat hoofdstuk het zwaarste wordt geliberaliseerd (door afschaffing van talloze excepties waarmee lidstaten belemmeringen nog konden rechtvaardigen).

Op het terrein van het strafprocesrecht kon een probleem worden geconstateerd dat meer dan alleen wetstechnisch van aard was. De uitwisseling van strafrechtelijke gegevens over dienstverstrekkers (wanneer dit niet geschiedt in een klassieke omgeving van rechtshulp in het internationale strafrecht) is een typisch voorbeeld van een richtlijnvereiste dat in menig lidstaat weliswaar weinig problematisch is, maar zich slecht verdraagt met een uitgangspunt van het Nederlandse strafrechtstelsel.

In verband met de gevolgen voor de lokale overheden vertoont de Dienstenrichtlijn vooral een praktisch probleem in de zin dat de meeste vergunningstelsels in Nederland voortkomen uit de lokale overheid. De 'screeningsoperatie' en de grote hoeveelheid lokale 'eisen' en 'vergunningstelsels' die deze heeft opgeleverd geeft dat duidelijk aan. Invoering van de Lex Silencio Positivo bleek dan ook niet technisch haalbaar voor al deze lokale autoriteiten. Tegelijkertijd biedt de lokale toepassing van de Dienstenrichtlijn ook een fraai voorbeeld van EU- wetgeving die duidelijk is geïnspireerd op een situatie die zich in Nederland niet voordoet. De bepaling over de verplichte erkenning van lokale vergunningen in andere gemeenten dan de gemeente waar deze werd afgegeven lijkt niet voor Nederland te zijn geschreven. De Dienstenrichtlijn lijkt voor het 'negeren' van deze eis ruimte te bieden zodat dit aspect niet zo problematisch is als het anders ongetwijfeld wel was geweest.

Tot slot moet worden benadrukt dat de implementatie van de Dienstenrichtlijn heeft geleid tot het inkopiëren van EU-terminologie en zelfs tot het dynamisch verwijzen naar rechtspraak van het HvJ (m.b.t. de rule of reason). Deze wetgevingstechniek lijkt echter voor de hand liggend en minder problematisch bij dit type richtlijnen dat zich kenmerkt door een gedeeltelijke codificatie van het primaire verdragsrecht.[520]

[520] Zoals aangegeven in De Waele (2009): deze wetgevingsmethode is niet exclusief voor de Dienstenrichtlijn.

Deel C

Afsluitend Deel

Hoofdstuk 9 Bevindingen

1. Kaderrichtlijn-specifieke implementatieproblemen?

Het onderzoek betrof kenmerken van het Nederlandse rechtssysteem die van invloed zijn op een meer of minder adequate omzetting van Europese regels in het Nederlandse recht. Dit gebeurde aan de hand van een analyse van de implementatie van een vijftal kaderrichtlijnen, waarbij het vermoeden gold dat het instrument van de kaderrichtlijn, eerder dan de 'gewone' richtlijn, spanningen zou kunnen blootleggen tussen het nationale en het Europese rechtssysteem en vragen aan de orde zou kunnen stellen naar mogelijke systeemwijzigingen in het nationale recht als gevolg van de implementatie van EU wetgeving.

Dit vermoeden kan door dit onderzoek niet worden bevestigd of ontkracht. Daarbij bleek vooral een definitieprobleem te spelen. Zoals aangegeven,[521] ontbeert het begrip 'kaderrichtlijn' een duidelijke definitie. Als werkdefinitie werd daarom uitgegaan van de volgende kernmerken:

i. een breed toepassingsbereik;
ii. open, niet al te detailleerde, normen; en
iii. nadere specifiekere normstelling via opvolgingswetgeving, van aanzienlijk gewicht (op 'secundair' dan wel op 'tertiair' niveau).

De vijf casestudies wezen uit dat in feite alleen de Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden aan alle drie deze kenmerken voldoet; de overige vier richtlijnen voldoen wel aan het eerste criterium maar niet aan het tweede en (althans niet in voldoende mate) aan het derde criterium (Consumenten, Diensten), dan wel niet, althans niet geheel, aan het tweede maar wel aan het derde criterium (Water, Lucht). Indien aldus vier van de vijf richtlijnen niet, althans niet geheel, voldoen aan de eigen werkdefinitie - noodzakelijk vanwege het ontbreken van een 'officiële' definitie van de term kaderrichtlijn - dan is het uiteraard moeilijk om definitieve uitspraken te doen over de vraag of kaderrichtlijnen eerder aanleiding geven tot implementatieproblemen dan niet-kaderrichtlijnen.

Nader onderzoek zou dit punt verder kunnen uitwerken mits dat eerst wordt voorafgegaan door een inhoudelijke screening van het acquis op richtlijnen waarvan van te voren, door apart onderzoek, wordt vastgesteld of deze voldoen aan de hier gebezigde werkdefinitie van 'kaderrichtlijnen'.

Dit betekent dat de navolgende conclusies betrekking hebben op een onderzoek naar de implementatie van vijf Europese richtlijnen in Nederland, waarvan niet steeds kan worden volgehouden dat het 'kaderrichtlijnen' zijn in de zin van de werkdefinitie van het onderzoek. Zoals in Hoofdstuk 1 reeds werd aangegeven hoeft dit ook niet problematisch te zijn. Het concept 'kaderrichtlijn' was immers vooral instrumenteel bedoeld en niet als zodanig het hoofdthema van dit onderzoek. Bovendien kan van alle vijf de onderzochte richtlijnen wel worden gesteld dat deze gemeen hebben dat ze een breed toepassingbereik hebben. Op dit gemeenschappelijke punt zijn er in de implementatiefase daarom wel enige parallellen te trekken, ondanks het feit dat deze richtlijnen inhoudelijk over volstrekt verschillende zaken gaan.

Met deze overwegingen in het achterhoofd zal worden getracht meer algemene conclusies te trekken aangaande (1) de kenmerken van het Nederlandse rechtssysteem die van invloed zijn op een meer of minder adequate omzetting van Europese regels in het Nederlandse recht en ook over (2) mogelijke systeemwijzigingen in het nationale recht vanwege de plicht tot implementatie van Europese richtlijnen in het algemeen. Uiteraard moet bij dit tweede type conclusies worden opgepast om niet te gemakkelijk te veralgemeniseren: wat geldt voor de vijf onderzochte richtlijnen, hoeft niet te gelden

[521] Hoofdstuk 2, par. 3.

voor de (honderden) andere richtlijnen. Met andere woorden, er is interessant en concreet onderzoek gedaan naar hoe Nederland is omgegaan met vijf richtlijnen; vervolgens wordt nagedacht en bespiegeld over de vraag hoe representatief die uitkomsten zijn voor uitvoering van richtlijnen in Nederland in het algemeen.

Deze specifieke en algemenere conclusies worden behandeld volgens de eerder aangegeven driethema benadering: procedurele en institutionele vormgeving (par. 2); samenhang rechtsregels en Nederlands begrippenkader (par. 3) en Rechtsinstrumenten en rechtstechnieken (par. 4).[522]

2. Procedurele en institutionele vormgeving

2.1 Het primaat van de Nederlandse wetgever bij implementatie van Europese (kader) richtlijnen

De hypothese was dat de hoeveelheid beleidsruimte die een richtlijn biedt, een belangrijke factor is bij het bepalen op welke wetgevingniveau de richtlijn in Nederland wordt geïmplementeerd. Is er veel beleidsvrijheid, dan ligt een wet in formele zin voor de hand; is er weinig beleidsvrijheid, dan is er minder bezwaar tegen implementatie op lager niveau (AMvB, ministeriële regeling). Deze hypothese was gebaseerd op eerder onderzoek en op bekende politieke discussies inzake 'versnelde implementatie'.

Uit het onderzoek naar de implementatie van de vijf (kader)richtlijnen blijkt niet dat er een belangrijke correlatie bestaat tussen de aan Nederland gelaten hoeveel beleidsvrijheid en het niveau waarop geïmplementeerd wordt. Zo laat de (ontwerp)richtlijn consumentenrechten Nederland weinig beleidsvrijheid bij implementatie, maar wordt toch bij formele wet geïmplementeerd.[523] Hetzelfde geldt voor de Dienstenrichtlijn.[524] De milieukwaliteitseisen in de twee milieurichtlijnen laten weinig beleidsruimte aan Nederland. Bij de Kaderrichtlijn Water is dan ook inderdaad gekozen voor implementatie bij AMvB (inclusief de implementatie van de plan- en programmaverplichtingen). [525] Echter, bij de Kaderrichtlijn Lucht is dan toch gekozen voor uitvoering bij formele wet.[526] Daarom lijken twee andere factoren (dan de hoeveelheid beleidsvrijheid) van groter belang. Ten eerste de politieke inschatting van de impact die de betrokken richtlijn zal gaan hebben in Nederland, met name op burgers en bedrijven in deze lidstaat. Dan ligt implementatie op het niveau van de formele wet voor de hand, of hooguit op AMvB-niveau maar met een zware voorhangprocedure. Deze politieke achtergrond verklaart ook waarom bij de Kaderrichtlijn Lucht en bij de Dienstenrichtlijn uiteindelijk toch voor de formele wet werd gekozen.[527] Ten tweede bleek van belang de vraag of de richtlijn noopt tot invoering van (veel) nieuwe regels, die eerder nog niet bestonden in Nederland. In dat geval lijkt uitvoering bij formele wet aangewezen; indien de richtlijn daarentegen regels bevat die wij in Nederland toch al hadden, dan kan volstaan worden met uitvoering op lager niveau. Dit zien we tot op zekere hoogte bij de Dienstenrichtlijn met zijn enorme invloed op vele Nederlandse vergunningenstelsels,[528] maar dan weer niet bij Arbeidsomstandigheden, waar de kaderrichtlijn veel regelde dat we in Nederland al hadden (behalve dan de risico-inventarisatie en de deskundige ondersteuning), maar waar toch in de formele wet (Arbowet) werd geïmplementeerd.[529]

[522] Vgl. hoofdstuk 3, par. 2-4.
[523] Hoofdstuk 7, par. 2.1.
[524] Hoofdstuk 8, par. 1 en par. 2.1.
[525] Hoofdstuk 5, par. 1.5.3 en par. 2.
[526] Hoofdstuk 6, par. 2.1.
[527] Uitgebreid besproken in hoofdstuk 6, par. 2.1 resp. hoofdstuk 8, par. 1.
[528] Hoofdstuk 8, met name par. 1.
[529] Hoofdstuk 4, met name par. 1 en par. 4.

2.2 Het primaat van de Nederlandse wetgever bij latere uitwerking van (kader)richtlijnen op Europees niveau

Onderzocht is ook of er verschillen zijn te constateren wat betreft het wettelijk niveau waarop Nederland de Europese vervolgwetgeving van de betrokken (kader)richtlijnen implementeert. Daarbij was de hypothese dat bij uitvoering door de Commissie (op tertiair Europees niveau) implementatie in Nederland bij lagere wet voor de hand ligt omdat Nederland dan minder beleidsvrijheid zou hebben dan wanneer de kaderrichtlijn door middel van latere richtlijnen van Raad en EP (evenals de kaderrichtlijn, vastgesteld op secundair Unieniveau en dus meestal volgens de 'gewone wetgevingsprocedure')[530] zou worden uitgewerkt.
Van een dergelijke relatie blijkt uit het onderzoek evenwel niet of nauwelijks. Het is namelijk zo dat zeer vaak deze latere EU-regelgeving op lager niveau dan de formele wet kan worden geïmplementeerd, maar dus los van de vraag of die opvolgingswetgeving van de Commissie dan wel van het EP en de Raad afkomstig is. Zo worden de bijzondere richtlijnen van de kaderrichtlijn arbeidsomstandigheden direct op grond van het Verdrag vastgesteld, volgens de gewone wetgevingsprocedure, en deze bijzondere richtlijnen worden in Nederland geïmplementeerd bij AMvB, hoewel met een 'voorhang' voor belangrijke AMvB's. [531]

2.3 Het Nederlandse wetgevingscomplex

Het ging hier, ten eerste, om de vraag of er bij de implementatie van de (kader)richtlijnen problemen waren in het licht van het beginsel dat de hoofdelementen van Nederlandse wetgeving zoveel mogelijk in de formele wet moeten zijn neergelegd. Uit het onderzoek blijkt dit inderdaad een probleem te zijn bij de Kaderrichtlijn Water, niet echter bij de Dienstenrichtlijn en vermoedelijk zal ook bij de richtlijn Consumentenrechten dit niet een problematisch punt zijn.
Ten tweede werd onderzocht of de richtlijnen voor moeilijkheden hadden gezorgd met betrekking tot het vinden of creëren van adequate delegatiegrondslagen in de Nederlandse rechtsorde. Bij geen van de casestudies bleek dit problematisch te zijn.

2.4 Betrokkenheid maatschappelijk middenveld

Eerder had Nederland besloten om zeer veel adviesverplichtingen af te schaffen bij vaststelling van wetgeving die diende ter implementatie van richtlijnen.[532] De vraag was evenwel of ingeval van 'kaderrichtlijnen', vanwege de vaak bestaande ruime nationale beleidsvrijheid, het 'maatschappelijk middenveld' toch niet intensiever betrokken werd/betrokken diende te worden bij de implementatie van die kaderrichtlijnen dan bij de implementatie van 'gewone' richtlijnen. Daarop aansluitend was de vraag of en hoe maatschappelijke organisaties op het Europees niveau, bij de totstandkoming van de kaderrichtlijn, werden betrokken.

Uit het onderzoek blijkt nu dat inderdaad een groot aantal maatschappelijke organisaties werden betrokken bij zowel de implementatie van de onderzochte 'kaderrichtlijnen' in Nederland, als bij de totstandkoming van de betrokken richtlijn. Bij de Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden gaat het vooral om werkgevers- en werknemersorganisaties; bij de Consumentenrichtlijn om de consumentenbond, VNO-NCW, werkgevers en werknemers (via de SER); bij de twee milieukaderrichtlijnen om private milieuorganisaties en ook private transportorganisaties, maar ook vele decentrale overheden in Nederland; dit laatste geldt evenzeer bij de vaststelling van de Dienstenwet.[533]

Ook hier kan men evenwel de vraag stellen of deze brede consultatie van het maatschappelijk middenveld nu primair het gevolg is van de beleidsvrijheid die de kaderrichtlijnen nog aan de lidstaten laten. Ook bij kaderrichtlijnen die weinig beleidsvrijheid laten, zoals de Kaderrichtlijn Lucht (wat betreft de milieukwaliteitseisen) en de Dienstenrichtlijn, ziet men namelijk brede en uitvoerige consultatieronden. Een belangrijker verklaring lijkt daarom, opnieuw, de ingeschatte impact die de

[530] Zie art. 294 Wv, de vroegere 'codecisie-' of 'medebeslissingsprocedure' ex art. 251 EG.

[531] Hoofdstuk 4, par. 3.1.

[532] Vgl. de bespreking in hoofdstuk 3, par. 2.2.

[533] Vgl. hoofdstuk 4, par. 3.2; hoofdstuk 7, par. 2.3, hoofdstuk 5, par. 2; hoofdstuk 6, par. 2.3 en hoofdstuk 8, par. 2.5.

betrokken richtlijn voor de betrokken private organisaties zal gaan hebben. Het laten meedenken van die organisaties, vooral bij de totstandkoming van de richtlijn, bevordert dan tegelijk de latere maatschappelijke acceptatie van de Nederlandse uitvoeringswetgeving.

2.5 Nederlandse procesrecht

Het was de vraag of de implementatie van (kader)richtlijnen wellicht noopt tot aanpassing van Nederlands administratief, civiel- of strafprocesrecht.534 Dit blijkt niet het geval. De reden is dat de onderzochte 'kaderrichtlijnen', evenals de meeste andere EU-besluiten, het aan de lidstaten overlaten hoe zij de materiële normen in die richtlijn wensen te handhaven. Weliswaar vormen de eisen van effectiviteit en gelijkwaardigheid de Europeesrechtelijke grenzen voor de wijze van handhaving in Nederland, maar daarbinnen blijven lidstaten vrij te kiezen voor bestuurlijke, civiele en/of strafrechtelijke handhaving.[535] Mogelijk vormt de plicht tot ambtshalve toepassing voor de Nederlandse rechter in de casestudy 'Consumentenrechten' hierop een uitzondering.

Binnen de aldus gelaten vrijheid heeft Nederland bij de implementatie van de kaderrichtlijnen steeds aansluiting gezicht bij het reeds bestaande systeem van handhaving. Dit betekent dat werd gekozen voor (hoofdzakelijk) civiele handhaving bij de kaderrichtlijnen arbeidsomstandigheden en consumentenrechten;[536] en vooral bestuurlijke handhaving bij de twee milieukaderrichtlijnen en bij de Dienstenrichtlijn.[537] Overigens moest worden geconstateerd dat indien aanpassingen van het Nederlandse procesrecht reeds autonoom gewenst waren, de richtlijn eerder een aanjagende dan een constitutieve functie kan hebben. Derhalve geldt de invoering van de lex silencio hier niet als een goed voorbeeld. Die bestuursprocesrechtelijke aanpassing had vroeger of later ook zonder de Dienstenrichtlijn zeer wel kunnen zijn doorgevoerd.

2.6 Bestuurlijke autonomie van Nederland

De hypothese was dat vanwege hun breed toepassingsbereik, 'kaderrichtlijnen' zich al snel kunnen uitstrekken tot materies die in Nederland tot de bevoegdheden van verschillende overheden behoren (rijk, provincie, gemeente, waterschappen; ook eventueel product- en bedrijfsschappen). De vraag was daarom of als gevolg van de omzetting van die richtlijnen er knelpunten ontstaan in verband met de onderlinge verhoudingen tussen deze verschillende Nederlandse overheden.

Uit het onderzoek blijkt dat de betrokken richtlijnen geen specifieke voorschriften bevatten over de soort of aard van de overheidsorganen die belast dienen te zijn met de toepassing en handhaving van de betrokken kaderrichtlijn. Er worden hooguit meer algemene aanduidingen gebruikt zoals 'stroomgebiedautoriteit' of 'instanties', bijvoorbeeld in de Kaderrichtlijn Water of de Dienstenrichtlijn.[538]

Echter, vanwege de aard van de in de richtlijn geregelde materie, dus de opgelegde materiële en procedurele normen, kan van de kaderrichtlijn wel een sterke stimulans uitgaan om op zijn minst tot intensivering van interbestuurlijke samenwerking en toezicht te komen en wellicht zelfs (op termijn) tot een nieuw bestuursorgaan. Een duidelijk voorbeeld is te vinden in de casestudy naar de Kaderrichtlijn Water. Ook (en zelfs) in die richtlijn wordt geen bepaalde (overheids)organisatiestructuur aangewezen voor het beheer van de grensoverschrijdende stroomgebieden. Echter, lidstaten worden wel verplicht samen te werken al schrijft de richtlijn niet voor hoe zij dat precies moeten doen. De eis van samenwerking op stroomgebiedniveau heeft in Nederland niet geleid tot een nieuw bestuurlijk orgaan (het stroomgebieddistrict kan niet als zodanig worden aangemerkt) ook al overlappen de stroomgebieddistricten niet geheel met het territoir, en dus de bevoegdheden, van de reeds bestaande provincies.[539] Dat laatste fenomeen kon ook worden geconstateerd bij de Kaderrichtlijn Lucht waarvan de implementatie in Nederland heeft geleid tot zeven regio's die geografisch niet overeenkomen met de bestaande provinciegrenzen. Dit leverde evenwel geen

534 Vgl. hoofdstuk 3, par. 2.4.
535 Eveneens besproken in hoofdstuk 3, par. 2.4.
536 Hoofdstuk 4, par. 3.1 resp. hoofdstuk 7, par. 2.4.
537 Onder meer hoofdstuk 8, par. 2.3.
538 Hoofdstuk. 5, par. 1.5.1 resp. hoofdstuk 8, par. 4.2.
539 Hoofdstuk , par. 2.

problemen op.

Iets soortgelijks zien wij bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn. Deze lijkt te eisen dat een afgegeven vergunning geldig moet zijn voor het gehele grondgebied van een lidstaat; in Nederland kan een evenementenvergunning van de gemeente Rotterdam voor een strandfeest in Hoek van Holland echter bezwaarlijk erkend worden door bijvoorbeeld de gemeente Den Haag. De aard van de geregelde materie in deze richtlijn ('vergunning geldig voor gehele grondgebied') leek aldus te nopen tot een nieuw bestuurlijk orgaan, namelijk een vergunningverlenende instantie op landelijk niveau – maar deze consequentie heeft Nederland niet getrokken uit de Dienstenrichtlijn omdat gemeend werd dat de EU-wetgever een specifiek Italiaans vergunningenstelsel op het oog had.[540]

De Dienstenrichtlijn biedt wel een fraai voorbeeld van hoe een horizontaal ingevoerde verplichting voor alle overheidslagen tot grote regelgevingsdruk kan leiden. De lex silencio positivo wordt dan ook voor de decentrale overheden pas op een later tijdstip ingevoerd.

3. Samenhang rechtsregels en Nederlands begrippenkader

Het streven naar wetsystematiek is bijna vanzelfsprekend bij de vormgeving van ieder wettelijk stelsel. Dit is zeker ook het geval in Nederland. Echter, dat het concipiëren van een dergelijke systematiek een moeizaam proces kan zijn is genoegzaam aangetoond met de totstandkomingsgeschiedenis van het Burgerlijk Wetboek. Vanuit die achtergrond wordt een eenmaal gekozen systematiek niet graag verlaten. Dit bleek uit de casestudie 'luchtkwaliteit' en uit de casestudy 'diensten'.

Toch is het verlaten van de eerder gekozen systematiek soms een noodzaak. Als gezegd, de vijf casestudies hebben gemeenschappelijk dat ze alle vijf betrekking hebben op richtlijnen met een breed toepassingsbereik. Dat betekent dat het 'klein houden' van de omzetting ten voordele van de nationale wetsystematiek niet altijd voor de hand liggend is. Bij alle vijf de onderzochte richtlijnen moet op enig moment de keuze gemaakt worden tussen het verlaten van de bestaande wetsystematiek en het behouden hiervan maar met de consequentie dat daarmee wellicht de richtlijn een bredere actieradius krijgt in het implementatierecht (men zou kunnen spreken van 'systematiek geïnduceerde spontane harmonisatie'). Ook is in dit verband al de term 'negatieve spontane harmonisatie' gevallen wat zich kan voordoen als de richtlijn een breed toepassingsbereik krijgt in combinatie met de totale harmonisatietechniek (het scenario waar de ontwerprichtlijn Consumentenrechten op lijkt uit te draaien).

Sommige (kader)richtlijnen beogen een Europese systematisering op functioneel gebied, men denke hierbij vooral aan de 'water' en 'lucht' casestudies. Bij de casestudy 'water' kan worden geconstateerd dat voor de niet-milieutechnische aspecten dit niet problematisch was (en zelfs in lijn was met oudere beleidswensen in Nederland om tot een functionele systematisering te komen). Deze aspecten volgden zonder al te veel problemen de Europese opbouw en terminologie (veel 'copy in' en dynamische verwijzing). Op het gebied van de milieuaspecten echter vertonen zowel de omzetting van de Kaderrichtlijn Water als de omzetting van de Kaderrichtlijn Lucht fricties met het bestaande systeem van de wet milieubeheer (wat zich natuurlijk kenmerkt door een systematische opbouw die dateert van voor de beide kaderrichtlijnen). Door verschillende kernbegrippen te gebruiken (zoals het onderscheid in 'grenswaarden' en 'richtwaarden' en een ander begrip van 'geen achteruitgang' sluit de Wet milieubeheer niet goed aan bij de wijze waarop de milieudoelstellingen in de Kaderrichtlijn Water moeten worden behaald. Voor zowel de Kaderrichtlijn Water en de Kaderrichtlijn Lucht komen er (uiteindelijk) aparte 'compartimenten' in de Wm. Terminologisch kan dit uiteraard minder fraai zijn, aangezien door deze sectorale (of beter: functionele) afbakening er binnen de Wm terminologie kan ontstaan die iets anders betekent naar gelang de relevante sectie van de Wm (een probleem dat met name werd geconstateerd bij de omzetting van de kaderrichtlijn Lucht). Ook de Dienstenrichtlijn gaf aan dat de opbouw rondom verschillende juridische kernbegrippen typische systematiek-problemen geeft. Het hanteren van enerzijds het beschikkingsbegrip (in de AwB) en anderzijds het begrip 'vergunning' (in de Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet) kan tot moeilijkheden leiden, bijvoorbeeld bij het invoeren van een concept als de 'Lex Silencio Positivo'.

[540] Vgl. hoofdstuk 8, par. 2.4.

Dat richtlijnen met een brede reikwijdte aanleiding kunnen zijn tot zowel 'negatieve spontane harmonisatie' als 'positieve spontane harmonisatie' leert ons de casestudy over de ontwerprichtlijn Consumentenrechten. De werkingsfeer van de richtlijn zou kunnen nopen tot spontane verlaging van de wettelijke bescherming van niet-consumenten naar het richtlijnniveau omdat er anders een afwijking van een grondbeginsel van het Nederlandse privaatrecht plaatsvindt (professionele contractspartijen kunnen niet beter worden behandeld dan niet-professionele contractspartijen) maar ook tot een uitbreiding van een aantal wettelijke waarborgen van de richtlijn naar andere overeenkomsten dan consumentenovereenkomsten. Dergelijke 'horizontale consequenties' waren overigens niet onvoorzien. Overigens is gebleken dat wetsystematiek of diepgewortelde uitgangspunten van het Nederlandse referentiekader niet per se doorslaggevend hoeven te zijn voor spontane harmonisatie. De implementatie van de Dienstenrichtlijn gaf aan dat ook voornamelijk praktische argumenten een belangrijke rol kunnen spelen (bv het besluit om alle milieuvergunningen onder het bereik van de Dienstenwet te brengen).
De ontwerprichtlijn Consumentenrechten illustreert ook mooi hoe een EU richtlijn die een poging doet tot verdere systematisering van het EU recht zelf, niet altijd grote afwijkingen van het Nederlandse terminologie en begrippenapparaat noopt, juist omdat deze eerdere EU wetgeving stroomlijnt. Eerdere keuzes die Nederland dan heeft gemaakt (vertaling of 'copy in'), kunnen dan vaak behouden blijven (path dependency). Wat dat betreft hoeven 'kaderrichtlijnen', althans richtlijnen met een breed toepassingsbereik, niet per definitie lastig om te zetten zijn.
Tot slot moet worden geconstateerd dat wanneer een richtlijn met een zeer breed toepassingsgebied op 'macro niveau' een onderscheid in de rechtsordes van de lidstaten introduceert dat deze eerder niet kenden, er dan bijna vanzelfsprekend potentieel grote consequenties zijn. Wat dat betreft heeft de Dienstenrichtlijn voor moeilijkheden gezorgd bij de implementatie in Nederland. Het verscherpte onderscheid tussen diensten en vestiging dat deze richtlijn introduceert (ten opzichte van het verdragsregime m.b.t. deze twee 'vrijheden') is een structureel kenmerk van deze Richtlijn dat vreemd was aan het Nederlandse recht.

4. Rechtsinstrumenten en rechtstechnieken

4.1 'Goldplating'

Sinds geruime tijd is het Nederlands beleid om in beginsel geen 'nationale kop' op richtlijnen te zetten, waarmee dan gewoonlijk bedoeld wordt dat Nederland geen strengere norm dan die van de richtlijn (met minimumharmonisatie) moet aannemen, dit om concurrentievervalsing met het buitenland te voorkomen. Daarentegen bestaan in het algemeen minder bezwaren tegen het uitbreiden van de werkingssfeer van een richtlijn, dus spontane harmonisatie die het partieel harmoniserende karakter van een richtlijn verbreed in de richting van totale harmonisatie.[541] De voor dit onderzoek relevante vraag was of er een verband valt te ontwaren tussen het karakter van kaderrichtlijn enerzijds en, anderzijds, de mate waarin de Nederlandse implementatiewetgever tot goldplating is overgegaan.

Uit het onderzoek blijkt dat, in overeenstemming met het genoemde Nederlandse beleid, er niet (of nauwelijks) een 'nationale kop' werd gezet op de uitvoeringswetgeving van de betrokken vijf richtlijnen. Voor de meeste richtlijnen was dit wel mogelijk geweest omdat zij voorzien in minimumharmonisatie (Arbeidsomstandigheden; Water; Lucht; en deels Diensten); voor de consumentenrichtlijn echter was verder gaan juridisch niet mogelijk vanwege het volledig harmoniserende karakter van die richtlijn.[542] Dit harmonisatietype noopt op punten zelfs tot een teruggang van het in Nederland bestaande niveau van consumentenbescherming.[543] Daarmee lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het uitgangspunt van 'geen goldplating' (in de betekenis van 'niet boven het beschermingniveau van de richtlijn gaan zitten').bij de vijf onderzochte richtlijnen niet tot problemen heeft geleid.

[541] Uitgelegd in hoofdstuk 2, par. 2.3 en hoofdstuk 3, par. 4.1.
[542] Althans zoals het voorstel bij afronding van dit rapport luidt.
[543] Hoofdstuk 7, met name de hoofdstukconclusie.

4.2 Zelfregulering

Het zal niet verbazen dat zelfregulering een bijzondere plaats heeft in de context van de omzetting van de Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden. Het belang voor zelfregulering op arbeidsrechtelijk terrein is een structureel kenmerk van zowel de Nederlandse as de Europese rechtsorde (getuige art. 139 Wv). Een bijzonderheid in het Nederlandse recht die mogelijkerwijs onder druk komt te staan is het systeem van de 'arbo catalogi'. Onduidelijk is of het systeem van zelfregulering middels arbocatalogi zich wel verdraagt met de doelstellingen van de Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden.
De beide milieu richtlijnen ('lucht' en 'water') vertoonden weinig frictie met de Nederlandse referentiekader op het gebied van zelfregulering. De Kaderrichtlijn Water liet zelfregulering in het implementatieproces expressis verbis toe[544] en bij de Kaderrichtlijn Lucht, waar dit niet het geval was, concludeerden de onderzoekers dat er ook op het gebied van deze richtlijn geen problemen leken te zijn met de bestaande praktijk van milieuconvenanten. Wellicht is een en ander te verklaren door de aard van beide richtlijnen; deze leggen een hoge nadruk op de feitelijke realisering van bepaalde milieunormen en minder de nadruk op een beoogde juridische situatie in de lidstaat. In die context is het te verwachten dat bestaande zelfreguleringmechanismen minder knelpunten ('programmatische aanpak') opleveren met het EU regelgevingskader. Dit ligt bijvoorbeeld anders bij de richtlijn Consumentenrechten waar weinig ruimte is gelaten voor zelfregulering (al hoeven bestaande vormen van zelfregulering niet te wijken aldus de onderzoeker).
Ook de Dienstenrichtlijn laat veel ruimte voor zelfregulering, wat gezien zijn aard niet onverwacht is. Door zijn brede afschaffing van het verbod op belemmeringen voor diensten en vestiging (een codificatie van wat al onder het Verdrag 'horizontale normen' waren) is het logisch dat deze richtlijn zelfreguleringinstanties adresseert, en daarmee als mede verantwoordelijke voor de omzetting van de Dienstenrichtlijn in Nederland beschouwt. Een afschaffing of inperking van zelfregulering in Nederland op de diverse terreinen die de Dienstenrichtlijn beslaat is echter niet het geval.

Het lijkt er derhalve op dat de onderzochte richtlijnen geen of weinig gevolgen hadden voor (a) de mogelijkheid tot zelfregulering en/of (b) de aard van zelfregulering en/of (c) de intensiteit van zelfregulering in de Nederlandse rechtsorde.[545] De bijzondere eigenschappen van de onderzochte richtlijnen droegen hiertoe bij: grote nadruk op feitelijke toestand (water, lucht), het feit dat de richtlijn reeds in een verdragskader is gesitueerd dat zelfregulering als mogelijkheid vermeld (arbeidsomstandigheden) of dat de richtlijn zelf rechtsreeks zelfreguleringsinstanties (mede) adresseert ter bereiking van een gewenste situatie (Diensten).

5. Aanbevelingen voor vervolgonderzoek

Door het explorerende karakter van dit onderzoek ligt het voor de hand om na te gaan waar de onvolkomenheden liggen die na afronding aan het licht zijn gekomen.
Naar het oordeel van de onderzoekers zou een vervolgonderzoek het beste kunnen worden gevoerd naar aanleiding van een gedifferentieerde aanpak per type EU-besluit. Dit vergt dan een prealabele 'screening' van het EU-recht gebaseerd op van te voren neergelegde parameters. Ter verduidelijking: een eventueel nieuw onderzoek met betrekking tot 'kaderrichtlijnen' zou redelijk gemakkelijk kunnen worden ondernomen naar aanleiding van het hier reeds gedane onderzoek (en de eerder geopperde parameters). Na afronding van een dergelijke 'screening' van het EU-acquis kan dan het inhoudelijke onderzoek plaatsvinden op basis van een aantal instrumenten die volledig aan alle parameters voldoen.
Echter, gezien de enorme variëteit van het EU-acquis kan natuurlijk ook voor andere indelingen van EU-wetgeving gekozen worden. Op basis van het hier gedane explorerende onderzoek zou de suggestie van de onderzoekers zijn om volgens deze methode (in overleg vaststellen van parameters;

544 Zie ook STEM Rapport 'De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving', 2009, op p. 109.
545 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 4.2.

'screening' en dan inhoudelijk onderzoek van casestudies) een vervolgonderzoek in te stellen naar bijvoorbeeld richtlijnen die als 'niet sector specifiek' gelden. Als voorbeeld bij uitstek van een niet-sector specifieke richtlijn zou de Dienstenrichtlijn kunnen gelden met zijn brede consequenties voor alle overheidslagen alsmede voor alle geledingen van het bedrijfsleven en voor de burger. Overigens kan ter contrast hiermee ook gekeken worden naar de omzetting van richtlijnen die nu juist wel als sectorspecifiek gelden. Op de round table (zie annex 7) kwam de hypothese naar voren dat de mogelijke problemen bij omzetting van kleinere sectorspecifieke richtlijnen veel groter kunnen zijn, juist omdat deze vaak minder beleidsvrijheid aan de lidstaten laten.
Een andere indeling kan dus zijn die naar de mate van intensiteit van de EU-wetgeving. Bij dit explorerende onderzoek viel immers op dat de casestudie m.b.t. de ontwerprichtlijn Consumentenrechten veel knelpunten blootlegde tussen de Nederlandse en de EU-rechtsorde die voortvloeiden uit het feit dat deze richtlijn voorzag in volledige harmonisatie. De ruimte om verdere bescherming te bieden dan de richtlijn, vooral indien dat in het voorheen geldende Nederlandse recht het geval is, ontbrak, met als gevolg de nodige incongruenties (denk aan betere bescherming professionele contractspartij). Deze spiegelbeeldsituatie van het 'goldplating vraagstuk' lijkt er een die nader onderzoek rechtvaardigt. Bij de kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden bleek nu juist dat deze, door zijn minimumnormering, tot veel minder problemen aanleiding gaf bij de omzetting. Derhalve zou een vervolgonderzoek gestart kunnen worden naar een aantal richtlijnen die allen in 'volledige harmonisatie' voorzien en hun respectievelijke implementatieproblemen in de Nederlandse rechtsorde. Daarmee zou kunnen worden geconstateerd in hoeverre de geconstateerde knelpunten bij de ontwerprichtlijn consumentenrechten op zichzelf staan.

Annexen

Annex 1: Lijst EG / EGA richtlijnen die zichzelf betitelen als kaderrichtlijnen (nominale kaderwetgeving)

1989/391, Kaderrichtlijn arbeidsomstandigheden

2009/71/EURATOM, Kader voor de veiligheid van nucleaire installaties

2008/56/EG, Kader voor het beleid ten aanzien van het mariene milieu

2007/46/EG, Kader voor goedkeuring motorvoertuigen

2005/32/EG, Kader voor ecologische eisen aan energieverbruikende producten (later gewijzigd)

2002/21/EG, Kader elektronische communicatienetwerken

2002/14, Kader voor de informatie en raadpleging van werknemers

2000/78/EG, Kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep

2000/60/EG, Kader voor communautaire maatregelen betreffende waterbeleid (meermalen gewijzigd)

1999/93/EG, Kader voor elektronische handtekeningen

Annex 2: Questionnaire ten behoeve van de casestudies ('kaderrichtlijnen')

I. Procedurele en institutionele vormgeving

Ia. Het primaat van de wetgever en kaderrichtlijnen

(Ia1) In hoeverre was het primaat van de wetgever een probleem bij de omzetting van de te onderzoeken kaderrichtlijnen (en eventueel de bijbehorende 'uitvoeringswetgeving' of 'bijzondere wetgeving'), in het bijzonder gelet op de beleidsvrijheid die deze richtlijnen en/of hun uitvoerende wetgeving al dan niet aan de Lidstaten laten?

(Ia2) In hoeverre is deze situatie anders wanneer de uitvoerende wetgeving een zelfstandige basis in het Verdrag heeft?

Ib. De opbouw van een Nederlands wetgevingscomplex

(Ib1) Zijn er bij de te onderzoeken kaderrichtlijnen elementen te onderscheiden die problemen kunnen opleveren in het licht van het beginsel dat de hoofdelementen van Nederlandse wetgeving zoveel mogelijk in de formele wet zijn neergelegd?

(Ib2) Hebben de te onderzoeken richtlijnen voor moeilijkheden gezorgd met betrekking tot het vinden of creëren van adequate delegatiegrondslagen in de Nederlandse rechtsorde, in het bijzonder in het licht van de uitvoerende regelgeving die onder deze kaderrichtlijn 'hangt'?

De kaderrichtlijn en de rol van het maatschappelijk middenveld

(Ib3) Is er bij de te onderzoeken kaderrichtlijnen een inbreng geweest van het 'Maatschappelijk Middenveld' (belangenorganisaties en/of adviesorganen) bij (1) de omzetting in de Nederlandse rechtsorde en/of (2) bij de totstandkoming van de kaderrichtlijn?

De kaderrichtlijnen en de autonomie van het Nederlandse procesrecht

(Ib4) Is het voor de te bestuderen kaderrichtlijnen, en hun uitvoerende wetgeving, denkbaar dat nu, of in de toekomst, aanpassingen nodig zijn van Nederlands administratief, civiel- of strafprocesrecht?

De kaderrichtlijn en de bestuurlijke autonomie van Nederland

(Ib5) Hoe verhoudt de te bestuderen kaderrichtlijn zich tot de bestuurlijke autonomie in Nederland?

II. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader

IIa. De kaderrichtlijn en de Nederlandse wetsystematiek

(IIa1) Noopt de te onderzoeken kaderrichtlijn tot een afwijking of herziening van gevestigde wetssystematiek in het Nederlandse recht?

(IIa2) Was deze afwijking voorzienbaar op het moment van aanname van de kaderrichtlijn of bleek de noodzaak hiertoe pas in een later stadium (bijvoorbeeld pas bij de totstandkoming van 'dochter richtlijnen' of 'bijzondere richtlijnen)?

(IIa3) Poogt de te onderzoeken kaderrichtlijn een samenhang te bewerkstelligen in de Europese rechtsorde die zich slecht verdraagt met de reeds bestaande samenhang in de Nederlandse rechtsorde?

IIb. De kaderrichtlijn en het Nederlandse begrippenkader

(IIb1) Heeft de te implementeren kaderrichtlijn aanleiding gegeven om EU-terminologie te 'vertalen' naar Nederlandse begrippen? Of is ervoor gekozen om de EU-terminologie direct te incorporeren in het Nederlandse begrippenkader?

(IIb2) Indien voor directe incorporatie is gekozen, heeft dit verdere 'horizontale consequenties' gehad in de Nederlandse rechtsorde (voorzien of onvoorzien)?

(IIb3) Hebben zich bij de te bestuderen kaderrichtlijn moeilijkheden voorgedaan omdat bepaalde Europese begrippen nog nadere uitwerking behoefden op EU-niveau?

IIc. Spontane Harmonisatie

(IIc1) In hoeverre hebben de te onderzoeken kaderkaderrichtlijnen aanleiding gegeven tot 'spontane harmonisatie'? Indien dit niet het geval was, wat waren daarvoor de belangrijkste beweegredenen van de Nederlandse implementatiewetgever?

III. Rechtsinstrumenten en -technieken

IIIa. Geen 'goldplating' bij implementatie

(IIIa1) Is er bij de bij de te onderzoeken kaderrichtlijnen sprake geweest van 'goldplating'?

(IIIa2) Is de beslissing om hiertoe over te gaan te herleiden tot het 'kaderkarakter' van de onderzochte richtlijn?

(IIIa3) Indien bij de omzetting niet tot 'goldplating' is besloten (vanwege het Nederlandse uitgangspunt dat in principe niet te doen) heeft dat dan bepaalde negatieve consequenties gehad?

IIIb. Zelfregulering

(IIIb1) Welke gevolgen heeft de te onderzoeken kaderrichtlijn voor (a) de mogelijkheid tot zelfregulering en/of (b) de aard van zelfregulering en/of (c) de intensiteit van zelfregulering in de Nederlandse rechtsorde?

Annex 3: Overzicht resultaten van het onderzoek per casestudy

1. Arborichtlijn

1) Primaat van de wetgever onder druk ja of nee? Dit in combinatie met beleidsvrijheid EU-wetgeving of uitvoeringsregelgeving

Nee vanwege de grote hoeveelheid beleidsvrijheid in de Arborichtlijn, p. 38/39. Implementatie (nieuwe Arbowet) was wel een jaar te laat.
Wel eventueel ondermijning van het primaat bij de 'bijzondere richtlijnen' d.m.v. AMvB's onder art. 16 Arbowet, p. 39. Uitbreiding van art. 16 Arbowet is theoretisch mogelijk via lagere wet maar dat is nooit gebeurd.

2) Elementen in de EU-wetgeving problematisch vanwege delegatiebeperking van NL, namelijk dat hoofdelementen in de wet zelf moeten?

Nee, uitwerking van het kader via 'bijzondere richtlijnen' zelfs allemaal bij AMvB, soms met voorhang, zie p. 39.

3) Was het creëren van adequate delegatiegrondslagen lastig?

Nee, die waren er ook al in de oude Arbowet uit 1980, zie p. 40

4) Rol maatschappelijk middenveld tijdens onderhandelingen en implementatie?

In Europese gremia bij onderhandelingen, zie p. 36 en bij de omzetting (o.a. toenmalige Arboraad; sociale partners). Intensief, zie p. 40, 41 maar wensen niet altijd gehonoreerd.

5) Aanpassingen aan administratief/civiel- of strafprocesrecht als gevolg van EU-wetgeving?

Nee, zie p. 40.

6) Gevolgen bestuurlijke autonomie?

Nee.

7) Afwijking/herziening gevestigde wetssystematiek? Voorzien/onvoorzien?

Nee, Arbowet was goed kader, p. 36. Veel elementen van de kaderrichtlijn waren zelfs geïnspireerd op de Arbowet, zie p. 40.

8) Poogt EU-wetgeving samenhang te bewerkstelligen die zich niet verdraagt met reeds bestaande samenhang NL'se wetgeving?

Geen samenhangkwestie maar uitgangspuntenkwestie misschien: omslag nodig omdat nu arbodienst voor alle werkgevers nodig was, zie p. 38.

9) Incorporatie of vertaling van Europese begrippen? Leidde incorporatie tot horizontale consequenties? Onvoorzien/voorzien?

Nee, eventuele ruimere NL begrippen (zoals toepasselijkheid op zelfstandigen) verdragen zich goed met minimumnormering van kaderrichtlijn, zie p. 40.

10) Moeilijkheid EU-begrippen omdat deze nog nader moesten worden uitgewerkt?

Deskundige ondersteuning/arbodienstverlening in eerste instantie verkeerd geïmplementeerd. Aanpassing in 2005 na uitspraak Hof EG, in 2007 vragen Cie. over functie-eisen preventiemedewerker – p. 35 en p. 45. Zie ook p. 43 e.v. interne arbodiensten moest ook mogelijk zijn, NL vereiste een te hoog beschermingsniveau waardoor het beginsel van 'evenwichtige deelneming' in de kaderrichtlijn teveel onder druk stond, zie p. 44.

Begrip 'werknemer' geharmoniseerd – p. 36. Ruim gedefinieerde zorgplichten, maar stonden al in Arbowet, zie p. 37. conclusie: geen problemen met implementatie begrippen: waren of hetzelfde of ruimer en EU-richtlijn minimumharmonisatie, zie p. 40.

11) Spontane harmonisatie ja of nee? Indien niet, waarom niet?

Verplichting ziekteverzuimbeleid, p. 45 -46. Dit is echter met een ander doel dan dat van de kaderrichtlijn (minder beroep sociale zekerheid i.p.v. betere arbeidsomstandigheden), wel uitbreiding naar bijv. zzp-ers, zie p. 39.

12) Goldplating ja of nee en wat waren consequenties?

Verplichting ziekteverzuimbeleid, p. 46. Nationale koppen bleven in Arbowet, want stonden er al in en richtlijn had minimumharmonisatie en non-regressiebepaling (p. 46). Afbouwen kan dus niet ter gelegenheid van omzetting. Wel uitbreiding naar bijv. zzp-ers, zie p. 39.

13) Gevolgen EU-wetgeving voor zelfregulering ja of nee?

In principe convenanten en CAO's niet, zolang binnen beschermingsniveau publieke regelgeving, p. 41. Wel eventueel arbocatalogi, zie p. 41-42. Mogelijk zijn deze in strijd met eis in de kaderrichtlijn dat een einde moet komen aan niet-geharmoniseerde standaarden die in zelfregulering zijn vastgelegd, zie p. 42.

2. Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit

1) Primaat van de wetgever onder druk ja of nee? Dit in combinatie met beleidsvrijheid EU-wetgeving of uitvoeringsregelgeving

Ja, wat betreft de luchtkwaliteitsvoorschriften in de Kaderrichtlijn. Aanvankelijk werden deze geïmplementeerd op lager wetgevingsniveau, na veel politieke discussie thans via formele wet, hoewel de richtlijn weinig beleidsvrijheid aan de Nederlandse implementatiewetgever laat. Aanpassing EU normen leidt dus tot aanpassing formele wet (Wm), maar het probleem valt wellicht mee omdat de EU normen zelf ook de ' gewone wetgevingsprocedure' moeten doorlopen geen delegatie naar Commissie).

2) Elementen in de EU-wetgeving problematisch vanwege delegatiebeperking van NL, namelijk dat hoofdelementen in de wet zelf moeten?

Dit leverde bij de uiteindelijk gekozen wijze van omzetting, bij formele wet, geen bijzondere knelpunten op.

3) Was het creëren van adequate delegatiegrondslagen lastig?

Dit leverde bij de omzetting van de Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit geen bijzondere knelpunten op. Delegatie sneuvelde nu juist bij de ' voorhang' . De mogelijkheid tot afwijken van de wet in formele zin werd geschrapt, zie p. 76.

4) Rol maatschappelijk middenveld tijdens onderhandelingen en implementatie?

Deze was zowel bij de totstandkoming van de richtlijn als in de fase van omzetting van de richtlijn in Nederland voldoende tot goed. Er waren Internetconsultaties en er was input van VNG, IPO en de milieuorganisaties, zie p. 79.

5) Aanpassingen aan administratief/civiel- of strafprocesrecht als gevolg van EU-wetgeving?

Niet direct als gevolg van de Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit, wellicht wel vanwege 'horizontale' milieuwetgeving die verplicht tot strafrechtelijk handhaven van Europees milieurecht, waartoe ook deze richtlijn over luchtkwaliteit behoort.

6) Gevolgen bestuurlijke autonomie?

Geen grote gevolgen ten aanzien van dit punt.

7) Afwijking/herziening gevestigde wetssystematiek? Voorzien/onvoorzien?

Ja, wat betreft de implementatie van de luchtkwaliteitseisen uit de Kaderrichtlijn in de Wet Milieubeheer.

8) Poogt EU-wetgeving samenhang te bewerkstelligen die zich niet verdraagt met reeds bestaande samenhang NL'se wetgeving?

De kaderrichtlijn poogt samenhang inzake de regels omtrent luchtkwaliteit te bewerkstelligen maar deze verdraagt zich niet slecht met reeds bestaande Nederlandse samenhang. Wel implementatie in Nederlandse 'aanbouwwetgeving'.

9) Incorporatie of vertaling van Europese begrippen? Leidde incorporatie tot horizontale consequenties? Onvoorzien/voorzien?

Veelal dynamische verwijzing in de Nederlandse implementatiewetgeving, dus incorporatie; wel enige 'vertaling' van Europese begrippen in de Wm.

10) Moeilijkheid EU-begrippen omdat deze nog nader moesten worden uitgewerkt?

Nee, kaderrichtlijn redelijk gedetailleerd, vooral wat betreft de milieueisen.

11) Spontane harmonisatie ja of nee? Indien niet, waarom niet?

Nee, overeenkomstig het Nederlandse beleid.

12) Goldplating ja of nee en wat waren consequenties?

Nee, overeenkomstig het Nederlandse beleid .

13) Gevolgen EU-wetgeving voor zelfregulering ja of nee?

Niet direct, wel werd er gebruik gemaakt van een reeds bestaande vorm van zelfregulering, namelijk van (milieu) convenanten.

3. Kaderrichtlijn Water

1) Primaat van de wetgever onder druk ja of nee? Dit in combinatie met beleidsvrijheid EU-wetgeving of uitvoeringsregelgeving

In de Waterwet zijn een aantal ruime delegatiegrondslagen in verband met toekomstige EU-wetgeving opgenomen die spanning met het primaat van de wetgever zouden kunnen doen ontstaan, zie p. 70. Toezegging aan de Kamers was nodig om in het kader van deze gedelegeerde bevoegdheden geen 'nationale koppen' op de implementatie te zetten. Bij omzetting d.m.v. de Wm (de milieukwaliteiteisen uit de Krw) is er een voorhangprocedure voorzien.

2) Elementen in de EU-wetgeving problematisch vanwege delegatiebeperking van NL, namelijk dat hoofdelementen in de wet zelf moeten?

Dit kan mogelijk een probleem zijn i.v.m. de ruime delegatiegrondslagen in de Waterwet, zie hiervoor.

3) Was het creëren van adequate delegatiegrondslagen lastig?

Nee.

4) Rol maatschappelijk middenveld tijdens onderhandelingen en implementatie?

Het maatschappelijk middenveld is nauw betrokken geweest bij totstandkoming. De stroomgebiedbenadering van de richtlijn is mede hieraan te danken, zie p. 59. Ook bij de omzetting was dit het geval (VNG, IPO, Unie van Waterschappen, LTO, VNO-NCW en VEWIN en anderen).

5) Aanpassingen aan administratief/civiel- of strafprocesrecht als gevolg van EU-wetgeving?

Niet van toepassing.

6) Gevolgen bestuurlijke autonomie?

Veel beperkter dan misschien zou worden verwacht. Indeling in stroomgebieddistricten heeft niet geleid tot een bestuurlijke herindeling, wel tot meer interbestuurlijk toezicht, zie p. 62 en 64 en hoofdstuk 3 van de Waterwet.

7) Afwijking/herziening gevestigde wetssystematiek? Voorzien/onvoorzien?

Er is een knelpunt met de 'vertaling' van de milieudoelstellingen van de richtlijn naar de typisch Nederlandse tweedeling tussen grenswaarden en richtwaarden. Mogelijk wordt hoofdstuk 5 Wm hierop aangepast, zie p. 67.
Tevens ontstond er een knelpunt bij de standstill bepaling in de Wm. Deze leek te soepel voor de Krw, maar uiteindelijk is de aanscherping beperkt gehouden in het Bkmw, zie p. 68.

8) Poogt EU-wetgeving samenhang te bewerkstelligen die zich niet verdraagt met reeds bestaande samenhang NL'se wetgeving?

Nee, deze samenhang was ook reeds een autonome wens in NL.

9) Incorporatie of vertaling van Europese begrippen? Leidde incorporatie tot horizontale consequenties? Onvoorzien/voorzien?

Veel terminologie is rechtreeks overgenomen uit de richtlijn (door middel van dynamische verwijzing). Vanwege beperking van deze termen tot waterbeheer geen horizontale (onvoorziene) consequenties, zie p. 65.

10) Moeilijkheid EU-begrippen omdat deze nog nader moesten worden uitgewerkt?

Nee.

11) Spontane harmonisatie ja of nee? Indien niet, waarom niet?

Nee, de implementatie heeft geen breuk van de Nederlandse wetsystematiek tot gevolg gehad, zodat spontane harmonisatie niet aan de orde is geweest, zie p. 68.

12) Goldplating ja of nee en wat waren consequenties?

Er is geen sprake geweest van 'goldplating' . Weliswaar is de voorheen gefragmenteerde waterwetgeving geïntegreerd en gestroomlijnd in de Waterwet, maar dat was geen direct gevolg geweest van de Krw. Deze laatste had hiervoor slecht een 'aanjagende functie', zie p. 65 en 69.

13) Gevolgen EU-wetgeving voor zelfregulering ja of nee?

De richtlijn laat zelfregulering als aanvallende facultatieve mogelijkheid toe, zie p. 69.

4. Ontwerprichtlijn Consumentenrechten

1) Primaat van de wetgever onder druk ja of nee? Dit in combinatie met beleidsvrijheid EU-wetgeving of uitvoeringsregelgeving

Het primaat van de wetgever staat niet onder druk. De Richtlijn consumentenrechten zal niet uitvoerig gewijzigd worden door lagere EU wetgeving nu de delegatiebepaling t.b.v. de Europese 'grijze' en ' zwarte' lijsten waarschijnlijk wordt geschrapt.

2) Elementen in de EU-wetgeving problematisch vanwege delegatiebeperking van NL, namelijk dat hoofdelementen in de wet zelf moeten?

Nee, de hoofdregel in art 107 GW ('de wet regelt het burgerlijk recht') staat niet onder druk als gevolg van de richtlijn.

3) Was het creëren adequate van delegatiegrondslagen lastig?

Nee. Wel zou kunnen overwogen worden voor bepaalde overeenkomsten de informatieplichten te regelen via AMVB zoals dat nu ook al gebeurt in het BW voor sommige overeenkomsten.

4) Rol maatschappelijk middenveld tijdens onderhandelingen en implementatie?

Advisering door de SER, uitgebreide consultaties met 'stakeholders' als de Consumentenbond, VNO-NCW en een wetenschappelijk symposium.

5) Aanpassingen aan administratief/civiel- of strafprocesrecht als gevolg van EU-wetgeving?

Mogelijk zijn er gevolgen voor de ambtshalve toepassing door de civiele rechter die verplicht aan het implementatierecht moet toetsen, gezien rechtspraak HvJ over ' voorloper' richtlijn m.b.t. oneerlijke contractsbepalingen ('het de consument attenderen op oneerlijk beding').

6) Gevolgen bestuurlijke autonomie?

Niet van toepassing.

7) Afwijking/herziening gevestigde wetssystematiek? Voorzien/onvoorzien?

Ja, voor zover deze voortvloeien uit het volledige harmonisatie-karakter van de richtlijn.

8) Poogt EU-wetgeving samenhang te bewerkstelligen die zich niet verdraagt met reeds bestaande samenhang NL'se wetgeving?

De Nederlandse wetgeving gaat uit van de hoogste bescherming voor de niet-professionele contractspartij in een B-C situatie. Bij één - op - één omzetting van de richtlijn zou dat principe moeten worden losgelaten (want dan: betere bescherming niet-professionele contractspartij).
Ook kan het zijn dat verdergaande bescherming in sectorspecifieke wetgeving (vb Elektriciteitswet) moet worden teruggebracht naar het niveau van de richtlijn.
De mogelijkheid tot vervangende schadevergoeding is mogelijkerwijs ' weggeharmoniseerd' door de richtlijn, zie p. 104.

9) Incorporatie of vertaling van Europese begrippen? Leidde incorporatie tot horizontale consequenties? Onvoorzien/voorzien?

Voor zover termen gelijk zijn aan termen uit eerdere, door deze richtlijn gecodificeerde, richtlijnen is er geen probleem (die werden reeds 'vertaald'). Voor zover dat niet het geval is wordt vermoedelijk juist gekozen voor 'incorporatie' om de EU-origine van termen te benadrukken.

10) Moeilijkheid EU-begrippen omdat deze nog nader moesten worden uitgewerkt?

Nee. Een aantal termen uit voorloperwetgeving was al verduidelijkt in jurisprudentie HvJ. Verder zijn er geen termen afhankelijk van nadere EU regelgeving.

11) Spontane harmonisatie ja of nee? Indien niet, waarom niet?

Overwogen zou kunnen worden uitbreiding van de werking van de richtlijn naar koopovereenkomst tussen twee professionele partijen ('B-B'), naar overeenkomsten tussen twee niet- professionele partijen ('C-C') en naar overeenkomsten voor woningen dit alles i.v.m. interne coherentie NL contractenrecht, zie p. 96 en 104. Middenweg: uitbreiding naar ZZP'ers.

12) Goldplating ja of nee en wat waren consequenties?

Gezien de aard van de ontwerp-richtlijn is deze vraag niet van toepassing. Het voorstel voorziet in totale harmonisatie die strengere bescherming niet toestaat.

13) Gevolgen EU-wetgeving voor zelfregulering ja of nee?

De richtlijn biedt daar weinig ruimte voor. Zelfregulering i.v.m. collectieve acties blijft echter mogelijk, zie p. 94.

5. Dienstenrichtlijn

1) Primaat van de wetgever onder druk ja of nee? Dit in combinatie met beleidsvrijheid EU-wetgeving of uitvoeringsregelgeving

Er is een spanningspunt m.b.t. de niet-omzetting van de kernbepalingen van de Dienstenrichtlijn i.v.m. het feit dat deze ook de formele wetgever adresseren.

2) Elementen in de EU-wetgeving problematisch vanwege delegatiebeperking van NL, namelijk dat hoofdelementen in de wet zelf moeten?

Dit leverde bij de omzetting van de Dienstenrichtlijn geen bijzondere knelpunten op.

3) Was het creëren van adequate delegatiegrondslagen lastig?

Dit leverde bij de omzetting van de Dienstenrichtlijn geen bijzondere knelpunten op. Belangrijkste implementatie instrument was de nieuwe Dienstenwet.

4) Rol maatschappelijk middenveld tijdens onderhandelingen en implementatie?

Deze was vooral nuttig in de fase van totstandkoming van de richtlijn. Minder nuttig in de fase van omzetting van de richtlijn.

5) Aanpassingen aan administratief/civiel- of strafprocesrecht als gevolg van EU-wetgeving?

De invoering van de lex silencio was een belangrijke aanpassing van bestuursprocesrecht (maar deels al gepland uit autonome overwegingen). Vooral de internationale uitwisseling over opgelegde strafrechtelijke sancties is een typisch Nederlands knelpunt.

6) Gevolgen bestuurlijke autonomie?

De Dienstenrichtlijn heeft een grote impact op de decentrale overheden, getuige bijv. het feit dat deze de 'lex silencio' pas hoeven in te voeren in 2012. De verplichte erkenning van regionaal afgegeven vergunningen in het hele territoir lijkt niet te hoeven worden ingevoerd.

7) Afwijking/herziening gevestigde wetssystematiek? Voorzien/onvoorzien?

Nederlandse wetsystematiek kent geen strak onderscheid tussen vestiging en dienstverlening zoals de richtlijn dat voorstaat.
Het Nederlandse bestuursprocesrecht werkte ook niet met een ' vergunning' begrip. Dit maakte bijv. de invoering van de 'lex silencio' in de AwB lastig (maar niet onmogelijk).

8) Poogt EU-wetgeving samenhang te bewerkstelligen die zich niet verdraagt met reeds bestaande samenhang NL'se wetgeving?

In sommige opzichten was zelfs de AwB-term ' besluit' te beperkt (bijv. bij de inrichting van het één loket).

9) Incorporatie of vertaling van Europese begrippen? Leidde incorporatie tot horizontale consequenties? Onvoorzien/voorzien?

Ja, termen als 'dienst' , 'dienstverrichter' en 'dwingende reden van algemeen belang' zijn voorbeelden van (dynamische) 'copy-in' technieken. Dit was voorzien omdat bekend was dat de richtlijn veel terminologie hanteert die rechtsreeks uit het primaire recht afkomstig is. Een voordeel van 'incorporatie' kan zijn dat de EU-origine van termen wordt benadrukt.

10) Moeilijkheid EU-begrippen omdat deze nog nader moesten worden uitgewerkt?

Veel Begrippen in de richtlijn zijn parallel aan verdragsbegrippen. Uitwerking vindt dus jurisprudentieel plaats (en niet via de EU-wetgever).

11) Spontane harmonisatie ja of nee? Indien niet, waarom niet?

Voor zover de richtlijn niet tevens de interne situatie beslaat (is discussie over mogelijk) heeft de NL wetgever er in ieder geval voor gekozen deze situatie wel 'mee te harmoniseren'.
Het van toepassing verklaren van de Dienstenwet p milieuvergunningen (ook als deze niet dienstengerelateerd zijn).
De bredere invoering van de' lex silencio' is te danken aan ' gelukkige samenloop' van EU en NL beleidsvoornemens

12) Goldplating ja of nee en wat waren consequenties?

Nee. De richtlijn bood daar weinig ruimte toe.

13) Gevolgen EU-wetgeving voor zelfregulering ja of nee?

Ja, door de definitie van 'bevoegde instantie' en 'eis' als richtlijnbegrippen (regels van beroepsorden, professionele verenigingen etc.). Gezien de oudere rechtspraak van het HvJ over de vrije vestiging en het vrij verkeer van diensten was dit te voorzien.

Annex 4: Bibliografie

Adviescommissie Water (AcW) en de Commissie van advies inzake de waterstaatswetgeving (CAW), Bruggen bouwen. Nederlands waterbeheer in Europees en grensoverschrijdend perspectief, November 2007, p. 21-28, te downloaden van www.cawsw.nl.
Aerts, M., en Putter,de, P., Zijn de nieuwe generatie waterplannen in een goede toestand?, MenR, 2009, nr. 9, p. 560-567.
Backes, Ch. W., Internationale vergelijking implementatie EU-richtlijnen luchtkwaliteit
Backes, Ch. W., Naar internationale waterschappen en grensoverschrijdende omgevingsplannen? Enkele opmerkingen over de (on)mogelijke gevolgen van de nieuwe Kaderrichtlijn Water, in: A. v. Hall, T. G. Drupsteen en H. J. M. Havekes (red.), De staat van water. Opstellen over juridische, technische, financiële en politiek-bestuurlijke aspecten van waterbeheer, Koninklijke Vermande, Den Haag 1999.
Backes, Ch. W., Suum Cuique, enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, oratie van 14 november 2008 te Maastricht, Boom Juridische Uitgevers, 2009.
Backes, Ch. W., Much ado about nothing, of het begin van een nieuwe bestuurscultuur?, De omzetting van de Dienstenrichtlijn, NTB 2009, 307
Barents, B., en Brinkhorst, L.J., Grondlijnen van Europees recht, Deventer: Kluwer, 12e druk, 2006.
Barnard, C., Unravelling the Service Directive, CMLRev 2008, p. 323.
Battjes, H., Administratiefrechtelijke beslissingen, 2008, nº 375.
Besselink, L.F.M., Kummeling, H.R.B.M., Lange, R. de, and Mendelts, P., De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie, Europa Law Publishing, Groningen, 2002.
Bolt van der, F.J.E., e.a., Aquarein; Gevolgen van de Europese Kaderrichtlijn Water voor landbouw, natuur, recreatie en visserij, Alterra-rapport, 835, Wageningen, 2003.
Botman, M.R., De Dienstenwet, dekt de vlag de lading?, NtEr 2010, p. 109.
Brink, van den, A., Van rechtsinstrumenten naar rechtshandelingen, 'Lissabon' en de introductie van een Europees primaat van de wetgever, in: Ooik, van, R.H. en Wessel, R. (reds), De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon, Kluwer, Deventer, 2009.
Broek, van den, J.H.G., Nijmeijer, A.G.A., van Rijswick, H.F.M.W., Kan de bouw bouwen op de AMvB Doelstellingen?, TBR 2008/152, p. 778-779.
Cauffman, C., Faure M. en T. Hartlief, Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland, WODC 2009.
Davies, G., The Services Directive, Extending the country of origin principle and reforming public administration, ELR, 2007, p. 241Duijkersloot, A.P.W. en Widdershoven, R.J.G.M., 'De dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', RegelMaat, 2007, p. 190
Eijsbouts, W.T. et al, Europees Recht, Algemeen Deel, 3e druk, Europa Law Publishing, Groningen, 2010.
Gronden, van de, J.W., Hervormingen in een Dienstbaar Europa, 'Europa in Beeld', Kluwer, Deventer, 2008.
Gier, de, H.G. en Vos., C. (1995), Europese en Nederlandse arboregelgeving, Lemma: Utrecht
Groothuijse, F.A.G., Water weren, het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming van wateroverlast en overstromingen (diss. Utrecht), IBR, 's-Gravenhage 2009.
Handgraaf, S., De Waterwet, MenR, 2009, nr. 8, p. 489-496.
Havekes, H.J.M., De Waterwet: innovatie van het waterrecht, TO, 2009, nr. 4, p. 156-163.
Hesselink, M., The Ideal of Codification, European Law Journal, 2006, p. 279-305.
Hesselink, M.W., Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn consumentenrechten', in: Hesselink, M.W. en. Loos, M.B.M., (red.), Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 76.
Jans, J.H. Harmonization of National Procedural Law via de Back Door? Preliminary Comments on the ECJ's Judgment in Janecek in a Comparative Context, in: Views of European Law from the Mountain;

Liber Amicorum for Piet Jan Slot, via http://ssrn.com.
Jans, J.H. De Lange, R., Prechal, S., Widdershoven, R.J.G.M., Europeanization of Public Law, Europa Law Publishing, 2007.
Kaeding, M., In Search of Better Quality of EU Regulations for Prompt Transposition, The Brussels Perspective, European Law Journal, 2008, p. 583.
Klip, A.H., European Criminal Law, An Integrative Approach, Intersentia, Antwerpen, 2009.
Koeck, H.S.en Karollus, M., The New Services Directive of the European Union, FIDE XXIII Congres Linz, 2008, Nomos, Baden-Baden, 2008.
Koeman, N.S.J. Het Besluit luchtkwaliteit: hoe nu verder?, BR 2005, nr. 6, p. 50 en Schutte-**Postma**, E.T., De Nederlandse worsteling met de Europese richtlijnen voor de luchtkwaliteit, NTER 2005, nr. 6, p. 134-139.
Loos, M.B.M., Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 6.
Loos, M.B.M., Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijn-voorstel, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2008/5, p. 174.
Loos, M.B.M., De koopregeling in het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten, Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus', Deventer: Kluwer, 2009.
Loos, M.B.M., Consumer sales law in the proposal for a Consumer rights directive, European Review of Private Law 2010/1, p. 27.
Meerten, van, H. (et al), The New Services Directive of the European Union, Hopes and Expectations from the Angle of a further Completion of the Internal Market - National Report from The Netherlands, in: Koeck, H.F., and Karollus, M.M., The New Services Directive of the European Union, FIDE XXIII Congress Linz, 2008, Vienna 2008, p. 381.
Ministerie van Justitie, 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten, Sdu Uitgevers, Derde druk, Den Haag, 2001.
Ministerie van Justitie, Handleiding Wetgeving en Europa, de voorbereiding, totstandkoming van nationale implementatie van Europese regelgeving, maart 2009.
Ooik, van, R.H., en Vandamme, T.A.J.A. Zaak C-176/03, Commissie t. Raad, SEW 2006, p. 78-85.
Popma, J.R., Arbo in de CAO, OR-Informatie, 16 december 1998, p. 26.
Popma, J.R., Verprivaatrechtelijking van arbeidsomstandigheden? In: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar en A.C.J.M. Wilthagen (red.), Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?, SDU/HSI, Den Haag, 1999.
Popma, J.R., Het Arbo-effect van medezeggenschap (proefschrift Universiteit Maastricht), Kluwer, Alphen a/d Rijn, 2003.
Popma, J.R., Decentralisering van arbeidsomstandigheden, Arbeid Integraal, 2006/2, p.5-15.
Prechal, S, en Roermund, van, B. (eds), the Coherence of EU Law, the Search for Unity in Divergent Concepts, OUP, Oxford, 2008, pp. 23. e.v.
Rijswick, van, H.F.M.W., De betekenis en vormgeving van waterkwaliteitseisen', MenR, 2007, nr. 7, p. 395-407.
Rijswick, van, e.a., EG-recht en de praktijk van het waterbeheer, 2e druk, STOWA, Utrecht 2008, p. 405.
Rijswick, van, H.F.M.W. en Groothuijse, F.A.G. , Het wetsvoorstel Waterwet, Tijdschrift voor Agrarisch Recht, 2007, nr. 6, p. 238-248.
Schauer, M., Contract Law of the Services Directive, European Review of Contract Law, 2008.
Steyger, E., De implementatie van de dienstenrichtlijn in het algemeen bestuursrecht, NTB, 2008, p. 1.
Thijssen, M., en Woldendorp, H.E., Kaderrichtlijn Water; waterkwaliteitseisen waterdicht geregeld, MenR 2009, nr. 9, p. 554-559.
Tripartiete Werkgroep Arboconvenanten, Convenanten: maatwerk in Arbeidsomstandigheden (Evaluatie van het beleidsprogramma Arboconvenanten Nieuwe Stijl 1999-2007), Stichting van de Arbeid, 2007, Den Haag.
Vandamme, T.A.J.A. et al, Empirical Aspects of the Research Project Binding Unity and Divergent Concepts in EU Law - General Report on the Outcome of the Questionnaire, in: Prechal, S. and Roermund, van, B. (eds), The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts, Oxford University Press, Oxford, 2008.
Veerman, G.J., Over wetgeving, principes, paradoxen en praktische beschouwingen, SDU, Den Haag,

2007.
Villeneuve, de, C.H.V., De Kaderrichtlijn Water, een momentopname, in: Water: ontwikkelingen in (inter)nationale regelgeving en beleid (Vereniging voor Milieurecht 1998-2), Deventer: W.E.J. Tjeenk **Willink**, 1998, p.25-26.
Voermans, W. J. M., Concern about the Quality of EU Legislation: What Kind of Problem, by What Kind of Standards?, Erasmus Law Review, Vol. 2, No. 1, 2009. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1272620.
Vogel, L., Prevention at the Workplace: An initial review of how the 1989 Community framework Directive is being implemented, Brussels, European Trade Union Bureau for Health and Safety
Vogelezang-Stoute, E.M., Boeve, M.N., Grijp, van der, N.M., Groothuijse F.A.G., De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving, STEM-publicatie december 2009, via www.evaluatiemilieuwetgeving.nl.
Waele, de, Henri, The Transposition and enforcement of the Services Directive, A Challenge for the European and the National Legal Order, EPL, 2009, p. 523.
Walters, D., The Framework Directive, in: D. Walters (ed), Regulating Health and Safety Management in the European Union, a Study on the Dynamics of Change, P.I.E.-Peter Lang, Brussels.
Walters, D., en Jensen, P.J., The Discourses and Purposes behind the development of the EU Framework Directive 89/391, in: K. Frick et al (eds), Systematic Occupational Health and Safety Management, Pergamon, Amsterdam.
Wijk, van, H.D. et al, Hoofdstukken van Bestuursrecht, Elsevier, Den Haag, 2008
Wissink, M.H., Richtlijnconforme interpretatie van het burgerlijk recht, diss. Leiden, Deventer: Kluwer, 2001, nr. 38
Wissink, M.H., Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW. Knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) richtlijn consumentenrechten, VrA 2009/1, p. 58
Woldendorp, H.E., 'De normstelling volgens de Kaderrichtlijn Water: Nederland op slot? (2)', BR 2008/3, nr. 37, p. 185-186.

Annex 5: Aangehaalde Jurisprudentie

EU Jurisprudentie

HvJ EG, 16 december 1976, 33/76, Jur. 1976, p. 1989 (Rewe)
HvJ EG 16 december 1976, 45/76, Jur. 1976, p. 2043 (Comet)
HvJ EG 23 november 1977, 38/77, Jur. 1977, p. 02203 (Enka)
HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, Jur. 1982, p. 3415 (Cilfit)
HvJ EG 14 januari 1988, 230/85, Jur. 1988, p. 00001 (Commissie t. België)
HvJ EG 30 mei 1991, C-361/88, Jur. 1991, p. I-02567 (Commissie t Duitsland)
HvJ EG 20 mei 1992, C-190/90, Jur. 1992, p. I-03265 (Commissie t. Nederland)
HvJ EG 30 april 1996, C-194/94, Jur. 1996, p. I-2201 (CIA Securitel)
HvJ EG 13 maart 1997,C-197/96, Jur. 1997, p. I-01489 (Commissie t. Frankrijk)
HvJ EG 14 juli 1998, C-389/96, Jur. 1998, p. I-04473 (Aher Waggon)
HvJ EG 12 januari 1999, C-340/96, Jur. 1999, p. I-02023 (Commissie t. VK)
HvJ EG, 21 oktober 1999, C-430/98, Jur. 1999, p. I-07391 (Commissie t. Luxemburg)
HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, Jur. 2000, p. I-4941 (Océano Grupo Editorial e.a./Murciano Quintero e.a.)
HvJ EG 26 september 2000, C-443/98, Jur. 2000, p. I-7535 (Unilever Italia)
HvJ EG 15 november 2001, C-49/00, Jur. 2001, p. I-08575 (Commissie t. Italië)
HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, Jur. 2002, p. I-1875 (Cofidis/Fredout)
HvJ EG 22 mei 2003, C-441/01, Jur. 2003, p. I-05463 (Commissie t. Nederland)
HvJ EG 20 november 2003, C-296/01, Jur. 2003, p. I-13909 (Commissie t. Frankrijk)
HvJ EG 5 oktober 2004, C-442/02 Jur. 2004, p. I-8961 (Caixa)
HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, Jur. 2005, p. I-05285 (Pupino)
HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, Jur. 2005, p. I-07879 (Commissie t. Raad)
HvJ EG 6 oktober 2005, C-9/04, Jur. 2005, p. I-08525 (Geharo BV)
HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, Jur. 2005, p. I-9981 (Mangold)
HvJ EG 12 januari 2006, C-132/04, Jur. 2006, p. I-00003 (Commissie t. Spanje)
HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, Jur. 2006, p. I-10421 (Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium)
HvJ EG 30 november 2006, C-32/05, Jur. 2006, p. I-11323 (Commissie t. Luxemburg)
HvJ EG 18 juli 2007, C-134/05, Jur. 2007, p. I-6251(Commissie t. Italië)
HvJ EG, 6 mei 2008, C-133/06, Jur. 2008, p. I-3189 (Europees Parlement t. Raad)
HvJ EG 25 juli 2008, C-237/07, Jur. 2008, p. I-06221 (Janecek)
HvJ EG 23 april 2009, nr. C-261/07 en 299/07, Jur. 2009, p. n.n.g. (VTB-VAB/Total Belgium)
HvJ EG 4 juni 2009, nr. C-243/08, Jur. 2009, p. n.n.g. (Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi)
HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-40/08, Jur. 2009, p. n.n.g. (Asturcom)
HvJ EG 17 december 2009, nr. C-227/08, Jur. 2009, p. n.n.g. (Martín Martín/EDP Editores).
HvJ EG 14 januari 2010, nr. C-304/08, Jur. 2010, p. n.n.g. (Plus Warenhandelsgesellschaft)
HvJ EG 19 januari 2010, nr. C-555/07, Jur. 2010, p. n.n.g. (Kücükdeveci)

Nederlandse Jurisprudentie

HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 (Van Lanschot/Bink)
HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (Geurtzen/Kampstaal)
HR 21 maar 2003, NJ 2003, 691
HR 23 december 2003, LJN AL4343
HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679

ABRvS 21 april 2004, AB 2004, 190 (m.nt. Spaans)

Annex 6: Aangehaalde Wetgeving

EU Wetgeving

1. Verdragen

Verdrag betreffende de Europese Unie
Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie

2. Richtlijnen

a. Raad

Richtlijn 82/176/EEG van de Raad van 22 maart 1982 betreffende grenswaarden en kwaliteitsdoelstellingen voor kwiklozingen afkomstig van de sector elektrolyse van alkalichloriden, Pb. 1982, L 81/29.
Richtlijn 83/513/EEG van de Raad van 26 september 1983 betreffende grenswaarden en kwaliteitsdoelstellingen voor lozingen van cadmium, Pb. 1983, L 291/1.
Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid- Staten inzake misleidende reclame, Pb. 1984, L 250/17.
Richtlijn 85/339/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende verpakkingen voor vloeibare levensmiddelen, Pb. 1985, L 176/18.
Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, Pb. 1985, L 372/31
Richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk Pb. 1989, L 183/1.
Richtlijn 91/271/EEG van de Raad van 21 mei 1991 inzake de behandeling van stedelijk afvalwater, Pb. 1991, L 135/40.
Richtlijn 91/533/EEG van de Raad van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn, Pb. 1991, L 288/32.
Richtlijn 91/676/EEG van de Raad van 12 december 1991 inzake de bescherming van water tegen verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen, Pb. 1991, L 375/1 .
Richtlijn 92/28/EEG van de Raad van 31 maart 1992 betreffende reclame voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik, Pb. 1992, 113/13.
Richtlijn 92/57/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 24 juni 1992 betreffende de minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor tijdelijke en mobiele bouwplaatsen, Pb. 1993, L 33/18.
Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, Pb. 1992, L 348, p. 1
Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Pb. 1993, L 95/29.
Richtlijn 96/61/EG van de Raad van 24 september 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging, Pb. 1996, L 302/28.
Richtlijn 96/62/EG van de Raad van 27 september 1996 inzake de beoordeling en het beheer van de luchtkwaliteit, Pb. 1996, L 296/55.
Richtlijn 96/82/EG van de Raad van 9 december 1996 betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, Pb. 1996, L 10/13.
Richtlijn 1999/13/EG van de Raad van 11 maart 1999 inzake de beperking van de emissie van vluchtige

organische stoffen ten gevolge van het gebruik van organische oplosmiddelen bij bepaalde werkzaamheden en in installaties, Pb. 1999, L 85/1.
Richtlijn 1999/30/EG van de Raad van 22 april 1999 betreffende grenswaarden voor zwaveldioxide, stikstofdioxide en stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood in de lucht, Pb. 1999, L 163/41.
Richtlijn 1999/31/EG van de Raad van 26 april 1999 betreffende het storten van afvalstoffen, Pb. 1999, L 182/1
Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb. 2000, L 303/16.

b. Europees Parlement en de Raad

Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen richtlijn koop op afstand, Pb. 1999, L 171/12.
Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, Pb 2000, L 13/12.
Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, Pb. 2000, L 178/1.
Richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid, Pb. 2000, L 327/1
Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, PbEU 2001, L 167/10.
Richtlijn 2001/37/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2001 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaksproducten, PbEU 2001, L 194/10.
Richtlijn 2001/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2001 inzake nationale emissieplafonds voor bepaalde luchtverontreinigende stoffen, Pb. 2001, L 309/22.
Richtlijn 2002/20/EG van het Europees parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetweren en diensten, Pb 2002, L 108/21.
Richtlijn 2003/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot intrekking van Richtlijn 90/313/EEG van de Raad, Pb. 2003, L 41/26.
Richtlijn 2003/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 tot voorziening in inspraak van het publiek in de opstelling van bepaalde plannen en programma's betreffende het milieu en, met betrekking tot inspraak van het publiek en toegang tot de rechter, tot wijziging van de Richtlijnen 85/337/EEG en 96/61/EG van de Raad, Pb. 2003, L 156/17
Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, Pb. 2005, L 149/22.
Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, Pb. L 376/36.
Richtlijn 2007/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 over beoordeling en beheer van overstromingsrisico's, PbEU 2007, L 288/27.
Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG, Pb. 2007, L 319/1.
Richtlijn 2008/122/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 januari 2009 betreffende de bescherming van de consumenten met betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling, Pb. 2009, L 33/10.
Richtlijn 2008/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2008 tot wijziging van

Richtlijn 2005/32/EG betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energieverbruikende producten, en tot wijziging van Richtlijn 92/42/EEG van de Raad en van Richtlijnen 96/57/EG en 2000/55/EG van het Europees Parlement en de Raad, wat de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden betreft, PbEU 2008, L 81/48.
Richtlijn 2008/50/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2008 betreffende de luchtkwaliteit en schonere lucht voor Europa, PbEU 2008, L 152/1.
Richtlijn 2008/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het beleid ten aanzien van het mariene milieu (Kaderrichtlijn mariene strategie), PbEU 2008, L 164/19.
Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen, PbEU 2008, L 312/3.

c. Commissie
Richtlijn 2009/27/EG van de Commissie van 7 april 2009 tot wijziging van bepaalde bijlagen bij Richtlijn 2006/49/EG van het Europees Parlement en de Raad wat een aantal technische voorschriften inzake risicobeheer betreft, Pb. 2009, L 94/97

3. Besluiten

Besluit 74/325/EEG: Besluit van de Raad van 27 juni 1974 betreffende de oprichting van een Raadgevend Comité voor de veiligheid, de hygiëne en de gezondheidsbescherming op de arbeidsplaats. Pb. 1974, L 185/15.
Besluit 85/255/EEG: Besluit van de Raad van 2 mei 1985 betreffende een financiële bijdrage van de Gemeenschap voor de bestrijding van mond- en klauwzeer in Zuidoost-Europa, Pb. 1985, L 122/23.
Besluit 1999/468/EG: Besluit inzake de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden, Pb.1999, L 184/23.
Besluit 2006/512/EG: Besluit tot aanpassing van Besluit 1999/468 inzake de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden, Pb. 2006, L 200/11.
Besluit 2008/150/EG: Besluit van de Raad van 12 februari 2008 betreffende de ondertekening, namens de Europese Gemeenschap, en de voorlopige toepassing van de overeenkomst in de vorm van een briefwisseling inzake de wijziging van het protocol tot vaststelling, voor de periode van 18 januari 2005 tot en met 17 januari 2011 , van de vangstmogelijkheden en de financiële tegenprestatie, zoals bedoeld in de Overeenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek der Seychellen betreffende de visserij voor de kust van de Seychellen, Pb. 2008, L 48/31.

4. Beschikkingen

Beschikking 97/101/EG: Beschikking van de Raad van 27 januari 1997 tot invoering van een regeling voor de onderlinge uitwisseling van informatie over en gegevens van meetnetten en meetstations voor luchtverontreiniging in de Lidstaten, Pb. 1997, L 35/14.
Beschikking 2008/915/EG: Beschikking van de Commissie van 30 oktober 2008 tot vaststelling van de indelingswaarden voor de monitoringsystemen van de lidstaten die het resultaat zijn van de intercalibratie, overeenkomstig Richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad, PbEU 2008, L 332/20.

5. Commissiedocumenten

COM(2008)614 - Commissiedocument nr. 614 van 2008 (Richtlijn Consumentenrecht)
COM(2008)414 - Commissiedocument nr. 414 van 2008 (Richtlijn Patiëntenrecht)
COM(2009)673 - Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad (Tenuitvoerlegging van artikel 290 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie).
COM(2010)83 - Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake de voorschriften en algemene beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren.

Annex 7: Verslag 'Round Table' Bijeenkomst op 1 Juni 2010 in Den Haag

Algemeen / bestuursautonomie

Over de conceptuele opzet van het onderzoek merkt een van de aanwezigen op dat de hypothese dat bij 'kaderrichtlijnen', althans richtlijnen met een brede opzet, de invloed op de bestuurlijke autonomie van Nederland groter is dan bij meer 'gerichte' EU-wetgeving wel eens onjuist kan zijn. Immers, bij een zeer specifieke richtlijn kan die impact veel groter zijn omdat kleinere, sector-specifieke, richtlijnen wellicht minder beleidsvrijheid laten dan richtlijnen met een bredere opzet.

Dat de kwaliteit van de implementatiewetgeving soms te wensen overlaat is geen geheim. Echter, zoals een van de aanwezigen stelt, een rommelige implementatiewet kan te prefereren zijn boven een betere implementatiewet die te laat tot stand komt.

Aanwezigen zijn het erover eens dat de deadlines voor implementatie vaak te kort zijn.

Dit punt komt in zijn algemeenheid terug aan het eind van de discussiebijeenkomst. Een van de onderzoekers stelt de vraag of de aanwezigen de indruk hebben dat bij het implementeren van EU-recht in de Nederlandse rechtsorde, het soort richtlijnen als waar dit onderzoek betrekking op had ('kaderrichtlijnen', althans richtlijnen met een brede opzet) tot een 'nieuwe generatie' van implementatieproblemen leidt. De aanwezigen zijn het unaniem erover eens dat dit niet het geval is.

Primaat van de wetgever

Gesteld wordt dat de rol van de Staten-Generaal in ieder geval verder zou moeten evalueren naar die van controleur van de Regering. Heeft deze laatste zijn werk in de EU 'goed gedaan'? In dit verband wordt het oude probleem weer opgehaald dat de aandacht van de TK nog steeds te gering is voor EU-wetgeving (men denke aan de fiches). Als er al input vanuit de TK komt, is die vaak zeer laat. Een van de aanwezigen meldt dat dit ook te wijten kan zijn aan het maatsschappelijk middenveld dat te laat reageert. Deze trekt dan te laat aan de bel bij de Kamer die op zijn beurt ook weer te laat reageert. Een van de aanwezigen benadrukt dat deze discussie reeds uitvoerig is gevoerd in het kader van de 'EZ Implementatiewet' (meer inspraak van de Kamers in het voortraject, minder grote rol bij het implementatietraject), die het uiteindelijk niet heeft gehaald.

Al zal een equivalent van de Britse European Communities Act in Nederland niet haalbaar zijn, vele aanwezigen vinden dat het tijd wordt voor een 'inter-institutioneel akkoord' tussen de Nederlandse instellingen op het gebied van implementatie.

Op de suggestie dat het Nederlandse Parlement niet teveel de rol van het EP moet overnemen wordt geantwoord dat deze twee instellingen verschillende rollen hebben. Het EP controleert de instellingen en het Nederlandse Parlement de Nederlandse Regering.

Toch gaat het soms goed. Als voorbeeld word aangehaald de verordening 'REACH' waarbij de Kamer ruim van te voren uitvoerig werd gevraagd om input te geven en dat ook deed.

bestuursautonomie

Over de bestuurlijke autonomie in verband met de implementatie van de kaderrichtlijn water werd wederom gesteld dat het verplicht instellen van een ' stroomgebiedautoriteit' niet direct leidt tot een aantasting van die autonomie (dat is immers de Minister van VenW). Een lokale dimensie zal immers altijd nodig blijven bij het uitvoeren van de richtlijn in de praktijk (waterschappen of gemeenten). Dat kan geconstateerd worden in Frankrijk waar de omzetting van deze richtlijn weliswaar heeft geleid tot een centraal gezag, maar dan wel één met 'lokale afdelingen' / rijksdiensten.

Aanwezigen benadrukken dat de problemen met de bestuurlijke autonomie zich wel degelijk kunnen voordoen bij de toezichthouders die worden voorzien in EU-wetgeving, zeker als dan blijkt dat de Kaderwet ZBO niet van toepassing is op deze nieuwe organen in de Nederlandse rechtsorde.

Het feit dat de Commissie meer greep wil op toezicht op de naleving van EU-regels, wordt door velen beaamd. Sommigen vonden dat de EU-wetgeving hierin te ver kan gaan (geopperd wordt dat het wellicht tijd wordt voor een nietigheidsactie o.g.v. 263 Wv op deze grond). Er worden steeds meer nieuwe toezichthouders ingesteld die vanuit de EU worden samengeplaatst in EU 'netwerken' zodat er ook op die manier meer invloed op toezicht en naleving kan geschieden door de EU.

Terminologie

Er is veel discussie onder de aanwezigen over de voordelen en de nadelen van 'vage' EU- terminologie. Er wordt door sommigen benadrukt dat de vaagheid, vooral als deze gepaard gaat met dynamische verwijzing door de implementatiewetgever, kan leiden tot problemen op het gebied van de rechtszekerheid (voor burgers, toezichthouders en uiteindelijk de rechter). Anderen benadrukken dan weer de voordelen van de vage termen; dan kan Nederland die tenminste naar eigen inzicht invullen (denk aan het begrip 'significantie' in de Habitatrichtlijn).

Een van de aanwezigen stelt dat het niet per se problematisch hoeft te zijn om vage begrippen 'over te schrijven' in de implementatiewet, mits er maar voldoende begeleidende voorlichting mee gepaard gaat.

Goldplating

M.b.t. het onderwerp 'goldplating' werd wederom benadrukt dat er veel discussie is over de vraag wat hieronder wordt verstaan (en onder het begrip 'nationale koppen'). Er werd gesteld dat de omzetting van EU-wetgeving vaak bepaalde keuzes laat aan de lidstaat, zoals het geval is bij de ' Natura 2000 wetgeving' van de EU. Het maken van een keuze uit de verschillende mogelijkheden is daarmee niet automatisch een 'nationale kop'.

Er werd zelfs gesteld dat de discussie 'over wel of niet een nationale kop op de implementatiewet?' al eens heeft geleid tot een te late omzetting door Nederland.

Sommigen opperen de mogelijkheid om een 'dubbel wetsvoorstel' in te dienen bij de implementatie: één met een nationale kop en één zonder een nationale kop. Opgemerkt wordt echter dat de TK en vooral de EK hier niet van gediend zullen zijn.

Spontane harmonisatie

Er was onenigheid in de zaal omtrent het concept 'spontane harmonisatie'. Een van de onderzoekers noemde de uitbreiding van de lex silencio positivo als mogelijk het belangrijkste aspect van spontane harmonisatie in het kader van de Dienstenrichtlijn. Dat werd betwist door een andere aanwezige die oordeelde dat als dit reeds in de Nederlandse plannen lag besloten, je niet kan zeggen dat de Lex Silencio een voorbeeld is van spontane harmonisatie.
Wel werd aangehaald dat in het kader van de Dienstenrichtlijn-omzetting er voor gekozen wordt om 'samengestelde vergunningen' geheel te laten vallen onder de Dienstenwet omdat 'opsplitsing' naar een diensten gerelateerde vergunning en naar een niet-diensten gerelateerde vergunning niet praktisch zou zijn. Men kan hierbij denken aan de WABO-vergunningen (NB: Wet Algemeen Bepalingen Omgevingsrecht).

Richtlijn Luchtkwaliteit

Het 'Lucht'-dossier (de Nederlandse implementatie van oudere luchtkwaliteit richtlijnen) heeft een afschrikwekkend effect gehad op de implementatie van de Kaderrichtlijn Water. Het fenomeen

'Nederland gaat op slot' deed zich bij de Kaderrichtlijn Water dan ook niet voor.

De oplossing van dit dossier werd uiteindelijk toch gevonden in de richtlijn luchtkwaliteit zelf. Deze laat ruimte voor 'toetsing op planniveau'. Er was wat onbegrip in de zaal op dit punt; waarom was die ruimte niet eerder gezien / benut?

Bij de implementatie van de richtlijn Luchtkwaliteit leek de Wet Milieubeheer aangewezen omdat technische normen lager konden worden omgezet, toch is geopteerd voor omzetting bij wet in formele zin. Niet vergeten mag worden dat voordat deze wet in formele zin ter vervanging van de gehekelde AMvB er eindelijk was, er reeds 6 jaar overheen waren gegaan.

Uiteindelijk is de oplossing van het Luchtdossier geworden: toetsing op plan niveau (en niet op project niveau) aan grenswaarden in combinatie met meer nadruk op 'maatregelen'.

Er wordt opgemerkt dat de implementatieproblemen bij de Wet milieubeheer (Wm) ook niet overdreven moeten worden. Vaak gaat het redelijk goed, en daar doet niet aan af dat bij sommige implementatie projecten ad hoc oplossingen gezocht moeten worden.

De kaderrichtlijn 'ARBO'
Uit de casus van de ARBO-richtlijn lijkt te volgen dat indien een richtlijn is geïnspireerd op het bestaande Nederlandse stelsel, de implementatieproblemen gering zijn. Echter, door anderen werd naar voren gebracht dat het vroegtijdig 'lanceren' van Nederlandse systematiek in de loop van het EU- wetgevingsproces ook niet zonder risico's is. Het feit dat de EU-instellingen het Nederlandse concept overnemen maar daar vervolgens een andere draai aan geven kan net zo goed tot grote implementatieproblemen leiden. Dit kan bijvoorbeeld worden geconstateerd bij de MER-Richtlijn, de Habitatrichtlijn en de Nitraatrichtlijn die alle drie waren geënt op het Nederlandse systeem maar toch tot grote implementatieproblemen hebben geleid.

De Dienstenrichtlijn
Er wordt opgemerkt dat de Dienstenrichtlijn een mooi voorbeeld is van een matige wetgevingskwaliteit op EU-niveau door het feit dat de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn niet makkelijk is vast te stellen, hetgeen tot uiting komt in het fenomeen van het 'Besluit indicatieve reikwijdte Dienstenwet'. Deze lastige afbakening is een direct gevolg van het feit dat dynamische verwijzing bij de omzetting van de Dienstenrichtlijn eigenlijk onontkoombaar was (de richtlijn zelf verwijst immers weer naar EU-Verdragstermen die in constante ontwikkeling zijn bij het HvJ). Overigens heeft dit besluit wel degelijk gezaghebbende status aangezien er in de rechtspraak reeds naar is verwezen.

Er wordt door de aanwezigen kritiek geuit op het feit dat bij de vaststelling van dit besluit gemeenten zelf het oordeel vellen over de reikwijdte van de Dienstenwet in hun gemeente. Dit lijkt bedenkelijk in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel.

Het gebrek aan interne coherentie van het Europese recht wordt door meerdere aanwezigen beaamd. Een fraai voorbeeld hiervan is de lastige (simultane?) toepassing van de Dienstenrichtlijn en de Richtlijn Beroepskwalificaties. Wederom werd de wens herhaald (met verzuchting) dat een pijnlijk element van de EU-rechtsorde is het ontbreken van een 'Europese Raad van State' die aan kwaliteitsbewaking kan doen.

Ontwerp Richtlijn Consumentenrechten
Bij de Ontwerprichtlijn Consumentenrechten geldt dat bij de implementatie van deze richtlijn ook weer alles 'zo klein mogelijk' wordt gehouden. Bij de implementatie van deze richtlijn zal wel rekening worden gehouden met het 'Common Frame of Reference' .
Bij eerdere implementatieprojecten in het Nederlandse vermogensrecht zijn de BW- termen altijd aangehouden, derhalve zal dat naar verwachting ook nu weer gebeuren bij de Ontwerprichtlijn Consumentenrechten ('path dependency' speelt hierbij een rol).

Over de auteurs

Deirdre Curtin
Hoogleraar Europees recht en directeur van het Amsterdam Centre for European Law and Governance, Universiteit van Amsterdam; Hoogleraar European and International Governance, Universiteit Utrecht

Frank Groothuijse
Onderzoeker bij het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam

Jan Popma
Onderzoeker bij het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam

Liselotte van Middelkoop
Onderzoekster bij het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam

Marco Loos
Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder het Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law van die universiteit

Marlon Boeve
Onderzoekster bij het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam

Ronald van Ooik
Universitair hoofddocent Europees Recht, Leerstoelgroep Europees Recht/Amsterdam Centre for European Law and Governance, Universiteit van Amsterdam

Thomas Vandamme
Universitair docent Europees recht, Leerstoelgroep Europees Recht/Amsterdam Centre for European Law and Governance, Universiteit van Amsterdam

Dit is een uitgave van:
Ministerie van Justitie | Directie Wetgeving
Postbus 20301 | 2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl

September 2010 | Publicatienr: J-4452