

Doel, gebruik en betekenis van de considerans in richtlijnen van de Europese Unie

Maarten den Heijer & Teun van Os van den Abeelen*

Consideransen van EU-richtlijnen zijn in de afgelopen decennia uitgedijd en deels gedeformeerd door veelvuldige normatieve pseudo-artikelen en parafraseringen. De EU heeft interne (niet-bindende) regels die dat niet toestaan. Het kan zorgen voor verwarring voor gebruikers van de richtlijnen en voor ongewenste extra ruimte voor de lidstaten die de richtlijnen moeten omzetten in nationale wetgeving. Dat moet worden tegengegaan en de hoop is dat het Europese Hof van Justitie in een nu aanhangige zaak uitdrukkelijk zal uitspreken dat dergelijke overwegingen geen ‘kracht van wet’ hebben.

Inleiding

Tot een van de meest boeiende onderdelen van het juridisch metier behoort het analyseren van en het denken over regelgeving. De auteurs hebben het voorrecht gehad daarmee en met het voorbereiden van wetgeving bezig te zijn geweest. Dat gaf mede inspiratie voor dit artikel.

In deze bijdrage doen wij verslag van een onderzoeksproject naar het gebruik van ‘overwegingen’ (ook wel bekend als consideransen of – tezamen – ‘de considerans’) in EU-richtlijnen. Het onderzoek was gericht op de doelstelling en de aard ervan. Uit het onderzoek blijkt dat de inhoud van vele overwegingen die thans onderdeel van een richtlijn uitmaken, niet voldoen aan Europese aanwijzingen voor regelgeving. Dit roept meerdere vragen op. Hoe komt het dat het gebruik van overwegingen in de praktijk afwijkt van hun verdragsrechtelijke functie? Komt aan overwegingen die in strijd zijn met de spelregels ter zake toch enigerlei rechtskracht toe? Zou het Euro-

pese wetgevingsproces aangaande het gebruik van consideransen kwalitatief verbeterd moeten worden, en zo ja, hoe dan?

Uit ons onderzoek blijkt dat de inhoud van vele overwegingen die thans onderdeel van een richtlijn uitmaken, niet voldoen aan Europese aanwijzingen voor regelgeving

Achtergrond

Nationale wetten kennen meestal een memorie van toelichting waarin wordt beschreven op grond van welke problematiek is gekomen tot de betreffende wetgeving, welk doel de wet dient en hoe de wet is opgezet. Meestal wordt per wetsartikel een toelichting of uitleg gegeven over de beoogde betekenis ervan en de relatie met de overige artikelen.

* Mr.dr. M. den Heijer is universitair docent internationaal recht aan de Universiteit van Amsterdam. Mr. T.J.P. van Os van den Abeelen is oud-raadsheer in het gerechtshof Den Haag en oud-voorzitter van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken. De auteurs danken in het bijzonder Antanina Maslyka voor haar uitstekende ondersteuning als student in de onderzoeksmaster internationaal publiekrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

EU-richtlijnen zijn een bijzonder type wetgeving. Ze worden niet zonder meer als wet van kracht in de lidstaten. Richtlijnen dienen door de lidstaten te worden omgezet in nationale wetgeving. Daarbij zijn lidstaten verplicht de meest passende vormen en middelen te kiezen ter verzekering van het nuttig effect van de richtlijn.¹ Dat proces wordt implementatie of omzetting genoemd. Een richtlijn krijgt alleen zelf (tijdelijk) kracht van wet als een lidstaat na de voor omzetting bepaalde periode in gebreke blijft en dus verzuimt de richtlijn tijdig om te zetten in nationale regelgeving. Ook Nederland heeft deze situatie meermalen moeten ervaren. Aangespoord door enkele saillante voorbeelden van ogenschijnlijk slechte wetgeving, waaronder de later in dit stuk besproken Dienstenrichtlijn, hebben wij in 2018 en 2019 een onderzoek uitgevoerd naar de juridische betekenis van overwegingen in Europese richtlijnen alsmede naar de historische ontwikkeling van het gebruik ervan. Een uitgebreid Engelstalig verslag van dat onderzoek is elders gepubliceerd.² Het onderzoek werd geboren uit de verbazingwekkende constatering dat het gebruik van ‘overwegingen’ in de loop van de jaren sterk is toegenomen en dat dit gebruik deels van karakter is veranderd. Hoewel wij sterk vermoeden dat de problematiek niet wezenlijk anders is bij EU-verordeningen, is het onderzoek, mede vanwege de omvang, beperkt tot richtlijnen.

De functie van overwegingen in het Unierecht

De juridische grondslag van de ‘overwegingen’ is de verdragsverplichting dat alle EU-regelgeving gewag moet maken van oorzaak en redenen daarvan.³ De Europese aanwijzingen voor de regelgeving, de zogeheten ‘Gemeenschappelijke praktische handleiding’, een intern en niet-bindend document van de Europese instellingen uit 2013, formuleert het als volgt: ‘De overwegingen hebben tot doel de

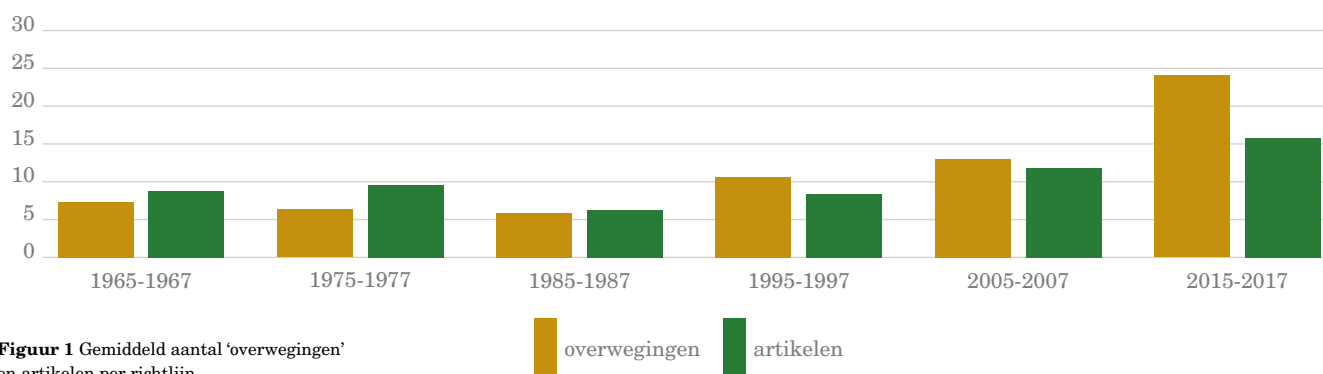
essentiële bepalingen van het regelgevende gedeelte beknopt te motiveren, zonder de bewoordingen daarvan te herhalen of te parafraseren. Zij bevatten geen regelgevende bepalingen noch politieke wensen.’⁴ Duidelijk is dat herhalingen geen toegevoegde waarde hebben en dat ze, in geval van licht van het betreffende artikel afwijkende bewoordingen, juist verwarring kunnen stichten. Het is volgens de Gemeenschappelijke praktische handleiding onjuist om overwegingen te formuleren als normstellend: ‘het taalgebruik in de motivering [lees: overwegingen] is niet-dwingend en moet niet kunnen worden verward met het regelgevende gedeelte’.⁵

Het is volgens de Gemeenschappelijke praktische handleiding onjuist om overwegingen te formuleren als normstellend

De eerste functie van de overwegingen is dus de rechtvaardiging van het gebruikmaken van de wetgevende bevoegdheid. De considerans moet het Hof van Justitie (hierna: het Hof) in staat stellen om na te gaan of de EU bevoegd is ter zake wetgeving aan te nemen en of de wetgeving voldoet aan onder meer de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Met andere woorden: is optreden op Europees niveau noodzakelijk of gewenst en zo ja, gaat het optreden niet verder dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken?⁶

Het Hof pleegt de overwegingen ook te gebruiken als hulpmiddel tot interpretatie van hetgeen in de artikelen van de richtlijn is neergelegd. Evenals in de Gemeenschappelijke praktische handleiding is neergelegd, geeft ook de jurisprudentie geen handvat voor de gedachte dat overwegingen bij richtlijnen enigerlei directe rechtskracht hebben of zou-

- HvJ EG 8 april 1976, C-48/75, ECLI:EU:C:1976:57 (Royer).
- M. den Heijer, T. van Os van den Abeelen & A. Maslyka, *On the use and misuse of recitals in European Union Law* (Amsterdam Law School Research Paper No. 2019-31), september 2019.
- Art. 296 VWEU.
- ‘Gemeenschappelijke praktische handleiding van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie ten behoeve van eenieder die bij de opstelling van wetgevingsteksten van de Europese Unie is betrokken’, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2015 (hierna: Gemeenschappelijke praktische handleiding 2015), par. 10.
- Gemeenschappelijke praktische handleiding 2015, par. 10.1.
- Zie onder meer HvJ EU 25 juli 2018, C-128/16 P, ECLI:EU:C:2018:591 (Commissie / Spanje), par. 82 en HvJ EG 2 april 1998, C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154 (Commissie / Sytraval), par. 63.



Figuur 1 Gemiddeld aantal ‘overwegingen’ en artikelen per richtlijn

den kunnen c.q. mogen worden gebruikt op een manier die de artikelen zelf zou ontkrachten of zouden leiden tot een interpretatie die strijdig is met de ontstaansgeschiedenis daarvan.⁷

De wetgevingspraktijk blijkt niet altijd in overeenstemming met de verdragsrechtelijke functie van de considerans en de uitwerking daarvan in de Gemeenschappelijke praktische handleiding

Het gebruik van overwegingen in de praktijk

De wetgevingspraktijk blijkt niet altijd in overeenstemming met de verdragsrechtelijke functie van de considerans en de uitwerking daarvan in de Gemeenschappelijke praktische handleiding. We hebben richtlijnen uit zes door ons onderscheiden periodes vanaf 1965 tot 2017 kwantitatief en kwalitatief geanalyseerd. De conclusies zijn als volgt:

- Het aantal overwegingen per richtlijn is met name sinds 1995 sterk gegroeid en dat kan niet alleen worden teruggevoerd op de toegenomen complexiteit van het onderwerp van de richtlijnen;
- In toenemende mate wordt gebruikgemaakt van overwegingen die in feite neerkomen op een parafrasering van één of meer artikelen. Dat is af te leiden uit de mate waarin de bewoordingen van de overweging en het corresponderende artikel overeenkomen;
- Ook in toenemende mate komen overwegingen voor die evident als normstellend moeten worden bestempeld. Dat is af te

leiden uit de mate van gespecificeerd zijn in termen van adressant en de vereiste maatregelen.

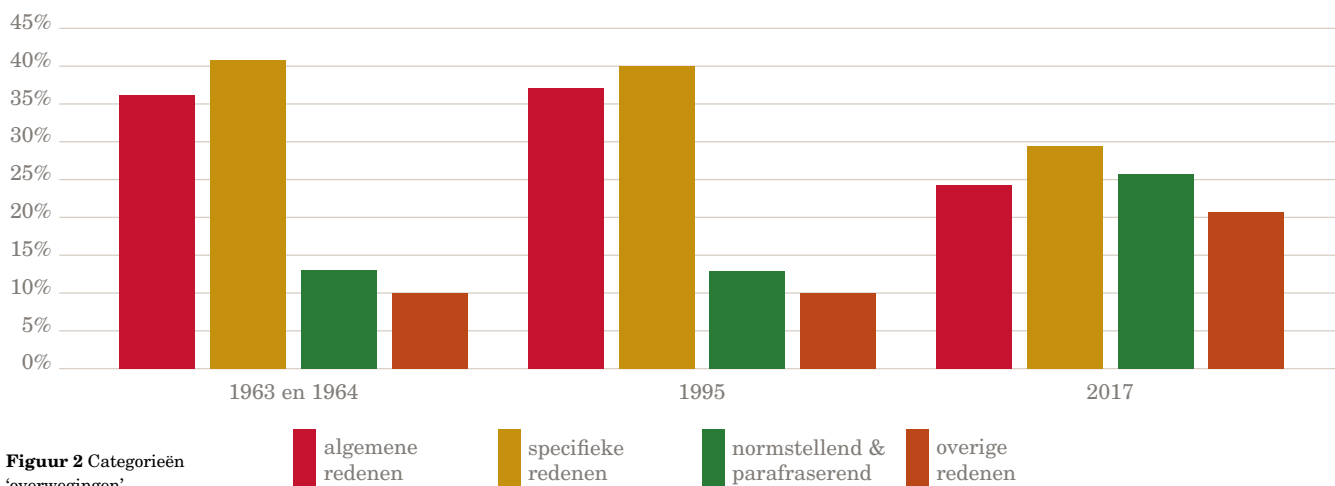
De onderstaande tabellen geven inzicht in de historische groei van het aantal overwegingen per richtlijn en in de toename van het aantal ‘verboden’, want parafraserende en/of normstellende overwegingen.

Al met al moet worden geconstateerd dat:

- het aantal overwegingen in de loop van de jaren absoluut en relatief is gestegen ten opzichte van de artikelen; en
- gemiddeld meer dan een kwart van de overwegingen in het laatste jaar van onderzoek, 2017, was geformuleerd op een wijze die zich niet verdraagt met de Europese aanwijzingen voor de regelgeving (zie figuur 2).

Hier rijzen twee vragen. De eerste is: hoe is dit gekomen? De tweede: wat is de oorzaak? Normstellende en parafraserende overwegingen kwamen reeds voor in de eerste fase van de ontwikkeling van de EU-regelgeving, namelijk in de voorstellen van de Europese Commissie, die verantwoordelijk is voor het initiëren van Europese regelgeving. Bekijken we de door de Raad van Ministers (hierna: de Raad) en het Europees Parlement aanvaarde richtlijnen dan zien we dat het aantal parafraserende dan wel normstellende overwegingen in de besluitvormende fase, dat wil zeggen nadat het ontwerp uit handen van de Commissie is gekomen, is verdubbeld. Wat zit daar nu achter? Voor een antwoord op deze vraag bleek niet veel onderzoeksmateriaal van elders voorhanden. We hebben daarom medewerkers van de Europese Commissie en van het Europees Parlement geïnterviewd en gesproken met medewerkers van de diploma-

7 Onder meer: HvJ EU 24 november 2005, C-136/04, ECLI:EU:C:2005:716 (*Deutsches Milchkontor / Hauptzollamt Hamburg-Jonas*); HvJ EU 2 april 2009, C-134/08, ECLI:EU:C:2009:229 (*Hauptzollamt Bremen/J.E. Tyson Parketthandel*).



Figuur 2 Categorieën ‘overwegingen’

tieke vertegenwoordiging van Nederland in Brussel alsmede met een Europarlementariër met veel ervaring met het wetgevingsproces.⁸ Omdat moest worden voorkomen dat de geïnterviewden niet de vrijheid zouden voelen om zich openhartig uit te spreken hebben we beloofd de aantekeningen van de gesprekken niet om te zetten in te publiceren verslagen.

Om een (gekwalificeerde) meerderheid te behalen moeten alsmaar niet parallel lopende belangen en politieke tegenstellingen worden overbrugd. De considerans, zo vertelden alle geïnterviewden, is daarvoor instrumenteel

Die gesprekken geven grosso modo de volgende uitkomst. In de eerste plaats moet worden geconstateerd dat de hele Brusselse ‘wetgevingsmachinerie’ gericht is op het verkrijgen van wetgevende consensus. De Raad bestaat uit 27 lidstaten met vaak sterk uiteenlopende belangen. Het Europees Parlement telt (nu nog) 705 leden ingedeeld in zeven politieke groepen waarin meer dan 200 nationale partijen zijn ondergebracht. Om een (gekwalificeerde) meerderheid te behalen moeten alsmaar niet parallel lopende belangen en politieke tegenstellingen worden overbrugd. De considerans, zo vertelden alle geïnterviewden, is daarvoor instrumenteel. Indien, bijvoorbeeld, onenigheid over een richtlijnbevestiging bestaat in de Raad, kan een compromis worden gevonden in het opnemen van een overweging in de considerans die er een bepaalde uitleg aan geeft. Of, als het een lidstaat niet lukt een norm in de richtlijn opgenomen te krijgen, kan deze mogelijk genoeg nemen met een soortgelijke overweging in de considerans. Ook kan de Europese Commissie trachten om tegenstand van één of meer lidstaten bij voorbaat weg te nemen door het opnemen van een overweging waarin bepaalde belangen nog eens worden benadrukt.

Eenzelfde mechanisme vindt plaats in het Europees Parlement om tegenstellingen tussen politieke groepen weg te nemen en in de onderhandelingen tussen de Raad en het Europees Parlement (de triloog). Bij dit alles speelt het feit dat in alle stadia van het wetgevingsproces lobbygroepen en andere belanghebbende partijen pogen hun invloed

zoveel mogelijk te doen gelden ook een rol. Kortom, een veel gecompliceerder wetgevingsproces dan in enige lidstaat van de EU.

Deze complexe onderhandelingsomgeving trekt – zo leerden wij van een aantal geïnterviewden – vermoedelijk meer dan in een nationale context, ambiguïteit en multi-interpretativiteit aan. Ook werd genoemd dat sommige Europarlementariërs hun politieke succes mede laten hangen van hun concrete inbreng in wetgeving, ook als (of misschien wel juist als) dat een zekere politieke uiting of duiding in de considerans is. De considerans wordt door alle Brusselse actoren gebruikt om tegenstellingen weg te masseren, eigen politieke punten te maken en wetgeving aangenomen te krijgen. Dat verklaart waarom de considerans soms deels een politiek karakter heeft, met enige regelmaat toch normstellend is, en daardoor soms afwijkt van de eigenlijke richtlijnbevestigingen. Vrijwel alle geïnterviewden gaven aan dat door veel deelnemers aan het wetgevingsproces het bereiken van de benodigde consensus uiteindelijk belangrijker wordt gevonden dan de wetgevingskwaliteit. Soms wordt – bewust – wetgevingskwaliteit opgeofferd voor een onderhandelingsresultaat.

In alle stadia van het EU-wetgevingproces blijken politici en beleidsambtenaren een dominante rol te spelen. Wetgevingsjuristen van de juridische diensten van de wetgevende instellingen zijn, anders dan in sommige lidstaten, niet primair verantwoordelijk voor het concipiëren van de teksten. Ze verrichten, doorgaans achteraf, een kwaliteitscontrole. In die controle moet niet slechts gelet worden op conformiteit met de Gemeenschappelijke praktische handleiding, maar ook op soms tamelijk fundamentele kwesties als de juiste rechtsbasis van een wetgevende handeling of subsidiariteit. De instellingen hebben kennelijk een soort – niet geformaliseerde – gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de regelgeving. Dat maakt het voor de individuele instellingen ook makkelijker om die verantwoordelijkheid juist niet te nemen. Er is geen separaat of inter-institutioneel orgaan dat daarover gaat, zoals bijvoorbeeld wel het geval is in het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Nederland. Daar worden wetsontwerpen, na consultatie van betrokkenen, in de regel door gekwalificeerde wetgevingsjuristen geconcipeerd. Bovendien lijken de onderhandelaars de wetgevingsjuristen in aantal en politiek gewicht te overtreffen. Ten slotte werd door de geïnterviewden genoemd dat nieuwe juristen binnen de Europese Commissie bestaande gewoonten en werkwijzen omtrent het opstel-

⁸ In totaal zijn voor het onderzoek elf personen geïnterviewd, gespreid over de drie wetgevende instellingen. Deze personen zijn geselecteerd op basis van ervaring met en kennis van het Europese wetgevingsproces.

len voor regelgeving als het ware kopiëren en er geen specifieke training omtrent toepassing van de Europese wetgevingsleer is. Het meest treffende voorbeeld dat wij daarvan aantreffen was dat door de meeste geïnterviewden, die allen zelf betrokken waren bij het opstellen van wetgeving, werd gesteld dat bij elk wetgevend artikel een corresponderende overweging in de considerans hoort, terwijl de Gemeenschappelijke praktische handleiding dat juist uitdrukkelijk ontkent.⁹ Er lijkt derhalve een *sui generis* wetgevingscultuur te zijn gegroeid, die zich almaar verder blijkt te verwijderen van de spelregels. De politici en beleidsmakers bleken het bestaan van die handleiding wel te kennen, maar er doorgaans geen bijzondere aandacht aan te besteden.

De overwegingen moeten uitleg geven ten aanzien van de aanleiding of wenselijkheid van de regeling, op een sobere en beknopte wijze. Een overvloed aan overwegingen verzwakt de constitutionele functie van de considerans

Het belang van een zuivere, correcte considerans

Het belang om vast te houden aan de wetgevingsprincipes met betrekking tot aard en inhoud van overwegingen in richtlijnen is groot. Daarvoor zijn diverse redenen.

1 Parafraserende of normstellende overwegingen en almaar uitdijende overwegingen doen afbreuk aan de eigenlijke legitimerende functie van de considerans. Uit het verdrag en de jurisprudentie van het Hof volgt dat de overwegingen uitleg moeten geven ten aanzien van de aanleiding of wenselijkheid van de regeling, op een sobere en beknopte wijze.¹⁰ De Gemeenschappelijke praktische handleiding stelt uitdrukkelijk dat ‘overwegingen die ter rechtvaardiging van het regelgevende gedeelte niet van belang zijn, moeten worden weggelaten’.¹¹ Een overvloed aan overwegingen, en dat geldt temeer indien ze inhoudelijk diffuus zijn, verzwakt de constitutionele functie van de considerans.

2 Te overvloedige en soms onjuiste overwegingen doen ook afbreuk aan de beginselen van toegankelijkheid van wetgeving en rechtsze-

kerheid. Juist de considerans, die een inleiding vormt op de wettekst, dient lidstaten, maar uiteindelijk ook Europese burgers en bedrijven, inzicht te geven in de motivering voor wetgeving en de keuzes die te dien aanzien zijn gemaakt. Bestudering door ons van een heel aantal richtlijnen en de bijbehorende considerans leerde dat de meeste consideransen van richtlijnen die in recente jaren zijn aangenomen in aantal en omvang groter zijn dan de wetgevende bepalingen. Ze zijn voorts voorzien van een dermate hoog technisch en parafraserend gehalte dat het zelfs voor gespecialiseerde juristen moeilijk is de kern eruit te halen. De conclusie moet zijn dat ze eerder afbreuk aan de toegankelijkheid van wetgeving doen dan dat ze eraan bijdragen.

3 Onbetwist is in dit verband het belang van het beginsel van rechtszekerheid. Rechtszekerheid vereist volgens het Hof van Justitie dat ‘de rechtsregels duidelijk en nauwkeurig zijn en voorzienbare gevolgen hebben, opdat de belanghebbenden daaraan houvast hebben in door het Unierecht beheerste rechtssituaties en -betrekkingen’.¹² In diverse EU-documenten over de kwaliteit van Europese regelgeving wordt daartoe benadrukt dat wetgeving ‘duidelijk, eenvoudig en nauwkeurig’ moet zijn.¹³ Het is daarom van belang dat de tekst van de artikelen en de considerans geen anomalieën of verwarring wekkende tegenstrijdigheden vertonen. Vermeden moet worden dat ambiguïteit kan optreden. Parafraserende en van de wettekst afwijkende overwegingen, zeker als die ook nog eens normstellend zijn, zijn uit wetgevingsoogpunt een doodzonde. Ze vergroten het risico van divergerende implementatiewetgeving in de lidstaten, terwijl het doel juist harmonisatie is. Politieke duidingen en normstellende overwegingen in een considerans kunnen bijdragen aan rechtsonzekerheid waardoor overheden, instellingen, burgers en bedrijven strijdige handelwijzen voor juist kunnen houden. In zekere zin duidt een ambigue considerans erop dat tegenstellingen in Brussel niet of onvoldoende zijn overbrugd. De onduidelijkheid wordt dan naar lidstaten, burgers en rechters doorgeschoven.

De rol van overwegingen in de rechtspraak: de zaak *Cali*

Als gezegd gebruikt het Hof van Justitie de considerans in de eerste plaats om de legitimiteit van Europese wetgeving te toetsen. Zo toetst het Hof op bijvoorbeeld het terrein van

⁹ Gemeenschappelijke praktische handleiding 2015, par. 10.6.: ‘Vanzelfsprekend hoeft niet elke bepaling afzonderlijk te worden gemotiveerd.’

¹⁰ HvJ EG 22 januari 1986, 250/84, ECLI:EU:C:1986:22 (*Eridania/Cassa conguglio zucchero*), par. 38. Zie ook: HvJ EG 12 november 1996, C-84/94, ECLI:EU:C:1996:431 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), par. 79; HvJ EG 29 februari 1996, ECLI:EU:C:1996:68, C-122/94 (*Commissie/Raad*), par. 29.

¹¹ Gemeenschappelijke praktische handleiding 2015, par. 10.7.

¹² HvJ EU 12 februari 2015, C-48/14, ECLI:EU:C:2015:91 (*Parlement/Raad*), par. 45. Zie ook HvJ EU 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), par. 69.

¹³ Zie o.m. Interinstitutioneel Akkoord van 22 december 1998 betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving (*PbEG* 1999, C 73/1), punt 1.

de interne markt (staatssteun, prijsbinding, tarieven) en dat van antiterrorisme-maatregelen met enige regelmaat of de betreffende wetgevende bevoegdheden correct werden uitgeoefend.¹⁴ Dat doet het Hof door na te gaan of de overwegingen de condities om op te treden voldoende (duidelijk) omschrijven. Bijvoorbeeld: ‘dreigt verstoring van de interne markt?’ of ‘is betrokkenheid bij terroristische activiteit aangetoond?’ De standaardoverweging van het Hof in dergelijke zaken is als volgt:

‘De door artikel 296 VWEU verlangde motivering moet volgens vaste rechtspraak beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en moet de redenering van de instelling die de bestreden handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de Unierechter zijn toezicht kan uitoefenen. Het is niet vereist dat alle gegevens feitelijk en rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de tekst ervan, doch ook op de context waarin deze is genomen, en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen.’¹⁵

Hieruit blijkt duidelijk dat de considerans beknopt mag zijn. Zoals hiervoor is aangetoond, is er evenwel een ontwikkeling gaande waarin de motivering juist steeds langer wordt en ook van karakter verandert. De proliferatie van overwegingen leidt er onherroepelijk toe dat ze een (steeds grotere) interpretatieve functie krijgen in de rechtspraak van het Hof. Uitgangspunt daarbij is dat ‘de considerans van een gemeenschapshandeling geen bindende rechtskracht heeft en niet kan worden aangevoerd om van de bepalingen zelf van die handeling af te wijken.’¹⁶ Een overweging kan daarentegen wel behulpzaam zijn om de betekenis van een onduidelijke bepaling of de werkingssfeer van een wetgevende handeling vast te stellen.¹⁷

De considerans lijkt een groter wetgevend gewicht te krijgen en ze wordt ook door het Hof steeds vaker aangehaald

De proliferatie van overwegingen zou de rechtspraak van het Hof onder druk kunnen zetten. De considerans lijkt een groter wetgevend gewicht te krijgen en ze wordt ook door het Hof steeds vaker aangehaald. Eén vraag die zich daarbij voordoet is of voorrang gegeven moet worden aan een tekstuele interpre-

tatie van een artikel, of aan een contextuele, waarin vooral gelet wordt op de considerans. Een andere vraag is hoe ver de vrijheid van het Hof reikt om normstellende overwegingen zonder evenknie in de wetgevingshandeling simpelweg te negeren. Die laatste vraag is prominent aan de orde in de nu voorliggende zaak *Cali* waarin reeds de conclusie van de A-G is verschenen.¹⁸

Het gaat in die zaak om twee Parijse firma’s die kortstondig gemeubileerde ruimten verhuurden aan toeristen via Airbnb, en wel zonder de daartoe vereiste vergunning tot bestemmingsverandering van de voor normale bewoning bestemde huizen. In beroep tegen de opgelegde boetes van € 15.000 respectievelijk € 25.000 kwamen ze ten slotte bij het Cour de Cassation, dat aan het Hof een aantal prejudiciële vragen stelde over onder meer de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn. De considerans van de Dienstenrichtlijn is een goed voorbeeld van slechte wetgeving. De richtlijn telt maar liefst 118 overwegingen voor 46 artikelen, waaronder heel gedetailleerde overwegingen omtrent de reikwijdte van de richtlijn en de betekenis van het begrip dienst, die eigenlijk thuishoren in artikelen 2 en 4 van de richtlijn, waarin de werkingssfeer en kernbegrippen worden gedefinieerd.

Het gaat in de zaak vooral over de juridische waarde van de negende overweging:

‘Deze richtlijn is alleen van toepassing op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. De richtlijn is derhalve niet van toepassing op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw (bouwnormen) en evenmin op administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn maar die de dienstverleners bij de uitoefening van hun economische activiteit in acht dienen te nemen op de zelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen.’

Alle partijen behalve de lidstaten Duitsland en Ierland hadden zich op het standpunt gesteld dat de Dienstenrichtlijn met betrekking tot de Parijse verhuursituatie van toepassing was. De twee genoemde lidstaten hadden betoogd dat overweging 9 aan de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn in de weg staat nu het in de zaak gaat om een vergunningstelsel inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw.

A-G Bobek maakt korte metten met dat laatstgenoemde argument. Hij betoogt primair dat overweging 9 ‘niet meer is dan

14 O.m. HvJ EG 2 april 1998, C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154 (*Commissie / Sytraval*), par. 63; HvJ EG 13 maart 1985, gevoegde zaken 296/82 en 318/82, ECLI:EU:C:1985:113 (*Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commissie*); HvJ EG 6 september 2006, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511 (*Portugal / Commissie*); HvJ EU 2 december 2009, C-89/08 P, ECLI:EU:C:2009:742 (*Commissie / Ierland*); HvJ EG 2 oktober 2003, C-199/99 P, ECLI:EU:C:2003:531 (*Corus / Commissie*); HvJ EG 12 december 2006, T-228/02, ECLI:EU:T:2006:384 (*Organisatie van Volksmujahedeeden van Iran / Raad*).

15 O.m. HvJ EU 10 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:584, C-39/18 P (*Commissie / Icap*). Zie ook HvJ EG 2 april 1998, C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154 (*Commissie / Sytraval*).

16 O.m. HvJ EG 19 november 1998, C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 (*Nilsson*), par. 54.

17 Bv. HvJ EG 20 november 1997, C-244/95, ECLI:EU:C:1997:551 (*Moskoff/Ethnikos Organismos Kapnou*), par. 44; HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356 (*BECTU*), par. 37-39.

18 HvJ EU 22 september 2020, gevoegde zaken C-724/18 en C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743 (*Cali*).

een overweging' en 'er geen sprake is van een corresponderende normatieve bepaling waarin een soortgelijke algemene uitzondering [...] is opgenomen'. Zijns inziens 'kan een overweging niet op zichzelf en zonder corresponderende bepaling in de tekst een nieuwe algemene uitzondering tot stand brengen die nergens in het beschikkend gedeelte van de Unierechtelijke regeling is weerspiegeld'.¹⁹ De A-G zegt dan dat het argument hiermee in feite is afgedaan maar betoogt verrassend genoeg subsidiair dat ook als overweging 9 wel rechtskracht heeft, eruit niet blijkt dat de wetgever gewild zou hebben dat Airbnb-constructies als in deze zaak aan de orde, buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen.

Nu maar afwachten wat het Hof, dat nog geen uitspraak heeft gedaan, maar doorgaans het advies van de A-G pleegt te volgen, ervan zal vinden. Het zal na het voorgaande duidelijk zijn dat wij het primaire standpunt van de A-G te dezen onderschrijven. In wezen wordt aan het Hof gevraagd om orde aan te brengen in het wel heel rommelige karakter van de Dienstenrichtlijn, waarin het onderscheid tussen considerans en wettekst beslist diffuus is. Te hopen is dat het Hof blijft vasthouden aan de normstellende 'voorrang' van de richtlijn-bepalingen; en dat ook de wetgevende instellingen daaruit lessen trekken.

Wat ons betreft zijn de voornaamste lessen omtrent het gebruik van de considerans de volgende:

- Sober, alleen als motivering of verklaring van de bestaansnoodzaak van de regeling als zodanig;
- Voor individuele artikelen: geen plicht tot een bijbehorende overweging; enkel indien ze afwijken van de wetsystematiek;
- Voor alles: geen parafrazen, niets wat kan leiden tot multi-interpretabiliteit, en al helemaal geen normstellende overwegingen.

Hoe verder?

Wat te doen om te bereiken dat deze desiderata worden gerealiseerd? Een aantal belemmerende factoren spelen een rol. Drie factoren, namelijk het outputgericht werken, het 'wheelen en dealen' van veel lidstaten die geen volledig parallel lopende belangen hebben en het gegeven dat de toelichtingen in de overwegingen het voor sommige lidstaten acceptabel maakt om bij wijze van compromis in te stemmen met een regeling die zij liever anders hadden gezien, zijn daarbij belangrijk. Daar komt de constatering bij dat inhoudelijke specialisten en politici dominant zijn in het

conciipiëren van wetteksten en wetgevende specialisten voornamelijk een reactieve rol hebben. Deze factoren maken duidelijk dat om het verschijnsel van problematische overwegingen in te dammen drastische, wellicht zeer moeilijke of schier onhaalbare maatregelen nodig zouden zijn.

Inhoudelijke specialisten en politici zijn dominant in het conciipiëren van wetteksten en wetgevende specialisten hebben voornamelijk een reactieve rol

De Nederlandse variant, een wetgevingsacademie die junior wetgevingsjuristen opleidt en traint in het maken van regelgeving 'lege artis'; die vervolgens exclusief bevoegd zijn wetgeving op te stellen, lijkt een wensdroom, vooral omdat ze niet strookt met het politieke primaat van de Raad van Ministers en het Europees Parlement in de Europese wetgevingsprocedure. Evenzeer onhaalbaar lijkt een inter-institutioneel orgaan (vergelijkbaar met de Nederlandse Raad van State of de Zweedse Raad voor Wetgeving, de Lagrådet) dat specifiek toeziet op de kwaliteit van wetgeving. Omdat de Europese bureaucratie daardoor ongetwijfeld nog meer wordt vertraagd en onderhandelingsruimte wordt weggenomen bij de instellingen zal daarvoor waarschijnlijk weinig steun bestaan.

Toch zien wij mogelijkheden om juist de bepalende actoren, te weten de specialisten in de Commissie die wetgeving opstellen, de onderhandelende Europarlementariërs en de diplomaten van de lidstaten in hun Permanente Vertegenwoordigingen, in gewenste zin te conditioneren. In de eerste plaats kan het helpen als de kwaliteit van wetgeving – waaronder die van de considerans – veel hoger op de Brusselse politieke agenda komt. Er is reeds jaren een agenda voor betere regelgeving, maar die agenda gaat vooral om afgeleide kwesties als 'impact assessments' en 'stakeholder consultations', oftewel betere regelgeving naar inhoud in plaats van techniek.²⁰ Over de kwaliteit van wetgeving zelf wordt niet periodiek of structureel gerapporteerd en er vindt dienaangaande dus weinig, naar ons inzicht veel te weinig, zelfreflectie plaats. Dat zou kunnen veranderen door wetgevingskwaliteit tot zelfstandig dossier te maken en vast agendapunt van één van de commissies van het Europees Parlement (met bijvoorbeeld een vaste rapporteur). Structurele aandacht en

¹⁹ Concl. A-G M. Bobek, ECLI:EU:C:2020:251, bij HvJ EU 22 september 2020, gevoegde zaken C-724/18 en C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743 (Cali), par. 47.

²⁰ Zie, voor een uitgebreide analyse, Den Heijer, Van Os van den Abeelen & Maslyka 2019, p. 15-16.

rapportageverplichtingen kunnen bijdragen aan beter inzicht in de kwaliteit van Europese wetgeving en aanzetten tot initiatieven voor verbetering. Wetgevingskwaliteit zou derhalve moeten worden losgekoppeld van de meeromvattende agenda voor betere regelgeving en tot vast agendapunt moeten worden gemaakt.

Een tweede concrete suggestie is om de Gemeenschappelijke praktische handleiding voor het opstellen van wetgeving, die een uitwerking vormt van een inter-institutioneel akkoord over richtlijnen voor het opstellen van wetgeving uit 1998,²¹ bindend te maken. Dat zou kunnen door ze in een nieuw, bindend, inter-institutioneel akkoord vast te leggen. Destijds werd daar niet voor gekozen omdat men hoopte dat de richtlijnen en handboeken voor het opstellen van wetgeving vanzelf het gewenste effect zouden sorteren. Uit ons onderzoek volgt evenwel dat de kwaliteit van wetgeving (in elk geval die van de considerans) sinds publicatie van die richt-

lijnen juist achteruit is gegaan. Bovendien zou het toekennen van bindende kracht aan de spelregels zoals neergelegd in de Gemeenschappelijke praktische handleiding toezicht achteraf door het Hof van Justitie mogelijk maken. Daarvan kan niet alleen een corrigerend effect uitgaan, maar die jurisprudentie zou tevens een richtsnoer voor de toekomst vormen.

Uiteindelijk dient een redelijke balans getroffen te worden tussen politieke effectiviteit en wetgevingskwaliteit

Uiteindelijk dient een redelijke balans getroffen te worden tussen politieke effectiviteit en wetgevingskwaliteit. Die balans dreigt steeds meer zoek te raken en dus is bijsturing gewenst.

²¹ HvJ EU 12 februari 2015, C-48/14, ECLI:EU:C:2015:91 (*Parlement / Raad*), par. 45. Zie ook HvJ EU 3 juni 2008, zaak C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), par. 69.

Samen werken aan de rechtsstaat

Word jurist bij het Rijk

Je bent een maatschappelijk betrokken jurist die samen met anderen eraan wil werken dat de Rijksoverheid zich aan regels houdt en deze correct toepast. Jouw doel is dat het vertrouwen in de rechtsstaat versterkt wordt.

De masteropleidingen van de Academie voor Wetgeving en de Academie voor Overheidsjuristen bieden een uitgelezen kans om bij het Rijk een vliegende start te maken.

Masteropleiding tot wetgevingsjurist

Politici en beleidsmakers vragen om wetgeving voor het oplossen van maatschappelijke problemen. Wetgevingsjuristen maken die nieuwe regels. De opleiding voor wetgevingsjurist omvat alle theoretische en praktische inzichten die je nodig hebt om goede wetgeving op te stellen.

Masteropleiding tot overheidsjurist

Binnen de Rijksoverheid werken juristen aan het oplossen van urgente problemen. Aan welke regels moet de overheid zich hierbij houden, worden deze correct uitgevoerd? Tijdens de opleiding tot overheidsjurist leer je de noodzakelijke vaardigheden om gedegen juridische adviezen te geven, juridische producten te maken en de Staat te vertegenwoordigen in procedures.

Werken en leren

Beide opleidingen duren twee jaar. Als trainee krijg je een aanstelling bij een ministerie, het Bureau Wetgeving van de Tweede Kamer of een andere organisatie binnen het Rijk, zoals de ACM of de IND. Je krijgt tijdens je opleiding les van de beste docenten uit de wetenschap en de praktijk. Stages en werkbezoeken maken deel uit van deze masters, die beide door de NVAO zijn geaccrediteerd.

Om toegelaten te worden, moet je een juridische master hebben afgerond.

Meer informatie en aanmelden:

www.rechtenoverheid.nl/masteropleiding



Volg de online inhouddag voor toekomstige trainees op **dinsdag 19 januari 2021** of een van de masterclasses