

Inclusief inhoud?

‘Beter Wetgeven’ in de EU voorbij het wetgevingsproces: is er ook aandacht voor inhoudelijke kwaliteit?

A. van den Brink

1. Inleiding

Het huidige EU-beleid ter zake van Beter Wetgeven zet vooral in op het wetgevingsproces en minder op de inhoud van EU-wetgeving. De bedoeling achter de kernelementen van Beter Wetgeven – effectbeoordelingen (*impact assessments*), wetsevaluaties en dergelijke – is vanzelfsprekend om uiteindelijk de inhoudelijke kwaliteit van wetgeving te verbeteren. In eerste instantie betreft het echter proceseisen.¹ Is de inhoud van EU-wetgeving daarmee het ondergeschoven kind van Beter Wetgeven of is er onder deze oppervlakte toch meer te vinden? Om deze vraag te beantwoorden wordt in deze bijdrage allereerst geïnventariseerd welke inhoudelijke elementen het Beter Wetgeven-beleid wél bevat (paragraaf 2). Daarbij wordt dit beleid ruim opgevat: niet alleen het juridisch bindende Interinstitutioneel Akkoord, maar ook aanvullende bindende en niet-bindende instrumenten maken onderdeel uit van de analyse. Vervolgens wordt in paragraaf 3 aan de hand van een selectie van diverse en meestal recente wetgevingsvoorbeelden vastgesteld in welke mate die wetgeving bepaald is door het Beter Wetgeven-beleid. Daarbij richt ik mij op drie specifieke punten: de keuze van de rechtshandeling, rechtsgrondslagen voor delegatie en uitvoering, en grondrechtenbescherming, alle drie belangrijke systematische elementen van EU-wetgeving. Grondrechten kunnen in EU-wetgeving op verschillende manieren aan de orde zijn. Om recht te doen aan deze variatie is uitgebreidere aandacht nodig. Dit thema wordt daarom in een afzonderlijke paragraaf (4) behandeld.

2. Inhoudelijke kwaliteit: het evenredigheidsbeginsel als essentie

Het Interinstitutioneel Akkoord Beter Wetgeven vormt de kern van het huidige EU-wetgevingsbeleid. Effectbeoordelingen, evaluatie en stakeholderconsultatie zijn, zoals hiervoor opgemerkt, de drie belangrijkste elementen van dit akkoord. Het EU-wetgevingsbeleid is echter op meer pijlers gebaseerd. Het oude Subsidiariteits- en Evenredigheidsprotocol dat gehecht was aan het Verdrag van Amsterdam is een goed startpunt. Uit dit protocol komt vooral het evenredigheidsbegin-

1 Dat overigens ook op het gebied van de verbetering van het wetgevingsproces zeker nog de nodige stappen gezet kunnen worden, laten de bijdragen van Van Schagen en Van Golen elders in dit nummer zien. Zij richten zich beiden op een ander onderdeel van het wetgevingsproces: Van Schagen op het gebruik van fitness checks en Van Golen op een (betere) aansluiting tussen effectbeoordelingen en wetsevaluaties.

sel naar voren als een centraal beginsel dat de inhoud van EU-wetgeving bepaalt. Het protocol concretiseert het evenredigheidsbeginsel op de volgende punten:

- De vorm van optreden is zo eenvoudig mogelijk, mits de doelstelling van de maatregel op een bevredigende manier verwezenlijkt kan worden en de maatregel doeltreffend kan worden uitgevoerd.
- Richtlijnen hebben de voorkeur boven verordeningen.
- Kaderrichtlijnen hebben de voorkeur boven gedetailleerde maatregelen.
- Europese maatregelen laten zo veel mogelijk ruimte voor nationale besluiten (beleidsvrijheid).
- Gevestigde nationale regelingen en de organisatie en werking van de rechtssystemen van de lidstaten worden gerespecteerd.
- Indien mogelijk bieden Europese maatregelen de lidstaten alternatieve mogelijkheden om de doelstellingen van de maatregelen te verwezenlijken.²

Wat opvalt is dat deze elementen vooral gericht zijn op het beschermen van nationale belangen en nationale autonomie.³ Het oude Subsidiariteits- en Evenredigheidsprotocol is inmiddels vervangen door het protocol dat gehecht is aan het Verdrag van Lissabon, dat eveneens op de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid ziet.⁴ Dit protocol bevat echter nauwelijks elementen die het evenredigheidsbeginsel inhoudelijk concretiseren. Toch zijn de elementen van het ‘Amsterdamse’ protocol nog steeds relevant.

Zo vinden we een aantal van deze elementen terug in de Richtsnoeren en ‘tool-boxes’ (‘gereedchapskisten’) voor Betere Regelgeving. Dit betreft interne beleidsdocumenten van de Europese Commissie. De Richtsnoeren, die als het moederdocument kunnen worden gezien, zijn gericht op het proces van wetgeving en ook zo gestructureerd.⁵ De centrale visie is dat het wetgevingsproces een cyclus vormt die begint bij wetgevingsplanning en uiteindelijk via evaluatie tot nieuwe wetgevingsrondes kan leiden. De gereedchapskisten die aan deze Richtsnoeren zijn toegevoegd, bevatten echter wel inhoudelijke elementen.

Vooraf de vijfde gereedchapskist over de toepassing van de beginselen van bevoegdheidstoekenning, subsidiariteit en evenredigheid is sterk inhoudelijk georiënteerd.⁶ Het evenredigheidsbeginsel wordt het meest inhoudelijk ‘aangekleed’, daarbij is duidelijk dat het oude verdragsprotocol een belangrijke bron van inspiratie is geweest. De gereedchapskist gaat verder dan algemene evenredigheidsaspecten, zoals de vraag of het initiatief niet verder gaat dan nodig om het probleem te adresseren of het beleidsdoel te realiseren. Ook hier treffen we

2 Art. 6 en 7 van het Protocol.

3 Zie A. van den Brink, ‘Proportionality Beyond the Constitution: The Impact of the Principle on EU Digitalization Legislation’, in: U. Bernitz e.a. (red.), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2020, p. 110.

4 Protocol (nr. 2) betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

5 Zie de *Better Regulation Guidelines* via <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf>.

6 Zie *Toolbox 5* over de juridische grondslag, subsidiariteit en evenredigheid via https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-5_en_0.pdf.

A. van den Brink

verder vooral elementen aan om de nationale autonomie zo veel mogelijk te beschermen. Een sterk aan het subsidiariteitsbeginsel gerelateerde overweging ziet erop na te gaan of het wetgevingsinitiatief beperkt is tot die aspecten die de lidstaten niet voldoende zelf kunnen realiseren en waar de Unie beter geschikt is om op te treden. Verder vinden we de overweging dat het wetgevingsinitiatief zo veel mogelijk beleidsruimte voor de lidstaten moet overlaten en dat bijzondere omstandigheden in individuele lidstaten aandacht moeten krijgen. Het evenredigheidsbeginsel vergt ook een afweging van de financiële en administratieve lasten voor overheden en individuen. Ook op dit punt worden de belangen van lidstaten dus beschermd. Het rapport (2018) van de *Taskforce inzake subsidiariteit, evenredigheid en minder en efficiënter optreden*, ingesteld door de Europese Commissie, bevat een beoordelingsschema waar de vijf hiervoor genoemde evenredigheidselementen ook weer in opgenomen zijn.⁷

Het evenredigheidsbeginsel vereist verder dat de keuze van de beleidsmaatregel onderbouwd wordt. Dit wordt nader uitgewerkt in een afzonderlijke gereedschapskist,⁸ waarin vier typen maatregelen onderscheiden worden:

- ‘harde’, juridisch bindende maatregelen;
- ‘zachte’ maatregelen;
- onderwijs en informatie;
- economische instrumenten.

De gereedschapskist bevat aanwijzingen om te bepalen welke categorie maatregelen aangewezen is in welke gevallen. In het licht van de doelen van deze bijdrage is de eerste categorie, die van juridisch bindende maatregelen, het relevantst. Deze maatregelen zijn aangewezen wanneer:

- gedrag moet worden aangepakt dat mogelijk grote impact heeft op de economie, het milieu of individuen;
- rechtszekerheid belangrijk is of handhaving met juridische sancties nodig is;
- er geen ruimte is voor ‘zachtere’ vormen van optreden zoals zelfregulering of wanneer zulke strategieën niet het gewenste effect hebben gehad.

De gereedschapskist wijst verder op de nadelen van juridisch bindende maatregelen, die moeten worden afgewogen tegen de voordelen ervan. Een *one size fits all*-aanpak heeft risico's en kan ook op het gebied van handhaving problematisch zijn. Daarom beveelt de gereedschapskist aan om na te gaan of directieve *command and control*-aanpakken die gebaseerd zijn op uniforme standaarden na verloop van tijd vervangen kunnen worden door andere maatregelen. Ook wijst de gereedschapskist nadrukkelijk op de mogelijkheid om alleen de essentiële voorwaarden van het reguleringskader vast te leggen in juridisch bindende maatregelen en voor het overige te vertrouwen op zachtere maatregelen zoals technische standaarden. Verder bevat de gereedschapskist overwegingen voor de

7 Beschikbaar via https://ec.europa.eu/commission/priorities/democratic-change/better-regulation/task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently_nl.

8 Toolbox 18 over de keuze van het beleidsinstrument, via https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-18_en_0.pdf.

keuze tussen verordeningen en richtlijnen. Verordeningen zijn geschikt wanneer een ‘uniforme uitvoering van een beleidsinterventie’ belangrijk is. Richtlijnen dienen zich daarentegen te beperken tot de doelen, geldigheidsduur en essentiële voorwaarden, terwijl de technische aspecten en de details zo veel mogelijk aan de lidstaten moeten worden overgelaten. De keuze tussen de richtlijn en de verordening betreft op basis van deze gereedschapskist dus ook een keuze voor een bepaalde reguleringsintensiteit.

Bevindingen inhoudelijke aspecten Beter Wetgeven

Het Beter Wetgeven-beleid van de Europese Unie is bepaald niet rijk aan voorschriften die rechtstreeks de inhoud van EU-wetgeving bepalen. Hoewel het voorgaande geen uitputtend overzicht geeft,⁹ valt de balans tussen procesgerelateerde aanwijzingen en inhoudelijk georiënteerde aanwijzingen duidelijk uit in het voordeel van de eerste categorie. In het hart van de inhoudelijk georiënteerde aanwijzingen vinden we het evenredigheidsbeginsel. Een serie uiteenlopende aanwijzingen is gebaseerd op dit beginsel. Tegelijk valt echter op dat het evenredigheidsbeginsel tamelijk eenzijdig lidstatelijke belangen beschermt. Verder past hier de kanttekening dat ook het evenredigheidsbeginsel zeker niet vrij is van procesmatige invloed. Sterker: het beginsel vormt wellicht de kern van de inhoudelijke aanwijzingen, maar uiteindelijk is de vraag of deze inhoudelijke kern niet overschaduw wordt door een procesmatige invulling. De Raad voor Regelgevingstoetsing (in het Engels: Regulatory Scrutiny Board) heeft daarin een grote rol. Zo hebben Meuwese en Gomtsian laten zien hoe deze raad in de overgrote meerderheid van gevallen het evenredigheidsbeginsel (en overigens ook het subsidiariteitsbeginsel) procesmatig invult.¹⁰

Een andere bevinding betreft de omvangrijke verantwoordelijkheid van de EU-wetgever voor de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Die is het resultaat van de beperkte toetsing door het Europese Hof van Justitie (hierna ook: het Hof). Vooral in kwesties waarin complexe afwegingen tussen economische, sociale en andere belangen aan de orde zijn, beperkt het Hof zich tot een procedurele toets.¹¹ Dit geeft de wetgever veel vrijheid, maar de keerzijde daarvan is dat er daarmee ook een grote verantwoordelijkheid op de wetgever rust.

9 Zo wordt bijv. hierna ingegaan op de toetsing van ontwerp-EU-wetgeving aan grondrechtelijke standaarden.

10 A. Meuwese & S. Gomtsyan, ‘Regulatory scrutiny of subsidiarity and proportionality’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (22) 2015, afl. 4, p. 483-505.

11 H.C.H. Hofmann, ‘General Principles of EU Law and EU Administrative Law’, in: C. Barnard & S. Peers (red.), *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 205; D. Harvey, ‘Towards Process-Oriented Proportionality Review in the European Union’, *European Public Law* (23) 2017, afl. 1, p. 100.

3. De wetgevingspraktijk

3.1 Keuze voor de rechtshandeling

Expliciet voorgeschreven en daarom een standaardonderdeel van het wetsproces is de keuze van de rechtshandeling. Op basis van het Beter Wetgeven-beleid is het noodzakelijk om naast bindende regels ook zachtere vormen van optreden te overwegen. Vaak bevat de effectbeoordeling om die reden één scenario waarin EU-optreden beperkt blijft tot (het stimuleren van) bijvoorbeeld co- en zelfregulering, gerichte communicatie over het onderwerp en financiële ondersteuning. Als eenmaal is vastgesteld dat dwingende regels nodig zijn, dan is de vervolgvraag of de wetgevingshandeling een richtlijn of een verordening moet zijn. De impact van verordeningen op nationale rechtsstelsels is niet alleen groter – zo is het idee – vanwege het feit dat ze rechtstreeks toepasselijk zijn. Ook inhoudelijk is er een verschil. Richtlijnen worden geacht inhoudelijk minder diep in te grijpen op het recht van de lidstaten door een lagere ‘normatieve kracht’, dat wil zeggen dat ze meer algemene en minder prescriptieve normen zouden bevatten en meer ruimte voor nationale beleidskeuzes moeten laten.¹² In de praktijk is dit niet altijd het geval. Sommige richtlijnen zijn zeer prescriptief, terwijl verordeningen soms nog aanzienlijke ruimte voor de lidstaten laten.¹³

Ondanks dat het onderscheid in de praktijk dus wel eens vertroebelt, is de keuze tussen deze wetgevingshandelingen wel degelijk van inhoudelijk belang. Bij de totstandkoming van de Verordening inzake ongerechtvaardigde geoblocking was het voor de Commissie een belangrijk punt dat een richtlijn tot verschillen in de regels tussen de lidstaten zou kunnen leiden en dat er geen direct afdwingbare rechten en verplichtingen zouden ontstaan. Om die reden zou een ‘gerichte’ (dat wil zeggen een in toepassingsbereik duidelijk begrensde) verordening beter geschikt zijn om de toepassing van de gelijke behandelingsregels (hetgeen de kern en de algemene doelstelling van de verordening vormt) te bereiken. Bij de totstandkoming van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) lag de vraag naar de geschikte maatregel nog nadrukkelijker op tafel, omdat de voorganger van de AVG een richtlijn was. De keuze om de richtlijn door een verordening te vervangen werd gerechtvaardigd vanuit rechtszekerheids- en transparantieperspectief. Daarbij ging het om de positie van marktdeelnemers en individuen, zowel in hun rol als gegevensverwerkers als in hun rol als rechthebbenden. Gelijheid van rechten en verplichtingen werd door de wetgever als een noodzaak gezien. Verder werd de keuze voor een verordening gerechtvaardigd vanuit de noodzaak voor consistent toezicht op de verwerking van persoonsgegevens en voor vergelijkbare sancties in alle lidstaten, en voor doeltreffende samenwerking tussen de toezichthoudende autoriteiten.¹⁴

12 A. van den Brink, ‘The Impact of EU legislation on National Legal Systems. Towards a new Approach to EU-Member States Relations’, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2017, p. 211-235 (par. 3.2).

13 Idem.

14 Overweging 13 van de AVG.

De verordening blijkt in de praktijk dus als een ‘zwaarder’ rechtsinstrument te worden gezien dan een richtlijn. De keuze voor een verordening brengt daarmee een grotere motiveringsplicht met zich. De wetgever rechtvaardigt de keuze voor een richtlijn in de regel dan ook minder expliciet of zelfs helemaal niet. In het geval van de herziening van de Detacheringsrichtlijn bijvoorbeeld wijdde de wetgever geen overwegingen aan de keuze voor het rechtsinstrument. Wel werden transparantie en rechtszekerheid als belangrijke doelstellingen voor de herziening naar voren gebracht. Deze doelstellingen werden echter niet gekoppeld aan de keuze voor de richtlijn. Zelfs in de effectbeoordeling was de keuze voor het rechtsinstrument geen afzonderlijk punt van aandacht. Dit mag wel opvallend genoemd worden, omdat de hiervoor benoemde doelstellingen in de voornoemde wetgevingsdossiers juist uitmondde in een keuze voor een verordening. Dit roept de vraag op waarom in het geval van de herziene Detacheringsrichtlijn de nadelen van een richtlijn vanuit rechtszekerheids- en transparantieperspectief kennelijk niet van toepassing zijn. Meer in het algemeen is de vraag of de keuze voor een richtlijn überhaupt niet nadrukkelijker gemotiveerd zou moeten worden. Met name de vraag hoe de karakteristieken van een richtlijn zich verhouden tot de doelstellingen van de concrete wetgevingshandeling verdient aandacht.

3.2 *Rechtsgrondslagen voor lagere regelgeving*

Wetgevingshandelingen zijn kwantitatief sterk in de minderheid in vergelijking tot de totale regelproductie van de EU. Verreweg de meeste regels worden vastgesteld in de vorm van gedelegeerde handelingen (art. 290 Werkingsverdrag EU) en uitvoeringshandelingen (art. 291 Werkingsverdrag EU). Beide typen handelingen worden gebaseerd op een delegatiegrondslag in een wetgevingshandeling. De betreffende bepaling is de uitdrukking van de beslissing van de EU-wetgever om de bevoegdheid om regels te stellen aan de Commissie of de Raad te delegeren. Dergelijke delegatiegrondslagen vormen daarmee bijzondere bepalingen van wetgevingshandelingen. De EU-wetgever is onderworpen aan constitutionele beperkingen ten aanzien van de aspecten van regelgeving die gedelegeerd kunnen worden en de manier waarop dat moet gebeuren. Deze beperkingen zijn zowel inhoudelijk als procedureel strikter dan die waaraan de Nederlandse formele wetgever is onderworpen. Inhoudelijk mogen alleen ‘niet essentiële’ onderdelen van een regeling gedelegeerd worden. De EU-wetgever heeft weliswaar een grote vrijheid om te bepalen welke elementen ‘niet essentieel’ zijn, maar die ruimte is niet onbeperkt. Het Hof dwingt deze beperking af en oordeelt niet alleen over de rechtmatigheid van gedelegeerde handelingen en uitvoeringshandelingen, maar ook of de delegatiegrondslagen in wetgevingshandelingen voldoen aan de constitutionele eisen. Bovendien heeft delegatie (via art. 290 of art. 291 Werkingsverdrag EU) niet alleen effect op de institutionele balans en de democratische legitiemering van regulering. Meestal worden regelgevende bevoegdheden immers gedelegeerd aan de Commissie, hetgeen betekent dat er ook een verschuiving in de verticale bevoegdheidsverdeling (tussen de EU en de lidstaten) plaatsvindt.¹⁵ Het

15 Niet alleen doordat de Raad niet bij de besluitvorming is betrokken, maar bijv. ook doordat nationale parlementen geen recht hebben om een subsidiariteitstoetsing uit te voeren.

A. van den Brink

is dan ook geen verrassing dat delegatiegrondslagen de bijzondere aandacht hebben van nationale parlementen. Zo heeft de Eerste Kamer recent een negatief subsidiariteitsoordeel gegeven over de Europese Klimaatwet.¹⁶ De ontwerpverordening zou veel te veel ruimte bieden voor de Commissie om gedelegeerde handelingen vast te stellen.¹⁷

Het Interinstitutioneel Akkoord bevat vooral technische aanwijzingen (onder meer ten aanzien van de te gebruiken formuleringen) en procedurele uitgangspunten (onder meer dat nationale experts geraadpleegd worden bij de totstandkoming van gedelegeerde handelingen). Gereedschapskist 40 van de Beter Wetgeven-richtsnoeren gaat niet veel verder. Belangrijk is wel dat ook gedelegeerde handelingen en uitvoeringshandelingen onderworpen kunnen worden aan een effectbeoordeling. Dat is verplicht wanneer een dergelijke handeling naar alle waarschijnlijkheid een significante economische, milieu- of sociale impact zou kunnen hebben.

Het voorbeeld van de AVG geeft een goed beeld van de besluitvorming over delegatiegrondslagen in het wetgevingsproces. Diverse bepalingen uit de AVG geven de Commissie bevoegdheden om nadere regels vast te stellen (twee daarvan vallen onder delegatie conform art. 290 Werkingsverdrag EU en de rest betreft uitvoeringshandelingen). De preambule bevat geen motivering voor de keuze van de delegatiegrondslagen. In de effectbeoordeling wordt wel in algemene zin een aantal overwegingen gewijd aan de meerwaarde van dergelijke bevoegdheden, maar deze worden niet aan specifieke bepalingen en onderwerpen gekoppeld.¹⁸ Daarbij stelt de Commissie dat het reduceren van fragmentatie en het vergroten van de rechtszekerheid via gedetailleerde regels helpt om in alle lidstaten eenzelfde niveau van gegevensbescherming te kunnen garanderen, alsmede om een consistente implementatie van het recht op gegevensbescherming te kunnen realiseren.¹⁹ Ook de effectiviteit van de handhaving is daarbij gebaat volgens de Commissie. Deze overwegingen hebben echter geen betrekking op de afbakening tussen de AVG als wetgevingshandeling enerzijds en de daarop te baseren gedelegeerde handelingen en uitvoeringshandelingen anderzijds. Evenmin laten deze overwegingen iets zien van een reflectie op welke elementen van de AVG als essentieel moeten worden aangemerkt en welke als niet essentieel. Wel brengt de Commissie de noodzaak naar voren om snel en flexibel in te kunnen spelen op technologische en economische ontwikkelingen.²⁰ De Commissie voorzag dat de basisverordening frequent zou moeten worden aangepast wanneer alle gedetailleerde bepalingen in de AVG zelf zouden worden opgenomen. Verder, zo betoogde

16 Voorstel van de Commissie voor een verordening tot vaststelling van een kader voor de totstandbrenging van klimaatneutraliteit en tot wijziging van Verordening (EU) 2018/1999 (Europese klimaatwet), COM(2020)80, p. 2.

17 Brief van de voorzitter van de Eerste Kamer van 26 mei 2020 aan de voorzitter van de Europese Commissie, *Kamerstukken I* 2019/20, 35448, I.

18 Commission Staff Working paper Impact assessment, SEC 2012/72. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de effectbeoordeling van de AVG: Van den Brink 2020, p. 103-126 (p. 112 e.v.).

19 *Idem*, p. 47.

20 *Idem*, p. 100.

de Commissie, zou de consistentie van het reguleringskader van het EU-gegevensbeschermingsrecht verbeterd worden door de Commissie gedelegeerde en uitvoeringsbevoegdheden toe te kennen voor specifieke onderwerpen. Vooral op het gebied van veiligheidsaspecten zouden gedetailleerde geharmoniseerde regels technische aspecten kunnen specificeren. De effectbeoordeling bevat verder echter geen enkele specificatie voor welke precieze onderwerpen uitvoeringsbevoegdheden (of gedelegeerde bevoegdheden) zouden moeten worden toegekend aan de Commissie. De effectbeoordeling (en de preambule evenmin) verwijst dus in geen enkel opzicht naar specifieke bepalingen die delegatiegrondslagen bevatten.

Ook uit andere EU-wetgeving ontstaat het beeld dat de keuze voor rechtsgrondslagen voor delegatie en uitvoering zeer beperkt wordt gemotiveerd. Soms bevat de preambule van een wetgevingshandeling slechts een verklaring voor welke onderwerpen de Commissie een delegatie- of uitvoeringsbevoegdheid wordt toegekend. In het geval van uitvoeringsbevoegdheden wordt daaraan toegevoegd welke comitologieprocedure van toepassing is. De Verordening inzake cyberveiligheid en het EU-agentschap Cyberveiligheid bepaalt bijvoorbeeld in overweging 63 de onderwerpen die voorwerp zijn van delegatie en in overweging 65 de onderwerpen die de Commissie via uitvoeringshandelingen nader kan invullen. Voor zover er wel sprake is van een motivering blijft die vaak beperkt tot de verwijzing naar de verdragsdefinities. De noodzaak om ‘uniforme voorwaarden voor de uitvoering van de wetgevingshandeling’ te creëren²¹ of om maatregelen ‘van algemene strekking vast te stellen ter aanvulling of wijziging van bepaalde essentiële onderdelen van de wetgevingshandeling’ zijn formuleringen die rechtstreeks verwijzen naar het Werkingsverdrag EU. In dat opzicht waren de overwegingen uit de AVG toch nog inhoudelijker van aard.

4. Grondrechten

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) op grond van artikel 6 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) juridisch bindende status. De effecten daarvan op de rechtspraak van het Hof (en van nationale rechters²²) en – zij het in mindere mate – op nationale wetgeving en praktijken²³ kunnen op ruime belangstelling rekenen. Veel minder aandacht is er tot nu toe voor de invloed van het Handvest op het EU-wetgevingsproces en de wijze waarop de EU-wetgever grondrechten reguleert.²⁴ Vanzelfsprekend moet EU-wetgeving de rechten res-

21 Zie bijv. overweging 64 van de Verordening inzake cyberveiligheid.

22 Zie H. de Waele, J. Krommendijk & K. Zwaan, *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland: een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

23 Zie in dit verband bijv. de ICER-Handleiding nationale toetsing EU-Handvest Grondrechten, beschikbaar via <https://ecer.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/handvest-grondrechten#anchor-ICER-HandleidingnationaletoetsingEU-HandvestGrondrechten>.

24 Maar zie in het bijzonder E. Muir, ‘The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges’, *Common Market Law Review* (51) 2014, afl. 1, p. 219-246.

pecteren die zijn neergelegd in het Handvest. Dat is in algemene zin ook zo vastgelegd in de Richtsnoeren voor effectbeoordeling.²⁵ Al in 2005, dus ruim voordat het Handvest een juridisch bindende status kreeg, nam de Commissie de methodologie voor een systematische en grondige controle voor naleving van het Handvest aan.²⁶ De Commissie stelde daarin echter vast dat het niet nodig was om een afzonderlijk toetsingsinstrument op te stellen. Aandacht voor fundamentele rechten zou in het bijzonder onder het bestaande kopje ‘sociale impact’ behandeld moeten worden. Op deze benadering is de nodige kritiek gekomen.²⁷ Fundamenteler nog was de kritiek dat de toetsing van voorgestelde EU-wetgeving op de effecten voor fundamentele rechten überhaupt niet volledig en uitgebreid genoeg is om effectief te kunnen zijn.²⁸ Ook zouden effectbeoordelingen überhaupt niet goed passen bij terreinen waarbinnen de bescherming van fundamentele rechten centraal staat. Effectbeoordelingen zouden beter passen bij economisch georiënteerde terreinen waar het gemakkelijker is om kwantificeerbare analyses te maken.²⁹

Na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon stelde de Commissie met het oog op het ontwikkelen van een ‘dynamische grondrechtencultuur’ een strategie vast voor de uitvoering van het Handvest.³⁰ Centraal daarin staan de effecten van beoogde wetgeving op de grondrechten uit het Handvest en het toetsen van ontwerpwetgeving op verenigbaarheid met de bepalingen van het Handvest. Dit betekende dat grondrechten voortaan wel als afzonderlijk onderdeel in het toetsingskader werden opgenomen. De bijbehorende checklist gaat vooral over de effecten van beoogde wetgeving en de kwalificatie ervan als grondrechtenbevorderend dan wel -beperkend. In het laatste geval moet getoetst worden of de beperking noodzakelijk, evenredig, nauwkeurig en voorspelbaar geformuleerd is en of deze de wezenlijke inhoud van het in geding zijnde grondrecht niet aantast. Deze voorwaarden zijn daarmee identiek aan die in artikel 52 Handvest zijn opgenomen.

Deze benadering houdt echter weinig rekening met de verschillen in de manieren waarop EU-wetgeving grondrechten raakt. Het is daarom zaak om eerst te bezien hoe deze verschillen geordend kunnen worden. Daarbij is dus niet het binaire onderscheid tussen grondrechtenbevorderende of grondrechtenbeperkende wet-

- 25 Impact Assessment Guidelines, p. 30, beschikbaar via <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines-impact-assessment.pdf>.
- 26 Mededeling van de Commissie, ‘De naleving van het Handvest van de grondrechten in wetgevingsvoorstellen van de Commissie Methodologie voor een systematische en grondige controle’, COM(2005)172 def.
- 27 A.C.M. Meuwese, *Impact assessment in EU Lawmaking*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 92.
- 28 H. Toner, ‘Impact Assessments and Fundamental Rights Protection in EU Law’, *European Law Review* (31) 2006, afl. 3, p. 316.
- 29 H. Toner, ‘Impact Assessments: A Useful Tool for “Better Lawmaking” in EU Migration Policy?’, in: H. Toner, A. Baldacinni & E. Guild (red.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy. Essays in European Law*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 47.
- 30 Commissiemededeling, ‘Strategie voor een doeltreffende tenuitvoerlegging van het Handvest van de grondrechten door de EU’, COM(2010)573 def.

geving leidend, hoewel dit onderscheid ook in het Nederlandse recht het uitgangspunt is. In Nederland is de centrale rol van dit onderscheid echter te verklaren vanuit de grondwetsherziening van 1983. Deze herziening bracht een beperkingssystematiek van grondrechten tot stand die gebaseerd is op specifieke (dat wil zeggen: per grondrecht bepaalde) beperkingsclausules.³¹ Het Handvest bevat, zoals hiervoor vermeld, echter slechts een algemene beperkingsclausule die ook nog eens meer ruimte laat aan de EU-wetgever. Dit maakt het minder logisch om het al dan niet grondrechtenbeperkende karakter van EU-wetgeving als enig criterium te hanteren. Daar komt bij dat wetgeving in de EU altijd een meerlagig fenomeen is, waarvan de EU-wetgever onderdeel is, maar nationale wetgevers dat evenzeer zijn. Dat schept bijzondere verhoudingen tussen de Europese en nationale ‘wetgevingslagen’ en ook tussen de lidstaten onderling (zoals hierna nader ontvouwd zal worden). Het meerlagig karakter van wetgeving in de EU heeft consequenties voor de bescherming van grondrechten. Het is daarom passend om ook dit element een plek te geven in de ordening.

Een goed startpunt om deze ordening aan te brengen is een artikel van Muir uit 2014.³² Daarin onderscheidt zij de volgende gevallen:

- gevallen waarin EU-wetgeving een grondrecht nader uitwerkt en concreetiseert;
- gevallen waarin bij wijze van ‘bijvangst’ grondrechtenstandaarden worden vastgelegd in de context van EU-wetgeving die bedoeld is om een ander publiek belang (of een ander grondrecht) te reguleren;
- gevallen waarin EU-grondrechtenbescherming ‘getriggerd’ kan worden door het bestaan van EU-wetgeving (zoals bijvoorbeeld het geval was in de zaak *Fransson*³³).

Voor de doeleinden van deze bijdrage pas ik deze categorisering enigszins aan. Ik laat de derde categorie buiten beschouwing (hoewel dit effect in wetgevingsprocessen – ten onrechte – nauwelijks een rol lijkt te spelen). Verder acht ik het van belang om de tweede categorie verder uit te splitsen. Er vallen twee situaties te onderscheiden waarin EU-wetgeving bij wijze van ‘bijvangst’ resulteert in standaarden van grondrechtenbescherming. De eerste betreft de situatie waarin de EU-wetgever het publieke belang concreet en expliciet weegt tegen in het geding zijnde grondrechten. De tweede situatie is die van het Europees Aanhoudingsbevel en andere EU-wetgevingshandelingen die op het beginsel van wederzijdse erkenning zijn gebaseerd. Dergelijke wetgeving bevat vaak geen concrete grondrechtenstandaarden. Het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel verwijst in de considerans bijvoorbeeld alleen in algemene zin naar respect voor de grondrechten. In de praktijk zijn echter via het beginsel van wederzijdse erkenning wel degelijk Europese grondrechtenstandaarden tot ontwikkeling gekomen. Hierna volgt een analyse van de grondrechtenoverwegingen en -aspecten in de wetge-

31 M. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 6.

32 Muir 2014, p. 219-246.

33 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

A. van den Brink

vingsprocessen van belangrijke wetgevingsdossiers uit het recente verleden binnen deze drie categorieën.

4.1 Concrete uitwerking van grondrechten

De meest directe vorm zijn de gevallen waarin EU-wetgeving een rechtstreekse concretisering van een grondrecht vormt. De relatie tussen EU-wetgeving en het betreffende grondrecht is in dergelijke situaties vergelijkbaar met de wijze waarop de fundamentele vrijheden van de interne markt worden uitgewerkt in EU-wetgeving. Binnen deze categorie valt bijvoorbeeld de AVG, die (in ieder geval ten dele) het recht op bescherming van persoonsgegevens (art. 8 Handvest) nader uitwerkt. Doordat het recht op eigendom (art. 17 Handvest) ook het recht op de intellectuele eigendom omvat, is de Richtlijn auteursrecht evenzeer te beschouwen als een directe uitvoering van een Handvestbepaling.³⁴ In beide gevallen is er echter ook een duidelijke verbinding met de interne markt. De concretisering van de betreffende grondrechten versterkt in beide gevallen het reguleringskader in belangrijke mate. De EU-wetgever bepaalt de *precieze inhoud* van het grondrecht nader, stelt vast in welke situaties het van toepassing is (het *toepassingsbereik*) en legt voorwaarden vast voor de *uitoefening en handhaving* ervan. Van een mechanische uitvoering van de rechten vastgelegd in het Handvest is dus geen sprake; in het wetgevingsproces moeten hierover politieke keuzes gemaakt worden. In gelijkbehandelingswetgeving van de EU is dit goed te zien.

Vanzelfsprekend kan het Handvest niet de basis vormen voor wetgeving. Artikel 51 lid 2 Handvest staat immers niet toe dat het Handvest zelf tot nieuwe bevoegdheden voor de EU-wetgever leidt of bestaande bevoegdheden daartoe uitbreidt. Hetzelfde geldt voor de Europese Pijler van Sociale Rechten (2017).³⁵ Dit document is juridisch gezien een interinstitutionele verklaring en heeft daardoor geen juridisch bindende status. Toch vormt ook dit instrument de bron van wetgeving.³⁶ De Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden betreft bijvoorbeeld een directe uitwerking van de Europese Pijler van Sociale Rechten.³⁷ De uitgangspunten van billijke en gelijke behandeling wat betreft arbeidsvoorwaarden en toegang tot sociale bescherming en opleiding zijn in deze richtlijn geconcretiseerd. Ook hier gaat het dus om het nader bepalen van de inhoud, het toepassingsbereik en de voorwaarden waaronder de rechten geëffectueerd kunnen worden, maar de toegevoegde waarde van deze richtlijn omvat dus evenzeer de juridisch afdwingbare status van de rechten.

34 Richtlijn (EU) 2019/790 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt, tot wijziging van (onder meer) Richtlijn 2001/29/EG.

35 Punt 18 van de considerans Europese Pijler van Sociale Rechten, via https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_en.pdf.

36 Het Handvest bevat ook een bepaling ter bescherming van 'rechtvaardige en billijke arbeidsomstandigheden en -voorwaarden' (art. 31), maar de Europese Sociale Pijler biedt een zozeer concretere invulling daarvan dat deze eerder als de directe bron van de richtlijn kan gelden.

37 Richtlijn (EU) 2019/1152 van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie.

4.2 Grondrechtenstandaarden als 'bijvangst'

De tweede categorie is lastiger en ziet op gevallen waarin de samenhang tussen het Handvest (of andere grondrechtendocumenten) en EU-wetgeving minder nauw is. De Verordening inzake cyberbeveiliging ziet primair op de beveiliging van de cyberruimte, maar raakt daarbij ook aan grondrechten.³⁸ In de toelichting bij het voorstel stelde de Commissie dat cyberbeveiliging essentieel is voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van persoonsgegevens.³⁹ Het voorstel zou om die reden een belangrijke aanvulling bieden op de bestaande wetgeving ter uitvoering van die grondrechten. Daarnaast is cyberveiligheid volgens de Commissie van belang voor het beschermen van de vrijheid van meningsuiting en gerelateerde rechten (wegens de bescherming van de vertrouwelijkheid van elektronische communicatie). In de uiteindelijke tekst van de verordening en de considerans wordt de bescherming van fundamentele rechten echter niet eens meer benoemd. De EU-wetgever plaatst het belang van cyberveiligheid volledig in het teken van het voltooiën van de digitale interne markt en van het bevorderen van de digitale economie.⁴⁰ Dit kan de interpretatie van de richtlijn kleuren,⁴¹ ook al is dit probleem wellicht te overzien nu in dit geval de bescherming van grondrechten niet diametraal tegenover de genoemde belangen staat.

Een ingewikkeldere situatie doet zich voor wanneer EU-wetgeving een afweging omvat van conflicterende grondrechten. Bijzonder pregnant is een dergelijke afweging aan de orde in het voorstel van de Commissie inzake het verbeteren van gendergelijkheid in raden van bestuur.⁴² Het primaire doel van dit voorstel is het uitwerken van het gebod op gelijke behandeling van mannen en vrouwen (art. 23 Handvest), alsmede de vrijheid van beroep en het recht om te werken (art. 15 Handvest). Tegelijk perkt het voorstel de ondernemersvrijheid (art. 16 Handvest) en het recht op eigendom (art. 17 Handvest) in.⁴³ Het voorstel vergt derhalve een complexe weging van conflicterende fundamentele rechten. Opvallend is in de eerste plaats dat de discussie over het voorstel sterk in grondrechtentermen is gevoerd. Het gaat dan over het recht op gelijke behandeling vanuit het perspectief van het ondervertegenwoordigde geslacht, het aspect van positieve discriminatie ten aanzien van het oververtegenwoordigde geslacht en over de hiervoor genoemde vrijheid van onderneming. In deze grondrechtelijke inkadering van de besluitvorming valt de invloed van het Handvest duidelijk aan te wijzen. Vooral de codificatie van de ondernemersvrijheid in het Handvest heeft zich rechtstreeks

38 Verordening (EU) 2019/881 inzake ENISA en inzake de certificering van de cyberbeveiliging van informatie- en communicatietechnologie.

39 Punt 3 van de toelichting bij het voorstel, SWD(2017)500 def.

40 De verordening is gebaseerd op art. 114 Werkingsverdrag EU en art. 1 van de verordening verwijst naar 'de goede werking van de interne markt'.

41 Zie in dit verband bijv. HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google/Spanje*).

42 COM(2012)614 def. Het voorstel is al jaren geleden geïnitieerd, maar in de Raad is het tot op heden niet mogelijk gebleken om tot een akkoord te komen. De Commissie heeft het voorstel in haar werkprogramma voor 2020 echter geprioriteerd (bijlage III van het werkprogramma, nr. 113).

43 Overweging 36 van het voorstel, COM(2012)614 def.

vertaald in een afzonderlijk te beschermen belang in het wetgevingsproces (voor het beginsel van gendergelijkheid is dat minder gemakkelijk aan te wijzen, omdat dit beginsel al veel langer in de verdragen was opgenomen⁴⁴). De EU-wetgevingsinstellingen nemen hiermee dus de verantwoordelijkheid op zich om de grondrechten van het Handvest handen en voeten te geven en te bepalen hoe deze zich tot elkaar dienen te verhouden. De grondrechtelijke veren waar de EU-wetgever zich in hult kunnen echter niet verbergen dat van een daadwerkelijk afwegingsproces geen sprake is. De genoemde grondrechten vallen samen met onverzettelijke stellingnames die er de oorzaak van zijn dat er tot op heden nog steeds geen onderhandelingsresultaat valt te boeken. Er is wat dit voorstel betreft dus duidelijk ruimte voor een 'systematischer en grondiger toepassing van een grondrechtenmethodologie' waarin bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel een grotere betekenis kan hebben. Daarbij moet bovendien het gevaar ontweken worden dat andere aspecten dan grondrechtenbescherming uit het oog verloren worden. Bij dit voorstel zijn bijvoorbeeld overwegingen aan de orde over wat de rol van de (Europese) overheid zou moeten zijn (deels worden deze overwegingen 'gevangen' onder het subsidiariteitsbeginsel) en hoe het voorstel zich verhoudt tot de interne markt van de EU.

Ook het EU-migratierecht laat zien hoe complex de afweging van grondrechten kan zijn. De besluitvorming over wetgeving op dit terrein demonstreert echter evenzeer dat de schouders van de EU-wetgever om die complexiteit te dragen vooralsnog tamelijk smal zijn. Bij de huidige herziening van de Dublinrichtlijn⁴⁵ gaat het niet primair om conflicterende grondrechten, maar om enerzijds grondrechten van derdelanders (of staatlozen), zorgen dat asielzoekers snel toegang krijgen tot een asielprocedure, en anderzijds een billijke verdeling van verantwoordelijkheden tussen de lidstaten en het aanpakken van een situatie waarin de asielstelsels van de lidstaten worden geconfronteerd met onevenredige druk.⁴⁶ In de toelichting bij het voorstel gaat de Commissie in op de aspecten van het voorstel die zien op grondrechten. De Commissie stelt zonder veel omhaal van woorden dat het voorstel 'volledig verenigbaar' is met de grondrechten zoals die uit het EU-recht en het internationale recht voortvloeien. De Commissie voert daartoe aan dat de rechten van asielzoekers in algemene zin, het recht op vrijheid op gezinshereniging alsmede de rechten van alleenstaande minderjarigen door het voorstel zouden worden versterkt (in vergelijking tot de geldende regels). De belangrijkste reden voor deze versterking ziet de Commissie in het verduidelijken van rechten en verplichtingen. In hoeverre het voorstel grondrechten zou beperken en de vraag in hoeverre dergelijke beperkingen gerechtvaardigd zouden zijn in het licht van het andere doel van de richtlijn, komt derhalve niet aan de

44 Hoewel de timing van het voorstel (kort na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon) suggereert dat ook de gendergelijkheid een impuls heeft gekregen door het Handvest.

45 Commissievoorstel voor een verordening tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking), COM(2016)270 def.

46 P. 3 van de toelichting bij het voorstel.

orde. Die afwegingen werden vervolgens wel onderdeel van de politieke onderhandelingen over het voorstel.

4.3 Grondrechtenbescherming via wederzijdse erkenning

Bij de totstandkoming van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel (EAB),⁴⁷ nog steeds het vlaggenschip van de Europese strafrechtelijke samenwerking, is grondrechtenbescherming weliswaar aan de orde geweest, maar heeft dit aspect uiteindelijk weinig effect gehad op de inhoud van het instrument. Overweging 12 stelt simpelweg dat het instrument de grondrechten eerbiedigt en tegelijk is gebaseerd op 'een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten'.⁴⁸ Bijna twintig jaar later is met name het Hof nog steeds doende om de precieze implicaties van de verhouding tussen grondrechtenbescherming en het beginsel van wederzijds vertrouwen nader uit te werken. De ontwikkeling daarin is te kwalificeren als een transformatie van blind vertrouwen naar gestut vertrouwen.⁴⁹ Er valt echter veel voor te zeggen dat de EU-wetgever zelf dergelijke afwegingen had moeten maken.

Het feit dat het Kaderbesluit EAB het eerste instrument in het EU-strafrecht was dat gebaseerd is op de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen, is wel een relevante factor. De Richtlijn betreffende het Europees onderzoeksbevel (aangenomen in 2014) bevat bijvoorbeeld meer aandacht voor grondrechten.⁵⁰ Anders dan het Kaderbesluit EAB bevat de richtlijn wel een weigeringsgrond in geval van mogelijke schendingen van grondrechten.⁵¹ Daarmee is echter nog niet zonder meer sprake van een evenwichtige afweging tussen het rechtshandavingsbelang en de in het geding zijnde grondrechten. De totstandkoming van de richtlijn is bekritiseerd vanwege 'een chronische onverschilligheid voor de rechten van de verdediging en procedurele rechten'.⁵² Op de uiteindelijke tekst van de richtlijn is kritiek gekomen dat weliswaar het grondrecht betreffende privéleven wel adequate bescherming heeft gekregen, maar andere rechten, zoals het recht op vrijheid en het recht op verdediging, minder aandacht hebben gekregen of zelfs onbenoemd zijn gebleven.⁵³ De ervaring met het Kaderbesluit EAB leert echter dat dergelijke aspecten via de indirecte weg van de jurisprudentie van het Hof toch onderdeel van het reguleringskader kunnen worden. Juist hier is dus aandacht van de EU-wetgever nodig. Een expliciet en concreet grondrechtenafwegingskader is juist hier dus ook gewenst.

47 Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten.

48 Overweging 10 van de considerans bij het Kaderbesluit, 2002/584/JBZ.

49 Zie daarover een in voorbereiding zijnd proefschrift van Joske Graat aan de Universiteit van Utrecht.

50 Richtlijn (EU) 2014/41 van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken.

51 Art. 11 lid 1 onder f Richtlijn (EU) 2014/41.

52 S. Allegreza, 'Critical remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (5) 2010, p. 575, geciteerd in: R.G. Montero, 'The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations', *Eu crim: the European Criminal Law Associations' forum* (1) 2017, p. 45-50.

53 Montero 2017.

4.4 Conclusies grondrechten

Het zou niet juist zijn om de vorenstaande analyse te beschouwen als uitputtend. Wel rijst er een beeld uit op van een wetgevingspraktijk waarin het beleid inzake Beter Wetgeven slechts in beperkte mate bepalend is voor de wijze waarop grondrechten in EU-wetgeving tot uitdrukking komen. Dat heeft verschillende oorzaken. Ten eerste is er de politieke factor. EU-wetgeving is uiteindelijk ook de uitkomst van een politiek onderhandelingspel waarin het institutionele krachtenveld en de belangen die daarin een rol spelen de inhoud van het uiteindelijke compromis bepalen. Dit laat overwegingen die gebaseerd zijn op Beter Wetgeven soms naar de achtergrond verdwijnen. Ten tweede – en nauw met dit eerste punt verbonden – laat de vergelijking tussen Commissievoorstellen en de uiteindelijke wetgeving zien dat de Commissie sterker geëngageerd is aan de toepassing van een grondrechtentoetsingskader dan de Raad en het Europees Parlement. Andere factoren zien echter op de inhoud van het Beter Wetgeven-beleid zelf. Zo maakt het beperkte grondrechtentoetsingskader dat er nu geen onderscheid is tussen de verschillende manieren waarop grondrechten EU-wetgeving kunnen raken. Ook is het toetsingskader primair een legaliteitstoets. Deze toets is belangrijk, maar de wetgever zou verder moeten gaan, juist omdat het Hof (bijvoorbeeld als het gaat om de afweging van grondrechten) ruimte laat aan de wetgever. Concrete elementen die zouden moeten worden opgenomen in een meer uitgewerkt afwegingskader, kunnen bijvoorbeeld zijn:

- Welke *inhoud* krijgen de in het geding zijnde rechten en hoe verhoudt zich dat tot de bestaande situatie op basis van het primaire recht en jurisprudentie?
- *Toepassingsbereik*: op welke situaties en terreinen worden de rechten van toepassing?
- *Voorwaarden* en procedures: welke keuzes worden gemaakt ten aanzien van handhaving en hoe worden die gemotiveerd?
- Ingeval er meerdere grondrechten aan de orde zijn, hoe verhouden die zich tot elkaar? In geval van conflict: welke factoren bepalen de onderlinge afweging en hoe wordt die afweging gemotiveerd?

In geval van ‘type II’-wetgeving (grondrechten als ‘bijvangst’) en ‘type III’-wetgeving (grondrechten via wederzijdse erkenning) zijn (daarnaast) andere vragen aan de orde. In die gevallen is de band met grondrechten diffuser en is het om die reden belangrijk om die band te verhelderen en expliciet te maken.

De urgentie om juist op het gebied van grondrechten een sterkere rol voor Beter Wetgeven in te ruimen (in de vorm van een meer uitgewerkt afwegingskader) wordt nog versterkt door een punt dat Muir maakt. Zij beargumenteert (mijns inziens overtuigend) dat binnen alle drie typen wetgeving een grondrechtendynamiek is ontstaan die wel invloed heeft op de lidstaten, maar op een manier die zich lastig laat vatten door de bevoegdheidsregulerende beginselen van bevoegdheidstoedeling en subsidiariteit.⁵⁴ In het Beter Wetgeven-beleid staan deze beginselen juist centraal, maar daarmee blijven dus belangrijke aspecten van de verde-

54 Muir 2014, p. 238 e.v.

ling van autoriteit tussen de rechtsordes van de EU en de lidstaten buiten beeld. Dit pleit er eens te meer voor om grondrechtenbescherming een volwaardige plek te geven in het Beter Wetgeven-beleid van de EU.

5. Conclusies

De kwaliteit van het wetgevingsproces heeft een centrale plek in het Beter Wetgeven-beleid van de EU. Dat is natuurlijk ook niet voor niets. Wetgeven is een open proces en de inhoud van wetgeving is de uitkomst van politiek-democratische besluitvorming. Uiteenlopende opvattingen, belangen en posities worden via deliberatie, afweging en standpuntbepaling gekneed tot een wetgevingsresultaat. Dit verhoudt zich slecht met een situatie waarin allerlei inhoudelijke elementen van wetgeving vooraf al vastliggen.

Toch is er alle aanleiding om Beter Wetgeven met een inhoudelijke pijler te versterken. Diverse kernelementen zijn (over de verschillende EU-beleidssterreinen heen) structureel onderdeel van wetgeving en van de besluitvorming daarover. In deze bijdrage werden daarvan drie belangrijke besproken. Een sterkere inhoudelijke pijler zou erop gericht moeten zijn om die kernelementen beter te identificeren en systematischer te behandelen. Daarnaast bevat het EU-wetgevingskwaliteitsbeleid in bredere zin ook nu al inhoudelijke elementen. Die zijn echter verspreid en daardoor onzichtbaar.

Wat dit laatste punt betreft is er een duidelijk contrast te bespeuren tussen proces en inhoud. Waar Beter Wetgeven ten aanzien van het wetgevingsproces op drie duidelijke pijlers rust, maakt het geheel van wetsinhoudelijke aanwijzingen een veel willekeuriger indruk. Ze zijn er wel, maar ze vloeien ten eerste niet voort uit een eenvormig juridisch kader, zoals het Interinstitutioneel Akkoord wel een coherent juridisch kader vormt voor de inrichting van het wetgevingsproces. Ook de coherentie van de inhoudelijke aspecten van Beter Wetgeven zelf is grotendeels afwezig. Uit de beleidsdocumenten en juridische documenten valt niet af te leiden welke elementen tezamen het inhoudelijk kader voor Beter Wetgeven vormen en waarom. Ten derde is er een aspect van weging. Lidstatelijke belangen nemen bijvoorbeeld een centrale rol in (zie hierna), terwijl andere elementen zich juist meer in de periferie lijken te bevinden. Ook dit doet afbreuk aan de coherentie.

Binnen Beter Wetgeven zijn de belangen van de lidstaten, met name nationale autonomie, diep verankerd. Het evenredigheidsbeginsel vormt daartoe het vehikel. In het wetgevingsproces spelen deze belangen een grote rol (bijvoorbeeld in effectbeoordelingen), maar ze komen ook concreet tot uitdrukking in EU-wetgeving in de vorm van beleidsruimte voor de lidstaten. In gevallen waarin die ruimte sterk beperkt is, zoals in het geval van de AVG, is zichtbaar gemaakt hoe belangen om de nationale autonomie te optimaliseren de effectiviteit van de beleidsdoelen van de AVG in gevaar zou brengen.

A. van den Brink

Andere aspecten zijn veel minder duidelijk verankerd. En zelfs als dat wel het geval is, bestaat het risico dat deze elementen ‘verproceduraliseerd’ worden. Zo bleek de keuze van de geschikte maatregel in de wetgevingspraktijk soms puur tot een motiveringsplicht te verworden. Hoewel er inhoudelijke indicatoren bestaan, is in sommige van de onderzochte gevallen volstrekt onduidelijk waarom voor een specifiek instrument is gekozen. Zo is het niet helder hoe de naar voren geschoven aspecten van rechtszekerheid en transparantie in het geval van de herziene Detacheringsrichtlijn de instrumentkeuze hebben bepaald. Wanneer een richtlijn niet de gewenste effecten heeft gehad, vormt dat op zichzelf genomen een reden om een herziening in de vorm van een verordening te gieten. In het geval van de AVG is bijvoorbeeld uitgebreid aandacht geweest voor de tegenvallende opbrengsten van de eerdere Detacheringsrichtlijn. Uit de analyses van de Commissie is echter slecht op te maken of de oorzaak van deze problemen daadwerkelijk ligt in de keuze van het instrument of dat wellicht eerder zaken als de hoge mate van beleidsvrijheid voor de lidstaten hier debat aan was.

Dit raakt aan een breder punt van gebrekkige uitwerking van inhoudelijke elementen van Beter Wetgeven. Dat punt doet zich zeker ook voor bij de rechtsgrondslagen voor delegatie en uitvoering. Hoewel van constitutionele betekenis (vanwege de voorwaarden vastgelegd in het Werkingsverdrag EU) en bovendien een systeemkenmerk van EU-wetgeving, verdienen de inhoudelijke criteria nadere uitwerking en toepassing. In deze bijdrage kwamen we voorbeelden tegen waarin zelfs de motivatie voor zulke rechtsgrondslagen zeer zwak was.

Evenzeer is betere uitwerking gewenst voor de manieren waarop grondrechten in EU-wetgeving tot uitdrukking komen. Het huidige kader blijft beperkt tot een legaliteitstoets. De behandeling van grondrechten als passief toetsingskader (overtreedt de wetgever geen grondrechten?) staat haaks op de realiteit waarin de EU-wetgever grondrechten juist actief handen en voeten geeft. Dit zou beter tot uitdrukking kunnen worden gebracht in een ander afwegingskader waarin aandacht is voor de aard waarop EU-wetgeving grondrechten raakt (uitvoering van grondrechten, afweging tussen grondrechten of andere publieke belangen, enzovoort). Ook het type bepalingen (gaat het om de inhoud van het grondrecht zelf, het toepassingsbereik, de voorwaarden onder welke het geëffectueerd wordt?) verdient binnen een dergelijk afwegingskader een plek.

Zo bezien past op de vraag die aan het begin van deze bijdrage werd gesteld – of de inhoud het ondergeschoven kind van het beleid inzake Beter Wetgeven is – het antwoord dat die inhoud weliswaar in de kinderschoenen staat, maar dat er voldoende potentie is om tot wasdom te komen.