



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Bestuur in de tang?

Over de toepassing van Europese soft law door Nederlandse bestuursorganen

Klap, A.

Publication date

2014

Document Version

Final published version

Published in

Europeanisering van het algemeen bestuursrecht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Klap, A. (2014). Bestuur in de tang? Over de toepassing van Europese soft law door Nederlandse bestuursorganen. In B. Schueler, & R. Widdershoven (Eds.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: 75 jaar VAR* (pp. 169-179). Boom Juridische uitgevers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Europeanisering van het algemeen bestuursrecht

75 jaar VAR

Henk Addink
Tom Barkhuysen
Jacobine van den Brink
Eric Daalder
Michiel van Emmerik
Janneke Gerards
Kars de Graaf
Jan Jans
Peter Kavelaars
Arnout Klap
Bert Marseille
Bernd van der Meulen
Anne Meuwese
Frank van Ommeren
Willemien den Ouden
Raymond Schlössels
Michiel Tjepkema
Rob Widdershoven

Onder redactie van:
Ben Schueler
Rob Widdershoven

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2014

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2014 VAR Vereniging voor Bestuursrecht | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-025-7
ISBN 978-94-6274-232-1 (e-book)
NUR 823

www.bju.nl

Bestuur in de tang?

Over de toepassing van Europese soft law door Nederlandse bestuursorganen

Arnout Klap*

I Inleiding

Op steeds meer bestuursrechtelijke beleidsterreinen (mededinging, milieu, telecommunicatie enz.) is er sprake van een Europeanisering. Dat wil zeggen dat de toepasselijke normen hun wortels hebben in het EU-recht of in ieder geval niet los van het EU-recht kunnen worden geconcretiseerd. Steeds vaker gaat het daarbij om ‘soft law’: gedragsregels die zijn vastgelegd in documenten waaraan als zodanig geen verbindende kracht als bedoeld in artikel 288 VWEU toekomt, maar die desalniettemin bepaalde (indirecte) juridische effecten kunnen hebben.¹ Doel van deze regels, die zowel door de Europese Commissie als door Europese toezichthoudende organen (zoals de ‘European Banking Authority’) kunnen zijn vastgesteld, is doorgaans het uniformeren van (de toepassing van) EU-gerelateerde normen.²

Aangezien deze normtoepassing doorgaans op het niveau van de lidstaten plaatsvindt, rijst de vraag (1) hoe de Europese soft law-documenten in de nationale rechtsorde doorwerken, en (2) wat deze doorwerking betekent voor de besluitvorming door Nederlandse bestuursorganen. Om de eerste vraag te kunnen beantwoorden zal achtereenvolgens worden bekeken hoe de soft law-documenten volgens het EU-recht en het Nederlandse bestuursrecht moeten worden aangemerkt. Bij de tweede vraag gaat het om de mate waarin de Nederlandse bestuursorganen aan Europese soft law zijn gebonden en om de normen die bij de toepassing daarvan in acht moeten worden genomen.

De inbedding van Europese soft law in het Nederlandse bestuursrecht zal hieronder worden geïllustreerd aan de hand van de BREF-documenten³ en -conclusies die bij het verlenen van vergunningen op grond van artikel 2.14 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en artikel 6.26 Waterwet een belangrijke rol spelen (par. 2), en verschillende richtsnoeren die bij de toepassing van bevoegdheden op grond van de Mededingingswet gehanteerd worden (par 3). In paragraaf 4 zullen ten slotte enkele conclusies worden getrokken en aanbevelingen worden gedaan.

* Mr. A.P. Klap is universitair hoofddocent aan de Universiteit van Amsterdam.

1 Zie J. Luijendijk en L.A.J. Senden, ‘Preadvies NVER: De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde’, SEW 2011/116, p. 312.

2 Zie ook HvJ EG 13 december 1989, C-322/88, Jur. 1989, p. 4407 (Grimaldi). Uit dit arrest volgt dat de nationale rechter aanbevelingen van de Europese Commissie in aanmerking dient te nemen bij de uitleg van EU-bepalingen.

3 BREF-documenten staat voor Best available techniques Reference documents.

2 BREF-documenten

Bij de vergunningverlening op grond van artikel 2.14 Wabo en artikel 6.26 Waterwet moet het bevoegd gezag ervoor zorgen dat in een inrichting of mijnbouwwerk en bij het lozen of storten van stoffen ‘ten minste’ de daarvoor in aanmerking komende ‘beste beschikbare technieken’ (BBT) worden toegepast. Dit BBT-vereiste stamt uit de Richtlijn inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (IPPC-richtlijn) uit 1996. Inmiddels is het vereiste gebaseerd op de Richtlijn inzake industriële emissies (RIE) uit 2010. Volgens vaste jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter wordt aangenomen dat het bevoegde bestuursorgaan bij het bepalen van BBT ‘een zekere beoordelingsvrijheid’ heeft.⁴ Deze aanname leidt ertoe dat de rechter de conclusie van het bevoegde bestuursorgaan over BBT aan een marginale toetsing onderwerpt.

2.1 EU-status

De IPPC-richtlijn beoogt een geïntegreerde aanpak van de verontreiniging van lucht, water en bodem. Uitgangspunt is het voorkomen dan wel minimaliseren van emissies met het oog op het bereiken van een ‘hoog beschermingsniveau voor het milieu in zijn geheel’. Om deze ‘integrale’ benadering te realiseren dienen de lidstaten – gelet op overweging 17 van de considerans – emissiegrenswaarden vast te stellen die gebaseerd zijn op BBT, zonder het gebruik van een bepaalde techniek voor te schrijven, en met inachtneming van de technische kenmerken, de geografische ligging van de betrokken installatie en de plaatselijke milieuomstandigheden. Uit de definitie van het begrip BBT in artikel 2 blijkt dat met de term ‘beste’ bedoeld wordt op technieken die het doeltreffendst zijn voor het bereiken van een hoog beschermingsniveau. De term ‘beschikbaar’ ziet daarentegen op een analyse van kosten en baten van de bedoelde technieken: waar het om gaat is dat deze ‘economisch en technisch haalbaar in de betrokken industriële context’ zijn. Het is dus mogelijk dat de doeltreffendste techniek vanwege de kosten die ermee gemoeid zijn en de baten die ervan te verwachten zijn, niet reëel beschikbaar is. Artikel 16 bepaalt vervolgens dat de Europese Commissie de uitwisseling van informatie tussen de lidstaten en de betrokken bedrijfstukken over BBT organiseert en de resultaten ervan om de drie jaar bekendmaakt. In 1997 is het ‘Europese Bureau voor geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging’ opgericht dat technisch-wetenschappelijke ondersteuning verleent bij de informatie-uitwisseling. De op basis hiervan tot stand gekomen documenten zijn bekend geworden als ‘BREF-documenten’.

Uit Bijlage IV van de IPPC-richtlijn volgt dat bij het bepalen van BBT met deze door de Commissie bekendgemaakte documenten ‘rekening moet worden gehouden’. De geciteerde woorden laten ruimte voor afwijkingen; onduidelijk is echter hoe groot deze is. In ieder geval lijkt het niet de bedoeling om in concrete gevallen een

4 In de uitspraak waarin dit voor het eerst werd uitgemaakt (ABRvS 21 april 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5622, AB 1998, 199, m.n.t. Jurgens) werd daar wel aan toegevoegd dat deze beoordelingsvrijheid haar begrenzing vindt in ‘hetgeen uit de meest recente algemeen aanvaarde milieuhygiënische inzichten voortvloeit’.

kosten-batenanalyse te verrichten teneinde de beschikbaarheid van een techniek te toetsen. Deze toets moet op Europees sectoraal niveau worden verricht, zodat er geen ruimte is voor een beoordeling van de individuele economische omstandigheden.⁵ De ruimte voor afwijking is m.i. eveneens klein wanneer de BREF-documenten de vertaling zijn van recente technisch-wetenschappelijke inzichten.

In 2007 concludeerde de Commissie echter dat de IPPC-richtlijn onvoldoende en ongelijkmatig door de lidstaten werd geïmplementeerd. Daardoor bleven niet alleen de beoogde milieueffecten uit, maar dreigde ook de concurrentie tussen lidstaten te worden verstoord.⁶ De oorzaak van deze problemen leek niet te liggen in (de definitie van) het begrip BBT, maar in de betekenis (status) van de BREF-documenten bij het bepalen van BBT. Daarom werd voorgesteld de betekenis van die documenten te verduidelijken en te versterken. Deze operatie resulteerde eind 2010 in de vervanging van de IPPC-richtlijn door de Richtlijn inzake industriële emissies (RIE).

In de RIE blijft de definitie van BBT ongewijzigd, maar wordt de status van de BREF-documenten versterkt door deze te voorzien van 'BBT-conclusies', die de belangrijkste delen van de documenten bevatten, zoals de emissieniveaus die met BBT (moeten) kunnen worden gehaald. Deze BBT-conclusies die door de Commissie volgens de 'comitologieprocedure'⁷ worden vastgesteld, liggen ten grondslag aan de emissiegrenswaarden die op grond van artikel 15, lid 3 in de vergunning moeten worden opgenomen. Volgens deze bepaling mogen de grenswaarden niet hoger zijn dan emissieniveaus die in de BBT-conclusies als haalbaar worden aangemerkt. Deze conclusies vormen dus, zoals artikel 14, lid 3 bepaalt, 'de referentie' voor het vaststellen van de vergunningsvoorschriften. Daarmee lijkt de binding aan deze conclusies sterker geaccentueerd dan onder de IPPC-richtlijn.

Toch houdt ook de term 'referentie' geen strikte binding in. Dat blijkt al uit de considerans, waar wordt overwogen dat de bevoegde autoriteiten over 'voldoende flexibiliteit' dienen te beschikken om emissiegrenswaarden vast te stellen die garanderen dat de emissies onder normale bedrijfsomstandigheden niet uitkomen boven de met BBT geassocieerde emissieniveaus. Verder blijkt uit artikel 14, lid 4 RIE dat de lidstaten in algemene zin bevoegd zijn strengere voorwaarden vast te stellen. Het vaststellen van minder strenge voorwaarden is echter volgens artikel 15, lid 4 RIE alleen toegestaan in specifieke gevallen, voor zover het halen van de emissieniveaus die samenhangen met BBT, zou leiden tot 'buitensporig hoge kosten in verhouding tot de milieuvoordelen'. Dit moet dan bovendien het gevolg zijn van de geografische ligging, de plaatselijke omstandigheden of de technische kenmerken van de betrokken installatie. De binding aan BBT-conclusies lijkt dus sterker naarmate het

5 Zie ook de nota van toelichting bij het Inrichtingen en vergunningenbesluit milieubeheer ter implementatie van de IPPC-richtlijn (Stb. 2005, 527), waaruit volgt dat de kosteneffectiviteit van een maatregel niet meer ter discussie staat als dit aspect in een BREF-document reeds is beoordeeld.

6 European Commission, 'Towards an improved policy on industrial emissions', COM(2007)843 final.

7 Deze procedure houdt in dat de Commissie bij het nemen van maatregelen wordt bijgestaan door een regelgevend comité, bestaande uit vertegenwoordigers van de lidstaten. Wanneer de beoogde maatregelen niet in overeenstemming met het advies van dit comité zijn, dient de Commissie een voorstel bij de Raad in en stelt ze het Europees Parlement op de hoogte.

bevoegd gezag minder strenge voorschriften aan vergunningen zou willen verbinden. Wel dient te worden bedacht dat de BBT-conclusies soms een prestatierange kennen. De vraag is of het vergunningverlenend orgaan binnen deze range een zekere keuzevrijheid toekomt.

2.2 De juridische status volgens Nederlands bestuursrecht

Zoals hiervoor is aangegeven, dienen de BREF-documenten en BBT-conclusies bij de vergunningverlening op grond van de Wabo en de Waterwet te worden gebruikt voor het bepalen van BBT en de daarbij behorende emissiegrenswaarden. In zoverre lijken deze documenten en conclusies te kunnen worden aangemerkt als ‘algemene regels’ over de vaststelling of kwalificatie van de relevante feiten bij het verlenen van de genoemde vergunningen, als bedoeld in artikel 1:3, lid 4 Awb. Toch kan van beleidsregels geen sprake zijn, omdat een bevoegdheid als bedoeld in artikel 4:81 Awb ontbreekt. De documenten zijn immers vastgesteld door de Europese Commissie, niet door het bestuursorgaan dat de vergunning moet verlenen. Evenmin is het zo dat de vergunningverlening onder verantwoordelijkheid van de Commissie wordt uitgeoefend, of dat deze in de Wabo of de Waterwet de bevoegdheid krijgt om beleidsregels vast te stellen ten aanzien van de vergunningverlening. Theoretisch is het dan nog mogelijk dat het bevoegde bestuursorgaan de documenten zelf als beleidsregels vaststelt. Daarvan zijn mij echter geen voorbeelden bekend. Het vaststellen van beleidsregels ligt overigens ook niet voor de hand, omdat artikel 4:84 Awb⁸ een sterkere binding aan BREF-documenten en BBT-conclusies meebrengt dan wenselijk is. Het begrip BBT is immers dynamisch van aard; het vereist dat bestuursorganen openstaan voor nieuwe ontwikkelingen die resulteren in (nog) betere en wellicht tevens goedkopere technieken.

Doorgaans worden de documenten en conclusies vanwege het feit dat ze niet op een wettelijke bevoegdheid berusten, naar Nederlands bestuursrecht als (niet in de Awb gekwalificeerde) ‘richtlijnen’⁹ aangemerkt. Voor zover ze gebaseerd zijn op technische en/of wetenschappelijke inzichten, wat bij de bedoelde documenten en conclusies gedeeltelijk het geval is, kan men ze als ‘deskundigenrichtlijnen’ aanmerken. Voor een deel zijn de documenten en conclusies echter het resultaat van een afweging tussen milieurendement en branchekosten.¹⁰ Omdat die afweging van meer politieke argumenten afhangt (wat kan uit een oogpunt van kosten en baten nog van een branche worden gevergd?), spreekt men in dat geval gewoonlijk van ‘beleidsmatige richtlijnen’. Het onderscheid tussen beide soorten richtlijnen wordt

8 Op grond van deze bepaling kan alleen in bijzondere gevallen van beleidsregels worden afgeweken, en uit de jurisprudentie blijkt dat dergelijke gevallen zich zelden voordoen. Zie bijv. ABRvS 19 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO9703, JB 2004, 275, waar bijzondere omstandigheden worden omschreven als ‘omstandigheden waarmee bij het opstellen van de beleidsregels geen rekening is gehouden’.

9 Zie hierover H.E. Bröring, *Richtlijnen. Over de juridische betekenis van circulaire, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen*, Deventer: Kluwer 1993.

10 Zie H.G. Sevenster en A.J. Kuipers, ‘BBT in vogelvlucht’, in: I. Smorenburg-van Middelkoop en R. Uylenburg, *De beste beschikbare technieken, van IPPC naar IED. Ontwikkeling, toepassing en toetsing van BBT*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, p. 3.

in de Nederlandse literatuur vaak gerelateerd aan de bindende werking. Aangenomen wordt dan dat deskundigenrichtlijnen via het zorgvuldigheds- en motiveringsbeginsel (art. 3:2 en 3:46 Awb) een sterke binding sorteren, terwijl de binding aan beleidsmatige richtlijnen doorgaans zwak wordt geacht.¹¹ Het is echter de vraag of dit verschil in binding ook voor de BREF-documenten en -conclusies opgaat. Mijns inziens is dit niet het geval. Voor zover deze documenten en conclusies als beleidsmatige richtlijnen zijn aan te merken, lijkt een zwakke binding op gespannen voet te staan met het beginsel van loyale samenwerking (art. 4, lid 3 VEU). Zeker als zo'n zwakke binding ertoe zou leiden dat minder strenge voorwaarden worden gesteld aan vergunningen. In dat geval wordt afbreuk gedaan aan het beoogde 'hoog beschermingsniveau voor het milieu' dat zowel in de IPPC-richtlijn als in de RIE als uitgangspunt geldt.¹² Bovendien heeft een zwakke werking al snel een concurrentievervalsing tussen lidstaten als gevolg. De IPPC-richtlijn is dan ook ter voorkoming van deze effecten vervangen door de RIE, en ook deze vervanging duidt erop dat een zwakke(re) binding niet voor de hand ligt.

Voor zover de BREF-documenten en -conclusies als deskundigenrichtlijnen zijn aan te merken, hebben ze ook veel weg van algemene 'deskundigenadviezen' over de in concreto voor te schrijven BBT. Het is daarom zinvol om deze documenten ook in verband te zien met de Awb-bepalingen over advisering, temeer omdat de Awb geen specifieke bepalingen over richtlijnen kent. Aan de Awb-bepalingen over advisering kunnen dan enkele specifiekere normen worden ontleend voor de toepassing van BREF-documenten en -conclusies. Zo vloeit uit artikel 3:49 Awb voort dat de vergunningverlening of -weigering in beginsel onder verwijzing hiernaar kan worden gemotiveerd. Nu BBT blijkens het bovenstaande een Europees begrip is dat aan de hand van de BREF-documenten en -conclusies geconcretiseerd¹³ wordt, ligt zo'n verwijzing ook voor de hand. Wel vloeit uit artikelen 3:2 en 3:9 Awb voort dat bestuursorganen zich ervan moeten vergewissen dat het onderzoek dat eraan ten grondslag ligt, op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Belangrijk in het licht van deze bepalingen is dat het bevoegde bestuursorgaan nagaat of, en zo ja in hoeverre, deze documenten en conclusies voldoende actueel zijn. BBT is immers een dynamisch begrip: de invulling ervan kan veranderen doordat er nieuwe technische inzichten of betere technieken zijn, of doordat bepaalde technieken die eerst te duur werden geacht inmiddels voor de sector betaalbaar zijn. Niet voor niets wordt in de considerans van de RIE gewezen op nieuwe, 'opkomende' technieken. De documenten en conclusies mogen dus niet klakkeloos worden gevolgd, zoals ook blijkt

11 Zie H.E. Bröring en G.J.A. Geertjes, 'Bestuursrechtelijke soft law in Nederland, Duitsland en Engeland', NTB 2013/12, die beleidsmatige richtlijnen in het voetspoor van Konijnenbelt als 'juridisch nihil' aanduiden.

12 Daaraan doet niet af dat op grond van art. 15, lid 4 RIE minder strenge emissiegrenswaarden kunnen worden vastgesteld. Deze bevoegdheid is immers zo strikt geclausuleerd dat ze alleen in specifieke plaatselijke omstandigheden toepassing kan vinden. Daardoor is ze eerder een bevestiging dan een ontkenning van de doelstellingen, vooral omdat op grond van art. 14, lid 4 wel in algemene zin strengere voorwaarden kunnen worden gesteld.

13 Zie M.P. Jongma, 'De doorwerking van Europese BREF-documenten in het nationale recht', M&R 2006, p. 348. Jongma wijst er wel op dat binnen dit geobjectiveerde begrip volop nadere concretisering vereist is.

uit artikel 3:50 Awb. Volgens deze bepaling kan van adviezen worden afgeweken, mits dit gemotiveerd gebeurt. Bij afwijking van deskundigenadvies (of deskundigenrichtlijnen) zal dan doorgaans deskundig tegenadvies (contraexpertise) moeten worden ingewonnen. De slotsom is dan dat het bestuursorgaan altijd verantwoordelijk blijft voor het op basis van een BBT-conclusie genomen besluit. Het moet dus beoordelen of er aanleiding is om daarvan af te wijken; bijvoorbeeld vanwege 'plaatselijke milieumomstandigheden', die zowel volgens de IPPC-richtlijn als volgens de RIE medebepalend zijn voor BBT en de daarop gebaseerde emissiegrenswaarden.

2.3 Toepassing in de praktijk

Uit de jurisprudentie (die nog voornamelijk over de IPPC-richtlijn gaat) blijkt dat de Nederlandse bestuursorganen de BREF-documenten en BBT-conclusies soms (vaak?) automatisch overnemen.¹⁴ Daarbij dient te worden bedacht dat in de jurisprudentie nog steeds beoordelingsvrijheid wordt aangenomen bij het bepalen van BBT. Als gevolg daarvan toetst de rechter de vergunningverlening terughoudend. In verschillende uitspraken wordt overwogen dat zolang de voorschriften binnen de emissieranges van het BREF blijven, deze 'derhalve' als toepassing van BBT zijn aan te merken.¹⁵

Het automatisch overnemen van BREF-documenten en -conclusies leidt er soms toe dat vergunningen gebaseerd worden op gedateerde gegevens. In een uitspraak uit 2007 betwistten enkele milieuorganisaties de als BBT aangemerkte rookgasreinigingsinstallatie. Zij stelden dat een andere techniek had moeten worden voorgeschreven. De Afdeling overwoog dat deze andere techniek in het BREF-document nog als 'veelbelovend' was aangeduid, maar dat uit de stukken bleek dat daarmee reeds ten tijde van het bestreden besluit een zeer sterke emissiereductie kon worden gerealiseerd. De technieken die conform de BREF waren aangewezen, konden daarom niet langer als BBT worden aangemerkt. Van belang was daarbij dat het BREF-document ten tijde van het bestreden besluit reeds vijf jaar oud was en dat binnen afzienbare tijd een herziening te verwachten was.¹⁶

In een uitspraak uit 2008 ging het om de vraag of niet in plaats van een hogedruk-wasser een doekfilter had moeten worden voorgeschreven. De Afdeling overwoog dat uit het deskundigenbericht van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB) bleek dat het BREF niet als actuele beschrijving van BBT kon worden gezien. Ten eerste dateerden de in het BREF verwerkte inzichten uit 1997 en werd het BREF herzien. Ten tweede was in een andere BREF uit 2006 een aanmerkelijk lagere grensemisiewaarde aangehouden. Van belang achtte de Afdeling verder nog dat het om

14 Zie ook A. van Rossem, 'RIE vervangt IPPC', *NtER* 2011, p. 236, die stelt dat BREF-documenten in Nederland in hoge mate bepalend zijn voor de aan een vergunning te verbinden voorschriften.

15 Zie o.a. ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3426, JOM 2009/717. In ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0776, AB 2012, 244, m.n. Spaans, wordt overwogen dat er geen aanleiding is voor het oordeel dat het bestuursorgaan, rekening houdend met de ranges uit het BREF, niet van de gestelde voorschriften mocht uitgaan.

16 ABRvS 21 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC1391, JOM 2008/130.

extreem risicovolle toxische stoffen ging en dat door toepassing van een doekfilter een grote emissiereductie van deze stoffen kon worden bereikt.¹⁷

Een ander gevaar is dat plaatselijke milieuomstandigheden waarmee volgens de IPPC-richtlijn ook rekening moet worden gehouden bij het bepalen van BBT, buiten de besluitvorming blijven. Opmerkelijk zijn wat dat betreft enkele rechterlijke uitspraken waarin de beroepsgrond dat er vanwege plaatselijke milieuomstandigheden verdergaande vergunningseisen hadden moeten worden vastgesteld, wel erg gemakkelijk gepasseerd wordt. Zo overwoog de Afdeling ten aanzien van de beroepsgrond dat verdergaande maatregelen vereist waren omdat de inrichting op een van de meest vervuilde plekken van Europa lag, dat appellante niet dan wel onvoldoende gemotiveerd had waarom dit nodig is in het belang van de bescherming van het milieu.¹⁸ In feite komt het er dan op neer dat het bevoegd gezag van BREF-documenten en -conclusies mag uitgaan 'behoudens tegenbewijs'.¹⁹ Dat lijkt mij niet in overeenstemming te zijn met de beide richtlijnen, die er juist van uitgaan dat het bestuursorgaan ambtshalve beoordeelt of de genoemde omstandigheden zich voordoen.

Overigens kan men zich afvragen of de beoordelingsvrijheid die bij het bepalen van BBT in de Nederlandse jurisprudentie in algemene bewoordingen wordt aangenomen, terecht is. Het gaat immers bij BBT, zoals Jongma stelt, om een 'geobjectieerd Europees begrip' dat nog nadere concretisering behoeft. Er is dus wel sprake van beoordelingsruimte, maar of deze ruimte als vrijheid is aan te merken is zeer de vraag, vooral nu met de vervanging van de IPPC-richtlijn door de RIE een sterkere binding aan BBT-conclusies beoogd is. De 'soft law' lijkt daarmee minder soft te zijn geworden.

3 Richtsnoeren in het mededingingsrecht

Op grond van de Mededingingswet is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) belast met het toezicht op de naleving van deze wet. In het kader hiervan moet de ACM o.a. de toelaatbaarheid van samenwerkingsovereenkomsten tussen ondernemingen en fusies van ondernemingen beoordelen. Het criterium dat daarbij van belang is, is of gesproken kan worden van een 'economische machtspositie' die een 'belemmering van de mededinging' inhoudt. Volgens vaste jurisprudentie beschikt de ACM bij het waarderen van de feiten en omstandigheden die in dat verband relevant zijn over 'een zekere beoordelingsvrijheid'.²⁰

De noodzaak van ingrijpen door de ACM moet echter wel worden beoordeeld in het licht van diverse richtsnoeren van de Commissie. Van belang zijn onder meer de

17 ABRvS 28 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD2643, JOM 2008/470.

18 ABRvS 21 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC1400, JOM 2008/131. Zie voorts ABRvS 8 maart 2006, ECLI:NL:2006:AV3878, JOM 2007/221, en ABRvS 27 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9313, JOM 2008/712.

19 Zie ook H.G. Sevenster en A.J. Kuipers, 'BBT in vogelvlucht', in: I. Smorenburg-van Middelkoop en R. Uylenburg, *De beste beschikbare technieken, van IPPC naar IED: Ontwikkeling, toepassing en toetsing van BBT*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, p. 9.

20 Zie CBB 27 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8688, waarnaar steevast wordt verwezen.

Richtsnoeren over de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten,²¹ de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies²² en de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.²³

3.1 EU-status

De eerstgenoemde richtsnoeren gaan over de toelaatbaarheid van horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Beoogd wordt een analytisch kader te bieden voor de meest gangbare vormen van deze overeenkomsten. Uit de considerans blijkt echter dat de beoordelingscriteria niet bedoeld zijn als 'checklist' die automatisch kan worden toegepast. Benadrukt wordt ook dat elke zaak op basis van de specifieke feitelijke omstandigheden moet worden beoordeeld en dat een 'soepele toepassing' van de richtsnoeren noodzakelijk kan zijn. De bindende werking ervan lijkt dan vrij gering te zijn.

In de 'fusierichtsnoeren' licht de Commissie toe hoe zij op grond van artikel 2 van de EG-concentratieverordening horizontale fusies zal beoordelen op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.²⁴ Daartoe moet een aantal prospectieve criteria worden toegepast. Hoewel de richtsnoeren zelf spreken over interpretatie van de verordening, gaat het in wezen om het kwalificeren van de relevante feiten: is sprake van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt.

De richtsnoeren voor de marktanalyse en het beoordelen van marktmacht zijn gebaseerd op artikel 15, lid 2 van de Kaderrichtlijn. Aan deze richtsnoeren dienen de bevoegde bestuursorganen in de lidstaten zich op grond van artikel 14, lid 2 'zeer zorgvuldig te houden' bij het beoordelen van machtsposities. Volgens het derde lid van artikel 15 dient bij het beoordelen van relevante markten 'zo veel mogelijk rekening' te worden gehouden met de richtsnoeren. De bindende werking die beoogd wordt, is dan aanzienlijk sterker dan die van de eerstgenoemde richtsnoeren.

3.2 De juridische status volgens Nederlands bestuursrecht

Bovengenoemde richtsnoeren zijn om dezelfde redenen als de in de vorige paragraaf behandelde BREF-documenten geen beleidsregels, maar 'richtlijnen'. Anders dan de BREF-documenten, die deels als deskundigenrichtlijnen zijn aan te merken, zijn de mededingingsrechtelijke richtsnoeren louter beleidsmatige richtlijnen.

De juridische binding daaraan is, zoals hiervoor is aangegeven, sterker dan doorgaans wordt aangenomen bij beleidsmatige richtlijnen van Nederlandse

21 Richtsnoeren van de Europese Commissie van 14 januari 2011 (PbEU 2011, C 11/1).

22 Richtsnoeren van de Europese Commissie van 5 februari 2004 (PbEU 2004, C 31/3).

23 Richtsnoeren van de Europese Commissie van 11 juli 2002 (PbEG 2002, C 165/3).

24 Omdat deze richtsnoeren invulling geven aan een eigen bevoegdheid van de Commissie, worden ze als 'decisoire' soft law aangeduid. Zie J. Luijendijk en L.A.J. Senden, 'Preadvies NVER: De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde', SEW 2011/116, p. 317.

bestuursorganen. Van belang is daarbij het besef dat de communautaire doelstelling van een gemeenschappelijke markt niet realiseerbaar is zonder een gemeenschappelijk beoordelingskader ten aanzien van het toezicht door nationale marktmeesters. Voorkomen moet worden dat de (vaak aanzienlijke) beoordelingsruimte die inherent is aan mededingingsrechtelijke bepalingen, per lidstaat anders wordt ingevuld. Het beginsel van loyale samenwerking vergt dan een sterke oriëntatie op de richtsnoeren.

Voor een nadere duiding van de juridische betekenis of binding moeten de desbetreffende richtsnoeren zelf worden geraadpleegd en de daaraan ten grondslag liggende documenten. Dan blijkt dat de richtsnoeren voor het beoordelen van samenwerkingsovereenkomsten een betrekkelijk geringe binding hebben, omdat de criteria niet als checklist mogen worden gebruikt. De richtsnoeren voor de beoordeling van marktmacht lijken daarentegen een sterkere binding te genereren, omdat in artikel 14 en 15 van de Kaderrichtlijn besloten ligt dat de ACM geacht wordt conform de richtsnoeren te handelen. Ook de ‘fusierichtsnoeren’ genereren een sterke binding, omdat de Commissie daarin haar eigen bevoegdheden invult en zodoende zichzelf bindt. Het ligt dan voor de hand dat ACM daar in gelijke mate aan gebonden is.

In de praktijk bestaat die binding ook sinds 2007, toen de (toenmalige) NMa een beleidsregel vaststelde, waarin bij de ‘fusierichtsnoeren’ van de Commissie wordt aangesloten.²⁵ Dat betekent dat afwijking van deze richtsnoeren, anders dan op grond van bijzondere omstandigheden (die zich bijna nooit voordoen), niet is toegestaan. Deze sterke binding is natuurlijk – mede ter voorkoming van discrepanties tussen Nederlands en Europees toezicht – toe te juichen. Toch rest de vraag of de beleidsregel niet anders opgesteld had moeten worden. Er wordt namelijk alleen bepaald dat bij de richtsnoeren ‘wordt aangesloten’, maar van een ‘omzetting’ ervan in de beleidsregels is geen sprake. Dat is vanuit het oogpunt van de ACM ongetwijfeld handig; voorkomen wordt zo dat elke wijziging van de richtsnoeren tot een wijziging van de beleidsregels aanleiding geeft. De rechtszekerheid is echter minder gediend met de ‘lege’ beleidsregel; zeker nu daarin ook niet wordt aangegeven in hoeverre de richtsnoeren in de loop van de tijd zijn gewijzigd. In feite staat dan de kenbaarheid van deze regels op het spel.

De beide andere richtsnoeren hebben niet tot een omzetting of overneming in beleidsregels geleid. Voor zover het om de richtsnoeren voor het beoordelen van samenwerkingsovereenkomsten gaat, ligt dat overigens ook niet voor de hand. Het soepel omgaan met deze richtsnoeren dat als uitgangspunt geldt, staat immers op gespannen voet met de binding die inherent is aan beleidsregels. Bij de richtsnoeren voor het beoordelen van marktmacht ligt de situatie echter anders. Niet alleen gaat de Kaderrichtlijn ervan uit dat de nationale marktmeesters zo veel mogelijk conform de richtsnoeren handelen, maar deze lenen zich ook voor een omzetting in nationale beleidsregels. De richtsnoeren bevatten immers voornamelijk criteria voor het beoordelen van marktposities, marktmacht enzovoort. Waarom aan dit beoordelingskader een zwakkere binding zou toekomen dan uit artikel 4:84 Awb

25 Zie Strt. 2007, 173. Inmiddels is deze NMa-beleidsregel zonder wijzigingen omgezet in een beleidsregel van de ACM.

voortvloeit, valt moeilijk in te zien. Ten slotte is het Nederlandse mededingingsrecht ook gebaat bij een uniforme Europese aanpak.²⁶

3.3 Toepassing in de praktijk

Uit de jurisprudentie blijkt dat de ACM en voordien de NMa de richtsnoeren als uitgangspunt hanteren bij hun toezicht. Dat ligt gelet op het vorenstaande ook voor de hand; zeker bij de ‘fusierichtsnoeren’ die immers in beleidsregels zijn overgenomen. In een uitspraak uit 2001 wordt dan ook overwogen dat de NMa deze richtsnoeren ‘terecht als beoordelingskader’ voor de ter discussie staande fusie had gehanteerd.²⁷ Vernietigingen van besluiten die in overeenstemming met dit kader zijn genomen, zijn mij dan ook niet bekend. Wel is soms sprake van een motiveeringsgebrek. Zo overwoog het CBB in 2010 dat de OPTA de geografische markt van enkele kabelbedrijven niet in overeenstemming met de richtsnoeren had afgebakend, omdat ze niet aannemelijk had gemaakt dat sprake was van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in hun verzorgingsgebieden.²⁸ De vraag rijst overigens of de aanname van een ‘zekere beoordelingsvrijheid’ in de jurisprudentie van het CBB niet op gespannen voet staat met de betekenis van de richtsnoeren. Dat is met name het geval bij de ‘fusierichtsnoeren’ die door de ACM in een beleidsregel zijn overgenomen. Mocht er al sprake zijn van beoordelingsvrijheid, dan lijkt die zich in deze beleidsregel op te lossen.

4 Conclusies

Deze bijdrage gaat over de inbedding van Europese soft law in het Nederlandse bestuursrecht. Met betrekking tot de centrale vraag: Hoe werkt deze door in de bestuurlijke besluitvorming?, kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

1. De eerste is dat soft law vaak heel verschillend van karakter is. Zo kan soft law heel tentatief geformuleerd zijn, maar ook heel dwingend. Een bijkomend probleem is dat wat in eerste instantie als soft law moet worden aangemerkt, in de loop van de tijd zijn softe karakter kan verliezen. De BREF-documenten (die nu van BBT-conclusies moeten zijn voorzien) zijn hiervan een duidelijk voorbeeld. Het is daarom moeilijk om in algemene termen over de betekenis van of binding aan soft law te spreken.
2. Volgens Nederlands bestuursrecht moeten soft law-documenten als richtlijnen worden aangemerkt, ook als ze door de Commissie zijn opgesteld als concretisering van haar bevoegdheden. De documenten hebben dus ook binnen de Nederlandse context niet als zodanig verbindende kracht. Er kan echter wel een indirecte bindende werking van uitgaan. Voor zover sprake is van

26 Zie ook de MvT bij de Mededingingswet (Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3) waar gewezen wordt op het uitgangspunt dat de Mw niet soepeler, maar ook niet strenger dan de EU-mededingingsregels dient te zijn.

27 Rb. Rotterdam 24 februari 2011, ECLI:RBROT:2011:BP5712.

28 CBB 18 augustus 2010, ECLI:CBB:2010:BN4243.

deskundigenrichtlijnen vloeit deze uit de artikel 3:2 en 3:46 Awb voort. Voor zover het om beleidsmatige richtlijnen gaat, kan deze gebaseerd worden op het beginsel van loyale samenwerking. Ten slotte kunnen soft law-documenten ook door de bevoegde Nederlandse bestuursorganen in beleidsregels worden omgezet of overgenomen. In dat geval komt er via artikel 4:84 Awb een sterke binding aan de soft law-documenten toe. Het is overigens de vraag of zo'n omzetting in beleidsregels, juist vanwege die sterke binding, altijd verstandig is. Soms is er behoefte aan het ontwikkelen van maatstaven die ruimte laten voor het wegen van specifieke omstandigheden. Het vaststellen van beleidsregels verdraagt zich daar niet goed mee.

3. Voor zover soft law-documenten het karakter van algemene adviezen hebben, is het zinvol om bij het toepassen ervan de Awb-bepalingen over advisering in aanmerking te nemen. Met behulp van de normen die daaruit voortvloeien, kan worden voorkomen dat soft law min of meer automatisch wordt toegepast, zonder acht te slaan op de actualiteitswaarde ervan of op de ruimte voor andersoortige overwegingen. Met name moet worden gedacht aan de vergewisplicht van artikel 3:9 Awb en de bevoegdheid van artikel 3:50 Awb om gemotiveerd van adviezen af te wijken.
4. Het is de vraag of de algemene (en vaak ongemotiveerde) aannahme van 'een zekere beoordelingsvrijheid' in de Nederlandse jurisprudentie nog reëel is, als het gaat om EU-gerelateerde normen waarvoor soft law is vastgesteld. De soft law brengt immers vaak een binding mee die niet goed te rijmen valt met het aannemen van beoordelingsvrijheid, met name niet als de soft law in een beleidsregel is omgezet of overgenomen, zoals bij de 'fusierichtsnoeren' het geval is.

De eventuele aanwezigheid van beoordelingsvrijheid moet daarom in het licht van de toepasselijke Europese soft law worden beoordeeld. In ieder geval lijkt het raadzaam preciezer aan te geven in welk opzicht deze vrijheid bestaat. In het verlengde daarvan is het zaak dat de intensiteit van de rechterlijke toetsing daarmee in overeenstemming wordt gebracht. Nu beperkt de rechter zich soms te zeer tot een marginale toetsing van besluiten die niet (helemaal) in overeenstemming zijn met de letter of strekking van de toepasselijke soft law.