

Grens- overstijgende rechts- beoefening

Liber
amicorum

Jan Jans

Redactie

Kars de Graaf

Bert Marseille

Sacha Prechal

Rob Widdershoven

Heinrich Winter



UITGEVERIJ *Paris*

Grensoverstijgende rechtsbeoefening

Liber amicorum Jan Jans

Grensoverstijgende rechtsbeoefening

Liber amicorum Jan Jans

Redactie

Kars de Graaf

Bert Marseille

Sacha Prechal

Rob Widdershoven

Heinrich Winter

Zutphen 2021



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-280-1
NUR 823

© 2021 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, 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 kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Voorwoord	9
Preface	11
IN BEGINSEL	
Constitutionality Test in Hungary – the Precautionary Principle Gyula Bándi	15
Struikelen bij stap 3 van de <i>Amsterdamse dakopbouw</i> Leo Damen	23
Beginsel van publiekrecht I: proportionaliteit Roel de Lange	37
The ‘Do Not (Significantly) Harm’ Principle Marco Onida	45
Addressing legal barriers to sustainability in the European Union: About the relationship between the Integration and Attribution principles Lorenzo Squintani	53
OMGEVING	
Van Wet milieubeheer naar Omgevingswet als implementatiekader voor Europese milieuwetgeving: implementeren moet je leren Marlon Boeve en Rosa Uylenburg	63
Let’s plant a Tree in the Net of Legal Rules Ilona Jancarova	71
The Standard of Review in Environmental Litigation Before the National Courts: In Search of EU Law Standards Vasiliki (Vicky) Karageorgou	77

Climate Change Litigation in Europe Luc Lavrysen en Farah Bouquelle	87
The European Green Deal from an environmental protection perspective: the missing role of the environmental integration principle Massimiliano Montini	97
Zoonotic Disease Emergence and the EU's Deforestation Footprint Joanne Scott	105
INVLOEDRIJK	
European cooperation with Jan Jans – Some personal reflections Richard Macrory	117
The Pursuit of Happiness. Volgen en vinden, in onderwijs, in recht en in werk Tom Eijsbouts	123
Een wereld op zich Adrienne de Moor-van Vugt	129
Van collectief bestuur (bij vennootschappen, welteverstaan) Jan Berend Wezeman	137
OVER GRENZEN	
Grensoverschrijdende zorg: vrij verkeer van patiënten in een oerwoud van regels Johan van de Gronden	149
Grensoverschrijdende rechtspraak Herman van Harten	157
Grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking Niels Koeman	165
About transboundary reach of environmental law Gerd Winter	171

TOEGANKELIJKHEID

Europees recht op en over de grens – concurrentie, concurrenten en hun bedoeling bij het grensoverschrijdende	
Hans Vedder	181
Friese kaders voor een Groninger	
Heinrich Winter	189
Welke lessen zijn te trekken uit de kinderopvangtoeslagaffaire en de problemen bij uitvoeringsorganisaties?	
Alex Brenninkmeijer	199
Menselijke maat in het bestuursrecht: afwijken van algemene regels	
Herman Bröring en Albertjan Tollenaar	209
De toepassing van artikel 6:13 Awb in het milieurecht revisited	
Kars de Graaf	219
Help! De burger moet passend worden ondersteund. Biedt Europa hulp?	
Bert Marseille	227
The gender pay equality paradox in law and in practice	
Linda Senden	235
The Rise and Fall and Rise Again of Access to Justice in the Netherlands	
Hanna Tolsma	243
WISSELWERKING	
De Wob en de Eurowob: nog steeds een latrelatie	
Ton Duijkersloot	253
Het prijskaartje van niet-implementatie	
Sacha Prechal	261
Gifvaten en de implementatiekloof	
Ko de Ridder	267

Burgerschap tussen markt en rechtsruimte	
Annette Schrauwen	275
Van Costanzo naar Tiel	
De bestuurlijke bevoegdheid om met hoger recht strijdige nationale wetten buiten toepassing te laten	
Maartje Verhoeven en Rob Widdershoven	283
A Cross-Channel Level Playing Field?	
The provisions of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement on environment and climate	
Jochem Wiers	291
TOEKOMST	
Globalisering van het omgevingsrecht?	
Chris Backes	301
Milieuzaken, overheidsongehoorzaamheid en de rol van ngo's: een reis door de tijd en mogelijkheden	
Annalies Outhuijse en Shannon Bothof	311
Lang leve het Europese milieurecht	
Hanna Sevenster	323
Transboundary environmental law scholarship: towards a focus on planet Earth	
Jonathan Verschuuren	329
Remarks regarding the Notion of favourable Conservation Status in the Habits Directive	
Agustín García Ureta	337
Procedural environmental rights: observations on the Escazú Agreement as compared with the Aarhus Convention	
Jerzy Jendrośka	345

Voorwoord

Het wetenschappelijke oeuvre van Jan Jans,¹ dat zich tot op heden over zo'n 35 jaar uitstrekt, staat in het teken van grensoverschrijdende rechtsbeoefening. Jan is van het Europees recht, het nationaal recht, het bestuursrecht, het milieurecht en het internationaal recht, maar vooral van de interactie tussen die rechtsgebieden. Grensoverschrijdend was hij al in zijn proefschrift uit 1987 (*Grensoverschrijdend milieurecht*) en hij is het in de decennia die daarop volgden gebleven.

De interactie tussen nationaal, internationaal, Europees, milieu- en bestuursrecht is het centrale thema in zijn oeuvre. Dat thema past hij toe op algemeen staats- en bestuursrechtelijke onderwerpen als rechtsbeginselen, rechtsbescherming en overheidsaansprakelijkheid. Daarnaast staat het thema centraal in zijn publicaties over rechtstreekse werking en richtlijnconforme interpretatie en is het ook nadrukkelijk aan de orde in zijn publicaties over het (Europees) milieurecht.

Bij de totstandkoming van dat bijzonder rijke oeuvre heeft Jan met talloze anderen samengewerkt. In Groningen, in Amsterdam en daarna opnieuw in Groningen, maar ook in Edinburgh en op legio andere plaatsen in en buiten Europa. Niet alleen zijn publicaties vormen daarvan het bewijs, maar ook alle proefschriften die onder zijn supervisie tot stand zijn gekomen. Daarnaast zat Jan vol strategisch slimme initiatieven die samenwerking in de hand werkten. Zo nam hij een leidende rol bij diverse handboeken voor het onderwijs, was hij bij een hele reeks tijdschriften een buitengewoon bepalend redactielid en stond hij *en passant* ook nog aan de wieg van het *Review of European Administrative Law (REALaw)*.

Jan is geboren op 26 september 1956. Eind september 2021 leek ons daarom een passend moment om de betekenis van die wetenschappelijke activiteiten te markeren, door een aantal personen met wie hij de afgelopen decennia heeft samengewerkt te vragen een – geheel in de geest van Jan – beknopte bijdrage te schrijven op het grensvlak van nationaal, Europees en/of internationaal recht en daarbij zo mogelijk de wisselwerking daartussen te behandelen.

Ons verzoek heeft geleid tot een verzameling van 39 bijdragen van 44 auteurs, die we in zeven thema's hebben gegroepeerd.

1. De publicaties die Jan Jans schreef in zijn tijd bij de Rijksuniversiteit Groningen zijn terug te vinden via <https://research.rug.nl/en/persons/jan-jans/>. Jan heeft een *ResearcherID (Web of Science ID: D-9047-2016)* en een *Open Researcher and Contributor ID (ORCID: 0000-0003-2159-6360)*.

Het was een feest om de redactie van deze bundel te voeren, want iedereen die wij benaderden reageerde enthousiast op ons verzoek en vrijwel iedereen deed ook daadwerkelijk mee en leverde – opnieuw in de geest van Jan – zijn of haar bijdrage op tijd aan. Het was geweldig om te merken dat eigenlijk alle door ons aangezochte auteurs in reactie op ons verzoek spontaan hun enorme waardering voor Jan als wetenschapper en persoon lieten blijken – waardering die wij als redactie ten volle delen. Daar laten we het bij; Jan vindt dit voorwoord vermoedelijk al veel te veel van het goede.

Groningen/Luxemburg/Utrecht, juli 2021

Kars de Graaf
Bert Marseille
Sacha Prechal
Rob Widdershoven
Heinrich Winter

Preface

The academic oeuvre of Jan Jans,¹ which has spanned some 35 years to date, is dominated by transboundary legal research. Jan is an expert in European law, national law, administrative law, environmental law and international law – but above all in the interaction between these fields of law. His research could be characterised as transboundary ever since his dissertation in 1987 (*Grensoverschrijdend milieurecht*) and that has not changed in the decades that followed.

The interaction between national, international, European, environmental and administrative law is the central theme of his work. He applies this theme to constitutional and administrative law subjects such as legal principles, legal protection and state liability. In addition, the theme is central to his publications on direct effect and the obligation of directive-compliant interpretation, and is also explicitly discussed in his publications on (European) environmental law.

Jan has collaborated with countless others in the creation of this exceptionally rich body of publications. In Groningen, in Amsterdam and in Groningen again, but also in Edinburgh and in many other places in and outside Europe. Not only his publications are proof of this, but also all the dissertations that were created and written under his supervision. Jan was also full of strategically smart initiatives that promoted collaboration. He took a leading role in several text books, was an extraordinarily influential member of the editorial boards of a whole series of journals and was also a founding member of the *Review of European Administrative Law (REALaw)*.

Jan was born on 26 September 1956. The end of September 2021 therefore seemed an appropriate moment to mark the significance of his scholarly achievements by asking a number of persons with whom he has worked in recent decades to write – entirely in Jan’s style – a brief contribution on the interface of national, European and/or international law and to deal with the interaction between them, if possible.

Our request resulted in a collection of 39 contributions by 44 authors, which we grouped into seven themes in this volume.

1. The publications Jan Jans wrote at the time he was with the University of Groningen can be found at <https://research.rug.nl/en/persons/jan-jans/>. Jan has a Researcher ID (Web of Science ID: D-9047-2016) and an Open Researcher and Contributor ID (ORCID: 0000-0003-2159-6360).

It was a joy to be the editors of this volume, because everyone we approached reacted enthusiastically to our request and almost everyone actually participated and delivered his or her contribution – again in the style of Jan – on time. It was great to experience that practically all authors we reached out to spontaneously showed their enormous appreciation for Jan as an academic scholar and as a person – appreciation that we as editors fully share. We will leave it at that; Jan probably thinks this preface is already a bit too much.

Groningen/Luxembourg/Utrecht, July 2021

Kars de Graaf
Bert Marseille
Sacha Prechal
Rob Widdershoven
Heinrich Winter

IN BEGINSEL

Constitutionality Test in Hungary – the Precautionary Principle

Gyula Bándi*

1 Introduction to the precautionary principle

The precautionary principle is undoubtedly not only the most characteristic principle of environmental protection, but it is also a very useful tool which helps finding a balance between the robust market pressure and the need to listen to the soft voice of environmental protection, providing a chance to intervene as early as possible.¹ A short summary of mine on the principle: ‘As a consequence, the precautionary principle is applicable when the following conditions recur: first, the situation encapsulates the potential of a high risk of negative effects, endangering greater interests (eg, human health, environment, animal health, or similar). Secondly, these negative effects must be serious with a potential of being irreversible. Thirdly, there is a lack of full scientific certainty, entailing the need for a risk assessment and this situation legitimates the necessary measure, which should not be unreasonable, discriminatory and must be effective and proportionate. Finally, the burden of proof is shifted, since the person who wishes to carry out an activity is to prove that it will not cause harm’.² Several detailed studies are available on the elucidation and values of this principle, worth reading for a deeper understanding,³ and fresh papers on the topic are often being published, even on the current problems of COVID-19 versus precautionary principle,⁴ proving its usefulness and relevance. Instead of providing a comprehensive analysis, I only wish to concentrate on the question of how precautionary principle might be associated with national – as the presence of the precautionary principle in the EU primary legislation in itself is also a kind of constitutional matter – constitutionality and even more precisely, how this is manifested in the recent practice of the Hungarian Constitutional Court.

* Professor of law, head of Environmental and Competition Law Department, Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law, Budapest, Hungary and Ombudsman for Future Generations, Deputy Commissioner for Fundamental Rights, Hungary.

1. For the details see G Bándi, ‘Principles of EU Environmental Law Including (the Objective of) Sustainable Development’ in M Peeters and M Eliantonio (eds), *Research Handbook on EU Environmental Law* (Edwards Elgar 2020) 45-47.
2. *Ibid.*, 47.
3. A very recent one: A Donati, ‘The Precautionary Principle under European Union Law’ (2021) 4 *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 43-60. The Author sums up the reason in the abstract: ‘By acknowledging the flexible and complex nature of the precautionary principle in EU law, the purpose of this paper is to provide a polycentric interpretation of this principle based on diversity rather than uniformity’.
4. K Meßerschmidt, ‘COVID-19 legislation in the light of the precautionary principle’ (2020) 8.3 *The Theory and Practice of Legislation* 267-292.

It has always been a fascinating exercise to recapitulate those examples of the judicial practice and international or domestic documents which aim to put some flesh on the bones demonstrating the special value of the principle in environmental or sustainable development law. One might find several cases in the European jurisprudence (ECJ/CJEU), within which this principle is used as a strong argument. From among the most recent examples:

- ‘... in accordance with the precautionary principle enshrined in Article 191(2) TFEU, if, after examining the best scientific data available, there remains uncertainty as to whether or not a derogation will be detrimental to the maintenance or restoration of populations of an endangered species at a favourable conservation status, the Member State must refrain from granting or implementing that derogation.’⁵
- ‘... where it proves to be impossible to determine with certainty the existence or extent of the alleged risk because of the insufficiency, inconclusiveness or imprecision of the results of studies conducted, but the likelihood of real harm to the environment persists should the risk materialise, the precautionary principle justifies the adoption of restrictive measures, provided they are non-discriminatory and objective...’⁶
- ‘That principle entails that, where there is uncertainty as to the existence or extent of risks to human health, protective measures may be taken without having to wait until the reality and seriousness of those risks become fully apparent. Where it proves to be impossible to determine with certainty the existence or extent of the alleged risk because the results of studies conducted are inconclusive, but the likelihood of real harm to public health persists should the risk materialise, the precautionary principle justifies the adoption of restrictive measures ...’⁷

European integration law has always taken the lead in interpreting and employing this principle, as a kind of guide to orientate or as a light to follow through the jungle of implementing environmental legislation within the EU and Member States. No wonder why the first court decision dates back to those times when the principle could not even form an official part of the European legislation.⁸ To make the principle accepted as a part of Member State laws or even more jurisprudence might be an even greater challenge.

2 The road to our current status in Hungary

When it comes to environmental constitutionality in Hungary, we should have a look at the history of the country. The amendment of the Hungarian Constitution in 1989 was the one that inserted a human right to the environment in two different articles. Article 18 referenced a right to a healthy environment and Article 70/D, para 2 stipulated environmental protection as an instrument – beside healthy working conditions, management of health care system and ensuring regular physical training – for safeguarding the right to the highest level of mental and

5. Case C-674/17, ECLI:EU:C:2019:851 (*Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*), para 66.
 6. Case C-487/17 to C-489/17, ECLI:EU:C:2019:270 (*Verlezza and Others*), para 60.
 7. C-616/17, ECLI:EU:C:2019:800 (*Blaise and others*), para 43.
 8. See Case C-174/82, ECLI:EU:C:1983:213 (*Sandoz BV*).

physical health. Due to this general phrasing of environmental right, proper implementation necessitated interpretation, and the only legitimate interpreter of the Constitution was the Constitutional Court.

The cornerstone and in this area the first product of the Constitutional Court was Decision No 28/1994 (V.20),⁹ dealing with the decrease of nature conservation areas, also the degradation of natural values, opening up the chance for privatization of nature protection areas without giving any balancing obligations or limitations. The major argument stemmed from the environmental rights. According to the Court, the level of protection in the field of environment and nature conservation should not be curtailed, only if needed by the realization of other constitutional values or fundamental rights. This meant a clear balancing of similar levels of interests. The decision asserts that the right to a healthy environment constitutes a state responsibility undertaken by the establishment and maintenance of the specific system of institutions. The Court emphasized in III. 2. a) that '[t]he right to a healthy environment in its present form is not an individual fundamental right, nor merely a constitutional duty or state goal for which the State may freely choose any means of implementation whatsoever'. and stated in III.3: '... a distinct fundamental right exceedingly dominated and determined by its objective aspect of institutional protection. The right to a healthy environment raises the guarantees for the implementation of the state duties in the area of environmental protection, ... what the State ensures by the protection of individual rights elsewhere it must ensure in this case by providing **legal and institutional guarantees**'.

An equally important message of the decision is that '[t]he right to a healthy environment is unique in that its proper subjects could be identified as "mankind" and "nature"'. (III.3.a) This first judgement describes the **non-retrogression principle**: IV. 1. of the decision stipulates this minimum level of protection as follows: 'the state does not have the freedom to tolerate either the degradation, or the risk of degradation of the state of environment'. The best means to fulfill this aspiration is to use **preventive measures**: 'prevention has precedence over all other means to guarantee the right to a healthy environment [...] The enforcement of the right to a healthy environment by upholding the degree of protection also compels the State not to regress from preventive rules of protection to protection ensured by sanctions'. Non-retrogression (or according to the official translation: non-derogation) has also been mentioned in other parts of the decision. The implementation of the right to environment requires not only keeping the present level of protection, but also that the state should not take any step backwards.

Following this first pivotal decision, the Court had many other similar cases, such as eg, Decision No 106/2007. (XII. 20.) AB, where the Court took the **necessity/proportionality test** as a core issue, underlining that '3.2. ... the state should not make any steps backwards from the higher level of protection, except for in case of a significant constitutional justification. A significant constitutional justification might only be the protection of another fundamental right or the implementation

9. The whole decision in English may be found at the following website: <[http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/bd7d0855c0550a5bc1257ada0052749c/\\$FILE/en_0028_1994.pdf](http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/bd7d0855c0550a5bc1257ada0052749c/$FILE/en_0028_1994.pdf)>.

of another constitutional objective...'. Accordingly, the limitation of the right to environment might only be possible under exceptionally reasonable conditions, using the proportionality test. From the point of view of my current topic, prevention has been mentioned in several other decisions, but not as a primary problem, while precautionary principle has not really been raised.

In 2011 a new constitution was adopted – the '**Fundamental Law**' – encompassing an undeniably broader array of environmental references and significantly more encouraging theoretical foundations for the interest of the environment than before. Even in the preamble – or National Avowal – we may find substantive environmental elements: a heritage concept, covering man-made and natural assets and the direct reference to **future generations**. This is reinforced in 'Foundation' of the Fundamental Law in Article P: on the one hand, the message that natural resources and cultural assets 'shall form part of the nation's common heritage', and some details on responsibilities, namely 'the State and every person shall be obliged to protect, sustain and preserve them for future generations'.

Part D of the Fundamental Law (Freedom and Responsibility) is the human rights chapter. Those two articles, which cover environmental elements are very similar to the previous constitutional setting: Article XX is more indirect, connecting environment protection to public health, taking environmental protection as a tool of safeguarding public health, while Article XXI is the specific article on environmental rights: '(1) Hungary shall recognize and enforce the right of every person to a healthy environment.'

Thus, Fundamental Law, having undergone substantial changes, might be taken as an improvement of the previous constitution with respect to wider environmental interests and rights. Soon after its adoption the Constitutional Court in its Decision No 16/2015 (VI.5) AB reinforced its previous concept related to environmental rights, stressing that the Fundamental Law 'did not simply conserve the level of constitutional protection of the right to a healthy environment but includes much broader provisions than the Constitution' (110). The Court among others underlined the need for necessary guarantees which could have been drawn from Para 1 of Article P) to ensure that the level of protection of nature conservation provisions would not be curtailed. The already available level of protection should not be reduced (non-retrogression) but should rather be extended.

3 **Precautionary principle receiving constitutional status**

Precautionary principle as a feasible component of the constitutionality test related to the interpretation of environmental rights has first been mentioned in two subsequent decisions¹⁰ of the Constitutional Court in 2017, both connected with Natura 2000 protection. Being the first in the row, point 27. of Decision No 27/2017

10. Decision No 27/2017 (X. 25.) AB is not a success story due to its objective, but Decision No 28/2017 (X. 25.) AB proved to be successful, focusing on different issues, originated by the same legal problem. As the current paper is about precautionary principle, I only mention here that the biggest challenge of these decisions proved to be the clarification of the rights of future generations, opening up the box of the new provisions of Fundamental Law.

(X. 25.) AB is taken as the pioneer one, saying: ‘In accordance with the precautionary principle generally accepted in environmental law, the State must guarantee that the conditions of the environment are not derogated due to a particular measure ... based on the precautionary principle, the State shall secure that the condition of the environment does not deteriorate due to a specific measure’. But Decision No 28/2017 (X. 25.) AB goes even further, when listing the international references to the principle in point 75, from the Biodiversity Convention to the TFEU, and concluding that in case of legislation ‘the state shall verify that, based of scientific uncertainty, the deterioration of the state of environment definitely does not happen as a consequence of a particular measure’.

One year later the Court made one more step further in a new decision¹¹, encompassing several important elements of the interpretation of the right to environment, from the original non-retrogression principle to the interests of future generations and the precautionary principle. From among these three issues the rights of future generations are mentioned in the Fundamental Law, therefore it should be taken by the law as a constitutional requirement. However, in this decision the two other items could also achieve the constitutional status.

Even at the beginning of the decision, in point 13, following the reference to the interests of future generations, the Court underlines: ‘The responsibility resulting from the Fundamental Law towards future generations requires the legislator to assess and weigh the expected effects of its measures on the basis of scientific knowledge and in accordance with the precautionary and preventive principles’. In point 14 it is repeated, claiming that ‘not only the individual and common needs of the present generations should be weighed, but also securing the living conditions for future generations should be taken into account, and the assessment of the expected effects of individual decisions should be based on the current state of science, in accordance with the precautionary and preventive principles’.

In point 20 comes the verdict – which did not receive full support from the judges – granting constitutional status to the two above mentioned principles: ‘It means that in accordance with the case law of the Constitutional Court, the principle of non-derogation is now considered to originate directly from the Fundamental Law and it is connected equally to Article P) (1) and Article XXI (1) of the Fundamental Law. The Constitutional Court also points out in the context of non-derogation that in every case when the regulations on protecting the environment are modified, the precautionary principle and the principle of prevention should be taken into account by the legislator, ‘as the failure to protect the nature and the environment may induce irreversible processes’ {most recently: Decision 3223/2017 (IX. 25.) AB,

11. This is Decision No 13/2018 (IX. 4.) AB, adopted on the proposal of the President of the Republic, using the initiative of the ombudsman of future generations (deputy commissioner) – myself – in connection with drilling wells up to 80 meters depth without permission, changing the actual legal order in Hungary, which originally required an authorization. In point 13 it reads: ‘In the context of preserving natural resources for future generations, the present generation is bound to preserve the possibility of choice, to preserve the possibility of quality and to preserve the possibility of access.’ The whole decision is available in English: <<https://hunconcourt.hu/dontes/decision-13-2018-on-declaring-that-section-1-and-section-4-of-the-act-on-amending-with-respect-to-water-abstractions-the-act-lvii-of-1995-on-water-management>>.

Reasoning [27]}. ... Therefore, on the basis of the precautionary principle, when a regulation or measure may affect the state of the environment, the legislator should verify that the regulation is not a step-back and this way it does not cause any irreversible damage as the case may be, and it does not even provide any ground in principle for causing such damage.’ The Court also added that the precautionary principle should not necessarily be combined with the non-retrogression (her: non-derogation), but also as a stand-alone principle – ‘the legislator shall be constitutionally bound to weigh and to take into account in the decision-making the risks that may occur with a great probability of for sure’.

All those already mentioned items are combined in point 21: ‘the State should justify stepping back from the level of environmental protection already achieved, also with account to the precautionary principle, by comparing it to the enforcement of another fundamental right, with respect to necessity and proportionality’. In point 59 all these pieces are combined with the need to strategic thinking: ‘based on the precautionary and preventive principles, these strategies should be assessed with a particular weight as regards the protection of the elements that belong to the nation’s common heritage under Article P) (1) of the Fundamental Law’.

4 Consequences

While there are many opponents who misunderstand the real meaning of it¹², still precautionary principle is a very helpful tool against the market pressure and the misinterpreted concept of innovation and development. It has never been really used as an absolute ban on anything, but rather as extended vision of the ‘prevention is better than cure’. Here I do not go into the details of the principle, I would rather want to emphasize what are the new aspects of the principle as outcomes of the emerging practice of the Hungarian Constitutional Court:

- Precautionary principle has been a constitutional principle of EU law since the Maastricht Treaty. We should not forget that nearly twenty years ago the Court of First Instance has already held it as an ‘autonomous principle’ of Community law.¹³ Sooner or later this principle might and should have a constitutional status at the level of domestic law, even if it is not explicitly mentioned in the wording of the constitution, due to the same reasoning as it was mentioned in the above judgment.
- Among the several vital reasons behind this unavoidable special status of the principle, the need to develop the idea and likewise the practice of relying

12. Roger Scruton, the author of *Green Philosophy* (2011, Atlantic) is one of these opponents: ‘The astonishing fact is that, although nobody knows what the Precautionary Principle says, it has now become a doctrine of European law’ and ‘The Precautionary Principle clearly presents an obstacle to innovation and experiment’. See R Scruton, ‘The Cult of Precaution’ <<https://nationalinterest.org/article/the-cult-of-precaution-500>>.

13. *Artegodan* Case: Joined cases T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 and T-141/00. ECLI:EU:T:2002:283: ‘184. It follows that the precautionary principle can be defined as a general principle of Community law requiring the competent authorities to take appropriate measures to prevent specific potential risks to public health, safety and the environment, by giving precedence to the requirements related to the protection of those interests over economic interests. Since the Community institutions are responsible, in all their spheres of activity, for the protection of public health, safety and the environment, the precautionary principle can be regarded as an autonomous principle stemming from the abovementioned Treaty provisions.’

largely on environmental human rights has a paramount benefit. This again does not necessarily mean that such human right is explicitly mentioned as a constitutional provision or as a general legal requirement, it is enough to acknowledge it as part of the current legal thinking, as it is currently by no means the case.

- The idea of environmental human rights must definitely be extended to future generations, and this is why this principle has an exceptional value. In the view of the Hungarian Constitutional Court¹⁴ this encompasses – evidently using the arguments of academic writings on the problem of future generations¹⁵ – that '[33] ... the current generation has three major responsibilities: to preserve the option of choice, to preserve the quality and to provide access'.
- While the general European practice typically emphasizes that the adoption of restrictive measures of (governmental) institutions is justified by the principle, the other side of the coin should also be articulated, as it is the case in the practice of the Constitutional Court, namely the obligation of the (governmental) institutions to assess whether 'the deterioration of the state of environment definitely does not happen as a consequence of a particular measure'.
- The burden of proof is always assigned to the one whose actions, measures are assessed, and this should always be demonstrated by means of verification. How this should be done actually might be different on a case-by-case basis, but it is necessary to use scientific – even if uncertain – proof, evidence or at least using all relevant indicia.
- There is a certain combination of the precautionary principle with non-retrogression, as both are illustrating the extremes: precaution is the possible upper limit, while non-retrogression is the minimum threshold.

14. Decision No 28/2017 (X. 25.) AB.

15. See primarily EB Weiss, 'In Fairness to Future Generations and Sustainable Development' (1992) 8.1.2 *American University International Law Review* 19.

Struikelen bij stap 3 van de *Amsterdamse dakopbouw*

Leo Damen^{*}

1 Inleiding

Eind 2020 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven een prejudiciële vraag over het vertrouwensbeginsel gesteld aan het Hof van Justitie EU.¹ Die vraag luidt:

‘Verzet het Unierecht zich ertegen dat aan de hand van het nationaalrechtelijke vertrouwensbeginsel wordt beoordeeld of een nationaal bestuursorgaan in strijd met een Unierechtelijke bepaling vertrouwen heeft opgewekt en aldus naar nationaal recht onrechtmatig heeft gehandeld door niet de schade te vergoeden die de justitiabele als gevolg daarvan heeft geleden, indien de justitiabele zich niet met succes kan beroepen op het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel, omdat het gaat om een duidelijke Unierechtelijke bepaling?’

Anders gezegd, kan het – omwille van de gemeenschapstrouw restrictieve – Unierechtelijke vertrouwensbeginsel gemitigeerd worden toegepast door toekenning van schadevergoeding als sprake is van naar nationaal recht wel gerechtvaardigd vertrouwen?

De prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie zal ongetwijfeld pas worden gedaan na het verschijnen van deze vriendenbundel. Jan Jans zou tijdens zijn sterk op het Unierecht georiënteerde wetenschappelijke carrière waarschijnlijk zijn wetenschappelijke licht over deze uitspraak hebben laten schijnen. Dat licht zullen wij nu helaas moeten missen.²

Het is geen toeval dat deze prejudiciële vraag nu door het College wordt gesteld. Van gerechtvaardigd vertrouwen is naar Nederlands recht immers eerder sprake na de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake de *Amsterdamse dakop-*

* Prof. mr. dr. Leo J.A. Damen is emeritus hoogleraar bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen (RUG) en oud-collega van Jan Jans aan de Universiteit van Amsterdam en de RUG. Mijn dank gaat uit naar mr. Thom Groot voor zijn nuttige commentaar bij een eerder concept.

1. CBB 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:1045, AB 2021/152, m.nt. Ortlep (*jonge landbouwers*).
2. Misschien schijnt het licht van Jan op p. 229 van S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, vierde druk, Nijmegen: AAL 2017, waar een voorzet voor de prejudiciële vraag wordt gedaan. Die voorzet was al uitgebreider gedaan in J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, derde druk, Nijmegen: AAL 2011, p. 178.

bouw van 29 mei 2019.³ Het hierin neergelegde stappenplan wordt in beginsel ook gevolgd door het College.⁴

2 Vraagstelling

Na de *Amsterdamse dakopbouw* lukt het een vertrouwende burger (hierna ook: *vertrouwer*)⁵ niet vaak, maar soms⁶ toch wel om bij de bestuursrechter de stappen 1 en 2 van het stappenplan (toerekenbare toezegging?) succesvol te ‘doorlopen’. Dan is sprake van gerechtvaardigde verwachtingen.

Daarmee komt die *vertrouwer* verder dan voor de *Amsterdamse dakopbouw* doorgaans het geval was. Vervolgens struikelt hij echter bij stap 3 (de belangenafweging) regelmatig over een van de hordes die dan nog genomen moeten worden. Dan krijgt de *vertrouwer* geen honorering⁷ van zijn gerechtvaardigde verwachtingen. De eerste horde is de dwingendheid van de wet/het door een bestuursorgaan niet *contra legem* mogen beslissen. De tweede horde is het algemeen belang en/of derde-belangen. Daarbij speelt – naar zal blijken, in twee varianten – het *dispositievereiste* een rol: heeft een *vertrouwer* op basis van gerechtvaardigde verwachtingen anders gehandeld dan hij zonder die verwachtingen zou hebben gedaan en daardoor schade geleden? Dit brengt ons bij de centrale vraag:

3. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302, m.nt. Damen, JB 2019/124, m.nt. Albers, AA 2019/0999, m.nt. Marseille, De Graaf (*Amsterdamse dakopbouw*).
4. CBB 4 februari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:60, AB 2020/190, m.nt. Outhuijse, Waverij (mesttransporteur); CBB 3 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:786, AB 2021/18, m.nt. Damen (*fosfaatheffing*); CBB 8 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:585 (*energie-investeringsaftrek*).
5. In de literatuur vaak aangeduid als de ‘fidens’. Zo ook A-G Wattel in zijn conclusie van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896 (*Amsterdamse dakopbouw*); hierna: conclusie A-G Wattel. Wattel spreekt een enkele keer over de ‘verwachter’.
6. In ruim 20 van de honderden, door mij in de periode 29 mei 2019 tot medio juni 2021, gevonden uitspraken wordt stap 3 bereikt en zijn er dus gerechtvaardigde verwachtingen: ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1778, AB 2019/303, m.nt. Damen (*JVG/Zoetermeer*), ABRvS 5 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1832 (*Suit Supply*); ABRvS 10 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2339 (*parkeerterrein Aalten*); CRvB 31 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:4351, AB 2020/217, m.nt. Van Ravels, Kortmann (*verblijf buitenland*); CRvB 30 januari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:208, AB 2020/348, m.nt. Damen (*Turkse ingezetene*); ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1278, AB 2020/252, m.nt. Kortmann (*bergings Achikarspelen*); CRvB 20 februari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:387, AB 2020/350, m.nt. Damen (*AOW-jaren*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:953, AB 2020/302, m.nt. Groot (*Oost Gelre 1*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:956 (*Oost Gelre 2*); ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1128, AB 2020/271, m.nt. Van Ravels (*bedrijfswoning Westland*); ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1185, AB 2020/311, m.nt. Koenraad, TBR 2020/133, m.nt. Groot (*garage Chaam*); CRvB 28 mei 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1154, AB 2020/355, m.nt. Damen (*fout Wajong*); ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1362, TBR 2020/109, m.nt. Groot (*koken Almelo*); ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2175, AB 2021/43, m.nt. Nijmeijer (*arbeidsmigranten Waalwijk*); ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2385, AB 2020/402, m.nt. Nijmeijer (*Zorg Anders*); CBB 3 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:786, AB 2021/18, m.nt. Damen (*fosfaatheffing*); ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2606, AB 2021/61, m.nt. Bronsema (*voorziening Calamiteitenfonds*); CBB 17 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:852, AB 2021/19, m.nt. Damen (*winkelsluiting Hilversum*); CRvB 19 november 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2881, AB 2021/48, m.nt. Damen (*partieel uitreden*); CRvB 10 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3152, AB 2020/1132, m.nt. Damen (*Russische vrouw*); ABRvS 24 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:638 (*Enkhuizen*); CRvB 1 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:752 (*AOW-gerechtigde leeftijd*); CRvB 15 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:847, AB 2021/157, m.nt. Ortlep (*OVW-periodieken*), ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2021:1223 (*Hoogheemraadschap Rijnland*).
7. Ik gebruik honoreren en nakomen van gerechtvaardigde verwachtingen als equivalenten. De rechtspraak spreekt soms over ‘voldoen aan’.

Sukkelt de vertrouwende burger bij stap 3 van de *Amsterdamse dakopbouw* niet snel van de wal met gerechtvaardigde verwachtingen in de sloot met maximaal (enige) schadevergoeding?

Als hij eenmaal in de sloot met (enige) schadevergoeding ligt, dan zal er naar nationaal recht ook niet onrechtmatig zijn gehandeld door niet na te komen. Dan heeft de *vertrouwer* ook niets aan het eventuele groene licht uit Luxemburg.

3 **Volgorde van behandeling**

Ik zal eerst kort ingaan op het stappenplan van de *Amsterdamse dakopbouw*. Zie daarvoor paragraaf 4. Is sprake van een toerekenbare toezegging, dan is sprake van gerechtvaardigde verwachtingen. Geldt dan niet simpelweg: belofte maakt schuld? Moet dan niet eenvoudigweg worden nagekomen? Zie daarvoor paragraaf 5 en 6. In paragraaf 7 komt aan de orde hoe stap 3 van de *Amsterdamse dakopbouw* moet worden geïnterpreteerd en toegepast. Moeten gerechtvaardigde verwachtingen niet allereerst worden nagekomen? Zie paragraaf 8. Aan die nakoming kunnen zwaarder wegende belangen in de weg staan. In paragraaf 9 komt eventueel *contra legem* beslissen aan de orde. Kan er ook niet *contra legem* worden beslist, dan komt een afweging van enerzijds het belang van de vertrouwende burger en anderzijds het algemeen belang en de belangen van derden aan de orde. In paragraaf 10 en 11 zal blijken dat het dispositievereiste op verschillende momenten van de besluitvorming aan de orde kan komen. Bij handhavingszaken kan het net anders liggen: zie paragraaf 12. In paragraaf 13 ga ik in op dispositie en schadevergoeding als nakoming rechtens niet mogelijk is. In paragraaf 14 bespreek ik wanneer je een vertrouwende burger moet adviseren om snel te disponeren. Paragraaf 15 bevat enkele afrondende opmerkingen.

4 **Stappen 1 en 2 van de Amsterdamse dakopbouw**

In de *Amsterdamse dakopbouw* is door de Afdeling bestuursrechtspraak een 3 stappenplan ontwikkeld, kort samengevat:

Stap 1: is er een toezegging, dat wil zeggen een concrete, ondubbelzinnige standpuntbepaling?

Stap 2: zo ja, kan die toezegging worden toegerekend aan het bevoegde bestuursorgaan?

Stap 3: zo ja, dan zijn er gerechtvaardigde verwachtingen; moet dan nog een belangenafweging plaatsvinden?

De *Amsterdamse dakopbouw* kwam met het centraal stellen van het burgerperspectief in eerste instantie bij mij over als een *Umwertung aller Werte*. Oudere jurisprudentie en literatuur leken minder relevant geworden. In commentaren op de *Amsterdamse dakopbouw* werd echter al snel aangegeven dat de omwenteling misschien toch wel minder ingrijpend zou zijn dan het geval leek.⁸ Voor de beantwoording van de centrale vraag van deze bijdrage heb ik wel gekeken naar oudere jurisprudentie

8. C.L.G.F.H. Albers, 'Een frisse blik op het vertrouwensbeginsel', *Gst.* 2019/153.

en literatuur, maar uiteindelijk draait het er toch om wat er in de jurisprudentie is veranderd.

Na de *Amsterdamse dakopbouw* zijn in ruim twee jaar tijd honderden uitspraken over het vertrouwensbeginsel gedaan. Veruit de meeste burgers die zich beroepen op gewekt vertrouwen, sneuvelen al bij stap 1. Er is dan door het bestuur alleen algemene informatie verstrekt, de toezegging is onvoldoende concreet, de toezegging is geclausuleerd, de toezegging is onvoldoende bewezen of de burger rekent gewoon te veel naar zich toe etc.⁹

Bij stap 2 manifesteert zich de verruiming van de *Amsterdamse dakopbouw*, al ingezet in de *Overbetuwse paardenbak*¹⁰, het duidelijkst. Regelmatig doorloopt een burger wel met succes stap 2, terwijl hem dat vroeger vaak niet zou zijn gelukt.¹¹

Hierna ga ik uitsluitend in op gevallen waarin de stappen 1 en 2 wel succesvol zijn ‘doorlopen’ en de burger dus ‘gerechtvaardigde verwachtingen’ heeft. Wanneer moeten die worden nagekomen?

5 Belofte maakt toch schuld?

Volgens de Afdeling ‘kan’ indien stap 1 en stap 2 met succes zijn ‘doorlopen’, ‘een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel (...) worden gedaan’. Ook volgens de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven kan indien sprake is van een aan een bestuursorgaan toerekenbare toezegging, een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel worden gedaan. Dan is sprake van gerechtvaardigde verwachtingen.

Geldt dan niet simpelweg: belofte maakt schuld? Een man een man, een woord een woord? Moet niet gewoon worden nagekomen? Is honorering van een gerechtvaardigde verwachting niet op zichzelf een rechtens te beschermen en misschien zelfs doorslaggevend belang? Het *algemeen belang van een betrouwbare overheid*?¹²

6 Of maakt belofte soms toch geen schuld?

Voor een onverkort toepassen van ‘belofte maakt schuld’ pleit dat als door of namens een bestuursorgaan een toezegging wordt gedaan, degene die de toezegging doet (of laat doen), weet of behoort te weten welke ruimte bestaat voor het honoreren van die toezegging. Heeft een bestuursorgaan een gebonden bevoegdheid zonder beleidsvrijheid, dan behoort het geen toezegging te (laten) doen die alleen in strijd met de wet (als codificatie van het algemeen belang) kan worden gehonoreerd. Heeft een bestuursorgaan een bevoegdheid met beleidsvrijheid, dan behoort het geen toezegging te (laten) doen die alleen in strijd met het algemeen belang of ten koste van gerechtvaardigde belangen van derden kan worden gehonoreerd. Een bestuursorgaan moet zijn organisatie daarop inrichten.

9. Zie uitgebreider de annotaties van Groot in TBR 2020/133, Albers in JB 2020/134 en JB 2020/185 en Damen in AB 2021/44.

10. ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1946, AB 2017/425, m.nt. Sanders (*Overbetuwse paardenbak*).

11. In ABRvS 15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1639, TBR 2020/119, m.nt. Groot, ook vermeld in het Jaarverslag, Jurisprudentieoverzicht, 2020 van de Raad van State, p. 17 (*Proscopius*) moet de gemeenteraad rekening houden met een onbevoegd gedane toezegging van B en W.

12. Conclusie A-G Wattel, Bijlage 1, nr. 67. De betrouwbare overheid is tegenwoordig ook een belangrijk behoorlijkheids criterium van de Nationale ombudsman.

Ik herinner nog maar eens aan de volgende *vuistregel*¹³ voor bestuursorganen: BE1.1 vermijd dat uitvoerende functionarissen uit de losse pols al dan niet mondeling informatie geven over een ingewikkelde concrete rechtspositie; instrueer al je uitvoerende functionarissen en leer hen: vingers af van het toetsenbord en snaveltjes toe!

Deze normen worden – vanzelfsprekend – niet altijd nageleefd. In de praktijk worden dergelijke toezeggingen toch gedaan. Zeker nu de stappen 1 en 2 gemakkelijker door de *vertrouwer* kunnen worden ‘doorlopen’, worden bestuursorganen eerder geconfronteerd met gerechtvaardigde verwachtingen.

Waarschijnlijk mede daarom en omdat zij moeilijk alle casusposities kunnen overzien, hanteren bestuursrechters sinds de *Amsterdamse dakopbouw* in feite een variant op de aloude formule: gerechtvaardigde verwachtingen moeten zo enigszins mogelijk worden gehonoreerd. Het honoreren van de verwachtingen kan immers leiden tot een *contra legem*-beslissing of er kunnen zwaarder wegende algemene of private belangen aan in de weg staan.

7 Stap 3 in de *Amsterdamse dakopbouw*

De Afdeling formuleert het in de *Amsterdamse dakopbouw* inzake stap 3 zo:

Volgens A-G Wattel moeten bij gerechtvaardigd vertrouwen ‘eerder de betrokken belangen worden afgewogen. (A) Uit de uitspraak van de Afdeling van 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6882 volgt dat het vertrouwensbeginsel niet met zich brengt dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden gehonoreerd. (B) Daartoe is vereist dat bij afweging van de betrokken belangen, waarbij *het belang van degene bij wie de gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt zwaar weegt*, geen zwaarder wegende belangen aan het honoreren van de verwachtingen in de weg staan. Die zwaarder wegende belangen kunnen zijn gelegen in *strijd met de wet, het algemeen belang en meer specifiek, veel voorkomend in het omgevingsrecht, belangen van derden*. (...) (D) *Indien er zwaarder wegende belangen in de weg staan aan honorering van het gewekte vertrouwen kan voor het bestuursorgaan de verplichting ontstaan om de schade die er zonder het vertrouwen niet geweest zou zijn te vergoeden als onderdeel van diezelfde besluitvorming*’. [cursivering en belettering toegevoegd]

Mijn interpretatie was in mei 2019 dat het al dan niet gedisponeerd hebben zoals bedoeld in de laatste zin, pas aan de orde zou komen als ‘zwaarder wegende belangen’ in de weg staan aan honorering van gerechtvaardigde verwachtingen. Bestuursorganen moeten dan dus eerst een onverkorte nakoming overwegen, vervolgens toetsen aan de wet en een belangenafweging verrichten inzake het algemeen belang

13. Mijn vuistregels voor burgers, bestuursorganen en rechters zijn onder andere te vinden in: L.J.A. Damen, ‘Welke rol speelt het vertrouwensbeginsel bij de handhaving van het bestuursrecht?’, in: H.D. Tolsma & P. de Winter (red.), *De wisselwerking tussen recht en vertrouwen bij toezicht en handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 19-38, hier p. 32-36; L.J.A. Damen, *Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief, of raakt hij lost in translation?*, in: VAR-reeks 160, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 92-96.

en belangen van derden, met het oog op die mogelijke nakoming. Pas als nakoming rehtens niet mogelijk is, moeten zij kijken naar dispositie en schade. In die interpretatie was in de *Amsterdamse dakopbouw* sprake van de ‘exclusieve’ variant. Zie daarvoor paragraaf 11.

8 Nakoming van gerechtvaardigde verwachtingen

Werden na de *Amsterdamse dakopbouw* bestuursorganen regelmatig door de rechter verplicht tot onverkorte nakoming van gerechtvaardigde verwachtingen? Zoals in noot 6 aangegeven, bereikte slechts in ruim 20 door mij gevonden uitspraken de *vertrouwer* stap 3 en bestonden dus gerechtvaardigde verwachtingen. Slechts in enkele van die ruim 20 uitspraken werd het bestuursorgaan verplicht tot nakoming. Dat dan niet op de enkele grond dat belofte schuld maakt, maar pas na een belangenafweging.¹⁴ De nakoming leidde meestal tot een zuiver financiële, voor de *vertrouwer* gunstige, beschikking. In enkele gevallen werd schadevergoeding als alternatief aanvaard voor een nakoming die vergunningverlening zou impliceren.¹⁵ In geen enkele uitspraak werd een bestuursorgaan verplicht tot onverkorte nakoming in de vorm van vergunningverlening.

9 Toetsen aan de wet en contra legem beslissen

Volgens de *Amsterdamse dakopbouw* kunnen ‘zwaarder wegende belangen’ allereerst gelegen zijn in *strijd met de wet*. Als er geen beleidsvrijheid is, als het gaat om een gebonden bevoegdheid, komen we bij nakoming van gerechtvaardigde verwachtingen uit op *contra legem* beslissen. Dat kan (of kon?) relatief gemakkelijk in het financiële bestuursrecht.¹⁶

De Centrale Raad van Beroep leek echter een aversie tegen *contra legem* beslissen te hebben opgebouwd.¹⁷ Even leek er in 2018 meer ruimte.¹⁸ Na de *Amsterdamse dakopbouw* houdt de Raad de deur echter weer dicht.¹⁹

Een *vertrouwer* had op basis van een pensioenoverzicht de gerechtvaardigde verwachting dat de Sociale verzekeringsbank (Svb) uit zou gaan van meer pensioenjaren dan uiteindelijk gebeurt. Daarom had hij geen aanvullende pensioenvoorziening getroffen. Volgens de Raad moet het belang van de *vertrouwer* bij nakoming van deze toezegging worden afgewogen tegen het algemeen belang. Het ‘algemeen belang bij berekening van het AOW-pensioen van betrokkene volgens de wettelijke voorschriften’ legt, ‘mede in verband met het noodzakelijke evenwicht tussen pensioenbetaling en premieaf-

14. CBB 3 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:786, AB 2021/18, m.nt. Damen (*fosfaatheffing*); ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2606, AB 2021/61, m.nt. Bronsema (*voorziening Calamiteitenfonds*); CRvB 15 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:847, AB 2021/157, m.nt. Ortlep (*OVW-periodieken*).

15. ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2385, AB 2020/402, m.nt. Nijmeijer (*Zorg Anders*); CBB 17 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:852, AB 2021/19, m.nt. Damen (*winkelsluiting Hilversum*).

16. Zie voor een overzicht J.H. van Kreveld, ‘Doorbraakarresten’, in: Barkhuysen e.a., *AB Klassiek 2016*, nr. 5. Zie ook conclusie A-G Wattel, Bijlage 1, nr. 26 e.v.

17. Zie L.J.A. Damen, *Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief, of raakt hij lost in translation?*, in: VAR-reeks 160, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 75-77.

18. CRvB 23 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2624, AB 2018/397, m.nt. Damen (*verhaalde WGA-uitkering*).

19. CRvB 20 februari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:387, AB 2020/350, m.nt. Damen (*AOW-jaren*).

dracht, in dit geval meer gewicht in de schaal. Om die reden behoefde de SvB dan ook niet, *in strijd met de wet*, de korting op betrokkenes AOW-pensioen' achterwege te laten. [curs. toeg.]

Op de achterkant van een bierviltje berekend mist deze *vertrouwer* nu ongeveer een 1/8 van zijn AOW-uitkering, dus ruim € 100 per maand voor een samenwonende en ruim € 150 voor een alleenstaande. Voor de AOW-kas zijn dat pinda's, voor hem niet. 'In verband met het noodzakelijke evenwicht tussen pensioenbetaling en premieafdracht' kan volgens de Raad geen AOW-uitkering *contra legem* worden toegekend, ook al lijdt de *vertrouwer* dispositieschade. Burgers blijven zo nog steeds met de gebakken peren zitten.²⁰

Ik heb geen duidelijke uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak gevonden over een plicht tot nakoming van gerechtvaardigde verwachtingen *contra legem*.²¹ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven laat het belang van een correcte toepassing van de wet zwaar wegen.²²

10 **Wordt in de 'inclusieve' variant het gedisponeerd hebben 'ingeweven' in de belangenafweging?**

Volgens de *Amsterdamse dakopbouw* kunnen zwaarder wegende belangen zijn gelegen in drie criteria: *strijd met de wet*, *het algemeen belang en meer specifiek, veel voorkomend in het omgevingsrecht, belangen van derden*. Het is overigens opvallend dat latere uitspraken het eerste criterium, *strijd met de wet*, niet meer noemen, maar alleen het tweede en derde criterium: het algemeen belang en belangen van derden.

Is bij die belangenafweging relevant of de burger al heeft gedisponeerd? Volgens A-G Wattel is het gedisponeerd hebben niet doorslaggevend, maar wel relevant:

'Het gewicht van het belang van de *fidens* is groter naarmate hij in vergaande mate heeft gedisponeerd in goed vertrouwen op de (toerekenbare schijn van) toezegging en hij daardoor meer schade lijdt als zij niet wordt gehonoreerd, maar vergaande dispositie doet niet automatisch de balans doorslaan naar zijn belang. (...) Evenmin slaet automatisch de balans in zijn nadeel uit als hij niet of nauwelijks heeft gedisponeerd. Dispositie is op zichzelf niet vereist, zelfs niet als nakoming *contra legem* zou zijn (...), maar de afwezigheid ervan legt natuurlijk geen gewicht in de schaal waarin het belang van de *fidens* ligt.'²³

Wattel pleit dus voor wat ik hierna de 'inclusieve' variant noem: het al dan niet gedisponeerd hebben wordt 'ingeweven' in de belangenafweging inzake de *plicht tot nakoming*.

20. Beeld ontleend aan de conclusie van A-G Wattel.

21. Bij ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1128, AB 2020/271, m.nt. Van Ravels (*bedrijfswoning Westland*) lijkt daarvan wel sprake.

22. CBB 8 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:585 (*energie-investeringsaftrek*).

23. Conclusie A-G Wattel, Bijlage 1, nr. 23.

In zijn voetspoor overweegt de Centrale Raad van Beroep in de uitspraak waarin de Raad zich aansluit bij de *Amsterdamse dakopbouw*:

‘(A) Dat sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen betekent niet dat daaraan altijd moet worden voldaan. (B) Zwaarder wegende belangen, zoals *het algemeen belang of belangen van derden*, kunnen daaraan in de weg staan. (C) *Bij deze belangenafweging* kan ook een rol spelen of de betrokkene op basis van de gewekte verwachtingen handelingen heeft *verricht of nagelaten* als gevolg waarvan hij schade heeft geleden of nadeel heeft onderhouden.’²⁴

Hier wordt het al dan niet gedisponeerd hebben al *ingewezen* in de belangenafweging. Staan tegenover de – volgens de *Amsterdamse dakopbouw* op zichzelf al zwaarwegende – belangen van de *vertrouwer* nog zwaarder wegende andere belangen? En wegen die zwaarwegende belangen van de *vertrouwer* minder zwaar als hij niet heeft gedisponeerd? Ik noem dit de ‘*inclusieve*’ variant.²⁵

Ook buiten het financiële bestuursrecht komen we de ‘*inclusieve*’ variant tegen. Zo overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak in een zaak over het schrappen van een wijzigingsbevoegdheid in een bestemmingsplan ten koste van een *varkenshouder*:

‘(A) Dat sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen betekent niet dat daaraan altijd moet worden voldaan. (B) Zwaarder wegende belangen, zoals *het algemeen belang of de belangen van derden*’²⁶, kunnen daaraan in de weg staan. (C) *Bij deze belangenafweging* kan ook een rol spelen of de betrokkene op basis van de gewekte verwachtingen handelingen heeft *verricht of nagelaten* als gevolg waarvan hij schade heeft geleden of nadeel heeft ondervonden. De Afdeling merkt in dit verband op dat de wijzigingsbevoegdheid is geschrapt wegens een *zwaarwegend ruimtelijk belang*, namelijk het terugdringen van intensieve veehouderijen in dit gebied. Voorts heeft appellante *geen zienswijzen naar voren gebracht* tegen het schrappen van de wijzigingsbevoegdheid. Daarnaast was weliswaar in 2011 in principe medewerking aan de varkenshouderij door het college toegezegd, welke principemedewerking in 2016 nog eens is herbevestigd door het college, maar het had op de weg gelegen van appellante om na het verkrijgen van de principemedewerking nog een *aanvraag tot vaststelling van een wijzigingsplan in te dienen*.’²⁷

24. CRvB 31 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:4351, AB 2020/217, m.nt. Van Ravels, Kortmann (*verblijf buitenland*), cursivering en belettering toegevoegd.

25. Zo ook CRvB 20 februari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:387, AB 2020/350, m.nt. Damen (*AOW-jaren*); CRvB 28 mei 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1154, AB 2020/355, m.nt. Damen (*fout Wajong*); CRvB 19 november 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2881, AB 2021/48, m.nt. Damen (*partieel uitreden*); CRvB 10 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3152, AB 2020/132, m.nt. Damen (*Russische vrouw*); CRvB 15 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:847, AB 2021/157, m.nt. Ortlep (*OVW-periodieken*); CBB 3 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:786, AB 2021/18, m.nt. Damen (*fosfaatheffing*); CBB 8 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:585 (*energie-investeringsaftrek*).

26. Ook de Afdeling laat dus het eerste criterium, strijd met de wet, weg!

27. ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:953, AB 2020/302, m.nt. Groot (*Oost Gelre 1*), cursivering en belettering toegevoegd. Parallel: ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:956 (*Oost Gelre 2*). Zie ook ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1185, AB 2020/311, m.nt. Koenraad, TBR 2020/133, m.nt. Groot (*garage Chaam*); ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1362, TBR 2020/109, m.nt. Groot (*koken*

In de ene schaal van de weegschaal ligt dus een zwaarwegend ruimtelijk belang en in de andere schaal de nalatigheid van de varkenshouder. Wegens dit *nalaten* hoefden de gerechtvaardigde verwachtingen niet te worden gehonoreerd. Onduidelijk is hoe dit zou hebben gelegen als de varkenshouder wel zienswijzen naar voren had gebracht en wel een aanvraag had gedaan.

Inzake schadevergoeding overweegt de Afdeling:

‘Onder voornoemde omstandigheden was het college niet gehouden om als onderdeel van de besluitvorming tot vergoeding van schade over te gaan. Overigens heeft het college in het besluit op bezwaar en op de zitting aangegeven wel uit een oogpunt van *coulance* in enige tegemoetkoming van de door appellante gemaakte kosten te willen voorzien.’

De varkenshouder had kennelijk wel kosten gemaakt waaraan B en W ‘uit *coulance*’ wilden tegemoetkomen. Had appellante toch gedisponeerd en hoe dan, anders dan door nalaten?

Het dispositievereiste wordt hier al *ingeweven* in de belangenafweging inzake het al dan niet nakomen van gerechtvaardigde verwachtingen en komt dus niet pas aan bod bij een ingevolge de belangenafweging niet honoreren van de gerechtvaardigde verwachting.

Overzien we de ruim 20 relevante uitspraken, dan blijkt de ‘inclusieve’ variant dominant te zijn. Dan gaat het dispositievereiste dus al bij de vraag naar de nako- ming een rol spelen.

11 Een tweede jurisprudentielijn: de ‘exclusieve’ variant?

Anders is een – kortere – formulering van de Afdeling in de *Bedrijfswoning Westland* van drie weken na de *Varkenshouder*:

‘(A) Dat sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen betekent niet dat die altijd moeten worden nagekomen. (B) Zwaarder wegende belangen, zoals het algemeen belang of de belangen van derden, kunnen daaraan in de weg staan. In dit geval heeft het college zich op het standpunt gesteld dat het algemeen belang en belangen van derden in de weg staan aan het honoreren van het gewekte vertrouwen.’²⁸

Almelo); ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2175, AB 2021/43, m.nt. Nijmeijer (*arbeidsmigranten Waalwijk*).

28. ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1128, AB 2020/271, m.nt. Van Ravels (*bedrijfswoning Westland*), ook vermeld in het Jaarverslag 2020 van de Raad van State, Jurisprudentieoverzicht, p. 16, belettering toegevoegd; ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2385, AB 2020/402, m.nt. Nijmeijer (*Zorg Anders*); ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2606, AB 2021/61, m.nt. Bronsema (*uitkering Calamiteitenfonds*). In CBB 17 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:852, AB 2021/19, m.nt. Damen (*winkelsluiting Hilversum*) zien we ook de ‘exclusieve’ variant: kennelijk is bij de belangenafweging niet relevant dat betrokkene nauwelijks heeft gedisponeerd.

Hier ontbreekt vervolgens — net als in de *Amsterdamse dakopbouw* zelf! — de zin (C) over het gedisponeerd hebben. Pas bij de eventuele schadevergoeding rijst de vraag of de *vertrouwer* heeft gedisponeerd:

‘(D) Indien er zwaarder wegende belangen in de weg staan aan honorering van het gewekte vertrouwen kan voor het bestuursorgaan de verplichting ontstaan om de geleden schade te vergoeden als onderdeel van de besluitvorming.’ Dat appelland ‘schade heeft geleden acht de Afdeling dus zeer wel mogelijk. Gelet hierop had het college moeten onderzoeken of niet tegelijk met de afwijzing van de aanvraag ook aanleiding bestond mogelijke schade die appelland heeft geleden omdat hij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de juistheid van de door het college gedane toezegging.’

Hier wordt het dispositievereiste dus niet *ingeweven* in de belangenafweging inzake de nakoming van gerechtvaardigde verwachtingen: het algemeen belang en derdebelangen. Het komt pas aan bod na die belangenafweging. Ik noem dit de ‘*exclusieve*’ variant. Deze variant komt — na de *Amsterdamse dakopbouw* — maar in enkele uitspraken voor.

Het kan zijn dat de Afdeling met de ‘*inclusieve*’ en ‘*exclusieve*’ varianten geen verschillende benaderingen bedoelt. Dan is het ongelukkig dat de *Bedrijfswoning Westland* als belangrijk is gepresenteerd in het Jaarverslag 2020 van de Raad van State. Nog ongelukkiger zou het zijn als de Afdeling geen consistente formuleringen gebruikt.

Maar misschien vergis ik mij en is de Afdeling niet ‘stiekem’ overgestapt van de ‘*exclusieve*’ variant van de *Amsterdamse dakopbouw* en de *Bedrijfswoning Westland* op de ‘*inclusieve*’ variant van de *Varkenshouder*.

12 In handhavingszaken ligt het net weer even anders

Dat sprake is van twee jurisprudentielijnen is echter wel aannemelijk. Weer twee weken na de *Bedrijfswoning Westland* hanteert de Afdeling weer de ‘*inclusieve*’ variant in een procedure waarin een buurman eist dat handhavend wordt opgetreden tegen een zonder vergunning, maar op basis van gerechtvaardigde verwachtingen, gebouwde garage.²⁹ De Afdeling begint met de meest uitgebreide, de ‘*inclusieve*’ variant:

‘(A) Dat sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen betekent niet dat daaraan altijd moet worden voldaan. (B) Zwaarder wegende belangen, zoals het algemeen belang of de belangen van derden, kunnen daaraan in de weg staan. (C) Bij deze belangenafweging kan ook een rol spelen of de betrokkene op basis van de gewekte verwachtingen handelingen heeft verricht of nagelaten als gevolg waarvan hij schade heeft geleden of nadeel heeft ondervonden. (D) Indien er zwaarder wegende belangen in de weg staan aan honorering van het gewekte vertrouwen kan voor het bestuurs-

29. ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1185, AB 2020/311, m.nt. Koenraad, TBR 2020/133, m.nt. Groot (*garage Chaam*), belettering toegevoegd.

orgaan de verplichting ontstaan om de geleden schade te vergoeden als onderdeel van de besluitvorming.’ Tegenover het belang van de garage-eigenaar bij behoud van de garage staat het ‘algemeen belang bij handhaving van de geldende regels. Wettelijke regels over omgevingsvergunningplicht en het bestemmingsplan dienen te worden nageleefd. Daarmee is een goede ruimtelijke ordening gediend.’

De buurman heeft ook belang bij handhaving en zijn belang had door het college moeten worden betrokken bij de belangenafweging. Het algemeen belang en het belang van de buurman wegen zwaarder dan het belang van de garage-eigenaar bij behoud van de garage. Dus heeft ‘het college niet in redelijkheid van handhavend optreden (...) kunnen afzien’. Voor B en W kan bij handhaving jegens de garage-eigenaar de verplichting ontstaan om de te lijden schade te vergoeden als onderdeel van de besluitvorming.

Het gaat hier om een handhavingszaak. Dergelijke zaken hebben als bijzonderheid dat de overtreder altijd al gedisponeerd heeft. Anders was er geen overtreding. Dus belandt een bestuursorgaan automatisch in de ‘inclusieve’ variant.³⁰

13 Dispositie en schadevergoeding

Kunnen gerechtvaardigde verwachtingen niet worden nagekomen, dan komt in beide varianten schadevergoeding in beeld en vervolgens – *opnieuw* (‘inclusieve’ variant) of *ook* (‘exclusieve’ variant) – het dispositievereiste: heeft de burger op basis van gerechtvaardigde verwachtingen anders gehandeld dan hij zonder die verwachtingen zou hebben gedaan en heeft hij daardoor schade geleden?

Die schade is dan niet de uitkering of subsidie die een bestuursorgaan alsnog moet betalen, of de belasting die een burger alsnog moet betalen. De verschuldigdheid daarvan speelt in een eerdere fase, bij het al dan niet *contra legem* nakomen van gerechtvaardigde verwachtingen. Vergoeding van dispositieschade is dus wat anders dan het alsnog vaststellen van een financiële verplichting. Nakoming leidt bijvoorbeeld bij uitkeringen zoals de bijstand in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep over het verblijf in het buitenland³¹, wel tot hetzelfde resultaat als een latere schadevergoeding. Het moet bij dispositieschade voor de *vertrouwer* dus gaan om andere of extra uitgaven!

14 Wanneer moet je een vertrouwende burger adviseren om snel te disponeren?

In de ‘inclusieve’ variant speelt bij de belangenafweging een rol of de *vertrouwer* ‘op basis van de gewekte verwachtingen *handelingen* heeft *verricht of nagelaten* als gevolg waarvan hij schade heeft geleden of nadeel heeft ondervonden’.

30. ABRvS 5 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1832 (*Suit Supply*); ABRvS 10 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2339 (*parkeerterrein Aalten*); ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2175, AB 2021/43, m.nt. Nijmeijer (*arbeidsmigranten Waalwijk*). Anders lijkt ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1223 (*Hoogheemraadschap Rijnland*).

31. CRvB 31 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:4351, AB 2020/217, m.nt. Van Ravels, Kortmann (*verblijf buitenland*).

De Afdeling merkt in de uitspraak over de *Varkenshouder* op dat deze onvoldoende actie heeft ondernomen. Daarmee heeft hij zijn gerechtvaardigde verwachtingen verspeeld.³²

Je moet als *vertrouwer* die iets wil realiseren, dus *alert* en *assertief* zijn om je aanspraken in rechte intact te houden. Je moet niet stil gaan zitten. Anders ligt dit bij een *vertrouwer* die gerechtvaardigd groen licht heeft gekregen voor een activiteit, zoals het bouwen van een garage.³³ Die kan aan de slag gaan, maar wel met het risico dat er later toch gehandhaafd moet worden. Daarbij geldt dat wie handelt zonder een rechtens onaantastbare vergunning, op eigen risico handelt.³⁴ Verder rijst de vraag of een gerechtvaardigde verwachting dat geen vergunning nodig is, gelijk valt te stellen met een definitieve vergunning.

Altijd is nog relevant of de *vertrouwer* misschien niet beter toch nog een ‘heb-ik-het-goed-begrepen-brief’ had kunnen versturen.

Dit alles resulteert in de volgende *vuistregel voor burgers*:

BU8 vertrouw het openbaar bestuur niet lichtvaardig, maar wees alert, argwanend en assertief; dat verwacht de bestuursrechter ook van je.

15 Ter afronding

Al met al blijft het vanuit het – tegenwoordig populaire – (burger)perspectief van de *vertrouwer* wringen: waarom zou een bestuursorgaan dat gerechtvaardigde verwachtingen heeft gewekt, deze niet gewoon moeten honoreren? Waarom mag een bestuursorgaan loze beloftes (laten) doen? Voor een onverkort toepassen van ‘belofte maakt schuld’ pleit nog steeds dat als door of namens een bestuursorgaan een ‘toezegging’ wordt gedaan, degene die de toezegging doet (of laat doen), weet of behoort te weten welke ruimte bestaat voor het honoreren van die toezegging. Of gerechtvaardigde verwachtingen onverkort moeten worden gehonoreerd, hangt in de ‘inclusieve’ variant meteen al af van de belangenafweging. Dat resulteert in nakoming, schadevergoeding, nadeelcompensatie, een tegemoetkoming uit coulance of niets. Daarbij speelt het gedisponeerd hebben meteen al een rol. In de ‘exclusieve’ variant speelt het gedisponeerd hebben pas later een rol, namelijk bij de eventuele gehoudenheid tot schadevergoeding.

De centrale vraag van deze bijdrage is:

Sukkelt de vertrouwende burger bij stap 3 van de Amsterdamse dakopbouw niet snel van de wal met gerechtvaardigde verwachtingen in de sloot met maximaal (enige) schadevergoeding?

Het antwoord is: ja. Dat een bestuursorgaan gehouden is tot onverkorte nakoming van gerechtvaardigde verwachtingen, wordt maar uiterst zelden door de bestuursrechter aangenomen. Meestal struikelt de *vertrouwer* ook binnen stap 3 over het

32. ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:953, AB 2020/302, m.nt. Groot (*Oost Gelre 1*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:956 (*Oost Gelre 2*).

33. ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1185, AB 2020/311, m.nt. Koenraad, TBR 2020/133, m.nt. Groot (*garage Chaam*).

34. HR 29 april 1994, AB 1994/530, m.nt. Van der Burg, NJ 1997/396, m.nt. Scheltema (*GE/s-Gravenhage*). Daarover L.J.A. Damen, ‘Wie bouwt, die wint! of: Wie bouwt, is de pineut?’, in: RBA 1994-1995/4. Expliciet gevolgd in ABRvS 3 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE4854, AB 2003/306, m.nt. Schueler (*Waterland*).

niet *contra legem* hoeven beslissen, over het algemeen belang en/of over het belang van derden. Binnen de dominante ‘inclusieve’ variant weegt het gedisponeerd hebben meteen al zwaar mee in de belangenafweging over de nakoming. Ook al heeft hij gedisponeerd, dan nog weegt het belang van de *vertrouwer* niet erg zwaar en komt het maximaal tot enige schadevergoeding, soms zelfs alleen een tegemoetkoming uit *coulance*.

Het kan natuurlijk zijn dat de door mij besproken jurisprudentie een vertekend beeld geeft van de dagelijkse praktijk en dat bestuursorganen regelmatig gerechtvaardigde verwachtingen nakomen dan wel adequate schadevergoeding betalen. Over die dagelijkse praktijk kan empirisch onderzoek meer duidelijkheid bieden.³⁵

Blijkens de door mij gevonden jurisprudentie bereikt de *vertrouwer* die stap 3 van de *Amsterdamse dakopbouw* haalt, maar zelden nakoming van zijn gerechtvaardigde verwachtingen, en soms enige financiële compensatie. Vaak blijft de *vertrouwer* met de gebakken peren zitten.

35. Zie voornamelijk B.J. Schueller, ‘Tussen pech en onrecht’, in: K.J. de Graaf e.a. (red.), *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: Bju 2006, p. 205-219, hier p. 205-206, 219; L.J.A. Damen, ‘Is de staat een “geluksmachine”, een “pechdemper” of geen van beide?’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 3-28, hier p. 26-27; A.T. Marseille & G.J. Harryvan, ‘Afwikkeling van schadegechillen over overheidshandelen in de praktijk’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 49-69, hier p. 55, 58-59, 67; A.T. Marseille, ‘Nadeelcompensatieprocedures als lichtend voorbeeld voor schadeprocedures’, in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel), Den Haag: IBR 2014, p. 85-93.

Beginselen van publiekrecht I: proportionaliteit

Roel de Lange*

‘In Nederland gelden voortaan alleen billijke wetten’
Folkert Jensma, NRC 6 februari 2021

1 Inleiding

In het werk van Jan Jans heeft het proportionaliteitsbeginsel altijd een bijzondere plaats ingenomen. Hij wijdde er zijn oratie in Amsterdam aan – als hoogleraar milieurecht – en ook in andere publicaties was de aandacht voor dit belangrijke rechtsbeginsel nooit ver weg.

Binnen de taakverdeling die wij hanteerden tijdens het werk met Sacha Prechal en Rob Widdershoven aan *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* – de titel was een ingeving van Jan en de grap was natuurlijk dat VerLoren van Themaats *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen* in de loop van de tijd was uitgegroeid tot een vuistdik standaardwerk – lag onder andere het evenredigheidsbeginsel op ons bord. Veel inhoudelijk verschil van opvatting was er niet, maar ik was eerlijk gezegd altijd wel een beetje jaloers op Jans vermogen om een gedegen wetenschappelijk stuk te schrijven zonder al te veel voetnoten. Een zakelijke en directe stijl is in een leerboek altijd een verademing, en Jan was en is daar bijzonder goed in.

De laatste tijd staat ‘proportionaliteit’ weer sterk in de aandacht, maar niet altijd wordt gezien dat het in feite een beginsel is waaruit in het publiekrecht de meeste andere beginselen die de verhouding overheid-burger in een rechtsstaat beheersen, kunnen worden afgeleid. Een overheid die proportionaliteit hoog in het vaandel heeft zal sneller begrijpen dat er efficiënt met belastinggeld moet worden omgegaan, dat er zorgvuldig moet worden nagedacht over te nemen maatregelen, en dat die maatregelen ook aan de burger op een voor die burger begrijpelijke en overtuigende manier moeten worden uitgelegd.

2 Beginselen

Evenredigheid kan in de meest brede zin worden gezien als een algemeen beginsel van behoorlijk handelen. Het is zeker geen toeval dat Walter van Gerven over die beginselen een heel boek heeft geschreven, en daarnaast als advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de (toen nog) EG veel werk heeft verzet voor de verbreiding en verbreding ervan op het bijzondere terrein van het zich ontwikkelende EG-recht. Als beginsel van behoorlijk handelen heeft evenredigheid een ruime betekenis, maar het is zeker niet het enige beginsel dat bijdraagt aan beschaving. Ook de gematigdheid die Montesquieu bepleitte en die hij als de kern zag van een verlicht regeersysteem – *modération* – draagt bij aan beheersing en zelfbeheersing in de

* Roel de Lange is onderzoeker op het gebied van het staatsrecht, en emeritus hoogleraar Staatsrecht en vergelijkend staatsrecht.

onderlinge verhoudingen tussen mensen. En het is – niet alleen in Montesquieu's visie – een nuttige bijdrage aan tolerantie en politieke vrijheid. Daarnaast zou naar modern inzicht ook de zorgvuldigheid een centrale plaats moeten hebben in het rijtje van de algemene beginselen die voor de onderlinge verhoudingen tussen mensen van belang zijn.

3 Evenredigheid

De afgelopen decennia heeft evenredigheid in het publiekrecht een grote vlucht genomen, niet alleen in continentaal Europa maar ook in de *common law*. Was het een jaar of dertig geleden nog moeilijk voorstelbaar dat de Britse rechter veel betekenis zou toekennen aan het evenredigheidsbeginsel (*proportionality*), dat is inmiddels grondig veranderd. In het Amerikaanse recht is evenredigheid nog steeds geen dominant beginsel.¹ Binnen het ons nabije Europese continent daarentegen speelde het Duitse recht juist een voortrekkersrol waar het gaat om de evenredigheid. De geschiedenis van de *Verhältnismässigkeit* hoeft hier niet te worden verteld, maar in grote lijnen komt het erop neer dat in het moderne publiekrecht dat in de Duitse grondwet van 1949 is vormgegeven, en waarop het Duitse bestuursrecht voortbouwt, voor alle overheids machten de evenredigheid een centrale norm vormt. Of het nu gaat om wetgeving, belastingheffing, uitvoering van wetten of rechterlijke beoordeling van de grondwettigheid van overheidshandelen in het algemeen en van maatregelen waarbij grondrechten in het geding zijn in het bijzonder: steeds is proportionaliteit leidend.

Er is in dit verband weleens over de 'Abwägungsstaat' gesproken,² en door sommigen is daaraan de vrees gekoppeld dat het evenredigheidsbeginsel plaatsvervangend zou worden voor normale rechtstoepassing, in die zin dat steeds door alle rechtsvormers, rechtsuitvoerders en -toepassers, en geschilbeslechtsers een afweging van belangen zou dienen plaats te vinden. De 'normale' aanname dat die afweging in abstracto al door de regelgever had plaatsgevonden en dat bij een geschil over de toepassing van de norm alleen nog belangenafweging zou kunnen plaatsvinden in uitzonderlijke gevallen, zou dan in een Abwägungsstaat niet meer gelden. Dat kan in theorie leiden tot dystopische taferelen waarin onvoldoende waarborgen tegen grilligheid en willekeur bestaan. Een heerschappij van 'Generalklausel' waarvoor Franz Neumann vreesde, waarin geen rechtszekerheid bestaat en er geen houvast is aan duidelijke normen, of een 'Juristocracy' zoals Ran Hirschl die schetst, waarin duidelijke wetgeving is vervangen door een vlekkenpatroon van rechterlijke uitspraken die wel op afwegingen berusten maar ook onvoorspelbaar zijn: het zijn de vervalvormen van een Afwegingsstaat die bij tijd en wijle de kop opsteken als een moderne Behemoth, het inefficiënte opperhoofd van de zoogdieren in het Bijbelboek Job, en daarmee het zuster-monster van Leviathan (de koning van de vissen).³

1. Bernhard Schlink, 'Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?', *Duke Journal of Comparative & International Law* (22) 2012, afl. 2, p. 291.
2. Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Berlijn: Duncker & Humblot 1997.
3. In de King James-vertaling van de Bijbel is dat duidelijk: 'Behold now behemoth, which I made with thee; he eateth grass like an ox' (Job 40:15), en 'Canst thou draw out leviathan with a hook?' (Job 41:1).

4 Componenten van het proportionaliteitsbeginsel

De proportionaliteit van een bepaalde maatregel wordt zoals bekend beoordeeld aan de hand van een aantal elementen van de relatie tussen doel en middel: de maatregel moet effectief zijn, 'slank' als het voor de burger minst belastende van de mogelijke maatregelen, en voor de burger draaglijk. Waar het gaat om maatregelen die beogen toekomstige narigheid te voorkomen of de gevolgen daarvan te minimaliseren, zit in de proportionaliteitsbeoordeling ook een element van risico-inschatting. Een proportionaliteitsoordeel heeft dan betrekking op minimaal twee compleet verschillende elementen: a) de kans dat zich een bepaalde gebeurtenis voordoet en b) de omvang van de gevolgen van die gebeurtenis. Een juiste toepassing van het proportionaliteitsbeginsel veronderstelt daarom een correcte risico-inschatting, en dat is om een veelheid van redenen een complexe aangelegenheid. Of een bepaalde maatregel geschikt is en niet ingrijpender dan noodzakelijk, strikt noodzakelijk of absoluut noodzakelijk, kan slechts worden vastgesteld als zowel over de *waarschijnlijkheid* van een gebeurtenis als over de *gevolgen* van die gebeurtenis voldoende duidelijkheid bestaat.

5 Belemmeringen bij het vormen van een proportionaliteitsoordeel

Bij het vormen van een oordeel over de proportionaliteit van een overheidsmaatregel kunnen daarom verschillende – en verschillende soorten – hindernissen opduiken. Dat geldt zowel bij het formuleren van een norm (die aan de eisen van proportionaliteit moet voldoen) als bij het uitleggen en toepassen van een norm. Logischerwijs geldt het ook bij het vormen van een rechterlijk oordeel over de uitleg en toepassing van de norm.

Ik zou willen voorstellen die belemmeringen in drie soorten in te delen.

1. *Cognitieve belemmeringen*: onvermogen om van informatie kennis te nemen. De kennis is er wel, maar mensen luisteren niet, of niet goed genoeg. Er zijn extreme voorbeelden, zoals complotdenkers en andere bewoners van informatiele echokamers die niet of moeilijker kunnen deelnemen aan het collectief proces van besluitvorming op basis van rationele risico- en waarschijnlijkheidsbeoordelingen, maar ook meer algemeen is het lastig om voor overheidsbeleid altijd een stevige wetenschappelijke basis te vinden. Het helpt als er wetenschappelijke instituten en adviescolleges bestaan, maar er moet ook het vermogen en de bereidheid zijn om naar de adviezen te luisteren.
2. *Epistemische belemmeringen*: we weten eenvoudigweg niet genoeg. Ook de experts hebben niet altijd de toereikende kennis om een solide waarschijnlijkheidsinschatting of risico-waardering te kunnen uitvoeren. Hoe effectief kan een avondklok zijn om een pandemie te helpen bestrijden? In gevallen als deze duikt dan bijvoorbeeld de term 'symboolwetgeving' of 'symboolpolitiek' op: de politieke en psychologische intuïties van politici en andere beleidsmakers krijgen een plek in de besluitvorming en normontwikkeling. Uit het proportionaliteitsbeginsel vloeit in zulke gevallen voort dat de overheid er alles aan doet om de epistemische belemmeringen weg te werken, zodat wel een solide oordeel kan worden geveld.

3. *Normatieve belemmeringen*: op grond van morele of juridische normen kan een bepaald element van de beoordeling niet of niet makkelijk worden uitgevoerd, bijvoorbeeld omdat de ‘waarde’ van een mensenleven in het geding is.

Geen van deze belemmeringen is op zichzelf onoverkomelijk. Het is echter wel van belang ze tijdig te signaleren, en de processen van rechtsvorming en -toepassing zo in te richten dat er het maximale aan wordt gedaan om de belemmeringen weg te nemen.

6 **Afweging van belangen, weging van gezichtspunten, en moduleren**

Vaak wordt over proportionaliteit gesproken in termen van belangenafweging. Maar is dat helemaal terecht? Het gaat ook en misschien wel vaak over weging van gezichtspunten. En soms gaat het om moduleren: het vergelijken van gevallen, situaties of situatie-typen met gevallen, situaties of situatie-typen die daar dichtbij liggen maar niet identiek zijn. De weegschaal is altijd metaforisch. Uiteindelijk draait het om *argumenten* en om kennis die de argumenten fundeert en eventueel overtuigend maakt, zowel normatieve als empirische kennis.

In laatste instantie draait het bij alle normering om afwegingen. Maar ‘afweging’ is een begrip dat vaak misverstanden oproept omdat het suggereert dat er iets gewogen moet worden. En dan is de toekenning van een gewicht meteen lastig. Toekenning van een bepaald gewicht lijkt bovendien te prejudiciëren op een bepaalde uitkomst van de ‘afweging’. Zodra we echter de *gewichten* vervangen door *argumenten* verdwijnt een deel van de schijn van exactheid, en de pretentie van exactheid, om plaats te maken voor een retorische context waarin de overtuigingskracht van argumenten het centrale element vormt. En daarmee de erkenning dat er een marge van onzekerheid blijft, en dat er een dynamiek kan zijn die leidt tot andere maatschappelijke en juridische uitkomsten in een andere context. Die dynamiek kan zich zelfs al voordoen in het proces van toepassing van een rechtsnorm. Duitsers kunnen het zo mooi zeggen: er kan sprake zijn van een ‘zersetzte Allgemeinheit’ als dit proces leidt tot een ongewenste ongelijkheid in de rechtstoepassing. Tegelijkertijd moet echter worden erkend dat rechtstoepassing moeilijk iets anders kan zijn dan concretisering van een abstract voorschrift in een specifieke context. En de context geeft iets terug, zoals reeds Paul Scholten wist. *Ius in causa*, heette dat vroeger. Daarom kan men ook zeggen dat de *Allgemeinheit* niet ‘zersetzt’ wordt als zij ‘grundrechtspointillistisch’ – alweer zo’n fraai begrip – wordt ingekleurd, maar juist aangevuld met gezichtspunten die conform andere algemene beginselen relevant zijn.⁴

4. Deze opmerkingen richten zich tegen ‘afwegingssceptici’ die veelal niet hebben gezien wat de rijke mogelijkheden zijn die worden geboden door conforme interpretatie in al haar schakeringen en varianten, dus niet alleen conform hoger recht (EU, EVRM, grondwet) maar ook conform beginselen die formeel hoogstens gelijk in rang aan de wet kunnen zijn maar die wel de aansluiting tussen wetstekst en context kunnen vergemakkelijken.

7 **Noodzakelijk, strikt noodzakelijk, en absoluut noodzakelijk**

De drie maatstaven die het EVRM kent (in respectievelijk art. 8-11, 15, en 2) voor de noodzaak van een bepaalde maatregel van de overheid vormen gradaties op een glijdende schaal, maar staan daarmee nog niet zonder meer in een heldere verhouding tot elkaar. De artikelen 8-11 EVRM kennen de eis dat een maatregel ter bereiking van legitieme overheidsdoelstellingen ‘noodzakelijk’ is in een democratische samenleving. Artikel 15 EVRM spreekt over maatregelen die kunnen derogeren aan de verdragsverplichtingen, ‘dans la stricte mesure où la situation l’exige’, ‘to the extent strictly required by the exigencies of the situation’, ‘wanneer de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist’. En artikel 2 EVRM bepaalt dat verlies van een mensenleven niet in strijd is met het EVRM als het het gevolg is van (overheids)geweld dat ter bereiking van bepaalde specifiek in artikel 2 genoemde doelen ‘absoluut noodzakelijk’ is.

Ook hier bestaan glijdende schalen en nuances. In de rechtspraak op artikel 15 EVRM wordt wel waarde gehecht aan het onderscheid tussen ‘noodzakelijk’ en ‘strikt noodzakelijk’, omdat in noodsituaties maatregelen plegen te worden genomen die een veel ingrijpender karakter hebben dan onder normale omstandigheden en waarbij volgens de verdragsstaat juist niet meer altijd aan de eisen van het EVRM kan worden voldaan. Voor ingrijpender maatregelen, die een meer invasieve vrijheidsbeperking met zich meebrengen, is dan een strengere beoordelingsnorm van toepassing. En voor nog ingrijpender maatregelen, die tot het – onomkeerbare – verlies van mensenlevens kunnen leiden, is krachtens artikel 2 EVRM vereist dat ze absoluut noodzakelijk zijn. De rechtvaardiging hiervan ligt in de plaats die de bescherming van mensenlevens in de hiërarchie van fundamentele rechten inneemt. Dit brengt met zich mee dat niet kan worden volstaan met eenzelfde beoordelingsnorm, volgens het standaardschema dat dan als volgt zou luiden: omdat de nood situatie ingrijpend is, wordt de urgentie om op te treden groter, en de belangen die het overheidsoptreden rechtvaardigen zijn dan ook groter dan normaal. Het lijkt erop dat in de noodsituaties waarop artikel 15 EVRM het oog heeft de gebruikelijke glijdende schaal-benadering niet helemaal goed toepasbaar is. Indien – zoals artikel 15 EVRM het formuleert – het voortbestaan van het volk op het spel staat (er is een ‘public emergency threatening the life of the nation’, ‘danger public menaçant la vie de la nation’), mag van de overheid worden verwacht dat zij er alles aan doet om het gevaar af te wenden en de ondergang te voorkomen. Maar ook dan mag nog steeds van de overheid worden gevergd dat zij proportioneel handelt, en in die zin binnen de grenzen van het recht blijft.

Daarom is het logisch dat de staten die partij zijn bij het EVRM juist de overheden die zich op ‘noodtoestanden’ zouden willen beroepen zoveel mogelijk aan banden hebben willen leggen. In die zin kan men zeggen dat de formulering van artikel 2 EVRM en artikel 15 EVRM ook een symbolische component bevat.

Daaraan is uiteraard gekoppeld – ook in sommige grondwetten – dat bepaalde rechten altijd moeten worden gewaarborgd, ook in noodtoestanden. Niet aan alle rechten uit het EVRM mag door de nationale overheden worden gederogeed. Die lijn van denken wordt in grondwetten ook weleens verder verbreed, bijvoorbeeld door te verbieden dat in noodsituaties verkiezingen worden uitgesteld, of het parlement wordt ontbonden. De logica daarachter is een fundamenteel democratische:

juist in noodsituaties moet de executieve continu gecontroleerd kunnen worden door democratisch gelegitimeerde controleurs.

8 Noodrecht en flexibel crisismanagement

Het oude noodrecht, dat uitging van formele categorieën, is in de afgelopen decennia vervangen door ‘flexibel crisismanagement’, waarbij de hokjes vervangen zijn door glijdende schalen en maatwerk. Dit is makkelijker gezegd dan gedaan, zoals we tijdens de Covid-19-pandemie goed hebben kunnen zien. Deels omdat noodsituaties een mate van onvoorzienbaarheid kunnen hebben die improvisatie nodig maakt, zodat bijvoorbeeld de veiligheidsregio’s plotseling een centrale rol kunnen gaan spelen omdat gemeentelijk noodrecht te kleinschalig is en de Wet publieke gezondheid niet voldoende voorzag in anti-pandemie-maatregelen en de daarbij behorende (verdeling van) bevoegdheden. Steeds is echter leidend geweest dat alle noodmaatregelen en noodbevoegdheden een tijdelijk karakter moesten hebben. Ook die eis van tijdelijkheid is op zichzelf een logisch voortvloeisel uit het proportionaliteitsbeginsel. Daarnaast bleek bij de discussies over het scheppen en het uitoefenen van bevoegdheden op grond van de tijdelijke aanvullingen van de Wet publieke gezondheid dat ook bij andere elementen van de maatregelen steeds de proportionaliteitsvraag opdook. Zo was er in de Tweede Kamer flink wat aandacht voor de (mogelijke) effectiviteit van een avondklok, toen de regering met een voorstel kwam om de invoering daarvan mogelijk te maken. De eerste eis van proportionaliteit is immers dat alleen instrumenten mogen worden gebruikt die effectief kunnen zijn. Het is te hopen dat bij de beslissingen over mogelijke verlengingen van de noodmaatregelen ook steeds in termen van proportionaliteit zal worden nagedacht. Tijdelijkheid is op zichzelf een waarborg, maar een regering kan altijd menen dat aan bepaalde bevoegdheden langer behoefte is. ‘Goed’ noodrecht kan men willen behouden, en het zou niet de eerste keer zijn dat zich een Eifeltoren-effect voordoet. De beste reactie daarop is niet alleen formeel vasthouden aan tijdelijkheid, maar ook de inhoudelijke vraag stellen of de regering kan aantonen dat de verlengde bevoegdheden echt noodzakelijk (of strikt noodzakelijk) zijn.

De pandemie heeft aanleiding gegeven tot een discussie over ‘modernisering’ van het noodrecht. Ook bij die modernisering zal altijd het proportionaliteitsbeginsel centraal moeten staan.

9 Helpen ‘bright line rules’?

Men zou kunnen denken dat moeilijke afwegingsproblemen kunnen worden opgelost door het trekken van heldere scheidslijnen. Als duidelijk is dat een bepaald geval – of een bepaalde situatie, een verzameling omstandigheden – onder een bepaalde regel valt dan biedt de interpretatie van die regel de weg naar de oplossing van de rechtsvraag die in het betreffende geval aan de orde is. Dit klinkt heel plausibel, maar miskent dat ook de regel berust op afwegingen en risico-inschatten. Elke rechtsnorm is een reactie op onrecht en misstanden – kortweg: narigheid – in het verleden, of een anticipatie op narigheid in de toekomst, vaak in een poging om die toekomstige narigheid te voorkomen of de te verwachten schadelijke gevolgen ervan te verzachten. Dat betekent dat we elke rechtsnorm kunnen reconstrueren als een beslissing of een verzameling beslissingen die reageert op de kans

dat bepaalde gebeurtenissen zich gaan voordoen en de gevolgen die van die gebeurtenissen worden verwacht. Als de wetgever geacht kan worden de hiermee samenhangende afwegingen in alle volledigheid te hebben voltrokken dan betekent dat nog altijd niet dat uitleg en toepassing van de wet een automatisme kunnen zijn. Interpretatie van het wettelijk voorschrift is onvermijdelijk. En als bij die interpretatie blijkt dat er onduidelijkheden zijn van een omvang die suggereert dat de afweging door de wetgever wellicht niet volledig is geweest, dan is aanvullende afweging nodig. Bestuursorganen en rechters hebben hier een taak. De kindertoelagen-jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de uitvaardiging en handhaving van een aantal ‘coronamaatregelen’ – die laatste voor een deel in de vorm van nieuw noodrecht van de veiligheidsregiovoorzitters, en voor een deel in de vorm van regels die hun basis hebben in tijdelijke aanvullingen van de Wet publieke gezondheid – hebben aanleiding gegeven tot een nieuwe opleving van de aandacht voor proportionaliteit en de ‘menselijke maat’. Dat is mooi maar ook merkwaardig omdat bij nader inzien ook de Afdeling bestuursrechtspraak tot de conclusie kwam dat het niet nodig was om de harde lijn te volgen die jarenlang de Afdelingsjurisprudentie – veelal in de vorm van unus-uitspraken – heeft beheerst. Er was al die tijd al de noodzaak en de mogelijkheid voor de rechter om de vraag te stellen of de wetgever werkelijk bedoeld kon hebben dwingend de zware sancties op te doen leggen aan burgers die bij het aanvragen of ontvangen van toelagen een administratieve fout hadden gemaakt. En ook, om de vraag te stellen of de toepassing van de wet door de betreffende bestuursorganen en hun ambtenaren – met name de Dienst Toelagen van de Belastingdienst – wel echt uit de wet voortvloeide, of juist berustte op keuzes (en vooroordelen) van de betrokken ambtenaren. Ten aanzien van de ‘coronamaatregelen’ zal een grondige evaluatie nodig zijn, onder andere ten aanzien van de vraag waarom en in welke mate het instrumentarium van de Wet publieke gezondheid niet toereikend werd gevonden om de uitbraak van het coronavirus het hoofd te bieden, en of in dit opzicht iets te leren valt van buitenlandse waar in hoog tempo landelijke noodwetgeving tot stand kwam. Ook de verschillende proportionaliteitsvragen bij het scheppen en uitoefenen van de nieuwe bevoegdheden wachten nog op een nadere analyse.

10 Naar een toekomst met meer proportionaliteit

Voor rechtsstatelijkheid is proportionaliteit essentieel maar niet voldoende. Ook de institutionele inbedding moet adequaat zijn om proportionaliteit tot haar recht te laten komen. Naast permanente oriëntatie op proportionaliteit, is bij alle overheidsorganen een goede terugkoppeling vanuit bestuur en rechtspraak naar de wetgever noodzakelijk. Aan dat laatste schort zoals bekend nog wel het een en ander. Vanuit de rechtspraak wordt er al een aantal jaren met jaarverslagen en andere vormen van terugkoppeling al het nodige gedaan aan het informeren van de wetgever. Of daar aan de kant van de wetgever een open oor voor bestaat is nog niet helemaal zeker. Ook knelpunten die binnen bestuursorganen worden ervaren worden niet systematisch aan de wetgever teruggekoppeld.

De ‘nieuwe bestuurscultuur’ waarin de menselijke maat en de proportionaliteit centraal moeten staan zal nog heel wat voeten in de aarde hebben. Het zal zeker niet alleen van een meer dualistische verhouding tussen regering en parlement kunnen komen.

The ‘Do Not (Significantly) Harm’ Principle

Marco Onida*

1 Introduction

‘A green oath: “do not harm”’ is the title of one of the sections of the Communication of the European Commission of 11 December 2019 on the ‘European Green Deal’¹ (hereafter: EGD), the first of the six political priorities² of the Commission for the 2019-2024 term. It is part of Chapter 2.2 of the EGD ‘mainstreaming sustainability in all EU policies’, which follows the enumeration of the substantive proposals (Chapter 2.1) aimed at further developing EU policy and legislation in eight thematic areas.³ ‘Do not harm’ is generally known as a principle of international law, used to refer to the environmental responsibility of States towards other States.⁴ In the EGD, it is used to indicate coherence between the initiatives adopted under the umbrella of the environmental and climate agenda and ‘all other EU initiatives’. In other words, it focuses on the contribution of all EU actions and policies to the objectives of the EGD. That the environment is harmed by other policies and measures, including those of financial nature, such as investments in infrastructures or industrial installations, is well known. To counter this, the Commission refers in particular to the *ex-ante* assessment process of EU legislation to enhance the role of environmental considerations in new legislation.

This invites comparison with the ‘integration principle’⁵ enshrined in the EU Treaties⁶ and requiring that environmental protection is integrated in the definition and implementation of other policies or activities of the EU. However, the two concepts are not easily comparable. The integration principle is part of primary law, whereas the ‘do not harm’ principle is laid down in a Commission Communication⁷ and, as we will see in the next section, in secondary legislation. The integration principle lays down a positive obligation on the EU legislator to include environmental considerations in developing other policies, and does not require that

* Marco Onida, European Commission, DG Environment. The information and views set out in this article are those of the author and do not necessarily reflect the official opinion of the European Commission.

1. COM (2019) 640.
2. <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_en>.
3. Climate, energy supply and efficiency, mobility, industrial policy and circular economy, biodiversity, food system and ‘Zero pollution’.
4. Principle 21 of the Stockholm Declaration. P Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge 2003.
5. Art 11 TFUE and Art 37 CFREU.
6. The Single European Act first introduced it in 1986 (Art 130r, para 2, EC Treaty, last phrase: Environmental protection requirements shall be a component of the Community’s other policies).
7. Whether it can be considered a legal principle, it is also challenged. See A Sikora, *European Green Deal – legal and financial challenges of the climate change* (ERA Forum, 2020).

the environmental aspects necessarily prevail.⁸ The 'do not harm' rather implies that one or more 'harming' activities are identified, which can be policies of the EU but also of Member States, and are prevented or not implemented. Actually, the fact that the 'do not harm' principle is mentioned in Chapter 2.2 of the EGD seems to indicate that it was conceived to address measures of a financial nature rather than policies. Consistently, this principle has also been codified in secondary legislation as 'do no significant harm' (hereafter DNSH) by way of Regulation 2020/852 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, the so called 'Taxonomy' Regulation. The addition of 'significant' shows that a certain level of harm is accepted, and adds an element of judgment as to its interpretation.

This brief commentary addresses first how this concept was developed (Section 2) and subsequently how it started being used in practice (Sections 3 and 4).

2 The EU Taxonomy Regulation: background, development and current status

By Decision of 28 October 2016⁹, well before the EGD, the Commission had set up a 'High-Level Expert Group on Sustainable Finance in the context of the Capital Markets Union', with the main mandate to provide policy recommendations in order to facilitate the flow of public and private capital towards sustainable investments.

The final report of this High-Level Group, published on 31 January 2018¹⁰, clearly acknowledged that *the policies and/or their implementation record have been insufficient to ensure proper integration of natural capital risks and opportunities into financial decision-making. For the most part, other approaches, many of which have been destructive of natural capital, have dominated. On balance, policy signals predominantly reflect unsustainable economic approaches that deplete natural capital. The loss of biodiversity is the most alarming element in this context. The incorporation of natural capital risks and opportunities has not yet become standard practice in the financial sector, and destructive policies are still permitted and widespread. Financial institutions should ensure that, at the very least, they 'do no harm' and do not support companies that deplete natural capital.*

In a Communication of 8 March 2018 'Action Plan: financing sustainable growth'¹¹ the Commission took note of the report and announced a legislative proposal to develop an EU classification system (Taxonomy) providing clarity on which activities can be considered to be 'sustainable', meaning that they contribute to climate mitigation and adaptation and other environmental and social objectives. To this end, it set up a technical expert group (TEG). It also announced the intention to explore the use of EU Ecolabel framework for certain financial products, to be applied once the EU Taxonomy is adopted.¹²

8. Jan Jans, *European Environmental Law*, 3rd edition, 16.

9. C(2016) 6912.

10. <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/180131-sustainable-finance-final-report_en.pdf>.

11. COM (2018) 97.

12. For more information see <<https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/product-groups/432/documents>>.

A Regulation on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment was proposed by the Commission on 24 May 2018¹³, agreed politically by the Member States on 17 December 2019¹⁴ and finally approved by the co-legislators on 18 June 2020.¹⁵ This Regulation defines the DNSH principle in its Article 17¹⁶ ('significant harm to environmental objectives'). In order to establish whether an economic activity can be deemed environmentally sustainable, the activity shall pass a double test: a positive one (compliance with a set of criteria, meaning contributing to one or more of the six environmental objectives set out in Article 9 of the Regulation¹⁷; and a negative one, meaning that the economic activity must not significantly harm any of these environmental objectives. A list of 'harming criteria' is provided in Article 17 (for example, when the activity leads to significant greenhouse gas emissions or is detrimental to the conservation status of habitats and species). The EU Taxonomy Regulation entered into force on 12 July 2020. The technical screening criteria for determining under which conditions a specific economic activity qualifies as contributing substantially to the environmental objectives and whether it does not cause significant harm to one or more of these objectives are to be set via Delegated Acts, with a view to ensure their application by 1 January 2022 (for climate change mitigation and adaptation) and 1 January 2023

13. COM (2018) 353.

14. Council of the European Union, 14970/19.

15. Regulation (EU) of the European Parliament and of the Council No 2020/852, *OJL* 198, 22 June 2010, 13.

16. For the purposes of point (b) of Article 3, taking into account the life cycle of the products and services provided by an economic activity, including evidence from existing life-cycle assessments, that economic activity shall be considered to significantly harm:

(a) climate change mitigation, where that activity leads to significant greenhouse gas emissions;

(b) climate change adaptation, where that activity leads to an increased adverse impact of the current climate and the expected future climate, on the activity itself or on people, nature or assets;

(c) the sustainable use and protection of water and marine resources, where that activity is detrimental:

(i) to the good status or the good ecological potential of bodies of water, including surface water and groundwater; or

(ii) to the good environmental status of marine waters;

(d) the circular economy, including waste prevention and recycling, where:

(i) that activity leads to significant inefficiencies in the use of materials or in the direct or indirect use of natural resources such as non-renewable energy sources, raw materials, water and land at one or more stages of the life cycle of products, including in terms of durability, reparability, upgradability, reusability or recyclability of products;

(ii) that activity leads to a significant increase in the generation, incineration or disposal of waste, with the exception of the incineration of non-recyclable hazardous waste; or

(iii) the long-term disposal of waste may cause significant and long-term harm to the environment;

(e) pollution prevention and control, where that activity leads to a significant increase in the emissions of pollutants into air, water or land, as compared with the situation before the activity started;

or

(f) the protection and restoration of biodiversity and ecosystems, where that activity is:

(i) significantly detrimental to the good condition and resilience of ecosystems; or

(ii) detrimental to the conservation status of habitats and species, including those of Union interest.

2. When assessing an economic activity against the criteria set out in paragraph 1, both the environmental impact of the activity itself and the environmental impact of the products and services provided by that activity throughout their life cycle shall be taken into account, in particular by considering the production, use and end of life of those products and services.

17. Climate change mitigation and adaptation, sustainable use and protection of water and marine resources, transition to a circular economy, pollution prevention and control, protection and restoration of biodiversity and ecosystems.

(for water and marine resources, circular economy and pollution prevention and control and biodiversity and ecosystems).

The first Delegated Act, on climate mitigation and adaptation, was approved by the Commission on 4 June 2021 and it is currently (end June 2021) under scrutiny by the Council and the European Parliament.¹⁸

The DNSH concept is also to be found in Regulation (EU) 2019/2088 on sustainability-related disclosures in the financial services sector.¹⁹ This Regulation, adopted before the final approval of the EU Taxonomy Regulation, contains a definition of 'sustainable investment' which refers to environmental objectives including the 'do no significant harm' clause (in contrast to the EU Taxonomy Regulation, the Disclosures Regulation makes reference to environmental objectives in a more general way and only through examples). Recital 17 of this Regulation refers to the 'precautionary principle of do no significant harm'. The EU Taxonomy Regulation amended the Disclosures Regulation by inserting in it an obligation for the European Supervisory Authorities (ESAs) to develop, by 20 December 2020, draft technical standards to specify the details of the content and presentation of the information to be disclosed in relation to the DNSH principle. These drafts were published on 4 February 2021²⁰, the approval procedure is currently under way.

Once legally defined the DNSH, it was decided to use it also in other policy instruments of a financial nature. The first (but not the only²¹) case in point is Regulation (EU) 2021/241 establishing the Recovery and Resilience Facility²² (hereafter 'the RRF Regulation'), the funding instrument that will use almost 90% of the additional 750 billion euros to the 2021-2027 long-term budget to support investments and reforms aimed at making the Union's economy, heavily affected by the unprecedented impact of the COVID-19 pandemics, more resilient and environmentally sustainable.

3 Use of DNSH in the RRF Regulation

The RRF Facility will only support measures respecting the DNSH principle.²³ In practice, Member States wishing to receive a financial contribution must submit a Recovery and Resilience Plan (RRP) to the Commission containing, among other

18. Complex discussions are ongoing in relation to the Delegate Acts and beyond, including on how to consider investments in the fields of natural gas or nuclear energy. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1805>; see also S Honnefelder, G Chaillet, S Vanhoucke (European Parliament ECON Secretariat), Briefing PE 648.248 – May 2021.

19. *OJ L* 317, 9 December 2019, 1.

20. <<https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/three-european-supervisory-authorities-publish-final-report-and-draft-rts>>.

21. Other cases are Regulation (EU) 2021/523 of the European Parliament and the Council of 24 March 2021 (*OJ L* 107, 26 March 2021, 30) establishing the InvestEU Programme, that refers to 'sustainability proofing' and in this context calls on the Commission to develop technical guidance taking account of the DNSH (Art 8.6). This guidance was published on 14 April 2021 [C(2021)2632 final].

Another upcoming example is the Review of the Communication on important projects of common European interest (IPCEI), see <https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-ipcei_en>.

22. *OJ L* 57, 18 February 2021, 17.

23. Art 5(2) horizontal principles.

things, an explanation of how the RRP ensures that no measure for the implementation of reforms and investment included in it does significant harm to environmental objectives within the meaning of Article 17 of the EU Taxonomy Regulation.²⁴ Each and every reform and investment needs to be screened against the DNSH.²⁵ The Commission assesses the plan and verifies, among other things, the compliance with the DNSH. The Regulation provides that the Commission shall provide technical guidance to the Member States to that effect.²⁶

The technical guidance was issued by the Commission in the form of a notice²⁷ on 12 February 2021, the same date of approval of the RRF Regulation. These apply only to the DNSH assessment carried out in relation to the RRF Regulation and do not affect the implementation of the Taxonomy Regulation. The guidance notice reiterates the fact that the DNSH assessment must be done in relation to each measure and each reform. However, in case a measure has no or insignificant foreseeable impact on one or more environmental objectives, a simplified assessment in the form of a brief justification is considered sufficient (eg a reform that increases the protection of the self-employed).

The EU has decided that at least 30% of the Union's budget for the period 2021-2027 has to be spent for climate or other environmental purposes, and to this end a minimum percentage of climate and environmental spending has been inserted in each funding facility. For the RRF this is 37%. In order to measure the progress towards this target, a tracking system has been established, based on a coefficient (0%, 40%, or 100%) attributed to each measure according to its relative contribution to climate and or environmental objectives. If a measure is tracked as 100% supporting one of the six environmental objectives covered by the EU Taxonomy Regulation, it is automatically considered compliant with the DNSH for that objective. The coefficient, and the corresponding environmental objective, is indicated by the Member State but must be validated by the Commission. The Member State must still fulfil the DNSH test in relation to the other environmental objectives.

In addition, if a measure contributes significantly to one of the six environmental objectives covered by the EU Taxonomy Regulation, there is no need to demonstrate compliance with DNSH in relation to that (or those) environmental objectives. Conversely, compliance with applicable legislation, be it EU or national, is not necessarily sufficient to show compliance with DNSH principle, given that not all the objectives of Article 17 of the Taxonomy Regulation are covered by EU environmental legislation (an example is the degradation of ecosystems which are not covered by the Birds or Habitat Directive²⁸). Also the impact assessment pursuant

24. Art 18(d).

25. For the assessment of DNSH the Commission has only two rating options: A (if no measure within the RRP leads to significant harm of the environmental objectives), and C (if one or more measures lead to significant harm to the environmental objectives of the EU Taxonomy Regulation). Even a single C implies that the Commission cannot endorse the RRP.

26. Art 19.3, letter d.

27. Technical guidance on the application of 'do not significant harm' under the Recovery and Resilience Facility Regulation, C(2021) 1054.

28. <<https://ec.europa.eu/environment/nature/legislation/>>.

to EIA or SEA Directives²⁹ are not sufficient to demonstrate compliance with the DNSH, though they may constitute an indication of the absence of significant harm in relation to one or more objectives.

The impacts that must be assessed in relation to DNSH should refer to the whole life cycle (production, use, end of life) or the activity. Relevant are the direct (e.g. use of materials to build a new road) and the primary impacts (eg the increased emissions due to traffic on that road). Some measures are considered compliant with DNSH *ex officio* in relation to the climate mitigation objective (eg electrification of key sectors, provided this also leads to a greater capacity of generation from renewables at national level). In doing the assessment of the DNSH, a baseline 'no intervention' scenario must be considered, provided a 'technologically and economically feasible alternative with low environmental impact' exists. If however such alternative does not exist, then the benchmark would be the 'best available levels of environmental performance in the sector. Measures related to power and/or heat generation using fossil fuels are therefore generally not considered DNSH compliant. 'Limited exceptions' to be assessed on a case-by-case basis are mentioned in the natural gas sector, specifically for Member States which are still heavily dependent on coal, lignite or oil.³⁰

The compliance with DNSH is not just to be assessed once *ex ante* and separately from the design of the measure. Rather, DNSH should be integrated already in the draft phase of the measure, its milestones and targets. This seems to be essential to prevent the very frequent situation in relation to projects undergoing EIA procedures, where the EIA is seen as mandatory 'red tape' and everything is done to minimize its impact on the project, rather than to comply with the real philosophy of the EIA which is to help the project promoter and the permitting authority taking decisions in a fully informed way, thus accepting as 'normal' that a project proposal may need to be modified in light of the assessment and public participation procedure.

The guidance specifies that the technical screening criteria contained in the Delegated Acts under the Taxonomy Regulation, including those still in draft, can be referred to by Member States on a voluntary basis. To facilitate Member States' assessments and subsequent approval of the RRP, the technical guidance provides for a number of examples³¹ of measures in the field of energy efficiency, waste, transport and land irrigation, where hypothetical measures – including some that would not be considered compliant with the DNSH principle – are presented.

29. <https://ec.europa.eu/environment/eia/index_en.htm>.

30. Specific conditions are set out in Annex III to the notice.

31. Annex IV.

4 **The DNSH in the RRF in practice and first assessment**

The Commission has approved several RRFs (eleven by 30 June 2021). The Commission publishes³², along with its proposals for Council Implementing Decisions approving the plans, an analysis including each time a dedicated section to the DNSH. The assessment of the measures in relation to the DNSH principle is relatively short and relies largely on what the Member States communicated. Generally speaking, the Commission takes note of the fact that the proposed measures comply with the DNSH principle ('based on the information provided by the authority') either because they have no or insignificant foreseeable impact, or because they directly contribute to one of the environmental objectives (100% tracking coefficient or pursuant to the Taxonomy Regulation). Or, for measures of general or programmatic nature and that necessarily require calls for projects for their implementation, because it is ensured that the terms of reference will also comply with the DNSH principle, or in any case safeguard measures will be taken. For example, under the French 'Investment for the future programme', activities related to fossil fuels, waste landfills and incinerators will be excluded from the calls. The Italian investments in hydrogen will not involve natural gas. Member States seem to heavily rely on the criterion, expressed in the technical guidelines, that allows to adopt the best available levels of environmental performance in the sector. For example, Spain ensures compliance of its industrial policy component with DNSH by selecting projects that will generate GHG emissions at least below the relative benchmarks established for free allocation, whereas Austria uses the terms 'substantially below' the relevant ETS benchmarks.

In relation to the RRF Regulation, Member States appear to have benefited from a relatively large room for manoeuvre that allowed accommodation of most of the proposed measures. The fact that the definition of DNSH is quite general (and refers to 'significant' harm), and that the (more detailed) technical screening criteria that are to be contained in the Delegated Acts to the Taxonomy Regulation are not mandatory, has clearly played a role in this.

In several cases, Member States indicated an effort towards minimizing the environmental impact of the proposed measures, but they themselves set the 'benchmark'. For example, for its investments in energy renovation, Germany established that at least 70% of non-hazardous construction and demolition waste will be recycled or reused. For investments in alternative propulsion rail, hybrid locomotives will only represent one fifth of the measure in cost. Greek investments in motorways will be accompanied by flanking measures such as investments in alternative fuels infrastructures or road safety. Nationally-set thresholds are particularly the case where no legislation applies: for instance, French forests benefitting from funding will have to integrate biodiversity-related criteria in the management plans, but no precise indication of biodiversity targets are given.

32. <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility/recovery-and-resilience-plans-assessments_en>.

Despite it being stated that compliance with legislation is not *per se* sufficient to show compliance with DNSH, several Member States did refer to it. Examples are the Slovak investments in hydropower, which will comply with water, nature and EIA/SEA EU legislation and the Spanish investments in irrigation, which will comply with the Regulation on minimum requirements for water reuse.³³ After all, the pressure towards starting quickly to use the RRF facility is very strong on Members States and one has the impression that a strict implementation of the DNSH principle could have been perceived as discouraging.³⁴ It is therefore difficult to draw general conclusions on the implementation of the DSNH only in light of the RRF experience and it is advisable to wait until further evidence will become available.

Still, two more aspects should be noted. The DNSH applies to measures to be financed by the RRF. Nothing will prevent Member States to complement the investments supported by the RRF with other, more 'harming' investments, based solely on national resources, provided that these comply with EU and national environmental law. One country could invest in improving its waste collection and recycling infrastructure using the RRF, excluding incinerators from the measure, but could still decide to build incinerators and pay entirely for them.

Another issue, and that is likely to be relevant also in relation to other instruments relying on the DNSH principle, relates to the cumulative effect of projects on the environment. It may well be that individual measures and projects do no significant harm, while their overall effect over time could still lead to negative effects on the environment. For example, biomass-based energy installations could, cumulatively, lead to unsustainable level of forest harvesting at national or EU level.

Although the use of the DNSH in the RRF is only the first example of the use of such principle outside the Taxonomy Regulation, the way it is implemented will have an impact on further instruments that will make use of it (for example, the EU Regional and Cohesion Policy Funds, the EU Research Programme Horizon Europe) and also the way private finance will approach it once the Taxonomy Regulation will be fully operational. Time will bring more clarity on whether the DNSH makes a difference for the environment.

33. Reg 2020/742, *OJ L* 177, 5 June 2020, 32.

34. At the Environment Council meeting in March 2021 the Ministers of Czechia, Poland and Bulgaria openly criticised the 'constraints' of the DNSH principle: <<https://www.euractiv.com/section/climate-environment/news/czechs-lead-the-charge-against-eus-do-no-harm-green-criteria/>>.

Addressing legal barriers to sustainability in the European Union: About the relationship between the Integration and Attribution principles

Lorenzo Squintani*

1 Introduction

As well known, the concept of sustainability comes in various shapes and understandings in literature.¹ Although generally speaking all definitions turns around the three pillars structure of sustainability: planet, people, and profit (the three 'Ps'),² and the intergenerational equity that needs to be achieved when balancing these three 'Ps',³ the relationship among these constituting pillars has been the object of theoretical debates for decades.⁴ Even if further differentiations are known in literature, the concept of sustainability is mostly distinguished in *strong* (also called ecological) and *weak* (also called environmental) sustainability.⁵ While under the former approach, the 'P' of planet has focal point in this understanding, under the weak sustainability understanding, the three 'P' are placed on an equal footage,⁶ which means that the environmental protection pillar is more strongly pursued under the strong sustainability understanding than under the weak sustainability one.

From a legal perspective, the mostly widespread definition of sustainability derives from the Brundland Report stating: 'development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs'.⁷ The Brundland Report influenced the UN Conference on the Environment and Development held in Rio de Janeiro in 1992 and the therein established Rio

* Lorenzo Squintani, Former Ph.D. student of Jan Jans and Kars de Graaf; Professor of Energy Law, Faculty of Law, University of Groningen, l.squintani@rug.nl.

1. A Davison, 'Contesting sustainability in theory-practice: In praise of ambivalence' (2008) 22(2) *Journal of Media and Cultural Studies* 191.
2. D Gil-Doménech and J Berbegal-Mirabent, 'People, Planet, Profit', in Satinder Dhiman and Joan Marques (eds), *Handbook of Engaged Sustainability* (Springer 2018) 1.
3. J David, 'Epilogue: Voices of the Future for Sustainability' in T Cottier, Shaheez Lalani and C Siziba (eds), *Intergenerational Equity: Environmental and Cultural Concerns* (Brill Nijhoff, World Trade Institute Advanced Studies, Vol 4, 2019) 215; S Gaines, 'The Energy Revolution as Sustainable Development' in L Squintani and H H B Vedder with M Reese and B Vanheusden (eds), *Sustainable Energy United in Diversity: Challenges and Approaches in Energy Transition in the EU* (European Environmental Law Forum Book Series, Vol 1, 2014) 10.
4. E Neumayer, *Weak versus Strong Sustainability: Exploring the Limits of Two Opposing Paradigms* (4th edn, Edward Edgar Publishing Limited 2013) 1.
5. K Bosselmann, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance* (Ashgate Publishing Limited 2008) 68.
6. B Giddings, B Hopwood and G O'Brien, 'Environment, Economy and Society: Fitting them together into Sustainable Development' (2002) 10 *Sustainable Development Wiley InterScience* 187-196, offering for a graphical visualization of these two different approaches to sustainability.
7. Report of the World Commission on Environment and Development, *Our Common Future* (OUP 1987) (hereafter: Brundtland Report), 41.

Declaration which anchored sustainability to, most notably,⁸ Principle 3 stating that ‘[t]he right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations’. Later summits enriched the legal understanding of sustainability with the Millennium Development Goals, first, and the Sustainable Development Goals, nowadays.⁹

Turning to the European Union (EU), sustainability entered the EU constitutional framework with the Maastricht Treaty first, and was arguably brought more in line with the international understanding thereof with the Amsterdam Treaty.¹⁰ Nowadays, the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) refers to sustainable development in the Preamble, and, most relevantly from the perspective of this contribution, in combination with the principle of integration (Article 11 TFEU).¹¹ Although the legal relevance of this anchoring is debated in literature,¹² it shows that sustainability occupies a prominent place in the objectives of the European Union.¹³ Moreover, there are no doubts that the principle of integration plays an important role in the achievement of sustainability under EU law.¹⁴

Today, the European Green Deal¹⁵ poses even greater emphasis on the EU quest to a sustainable society, then seen so far. As further detailed out in another contribution,¹⁶ the European Green Deal is a comprehensive initiative aiming at reshaping the functioning of the European Union towards sustainable development. It is, however, centered on actions based on secondary law, without hinting at changes in the constitutional framework.¹⁷

This consideration leads to the question central to this contribution, namely the extent by which the EU constitutional framework stimulates or constrains the quest to sustainability as proposed in the EU Green Deal. Most notably, this contribution will address one aspect of the primary law framework which Jan Jans magisterially depicted in his work ‘Stop the Integration Principle’, the integration of environmental protection with other policy objectives.¹⁸ After a brief account of Jans’ work,

-
8. See also the relevance of Principle 4, embodying the integration principle: ‘In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it’.
 9. J Jendroška, M Reese and L Squintani, ‘Towards a New Legal Framework for Sustainability under the European Green Deal’ (2021) 19(1) *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 83-112.
 10. Jans and Vedder 2012:7. cf Jendroška 2020: 997.
 11. Sustainable development is also referred to in conjunction with the external action of the EU, Article 3(5) and 21(2)(f) TEU and it is also referred to in Article 37 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.
 12. Jendroška, Reese and Squintani, *supra*. See also L Kramer, *EU Environmental Law* (7th edn, London: Sweet and Maxwell 2011) 10-11.
 13. J H Jans and H H B Vedder, *European Environmental Law* (Groningen: Europa Law Publishing 2012), 11.
 14. Jendroška, Reese and Squintani, *supra*.
 15. Commission Communication: The European Green Deal, COM (2019) 640.
 16. Jendroška, Reese and Squintani, *supra*.
 17. *Ibidem*.
 18. J H Jans, ‘Stop the Integration Principle?’ (2011) *Fordham International Law Journal* 33, 3; Available at SSRN <<https://ssrn.com/abstract=1681323>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1681323>> last accessed June 2021.

I will discuss the relationship between the principle of integration and the principle of attribution and show by means of concrete examples that their relationship does not allow for the pursuing of sustainability, regardless of whether it is understood in terms of strong or weak sustainability.

2 Stop the Integration Principle?

Written in honor of Lord Slynn of Hadley,¹⁹ Jans used the technique that arguably characterizes his academic work the most, that of the ‘broad strokes’ to focus on the main components of a legal argument, without obfuscating it with too many details. After a concise but elucidative account of the history of the integration principle under the EU primary framework, Jans sets out the two main legal functions of this principle under EU law. First, under the *enabling* function,²⁰ which focuses on the power of the Union to undertake action, the integration principle interacts with the principle of attribution by empowering the EU to pursue environmental objectives in the context of non-environmental policy areas, such as in the context of the common commercial policy, internal market policy, and public procurement. Second, under the *guidance* function, focusing on the interpretation of the law, the integration principle requires to interpret EU law in the light of the environmental objectives of the TFEU, even with respect to areas outside the environmental field. Jans then continues enumerating the shortcomings of the integration principle, from lack of clarity and the lack of hierarchical priority, to potential lack of enforceability.

The reader is rapidly, but informatively, brought to the core of Jans’ argument, namely that the post-Lisbon proliferation of integration principles visible under Articles 7 to 12 of the TFEU,²¹ leads to a genuine melting pot: everything has to be taken into account with everything! In light of the dangers of such a ‘minestrone’, in which nothing is truly integrated with nothing, for the relevance of environmental protection under the Treaties, Jans concludes that the Lisbon Treaty can act as a Trojan horse, weakening or even downgrading environmental standards, thus leading to ‘reversed integration’.

The rest of this contribution will show that the same danger holds true also from the perspective of sustainability.

3 (Reverse) Integration and Attribution in light of Sustainability

A causal reader could consider the post-Lisbon minestrone a trigger to achieve sustainability, at least in its weak understanding. Indeed, it could be argued that by reverting the integration of environmental law into other policy areas to foster

19. Former President of the United Kingdom Environmental Law Association (UKELA), <<http://www.ukela.org/rte.asp?id=95>> last accessed June 2021 and Advocate General of the Court of Justice of the European Union.

20. G Winter, ‘Environmental Principles in Community Law’, in J H Jans (ed), *The European Convention and the Future of European Environmental Law* (Groningen: European Law Publishing 2003) 3.

21. With most importantly from the perspective of this contribution, with Article 7 stating that the Union shall ‘ensure consistency between its policies and activities, taking all of its objectives into account and in accordance with the principle of conferral of powers’.

the integration of ‘everything with everything else’, the equalitarian integration between the three ‘Ps’ postulated under the weak sustainability theories can be better achieved than when looking at EU law primarily from the perspective of environment protection. This section will show that this impression would be wrong. Reverse integration, as explained by Jans, actually means that nothing is truly integrated with nothing.

This truth becomes apparent when we consider that on the one hand, Article 11 TFEU does not ensure the embedment of strong sustainability under the EU constitutional framework. As discussed by Jans, Article 11 does not provide a clear standard to determine what the formula ‘must be integrated into’ actually means. To quote:

The integration principle is designed to ensure that protection of the environment is at least taken into consideration, even when commercial or other policy decisions are being made. However, the manner in which potential and actual conflicts between protection of the environment and, for example, how the functioning of the internal market should be resolved cannot be inferred from the integration principle as such.²²

From a legal perspective, this means that sustainable development can be pursued when adopting measures on a legal basis non focusing on environmental protection, as confirmed by the Court of Justice in, among others, Opinion 2/15.²³ Yet, Article 11 TFEU does not provide guidance as to the relevance that environment goals, and more broadly sustainable development, should have under such measures. Striking down a directive due to a breach of Article 11 TFEU, although not theoretically impossible, would require a manifest error of appraisal on the side of the EU legislature,²⁴ which has never occurred as to today. Article 11 TFEU does therefore fail to sustain both weak and strong sustainability.

On the other hand, as already stated elsewhere,²⁵ Article 7 TFEU makes the integration of all EU objectives, including sustainable development, conditional upon the fulfilment of the principle of attribution. Under Article 5(2) TEU, attribution means that the EU shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. This means that a legal basis under the Treaties is necessary for the EU to act and that the Union action based on a given legal basis shall be aiming at achieving the goals set out in that legal basis. The case law of the Court of Justice concerning this principle made abundantly clear that this requirements means that a Union act must mainly aim at attaining the EU goal enshrined in the chosen legal basis in

22. Jans, ‘Stop the Integration Principle?’, *supra*, 1542-3.

23. Opinion 2/15 on the Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore, of 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376, para 146.

24. Case C-341/95 (*Bettati/Safety Hi-Tech Srl*), [1998] ECR I-4355, para 53. See also Jans, ‘Stop the Integration Principle?’, *supra*, 1543.

25. L Squintani and B Vanheusden, ‘Reconciling Conflicting Values: A Call for Research on Instruments to Achieve Quasi-Sustainability’, in B Vanheusden and L Squintani (eds), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects* (Intersentia 2016) 385-394.

order to comply with the principle of attribution.²⁶ The goals indicated in a legal basis dictates the content of the act adopted thereupon.²⁷ Moreover, the theological interpretation approach followed by the Court of Justice also means that the aim pursued under the used legal basis also influences the interpretation of the content of the adopted act by the Court of Justice.²⁸

Accordingly, the principle of attribution creates a hierarchical relationship between the three 'P's of the sustainability paradigm. No such hierarchy is visible under the weak sustainability approach. Even under the strong sustainability approach, the hierarchical understanding of the relationship between the three 'P's places environmental protection on the top. Attribution, however, does not place environmental protection on the top, except for when the EU action is based on Article 192 TFEU, as shown in the following examples concerning the relationship between the enabling and guidance functions of the integration principle with the principle of attribution.

As regards the enabling function of the principle of integration in conjunction with the attribution principle, the Mercosur agreement, which is under negotiation at the moment of writing this contribution,²⁹ shows how the attribution principle can have counter beneficial effects on the integration of environmental protection in trade agreements. As extensively discussed by Krämer,³⁰ the sustainability development chapter in the text of the agreement as made available at the moment of writing this contribution³¹ can be considered a sort of window dressing exercise, without any substantive environmental content. Interestingly from the perspective of this contribution, this state of affairs can be seen as a consequence of the already mentioned Opinion 2/15 in which the Court of Justice concluded that trade agreements fall under the exclusive competences of the EU even when they include sustainability chapters, as long as such a chapter limits itself to mentioning existing international commitments and leave environmental protection to each agreement party.³² As we can see, even if the integration principle requires to integrate environmental concerns into trade agreements, the attribution principle actually allows, or even stimulates, to limit such integration to a window dressing exercise, by no means spurring a weak or strong understanding of the sustainability paradigm.

26. See eg Case C-300/89 (*Commission/Council of the European Communities*), ECLI:EU:C:1991:244 and Joined Cases C-164/97 and C-165/97 (*European Parliament/Council of the European Communities*), ECLI:EU:C:1999:99.

27. See eg Case C-376/98 (*Federal Republic of Germany/European Parliament and Council of the European Union*), ECLI:EU:C:2000:544.

28. See eg Joined Cases C-418/97 and C-419/97 (*ARCO Chemie*), ECLI:EU:C:2000:318, paras 39 and 40. See also the various contributions in M Peeters and M Eliantonio, *Research Handbook on EU Environmental Law* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2020), focusing on the Court of Justice approach to EU environmental law.

29. See Commission's site: <<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-mercosur-association-agreement/>> accessed June 2021.

30. I Krämer, 'A Lost Opportunity? The Environment and the EU – Mercosur Trade Agreement' (2021) *Journal for European Environmental & Planning Law* 18, 143-163.

31. European Commission site: <<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-mercosur-association-agreement/>> last accessed June 2021.

32. CJEU, Opinion 2/15 concerning the free trade agreement with Singapore, ECLI:EU:C:2017:376, para 166.

As regards the guidance function of the integration principle in conjunction with the attribution principle, two post-Lisbon examples about the meaning of Article 101 TFEU give proof of the fallacy of the EU constitutional framework when looked at from the perspective of sustainability. Without aiming at engaging with this complex subject matter to the extent it deserves,³³ Article 101 TFEU concerns the prohibition of agreements, decisions and concerted practices that by object or effect restrict competition. Breaches can however be justified if the conditions posed under Article 101(3) TFEU are met. In particular, this provision requires that a fair share of the benefits created by a breach of Article 101(1) TFEU shall be passed on to the consumers. In light of the integration principle, Article 101(3) TFEU can surely be interpreted so as to consider environmental benefits as benefits passed on to the consumers.³⁴ However, teleological interpretation in light of the attribution principle and the economic interest centric nature of competition law restricts the room of interpretation available in this regard.

In its guidance document about these provisions, the European Commission states that the net effect of the agreement must at least be neutral from the point of view of those consumers *directly* or *likely* affected by the agreement.³⁵ In light of this guidance, the Dutch Competition Authority, where Jan Jans served as member of the (external) Advisory Committee on Objection for many years, remained close to the economic centric goal of competition law in its decision concerning an agreement between farmers, butchers, and supermarkets aiming at ensuring that as by 2020 consumers could only purchase ‘more’ sustainably produced chicken meat – at a higher price – than that sold on the Dutch market at the moment of the agreement.³⁶ After a series of economic considerations, the Dutch Competition Authority concluded that the benefits achieved by the agreement were not sufficiently passed on to the consumers and thus that the breach of Article 101(1) TFEU was not justified under Article 101(3) TFEU. Similarly, the Dutch Competition Authority concluded that an agreement aiming at the closure of five coal fired power plants in the Netherlands, aiming at reducing CO₂ emissions from this country, breached Article 101(1) TFEU and was not justified under Article 101(3) TFEU as the climate benefits were not sufficiently passed on to those consumers directly or likely affected by the agreement.³⁷

33. For more systematic work see, most notably, H Vedder, *Competition Law and Environmental Protection in Europe; Towards Sustainability?* (Groningen: Europa Law Publishing 2003).

34. As occurred eg in Commission Decision 2000/475/EC relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (CECED Decision) [2000] OJ L 187/47.

35. Commission Communication Notice Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (Commission Guidelines) [2004] OJ C 101/97.

36. Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) 13.0195.66 Sustainability Arrangements concerning the ‘Chicken of Tomorrow’ (*Chicken of Tomorrow* Case) (ref: ACM/DM/2014/206028).

37. Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM), Notitie ACM over sluiting 5 kolencentrales in SER Energieakkoord, September 2013, available at <<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord>> last accessed June 2021.

4 **Conclusions**

Jan Jans greatly contributed to the understanding of the legal meaning of many EU environmental law concepts, including the integration principle. His contribution ‘Stop the Integration Principle’ brought to the forefront the potential shortcomings introduced with the Lisbon Treaty and the addition of several ‘integration principles’ into the EU constitutional framework for the protection of the environment in Europe.

This contribution underlines how the integration principle, as such, and in combination with the principle of attribution, fails to support the EU quest towards sustainability, fully. The concrete examples provided in this contribution have indicated how the principle of attribution can affect both the enabling function and the guidance function of the integration principle. Accordingly, it is imperative to discuss about the need of amending the Treaties so as to support sustainability, truly. Without a proper primary law framework, reforms and efforts undertaken by means of secondary law, such as those envisaged under the European Green Deal, run the risk of not being able to achieve sustainability, regardless of whether it is understood in terms of weak or strong sustainability. The content of the EU action, as shown by the Mercosur agreement example, or the interpretation of the action, as shown by the competition law examples from the Netherlands, could indeed see a legal, yet insufficient integration of environmental protection into the adopted actions.

To quote the Stop-the-Integration-Principle article one last time: ‘That is a rather sad conclusion’.

On a personal note, it is equally sad to know that my academic father has retired. Last year, also due to the Corona crisis and related lockdowns, we barely saw each other despite working at the same faculty and sharing so many common academic interests. Yet, it always comforted me the knowledge that I could (digitally) ‘walk’ into his ‘room’, as I did so many times during my Ph.D., to ask for advice. I will never thank him enough for all the support he gave me over the last 13 years. It has been an honor and a privilege to work with him! It is a responsibility to keep up with his academic legacy.

OMGEVING

Van Wet milieubeheer naar Omgevingswet als implementatiekader voor Europese milieuwetgeving: implementeren moet je leren

Marlon Boeve en Rosa Uylenburg*

1 Inleiding

Het EU-milieurecht verschilt naar haar aard van het Nederlandse milieurecht. Dat is alleen al zo omdat het EU-recht een andere functie heeft dan het nationale recht. Het is immers bedoeld om in 27 rechtstelsels te werken. Het EU-milieurecht beoogt bovendien ook niet een samenhangend totaalstelsel te zijn en is daarom gefragmenteerd. Ten slotte zijn er de vele verschillen in vorm en inhoud.

Het EU-milieurecht moet worden omgezet in (als het gaat om richtlijnen) of toegepast en aangesloten bij (verordeningen) het nationale recht. Door de verschillen is dat vaak een lastige klus, waarbij steeds weer de vraag opkomt welke wijze van omzetting van EU-milieuwetgeving het minste afbreuk doet aan de kwaliteit van de nationale wetgeving en hoe ervoor gezorgd kan worden dat de wetten uitvoerbaar blijven voor de rechtspraak. Op dit punt is in het verleden veel onderzoek gedaan.¹ Een van de vragen die dan steeds opkomt is of het voor een succesvolle implementatie voordelig is om op nationaal niveau te kiezen voor een integrale regeling van milieuthema's (denk aan de Wet milieubeheer en de Omgevingswet) dan wel of het beter is te kiezen voor een regeling die dezelfde omvang heeft als de Europese regeling die omgezet moet worden. Een gevolg van deze laatste aanpak is dat voor sommige 'Europese thema's' voor een sectorale regeling wordt gekozen.

In deze korte bijdrage voor het boek voor Jan willen wij in aanvulling op een artikel waaraan we beiden in 2010 een bijdrage leverden² een paar opmerkingen maken over de Omgevingswet als implementatiekader voor EU-milieuwetgeving.

* Marlon Boeve is universitair docent omgevingsrecht bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law, Universiteit Utrecht. Rosa Uylenburg is staatsraad van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en gast-hoogleraar milieurecht, in het bijzonder natuurbeschermingsrecht bij de Universiteit van Amsterdam.

De ondertitel is ontleend aan een Sinterklaasgedicht van Marius Aalders, oud-collega van het Centrum voor Milieurecht.

1. Zie o.a. B.M. Veltkamp, *Implementatie van EG-Milieurichtlijnen in Nederland* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998; B.A. Beijen, *De kwaliteit van milieurichtlijnen. Europese wetgeving als oorzaak van implementatieproblemen* (diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2010; A. van den Brink & A. Prechal, *Methoden van omzetting van EU-recht in Nederland*, rapport aan de Raad van State, Den Haag 2011.
2. R. Uylenburg e.a., 'De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving', *MenR* 2010, afl. 7, p. 418-424.

2 **Wat is beoogd met de Omgevingswet als het gaat om het implementeren van EU-wetgeving?**

Bij het ontwerpen van de Omgevingswet is nauw aangesloten bij de Europese milieuwetgeving. In de memorie van toelichting is aangegeven dat de systematiek van de wet is ontleend aan het EU-recht.³ Daarmee wordt gedoeld op de algemene ordening, of meer bijzonder de 'beleidscyclus', die kan worden afgeleid uit de gemeenschappelijke kenmerken van EU-richtlijnen op het terrein van onder meer milieu, water en natuur. Ook zijn de inhoudelijke definities en instrumenten uit het EU-recht als uitgangspunt genomen.⁴ De Europese regelgeving is dus niet in aparte sectorale hoofdstukken van de Omgevingswet geïmplementeerd, maar er is gekozen voor een integrale benadering. Door het volgen van de EU-systematiek in de Omgevingswet, zou eenvoudiger kunnen worden voldaan aan verplichtingen uit de toepasselijke richtlijnen. Daarbij geldt, gelijk het huidige recht, als uitgangspunt dat 'niets anders of meer wordt vastgelegd dan wat de EU-richtlijn voorschrijft, tenzij daarvoor na afweging van alle belangen aanleiding is'.⁵ Het volgen van de Europese systematiek betekent dat ook nationale regels en procedures die niet onder het EU-recht vallen, worden gemodelleerd naar het Europese recht. Hiermee is beoogd een vereenvoudiging te bewerkstelligen; er is dan geen apart instrumentarium voor Europese en voor nationale doelen.⁶

In de adviezen bij het ontwerp van het nieuwe stelsel (2012) en bij het wetsvoorstel (2014) onderschreef de Raad van State de wenselijkheid van aansluiting bij de terminologie van de Europese wetgeving, omdat dit de toepassing en naleving van het EU-recht in de Nederlandse rechtsorde vereenvoudigt. Tegelijkertijd wees de Raad van State erop dat ook het Europese recht niet altijd eenduidig is in de toepassing van definities en rechtsfiguren en een naar het EU-recht gestructureerde Omgevingswet die ook niet zonder meer eenduidiger is dan het huidige recht.⁷ Beijen benadrukte in dit verband dat aansluiting bij het EU-recht ook geen garanties voor de toekomst biedt; of begrippen en instrumenten van nieuwe of aangepaste richtlijnen zullen aansluiten moet immers worden afgewacht.⁸

3 **Wat hebben we geleerd van de implementatie van EU-wetgeving in de Wet milieubeheer?**

De ervaringen met de implementatie van EU-milieuwetgeving in de Wet milieubeheer zijn in 2009, dus vlak voor de inwerkingtreding van de Wabo en bij de start van de voorbereiding van de Omgevingswet onderzocht.⁹ Dat onderzoek was mede

3. *Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 34.*

4. *Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 59 e.v.*

5. *Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 35.*

6. *Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 34.*

7. Advies Raad van State inzake Stelselwijziging omgevingsrecht, bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12, 33118, nr. 3, p. 27.*

8. B.A. Beijen, 'De Omgevingswet in Europeesrechtelijk perspectief', *Regelmaat* 2012, afl. 6, p. 363.

9. E.M. Voegelzang-Stoute e.a., *De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving. Een verkennende studie naar mogelijkheden en knelpunten voor een correctie implementatie*, STEM-publicatie, december 2009.

gebaseerd op de ervaringen met de implementatie in vier concrete projecten.¹⁰ Die ervaringen zijn opgetekend in interviews met telkens een wetgevings- en een beleidsjurist die bij dat implementatieproject betrokken waren.

Uit de interviews kwam als algemeen beeld naar voren dat de Wet milieubeheer een gewillig vehikel is voor implementatie van EU-milieurichtlijnen. Reden daarvoor is het zogenaamde aanbouwkarakter van die wet. Voor nieuwe thema's kon in veel gevallen een (gereserveerd) hoofdstuk of onderdeel daarvan worden ingevuld.¹¹ Regelingen die juist meer aansluiten bij de meer integrale onderdelen van de Wet milieubeheer, konden in die onderdelen worden verwerkt.¹² Voor bijna elke EU-regeling kan wel een plekje gevonden worden in de Wet milieubeheer, waarbij overigens wel in de interviews werd aangegeven dat de structuur van de Wet milieubeheer daarmee steeds meer ging lijken op een ballenbak.¹³

Een ander algemeen beeld dat we in dat onderzoek kregen was dat de keuze voor strikt implementeren, dat wil zeggen het vermijden van nationale koppen, sterk bepalend is geweest voor de implementatie van EU-milieuwetgeving in de Wet milieubeheer. Voor de implementatie van EU-wetgeving kan het soms – bijvoorbeeld met het oog op de vereenvoudiging van de uitvoerbaarheid van de implementatiewet – wenselijk zijn om ten aanzien van hetgeen de EU-wet vereist, aanvullende eisen te stellen. Gedacht moet dan worden aan het zogenaamde 'doorharmooniseren': het toepassen van de Europese regels op situaties die niet onder de werkingssfeer vallen van de EU-regeling. Hierdoor kunnen verschillen in rechtsregimes weggenomen worden, maar een gevolg kan zijn dat burgers geconfronteerd worden met normen die niet strikt vereist zijn op grond van het EU-recht. In de aanwijzingen voor de regelgeving is bepaald dat bij implementatie in de implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn.¹⁴ Ondanks nuancering van deze aanwijzing in standpunten van het kabinet,¹⁵ is deze opdracht door degenen die het implementatieproces voorbereiden, in de praktijk, strikt nageleefd. Zo werd niet voor een meer integrale regeling gekozen als de Europese regeling alleen toepassing op een bepaald onderdeel van het milieu vereist.¹⁶ Ook gelet op het uitgangspunt van strikte implementatie was de mogelijkheid om in de Wm sectorale regelingen op te nemen een positief aspect van deze wet als implementatiekader.

10. Dit betrof de REACH-verordening, de Richtlijnen MER/SMB, de Richtlijn milieuaansprakelijkheid en de Richtlijn winningsafval.
11. Voorbeelden hiervan zijn o.a. hoofdstuk 9 van de Wm voor uitvoeringsregelingen voor de REACH-verordening en o.m. Ecodesignrichtlijn, titel 17.2 voor de Richtlijn milieuaansprakelijkheid.
12. Denk aan de Richtlijn industriële emissies (voorheen: IPPC-richtlijn).
13. E.M. Voegelzang-Stoute e.a., *De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving*, STEM-publicatie 2009/2, p. 41.
14. Aanwijzingen voor de regelgeving, circulaire 1992, *Strct.* 1992, 230; laatste wijziging *Strct.* 2017, 69426, aanwijzing 331. Zie uitgebreid: L. Squintani, *Gold-plating of European Environmental Law* (diss. Groningen), 2013.
15. In verschillende verbanden is aangegeven dat van de strikte omzetting kon worden afgeweken als het belang daarvan kan worden aangetoond. Zie bijvoorbeeld de reactie op de tweede inventarisatie van 'Nationale koppen op Europese regels', *Kamerstukken II 2007/08, 30818, C*, p. 30.
16. Een voorbeeld in het onderzoek betrof een regeling ter implementatie van de Richtlijn winningsafval bij grensoverschrijding. De reikwijdte van de getroffen regeling is niet uitgebreid naar andere afvalsoorten die wel voor vergelijkbare problemen kunnen zorgen.

Voorts zijn in het onderzoek in 2009 zowel kansen als knelpunten gesignaleerd in relatie tot een aantal andere aspecten. Dat betreft: de reikwijdte van de Wet milieubeheer, de aansluiting van begrippen die in het EU-recht worden gehanteerd bij de begrippen in de Wet milieubeheer en de keuze voor instrumenten in de Wet milieubeheer. Op deze aspecten wordt hierna ingegaan, waarbij steeds nagegaan wordt of de Omgevingswet op het betreffende punt al dan niet voor een verbetering zal zorgen.

4 Reikwijdte

EU-regelingen op het terrein van het milieurecht kunnen zeer uiteenlopende onderwerpen betreffen. Regelingen kunnen bijvoorbeeld een bepaald product of stof betreffen of een onderdeel van het milieu (water, lucht enz.). Wel is er een tendens naar een meer geïntegreerde benadering per milieuonderdeel, denk aan de Kaderrichtlijn water en de Richtlijn industriële emissies. Van een integraal milieu- of omgevingswetstelsel op EU-niveau is echter geen sprake.

De Wet milieubeheer kent een breed milieubegrip. Het begrip milieu is lang niet gedefinieerd, juist om een ruime interpretatie open te laten. Nu bepaalt artikel 1 lid 2 onder a Wm dat onder ‘gevolgen voor het milieu’ moet worden verstaan ‘gevolgen voor het fysieke milieu, gezien vanuit het belang van de bescherming van mensen, dieren, planten en goederen, van water, bodem en lucht en van landschappelijke, natuurwetenschappelijke en cultuurhistorische waarden en van de beheersing van het klimaat alsmede van de relaties daartussen’. De ruime uitleg van het begrip milieu sluit goed aan bij het begrip milieu in artikel 171 lid 1 VWEU en de MER-richtlijn en is positief gebleken voor de implementatie van EU-milieuwetgeving.¹⁷ Als gevolg van de brede invulling konden veel EU-regelingen een plaats vinden in de Wet milieubeheer.

EU-wetgeving heeft echter niet altijd slechts betrekking op een onderdeel van het milieu (in ruime zin) en overstijgt dan het terrein van het Nederlandse milieubeleid. Dat betreft bijvoorbeeld regelingen inzake energie met als achtergrond het klimaatbeleid, de bescherming van gebieden ter bescherming van natuurwaarden en regelingen die over productenbeleid gaan. De Wet milieubeheer kan ook daarom niet voor alle onderdelen van de EU-milieuwetgeving het (exclusieve) implementatiekader zijn. De verbreding van de reikwijdte van de Omgevingswet is daarom voor de implementatie van EU-wetgeving positief.

De reikwijdte van de Omgevingswet wordt gevormd door het begrip fysieke leefomgeving. Als een onderwerp niet de fysieke leefomgeving betreft, valt dat buiten de Omgevingswet. Onder de fysieke leefomgeving worden zowel bouwwerken en infrastructuur en cultureel erfgoed als water, bodem, lucht, natuur en landschappen begrepen.¹⁸ Juist de samenhang tussen de beleidsterreinen milieu, natuur, bescherming van landschap en cultureel erfgoed met economische ontwikkeling, water-

17. Wel zijn er onderwerpen die wel het milieu betreffen, maar die in andere wetgeving geregeld werden (kernenergie, gewasbescherming), waardoor ook EU-wetgeving op die terreinen niet in de Wet milieubeheer kon plaatsvinden.

18. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 5-6. Dit begrip is overigens niet gedefinieerd in de bij art. 1.1 van de Omgevingswet behorende bijlage.

veiligheid, grondstoffen- en energiebeleid, woningbouw, bereikbaarheid en landbouwbeleid, was aanleiding om de fysieke leefomgeving minder sectoraal te benaderen. Toch zijn er wel onderwerpen die wél de fysieke leefomgeving betreffen, maar niet onder de Omgevingswet vallen. Denk aan de regels voor geluid en externe veiligheid als het gaat om luchtvaart (Wet luchtvaart) en de Kernenergiewet.

De brede reikwijdte van de Wet milieubeheer is steeds als positief aspect gezien voor de implementatie van EU-wetgeving. De verdere verbreding van de reikwijdte van de Omgevingswet scoort dan logischerwijs ook goed. In het bijzonder is positief dat onderwerpen die verschillende deelterreinen van het omgevingsrecht betreffen in één regeling kunnen worden ondergebracht.

Er moet echter ook gewezen worden op het feit dat de opzet van de Omgevingswet veel minder dan de Wet milieubeheer ruimte biedt voor een sectorale benadering van een concreet thema. Door de instrumentele benadering van de Omgevingswet moet een onderwerp ter regulering waarvan verschillende instrumenten moeten worden ingezet, in verschillende onderdelen van de wet een plaats krijgen. Bovendien vinden de materiële normstelling en de nadere uitwerking van procedures en bevoegdheden vooral plaats bij of krachtens de AMvB's behorende bij de Omgevingswet.¹⁹ Dat kan tot lastige puzzels leiden voor de wetgevingsjuristen, vooral als begrippen of instrumenten in de te implementeren EU-regeling niet naadloos aansluiten bij die van de Omgevingswet (zie hierna par. 5).

5 Aansluiting begrippen en instrumentenkeuze

Uit het onderzoek over de Wm als implementatiekader kwam naar voren dat implementatie wordt bemoeilijkt wanneer nationale begrippen niet dezelfde inhoud hebben als gelijksoortige begrippen in de EU-wetgeving. Het begrippenkader van de EU-wetgeving is echter ook niet altijd consistent. Dit heeft ertoe geleid dat begrippen in verschillende hoofdstukken van de Wet milieubeheer soms verschillend gedefinieerd moe(s)ten worden.²⁰

Een van de begrippen die heeft geleid tot implementatieproblemen is het begrip 'inrichting', het aangrijpingspunt voor regulering van milieurelevante activiteiten in de Wm en de Wabo. Vanwege de beperkte reikwijdte van dit nationale begrip 'inrichting' moe(s)ten verplichtingen die volgen uit Europese richtlijnen in verschillende wetgevingskaders worden geïmplementeerd.²¹ Ook jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak over de afbakening van het begrip inrichting, leidde tot de vraag of wel sprake was van correcte implementatie.²²

19. Zie kritisch over de versnippering van het onderwerp natuur: M.M. Kaajan, 'Natuurbescherming onder de Omgevingswet: eenvoudiger en beter?', *MenR* 2017/45.

20. R. Uylenburg e.a., 'De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving', *MenR* 2010, afl. 7, par. 5; E.M. Vogelesang-Stoute e.a., *De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving*, STEM-publicatie 2009/2, p. 51-59.

21. In het onderzoek werden de voorbeelden genoemd van de Richtlijn grote stookinstallaties en de Afvalverbrandingsrichtlijn waaronder ook 'mobiele' installaties vallen die niet kwalificeren als 'inrichting' in de zin van de Wm, zie ook M.N. Boeve & F.A.G. Groothuijse, *Aangrijpingspunten voor regulering van milieubelastende plaatsgebonden activiteiten in het licht van nationale en Europeesrechtelijke ontwikkelingen*, STEM-publicatie 2009/1, november 2009.

22. Uit jurisprudentie volgde o.m. dat in het algemeen gronden waarop de teelt van akkerbouw- en tuinbouwproducten plaatsvindt geen deel uitmaken van de inrichting. Bemesting van dergelijke gronden kan in voorkomende gevallen echter onder de werking van de IPPC-richtlijn vallen.

De keuze om onder de Omgevingswet nog preciezer aan te sluiten bij het Europese begrippenkader maakt de (her)implementatie van Europese milieuwetgeving eenvoudiger. Een voorbeeld is de wijziging van het aangrijpingspunt voor de regulering van milieurelevante activiteiten in de Omgevingswet naar de ‘milieubelastende activiteit’. De definitie van dit begrip in de Omgevingswet kent in vergelijking met het begrip inrichting weinig afbakening: een ‘activiteit die nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken, (...)’.²³ Met dit nieuwe ruime begrip kan volgens de memorie van toelichting de implementatie van Europese regelgeving worden vergemakkelijkt.²⁴ Zo kan in het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal), waarin de aanwijzing van milieubelastende activiteiten op rijksniveau plaatsvindt, rechtstreeks worden aangesloten bij het begrip ‘installatie’ van de Richtlijn industriële emissies en bij het begrip ‘seveso-inrichting’ uit de Seveso-richtlijn. De ruime omschrijving van het begrip milieubelastende activiteit legt hier immers geen beperkingen toe op. De mogelijkheid tot nauwe aansluiting bij de Europese begrippen die zien op de milieubelastende activiteit kan positief worden gewaardeerd vanuit implementatieoogpunt. Daarbij is vanzelfsprekend wel van belang dat correct bij die Europese begrippen wordt aangesloten. De discussie over en aanpassingen van het begrip ‘seveso-inrichting’ in het Bal laten zien dat dit niet altijd eenvoudig is.²⁵ Bovendien biedt het Europese begrippenkader niet altijd uitkomst. Zo is een nieuw (nationaal) begrip ‘de functioneel ondersteunende activiteit’ in het Bal geïntroduceerd om samenhangende milieuactiviteiten als één milieubelastende activiteit aan te kunnen wijzen.

Een ander voorbeeld betreft het loslaten van het in het huidige recht bekende onderscheid tussen grens- en richtwaarden in hoofdstuk 5 Wm bij het vaststellen van milieukwaliteitseisen. Dit onderscheid bleek niet in alle gevallen een passend implementatiekader te bieden, omdat deze niet altijd overeenkomen met de Europese begrippen. Zo was het de vraag of Europese waterkwaliteitsnormen als grens- of als richtwaarden in de zin van hoofdstuk 5 Wm moesten worden gekwalificeerd. De waterkwaliteitsnormen geven een resultaat dat moet worden behaald (vergelijkbaar met grenswaarden), waar echter onder omstandigheden van kan worden afgeweken (vergelijkbaar met richtwaarden). In de Omgevingswet is gekozen voor het instrument ‘omgevingswaarde’ bij vaststelling waarvan moet worden bepaald ‘of deze waarde een resultaatsverplichting, inspanningsverplichting of andere, daarbij te omschrijven verplichting met zich brengt’.²⁶ Door het loslaten van de begrippen grens- en richtwaarden zou een betere aansluiting mogelijk worden op de variatie die in EU-richtlijnen is neergelegd.²⁷ Ook deze keuze ten aanzien van de aansluiting op de EU-systematiek lijkt de Omgevingswet als implementatiekader voor EU-regelgeving te verbeteren ten opzichte van de Wm. Daarbij kan wel de kanttekening worden gemaakt dat de begrippen ‘resultaatsverplichting’ en ‘inspanningsverplichting’ niet letterlijk worden gebezigd in de Europese milieuwetgeving. Ook in juris-

23. Begrippenlijst bij de Omgevingswet, bijlage Onderdeel A.

24. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 167.

25. M. de Vries, ‘Afbakening van de Seveso-inrichting in het Bal in strijd met Europese regelgeving?’, *TO* 2020, afl. 2/3, p. 61-67 en V.M.Y. van ’t Lam & M. Jansen Schoonhoven, ‘Van inrichting naar MBA. Enkele praktische consequenties nader belicht’, *MenR* 2018, afl. 9, p. 614-624.

26. Art. 2.10 lid 1 Omgevingswet.

27. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 100.

prudentie van het Hof van Justitie EU wordt geen *expliciete* omschrijving gegeven van deze begrippen en is voorts niet altijd duidelijk of een Europese verplichting is te kwalificeren als resultaats- of inspanningsverplichting.²⁸ De begrippen ‘resultaatsverplichting’ en ‘inspanningsverplichting’ laten echter ons inziens wel meer ruimte om de eventuele Europese mogelijkheden tot afwijking of afweging bij de norm aan te geven.

Ten aanzien van de keuze voor instrumenten lichten wij tot slot de plan- en programmaverplichtingen eruit. In de Wm is een apart hoofdstuk 4 ‘plannen’ opgenomen met verplichtingen om het algemene strategische milieubeleid in plannen op te nemen en de uitwerking daarvan in uitvoeringsprogramma’s.²⁹ In het onderzoek uit 2009 is geconcludeerd dat het stelsel van plannen en programma’s in dit hoofdstuk van de Wm een onvoldoende gevarieerd kader biedt voor de implementatie van de Europese plan- en programmaverplichtingen. Dit werd niet als een absolute ‘hinderpaal’ voor implementatie bestempeld; de (sectorale) verplichting kan immers ook in een ander deel van de Wm worden opgenomen. De daardoor ontstane deels sectorale insteek beperkte echter wel de integrale beleidsaanpak zoals was beoogd met het instrumentarium van hoofdstuk 4 Wm. De Omgevingswet biedt op dit punt een verbetering. De duidelijke keuze voor zes ‘kerninstrumenten’ in de wet, waaronder de omgevingsvisie en het programma lijkt beter aan te sluiten bij Europeesrechtelijke verplichtingen. In de omgevingsvisie kan een meer integrale strategische beleidsbenadering worden vormgegeven, terwijl het instrument programma ook ruimte laat voor een meer sectorale aanpak.

6 Conclusie over de Omgevingswet als implementatiekader

In het eerder genoemde artikel concludeerden we dat de Wet milieubeheer in samenhang met de Wabo ook in de toekomst, onder voorwaarden, een goed kader zou kunnen vormen voor implementatie van nieuwe Europese milieuregels. Diezelfde voorwaarden gelden voor de Omgevingswet. Een snelle toets in deze bijdrage leert dat de Omgevingswet op twee van de drie door ons genoemde voorwaarden positief scoort en op één punt negatief. De Omgevingswet sluit beter aan bij de Europeesrechtelijke begrippen en instrumenten. Ook wordt met de Omgevingswet tegemoetgekomen aan de door ons geformuleerde voorwaarde dat zo min mogelijk de verschillende bevoegdheidskaders (denk aan de verschillende ministers die verantwoordelijk zijn voor energie en klimaat, milieu, woningbouw, natuur) in de weg moeten staan aan de regulering van samenhangende thema’s die ‘geraakt’ worden door een EU-regeling. De verbreding van de reikwijdte van de Omgevingswet zal het vaker mogelijk maken alle onderdelen van een EU-regeling in die wet of in de daarbij behorende uitvoeringsregelingen te implementeren.

28. J.J.H. van Kempen, *Europees waterbeheer: eerlijk zullen we alles delen?* (diss. Utrecht), 2012, p. 49, en voorbeelden: p. 182-183. Van Kempen heeft in zijn dissertatie een stappenplan ontwikkeld dat behulpzaam kan zijn bij de kwalificatie van de verplichting.

29. De bepalingen inzake de uitvoeringsprogramma’s zijn echter inmiddels vervallen.

Die brede reikwijdte en het integrale karakter van de Omgevingswet raken ook aan het negatieve aspect van deze wet als kader voor implementatie van EU-milieuwetgeving. Wij gaven aan dat voorwaarde voor een goed implementatiekader voor EU-milieuwetgeving is dat de implementatiewet naast onderdelen gericht op integrale instrumenten (denk voor de Wet milieubeheer aan plannen, kwaliteitseisen, vergunningen en algemene regels) ook onderdelen bevat met een sectoraal karakter (afval, stoffen, bodem, enz.). Zoals hiervoor weergegeven bevat de Omgevingswet geen hoofdstukken voor een bepaalde milieusector of milieuthema.

Is er dan geen plaats meer in de Omgevingswet voor de implementatie van een toekomstige EU-regeling met een specifiek sectoraal thema? Het antwoord is genuanceerd. Die ruimte is er wel, maar de EU-regeling zal, afhankelijk van de instrumenten die (moeten) worden ingezet voor de regulering, in verschillende onderdelen van de Omgevingswet moeten worden omgezet en nader moeten worden uitgewerkt in de verschillende AMvB's. In de uitvoerings-AMvB's is een sectorale opbouw wel meer te herkennen. Zo zijn de omgevingswaarden, instructieregels en beoordelingsregels in het Besluit kwaliteit leefomgeving veelal per milieuthema gegroepeerd en is in het Omgevingsbesluit een apart hoofdstuk over milieueffectrapportage opgenomen.

7 Slotwoord voor Jan

Wij kennen Jan uit zijn Amsterdamse periode als hoogleraar Europees milieurecht verbonden aan het Centrum voor Milieurecht. Dat was in verschillende opzichten een luxe tijd met veel tijd voor onderzoek, waar veel moois uit voortgekomen is. Door de bestudering van het bijzondere rechtsgebied van het Europees milieurecht leverde Jan ook toen al belangrijke bijdragen aan de ontwikkeling van algemene leerstukken van het Europese recht. Voor ons, geschoold in het nationale bestuursrecht, was juist de aandacht van Jan voor de wisselwerking tussen het Europese milieurecht en het nationale milieurecht, van groot belang. Het boek *Europees milieurecht in Nederland*, waarvan de eerste drukken in de Amsterdamse periode zijn geschreven, heeft ook ons geschoold.

Jan is al in Amsterdam overgestapt naar het algemeen deel van het Europees recht, maar heeft het milieurecht nooit helemaal verlaten, ook niet toen hij naar de Groningse universiteit vertrok. Jan heeft ook Amsterdam nooit helemaal verlaten. En dan doelen we niet op zijn huidige woonplaats, maar op het feit dat Jan op vele manieren betrokken is gebleven bij het Centrum voor Milieurecht en bij de oude Amsterdamse collega's. Het is zeer gewaardeerd.

Let's plant a Tree in the Net of Legal Rules

Ilona Jancarova*

1 Introduction

Trees are woody plants which constitute a significant part of nature. They serve as a habitat for different species of animals. The tree itself represents a unique ecosystem supporting the biodiversity in its branches, roots and even in its stem. Trees partially rid the air of harmful gases and thus act as a natural filter of harmful substances in the air. They increase the humidity of the microclimate by evaporating water, prevent soil erosion and most of all, due to the process of assimilation, their green parts consume carbon dioxide and produce the oxygen on the planet. At the same time, trees are renewable natural resource with many different economic uses.¹

Due to their properties and functions, trees become the object of legal protection not only in national legal systems, but at the international and EU law levels as well. Certain species of trees are subject to the Convention on international Trade in Endangered Species of Animals and Plants (CITES) of 1972 and are listed in one of its Appendices.² The implementation of CITES within the EU is governed by Council Regulation (EC) No 338/97 of 9 December 1996 on the protection of species of wild fauna and flora by regulating trade therein including similar Annexes containing a list of plant species, which is directly applicable in the Member States along with the implementing regulation (EC) No 865/2006.³ These regulations cover international as well as internal trade in wild species of trees in the EU.⁴

Some species of trees are listed in Annex II of the Habitat Directive⁵ among plant species of community interest whose conservation requires the designation of special areas of conservation. Inasmuch as trees act as greenhouse gas sink, close

* Ilona Jancarova, Department of Environmental Law, Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic.

1. <https://www.enviwiki.cz/wiki/V%C3%BDznam_strom%C5%AF> accessed on 30 May 2021.
2. For example *Abies guatemalensis* jedle and *Fitzroya cupressoides* are listed in Annex A of CITES and are excluded from worldwide commercial trade. Other species of trees (for example *Swietenia mahagoni*, *Taxus sumatrana*, *Taxus wallichiana* and others) can be traded on conditions applicable to species listed in Annex B. Other species of trees, such as *Tetracentron sinense* or *Quercus mongolica* are protected in some states as species listed in Annex C of CITES.
3. Commission Regulation (EC) No 865/2006 of 4 May 2006 laying down detailed rules concerning the implementation of Council Regulation (EC) No 338/97 on the protection of species of wild fauna and flora by regulating trade therein.
4. European Commission: *Wildlife Trade Regulation in the European Union*, 2010, ISBN 978-92-79-15148-4, available at <https://ec.europa.eu/environment/cites/pdf/trade_regulations/short_ref_guide.pdf> accessed on 21 May 2021.
5. Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, as amended.

connection can be found to the Paris Agreement, which points to the critical role of the land use and forestry sector in reaching the long-term climate mitigation objectives. To achieve a climate-neutral EU by 2050 and the intermediate target of an at least 55% net reduction in greenhouse gas emissions by 2030, the Commission is proposing to revise the Regulation on the inclusion of greenhouse gas emissions and removals from land use, land use change and forestry (LULUCF).⁶ As part of the European Green Deal, the European Commission is working on a development of the new EU Forest Strategy. The strategy will build on the EU Biodiversity Strategy to 2030, cover the whole forest cycle and promote the many services that forests provide. The strategy will also be aimed at ensuring healthy and resilient forests that contribute significantly to biodiversity and climate goals.⁷

Depending on the site, trees may become subject to protection of cultural heritage as a part of significant historical gardens protected by the international Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (Paris 1972) or they may be protected as a part of NATURA 2000 site.

National legislation may go even beyond the special protection of endangered species of trees by setting general rules or conditions for felling of individual trees and specific rules may apply to the forest management including logging. The problem with clear cutting of the forest stand was even submitted to the Court of Justice of the EU in the *Skydda Skogen* case⁸ for preliminary ruling. In *Puszcza Białowieska*⁹ the Court (Grand Chamber) declared that the Republic of Poland has failed to fulfill its obligations under Directive 92/43/EEC on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora and Directive 2009/147/EC on the conservation of wild birds by authorizing excessive logging in the Natura 2000 Puszcza Białowieska site, which is one of the best preserved natural forests in Europe, characterized by large quantities of ancient trees, some of which are centuries old.

There is certainly much more legislation aimed at the protection of trees or related to them. Usually, the attention of lawyers is driven to problems related to felling of trees, however, planting of trees is no less legally important. It is a pending problem since EU Biodiversity Strategy requires to plant 3 billion diverse, biodiversity rich trees.¹⁰ However, the law (mostly at the national level) sets conditions and even put obstacles in planting of trees. Therefore, the aim of this contribution is to find out the legal frame, conditions and possible limits to planting trees taking the Czech national legislation as an example.

6. <https://ec.europa.eu/clima/policies/forests/lulucf_en>.

7. <https://ec.europa.eu/environment/news/commission-consults-new-eu-forest-strategy-2021-01-29_en>.

8. C-473/19 & C 474/19 (*Skydda Skogen*) preliminary ruling.

9. Case C-441/17 (*Commission/Poland*).

10. <https://ec.europa.eu/environment/strategy/biodiversity-strategy-2030_en> accessed on 27 May 2021.

2 Czech legal requirements for planting trees

2.1 Tree and the civil law

The core question is where it is possible to plant trees without colliding with legal rules governing different sectors. Primary attention must be directed to private law rules, especially those related to neighborhood rights.

According to the Czech Civil Code (No 89/2012 Coll.) the tree is a part of the land, eg a part of the real property. The tree belongs to the owner of the land where the trunk is located. Nevertheless, the legal character of trees planted as seedlings in horticulture was interpreted by the Czech Supreme Administrative Court¹¹ differently. The Court has justified this interpretation by future destination of these plants. Trees planted in horticulture do not belong to the land where they grow and such trees are considered movable and tradeable thing. Trees become a part of the real property after final planting when the roots are sunk into the soil.

The person who put the tree into the land does not have to be necessarily the owner of the land. However, to plant a tree on someone else's land one should have at least the landlord's consent. So-called 'guerilla gardening' is illegal activity and the landlord can claim protection of his right in a civil action. The same applies for tenants. Should they plant a tree without their landlord's consent, the landlord is entitled to require restoration of the land to its original condition at the end of the lease (Civil Code § 2220) . This might be quite difficult if the tree is fully grown with thick roots.

The legal rules in the Czech Civil Code (§ 1017) limit planting of trees by the owner on its own real-property. With rational reasons, the neighbor is entitled to demand from the landlord not to plant trees too close to his property. If neighbors do not reach agreement, the Civil Code offers general solution. Trees growing to a height of more than 3 meters should not be planted closer than 3 meters from the land border, and the other ones not closer than 1,5 meter from the border. Trees which are rooted directly at the border belong to both neighbors who share common border with trees. This is typical for trees which are used to form hedges. In such cases, disputes can easily develop regarding maintenance of the hedge. In this regard, the law does not set any duty for the owner to restore the hedge including filling of the gaps.

2.2 Tree and the public law

The planting of trees is contributing to mitigate climate change and supporting biodiversity, amongst other thing. It is perceived positively by the public law on one hand, on the other hand, there are strict regulations limiting spontaneous planting of trees in the wild. In Czechia, the basic source of law related to trees (woody plants) growing outside the forest is the Nature Protection Act No 114/1992

11. Decision of the Czech Supreme Administrative Court of 31 August 2004, sp. zn. 25 Cdo 73/2004.

Coll. Planting of trees which are part of the forest is governed by the Forest Act No 289/1995 Coll.

The Nature Protection Act is basically aimed at protecting trees and thus it sets rules for felling of trees, although some of its provisions also relate to planting of trees. The first one focuses on replacement planting. The requirement to plant new trees usually accompanies the decision of the Nature Protection Authority to allow felling of trees required in the application. Imposition of replacement planting is limited by the ownership of the land so that it can be legally carried out on the land owned by the applicant or on a public land. Whether or not the Nature Protection Authority requires the applicant to carry out replacement planting is a matter of administrative discretion, which has fixed rules. Above all, it must be logically justified, as the regional court in Hradec Králové concluded in case decision 52 A 37/2017-56.¹²

The other provisions of the Nature Protection Act focus on non-native species in general and in specially protected areas. The intentional introduction of these species had been prohibited by the Czech Nature Protection Act since 1992. Derogation from this rule enables the Nature Protection Authority to permit introduction of non-native species on a case-by-case basis, such as the restoration of historical gardens, parks or in cemeteries or a firewood production (for example *Populus nigra* x *Populus maximowiczii*). The intention to limit introduction of non-native species in the frame of a land-use plan, however, was considered as illegal limitation by the Czech Supreme Administrative Court.¹³ According to the opinion of the Court, such ban on introduction of non-native species in the land use plan must not be legally binding since it is contradictory to the legally set possibility to allow it in the decision-making procedure.

On the other hand, the possibility of nature protection authorities to allow introduction of non-native species or to introduce intentionally these species is strictly banned in § 16(1) f) for the territory of national parks and other categories of specially protected areas.

The spread of non-native tree species poses a risk to the conservation of biodiversity both at the level of species and at the level of entire plant communities. The risk is particularly high in cases where a non-native species has abilities that, for various reasons, favor it over native species and begin to spread intensively. This species is then referred to as invasive. Intentional introduction of invasive alien trees (for example acacia (*Robinia acacia*) or Tree of heaven (*Ailanthus altissima*) and others) is prohibited throughout the whole EU territory by Regulation 1143/2014 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 on the prevention and management of the introduction and spread of invasive alien species. On 13 Ju-

12. Decision of the regional court in Hradec Králové, office Pardubice of 14 February 2018, sp. zn. 52 A 37/2017-56. Supreme Administrative Court [online]. © 2003-2010 Nejvyšší správní soud <http://nssoud.cz/files/EVIDENCNI_LIST/2017/52A_37_2017_30_20180404113632_prevedeno.pdf> accessed on 3 May 2021.

13. Decision of the Supreme Administrative Court of the Czech Republic of 25 May 2016, sp. zn. 4 As 44/2016. Supreme Administrative Court [online]. © 2003-2020 Nejvyšší správní soud <http://www.nssoud.cz/files/SOUDNI_VYKON/2016/0044_4As_1600041_20160610094741_prevedeno.pdf> accessed on 11 May 2021.

ly 2016, the European Commission adopted its first list of IAS of 'Union concern', which is updated regularly and reviewed at least every 6 years. Species on this list may not be intentionally brought into the EU's territory. Nor may they be kept, bred, transported to, from or within the EU, sold, grown or released into the environment.¹⁴ The list of invasive species occurring in the Czech Republic is regularly updated and published by the Czech Nature Protection Agency.¹⁵

Different legal regulation is focused on planting of trees in specific areas or sites. For example, planting poisonous, allergenic and thorny trees and trees with brittle wood in some localities (for example playgrounds) is subject to prior opinion of the Public Health Authority in accordance with the Public Health Act No 258/2000 Coll., as amended and its implementing legislation.¹⁶ Binding opinion of the State Monument Care Authority is required to plant new trees in historical gardens and parks which are subject to protection under the Act No 20/1987 Coll.¹⁷ In these cases, the planting of trees is assessed from an aesthetic, historical and compositional point of view.

To plant woody plants on protective dikes, except in places designated for that purpose, is forbidden directly by the Water Act No 254/2001 Coll. (§ 58(2)a). The same law prohibits to establish hedges in active flood zones.

Planted trees must not endanger the safe use of the road. For the sake of safe road traffic, planting of trees is forbidden in the area of intersections and in the road protection zones (Act No 13/1997 Coll., § 33). Trees are often part of projects of new roads and highways. These projects should comply with the Czech technical norm (ČSN 73 6101). Technical norms are not legally binding per se, however, legislation often refers to them and the norm mentioned above can gain its binding character in decisions of the building authorities.

Trees can create problems to grids, pipelines and other utilities. Therefore relevant laws¹⁸ provide protection of these systems by limiting trees growing in their protective zones.

The aim to plant 3 billion trees included in the EU Biodiversity Strategy¹⁹ can be achieved by planting of individual trees or of their groups in the landscape and/or by enlargement of existing forest areas. However, according to the Czech law, one is not allowed to establish a forest stand on the agricultural land. The change of agricultural land to the forest area requires the decision of the Building Authority based on the binding opinion of the Agricultural Land Protection Authority, according to the Act on the Protection of the Agricultural Land Fund No 334/1992 Coll. The decision on the change of the land use issued by the Building Authority must comply with the land use plan at the same time. In this regard, significant obstacle to the enlargement of the forest area represents a fee which is imposed for with-

14. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=celex:32014R1143>> accessed on 15 May 2021.

15. Nepůvodní a invazní druhy, Ministry of the Environment [online]. © 2008-2019 Ministerstvo životního prostředí <<https://invaznidruhy.nature.cz/caste-invazni-druhy-v-cr/invazni-rostliny/>> accessed on 13 May 2021.

16. § 3(4) Regulation No. 410/2005 Coll. on hygienic requirements for areas and operation of facilities and establishments for the education and training of children and adolescents.

17. Act No 20/1987 Coll. on the State Care of Monuments.

18. Act No. 127/2005 Coll. on electronic communications, Act No. 458/2000 Coll. on energetic law.

19. <https://ec.europa.eu/environment/strategy/biodiversity-strategy-2030_cs> accessed on 30 May 2021.

drawal of agricultural land from agricultural production. The better is the quality of the agricultural land, the higher is the rate of this fee. Therefore, the land owners are not motivated to change the category of agricultural land to another one.

3 **Conclusion**

Planting trees is a highly important activity. Beside many other positive functions, trees act as a sink of greenhouse gases and thus contribute to mitigation of the climate change. Their significance is stressed in EU Biodiversity Strategy which requires to plant 3 billion of trees throughout the European Union. The aim of this contribution was to show that planting trees should not be spontaneous and uncontrolled and that specific private and public rules exist at the national or EU level which prevent planting of trees in different situations and in different sites. On the other hand, different programs and strategies exist at the EU and national levels already providing rules to support agroforestry and landscape elements including trees (European Agricultural Guarantee Fund, European Agricultural Fund for Rural Development and others).²⁰ Subsidies seem to be the basic motivation to carry out the EU Biodiversity Strategy objective regarding planting of trees. Nevertheless, in order to be beneficial, this activity must comply with legal rules which may be scattered in many different legal acts.

20. <https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/key-policies/common-agricultural-policy/financing-cap/cap-funds_en>.

The Standard of Review in Environmental Litigation Before the National Courts: In Search of EU Law Standards

Vasiliki (Vicky) Karageorgou*

1 Introduction

Judicial review in environmental cases is characterized by the fact that the content of the administrative decisions is based, to a certain extent, on the complex scientific assessments made by the authorities, as is the case, for example, when they set the permit conditions of an industrial installation which have to comply with the best available techniques or when they assess whether the project can jeopardize the achievement of the environmental quality objectives of the affected water bodies or whether it can be ascertained without any doubt from a scientific point of view that the project will not adversely affect the integrity of a protected site. The complexity of the assessments required for the application of the relevant environmental norms constitutes the consequence of the scientific uncertainty¹ surrounding many questions that the competent authorities need to answer and concern either the effects of certain actions on the environment and the human health or the complexity of the natural eco-systems themselves.² Another characteristic of the environmental decision-making lies in the polycentric nature of the interests at stake that presupposes the balancing of the competing interests and the weighing of advantages and disadvantages even by considering future and unknown risks.³ Due to the specific characteristics of the field to be regulated, the environmental norms are often open-ended norms which either require further technical specification in subordinate legislation or include legal-technical standards (eg 'significant impact on the environment', 'good ecological status'). Their application may pose significant challenges to the decision-makers due to the intertwining of law and science.⁴ Furthermore, the recent trend of the climate change litigation, especially before national courts, poses further challenges to the judges concerning the in-

* Vasiliki (Vicky) Karageorgou, Assistant Professor in EU Administrative and EU Environmental Law, Panteion University of Social and Political Sciences, Greece. E-mail: v_karagiorgou@panteion.gr.

1. For a definition of uncertainty see T Paloniitty and N Kotamäki, 'Scientific and Legal Mechanisms for Addressing Model Uncertainties: Negotiating the Right Balance in Finnish Judicial Review' (2021) *JEL* 1, 6 ff.
2. Ch. Sobotta, How the Court of Justice of the European Union deals with scientific knowledge and what this means for Member State court practice, available at <<https://experts-institute.eu/en/expertise-law-and-jurisprudence/court-of-justice-of-the-european-union-and-scientific-knowledge>> accessed on 9 May 2021.
3. OW Pedersen, 'A Study of Administrative Environmental Decision-Making before the Courts' (2019) *JEL* 59, 67.
4. J Darpö, 'Understanding the Nuts and Bolts: Scientific and Technical Knowledge in Environmental Litigation: National Solutions, EU Requirements and Current Challenges' in I Squintani et al (eds), *Managing Facts and Feelings in Environmental Governance* (Edward Elgar 2019) 82, 84-85.

tensity of the review, not only because science and expertise play a central role, but also because certain issues are of intrinsic political nature.⁵

This contribution, which is dedicated to Prof. Jan Jans, deals with the issue which concerns whether, and if so, to which extent EU Law sets standards which exert influence on the national legal systems with regard to the intensity of the review of the environmental-related decisions based on complex scientific or technical assessments, given that effective judicial protection in environmental-related disputes presupposes a sufficient level of scrutiny of the relevant decisions. It is worth noting that Prof. Jans's extensive scientific contribution both in the field of the Administrative Law under the impact of the EU Law and the EU Environmental Law, has exerted significant influence on legal scholars throughout Europe, including me. The access to justice in environmental matters at the EU and national level was also one of topics to which Prof. Jans has extensively contributed and enhanced the legal dialogue through his innovative and well-grounded ideas.

The second section of the contribution focuses on the content of the relevant EU law provisions on the standard of review in environmental litigation and the diverging national approaches. The third part will provide an analysis of the guidelines and criteria set by the CJEU jurisprudence. In the final part, certain conclusions are extracted.

2 The EU Law Framework and the Diverging National Approaches Concerning the Intensity of the Review

2.1 The EU Law Provisions

Article 47 EUCFR guarantees the right to effective judicial protection in disputes concerning rights arising from EU Law, while Article 19. 1 lit b TEU requires Member States (hereafter MS) to provide sufficient remedies to ensure effective legal protection in the fields covered by the EU Law. Moreover, the provisions of the EU Primary Law on effective judicial protection serve as standards for reviewing the validity of the provisions of the EU Secondary Law.⁶ The provisions of the EU Primary Law do not make any reference to the standard of review.⁷

Furthermore, Article 9.2 of the Aarhus Convention (hereafter AC) provides the possibility for the 'public concerned' to have access to a judicial review procedure to challenge the *procedural* and *substantive* legality of any decision or omission concerning the authorization of projects and activities subject to the public participation requirements of Article 6. Article 9.3 AC, which provides access to justice for the members of the 'public' with respect to environmental law violations, does not make any reference to the scope and intensity of review that the national courts have to conduct. Article 9.4 sets the requirement that Contracting Parties (CP) should ensure an effective remedy in cases of alleged violations of the environmental legislation, without making any reference to the standard of review. The provisions

5. M Fermeglia, 'Climate Science Before the Courts: Turning the Tide in Climate Change Litigation', in L Westra et al (eds), *Ecological Integrity in Science and Law* (Springer 2020) 23 ff.

6. S Prechal, 'Effective Judicial Protection: Some Recent Developments-Moving to the Essence' (2020) *REALaw* 175, 177 ff.

7. Case C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Ottis*), para 49. Case C-396/17, ECLI:EU:C:2019:375 (*Leitner*), paras 63-66 as regards the scope of the review required by Article 47.

of Article 9.2 and 4 AC were incorporated into the EU Legal Order concerning access to the national courts by Directive 2003/35, which inserted provisions on access to justice in the then EIA Directive transferred in the current version of the Directive (11 of Directive 2011/92, as amended by Directive 2014/52) and in the then IPPC Directive, now Directive on Industrial Emissions (Article 25 of Directive 2010/75), which reiterate literally the content of the afore mentioned provisions of AC.⁸ While the review of the procedural legality of the relevant decisions constitutes a clearly defined component of the review of the administrative action encompassing the review of the public participation requirements and other norms forming the decision-making procedure, the review of the substantive legality concerns the examination of the alleged violations of substantive environmental norms, such as those which set environmental quality standards or legal-technical standards as well as those aspects of the decisions, which are based on the complex scientific assessments. As the afore mentioned EU Law provisions do not set any criteria or guidelines on the intensity of the review or any requirement for securing court access to scientific expertise in those constellations⁹, judges are confronted with significant challenges.

2.2 The Principle of the Procedural Autonomy and the Diverging Approaches as Regards the Intensity of the Review in the Different Legal Systems

In the absence of detailed EU rules governing the intensity of the judicial review of the decisions which are based on the EU originated environmental legislation, it depends on the domestic legal systems, in accordance with the principle of the procedural autonomy, to lay down the respective rules. The procedural autonomy of MS is limited by the 'Rewe Requirements', eg the principles of equivalence and effectiveness in conjunction with the standards arising from Article 47 EUCFR.¹⁰ It is a fact that the main core of the EU Environmental Law provisions, which set the framework for the decision-making and the permitting procedures, the designation of the responsibilities of the competent authorities and the instruments to achieve the environmental quality objectives or to prevent pollution, are implemented by the provisions of the (Environmental) Administrative Law at national level.¹¹ Therefore, environmental-related disputes are to a significant extent classi-

8. J Darpö, 'Article 9.2 of the Aarhus Convention and EU Law' (2014)*JEEPL* 367 ff. See also C Poncelet, 'Access to Justice in Environmental Matters-Does the European Union Comply with its Obligations?' (2012) 2 *JEL* 287, 290-291 concerning the insufficient incorporation of Article 9.3 AC into the EU Legal Order.
9. M Eliantonio, 'The Impact of EU Law on Access to Scientific Knowledge and the Standard of Review in National Environmental Litigation: A Story of Moving Targets and Vague Guidance' (2018) *EEELR* 115, 120-122.
10. Case C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432 (*Agrokonstulting*), para 35; Case C-71/14, ECLI:EU:C:2015:656 (*East Sussex*), para 52; Case C-570/13, ECLI:EU:C:2015:231 (*Gruber*), para 37. See also S Prechal, 'Europeanisation of National Administrative Law' in J Jans et al (eds), *The Europeanisation of Public Law* (2nd edn, Europa Law Publishing 2015) 39, 43 ff.
11. J Darpö, 'Environmental justice through environmental courts? Lessons learned from the Swedish experience' in J Ebbesson and P Okowa (eds), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press 2009) 176, 182; HK Gilissen et al, 'Towards More Effective Risk Regulation: An Analysis of Complementary Effects between Administrative Environmental Law and Tort Law in the Regulation of Environmental Risks, with a Specific Focus on Chemical Mining Activities in the Deep Subsoil' (2021)*JEEPL* 77, 84 ff.

fied as administrative disputes and adjudicated in the vast majority of the MS by administrative courts, except for the Swedish system where environmental courts are established.¹²

In accordance with the criterion of the function of the judicial system, the systems for the adjudication of the administrative disputes can be classified as systems of subjective judicial review and those of objective judicial review.¹³ In spite of the fact that the EU Law principle of effective judicial protection in conjunction with the rights enshrined in the ECHR¹⁴ have exerted influence on the judicial systems and blurred the dividing lines, the distinction, which reflects the different legal traditions, is still, to some extent, relevant for the determination of the standing criteria, the intensity of the review and the determination of the powers of the courts.¹⁵

There are significant differences concerning the intensity of the review of the administrative decisions, including the environmental-related ones, in the judicial systems throughout Europe. That can be conceived as a sliding scale ranging from a very marginal test, which is restricted to blatantly unreasonable decisions¹⁶ to a full review of the merits of the case in systems, where technical judges are employed and the courts are equipped with reformatory powers (in Sweden and Finland).¹⁷ Furthermore, the systems of subjective judicial review provide a rather extensive review of the merits of the case, although a margin of discretion is granted to the competent authorities with regard to the technical assessments and the interpretation of the indefinite terms of the law.¹⁸ In systems of objective judicial review, such as the French system, courts perform a comprehensive review of the procedural legality of the relevant decisions. Besides, there is only a limited review of the merits of the case, including the scientific or technical assessments, as courts review mainly whether the administration has committed any manifest error of assessment within the margin of the exercise of its discretion.¹⁹

12. Cf Darpö (n 4) 95 ff.

13. A Epiney, 'Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht im Rechtsvergleich' (2014) *NVwZ* 465, 467 ff; T Perroud, 'Constitutional Structure and Basics Characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)' in C Backes and M Eliantonio (eds), *Cases, Materials and Texts on the Judicial Review of Administrative Action* (Hart Publishing 2019) 1, 41. Some systems can be classified as 'mixed' in the sense that they encompass elements concerning specific aspects of access to justice originating from systems of judicial review with different classification (cf Epiney (n 13) 469).

14. Cf Perroud (n 13) 42.

15. Cf Epiney (n 13) 468-469; J Darpö, 'Effective Justice-Synthesis Report of the Study on the Implementation of Articles 9 (3) and (4) of the Aarhus Convention in Seventeen of the Member States of the European Union', in JH Jans et al (eds), *National Courts and EU Environmental Law* (2013) 169, 179; cf Darpö (n 4), 95-97.

16. The English courts perform a marginal review with regard to the merits of the case, which is classified under the heading of the 'irrationality' of the administrative act and is based on the so-called *Wednesbury* test. See R Thompson, 'Administrative Law in the United Kingdom' in R Seerden (ed) *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States* (Intersentia Publishing 2018) 199, 246-253.

17. Cf Darpö (n 4) 96 ff.

18. H Pünder and A Klafki, 'Administrative Law in Germany', in R Seerden (see n 16) 49, 88ff; F Grashof, 'The "You Know Better" Dilemma of Administrative Judges in Environmental Matters - A Note on the German Legal Content' (2018) *EEELR* 151 ff.

19. Cf Epiney (n 13) 472; J Makowiak, 'Study on factual aspects of access to justice in relation to EU Environmental Law-France' (2012), 8, available at <www.ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm>.

3 The CJEU Jurisprudence on the issue

The intensity (standard) of the review national courts should perform to the environmental-related decisions, which implement EU legislation, has not been dealt extensively by the CJEU so far. Instead, the scope of the permissible pleas that can be put forward by the applicants to support their actions, which concerns the scope of the review in a broader sense and the assessment of the merits of the case, was dealt by the Court in certain cases. In the *Trianel* Case, the Court ruled that a national rule that limits the pleas which can be put forward by an NGO to challenge the substantive and procedural legality of a decision falling into the scope of EIA Directive does not comply with Article 10a of the Directive.²⁰ Furthermore, in its Rulings in *Alptrip* Case and *Commission v Germany* Case respectively, the CJEU set limits to the discretion of the national legislators in determining the conditions, under which the applicants can challenge a decision falling into the scope of EIA Directive by submitting pleas concerning its legality.²¹ The Court adopted simultaneously a cautious approach in dealing with certain ‘traditional’ features of the national procedural systems concerning *de facto* limitations in submitting certain pleas,²² which was reaffirmed in its ruling in the *IL and Others* case.²³

As regards the standard (depth) of review of the environmental-related decisions before the national courts, the thesis of the Court is structured around the approach, which was adopted in *Upjohn*. In this case, the Court ruled that the standard performed by EU courts when they review the acts of Union organs which are based on complex scientific assessments, should be used as a benchmark for the determination of the standard of review that the national courts should perform when reviewing decisions implementing EU Law.²⁴ This standard is characterized by the broad discretion of the EU organs with regard to the assessment of the facts, in order to determine the content of the measures to be adopted. In addition, it constitutes a practical expression of institutional balance in the sense that EU courts cannot substitute the assessment of other specialized institutions which possess better technical and scientific expertise within their field of competence with their own scientific and technical assessment.²⁵ In accordance with the Court, EU Law thus requires that national courts examine the accuracy of the findings of facts and law made by the authority concerned and verify, in particular, that the action taken

20. Case C-115/09, ECLI:EU:C:2011:289 (*Trianel*), para 50.

21. Case C-72/12, ECLI:EU:C:2013:712 (*Alptrip*), paras 37-38. See also Case C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 (*Commission/Germany*), paras 57-62 (with regard to the conditions, under which the provision of the German Procedural Law which requires a causal link between the alleged defect and the ultimate content of the contested administrative decision can be compatible with Article 11 EIA Directive), para 80 (with regard to the objective of Article 11 which requires that the review should cover the substantive and the procedural legality of the contested decisions in its entirety).

22. Case C-137/14, *Commission/Germany* (cf note 21) paras 32-34.

23. Case C-535/18, ECLI:EU:C:2020:391 (*IL and others/Land Nordrhein-Westfalen*), paras 57-61.

24. Case C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14 (*Upjohn Ltd*), paras 33-35.

25. Case C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419 (*Afton Chemical*), para 28; Joined Cases C-78/16 and 79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce and Others*), para 49; C-44/16 P, ECLI:EU:C:2017:357 (*Dyson/Commission*), para 53. See also R Widdershoven, ‘The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review’, in J de Poorter et al (eds), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State* (Springer Verlag 2019) 39, 54-55; cf Sobotta (n 2).

by that authority is not vitiated by a manifest error or a misuse of powers and that it did not clearly exceed the bounds of its discretion.²⁶

Furthermore, critical for the standard of review, which the national courts should perform and is determined in relation to the standard performed by the EU Courts, is that the limited review that these Courts perform as regards the merits of the case is compensated by the review of the observance of certain procedural requirements, such as the duty of the competent authorities to examine carefully and impartially all the aspects of the case.²⁷ The review of this procedural requirement can sometimes result in blurring the demarcation line between the procedural and substantive scrutiny of the relevant decisions.²⁸

A first implicit expression of the ‘manifest error of assessment’ as the standard that the national courts should perform, when they review decisions implementing EU Environmental Law can be found in the ECJ Judgment in the *Standley* case.²⁹ This issue was dealt by the CJEU in a rather explicit manner in the *Earl Sussex* case. In that case, the Court was asked to rule on whether the review performed by the English courts concerning the reasonableness of a charge for supplying environmental information introduced to implement the respective provision of the Directive on Environmental Information, satisfies the EU Law requirements. Although the Court repeated its thesis on the standard of review adopted in the *Upjohn* case and ruled that the *Wednesbury* unreasonableness test is not as a matter of principle in contrast to the EU Law, it performed *de facto* a more intense review when it assessed the reasonableness of the fee which encompasses a balancing exercise between different interests. Moreover, the Court underlined that the judicial review procedures must enable national courts to apply effectively the relevant principles and rules of the EU Law.³⁰

A rather ‘extensive’ review of the factual basis of the decisions is also evident in cases where the relevant provisions on which the decision is based are grounded on the precautionary principle, as its application requires the identification of the potentially negative consequences for the health or the environment of the product, the substance or the project to be authorized and a comprehensive assessment of these risks based on the most reliable *scientific* data available and the most recent results of the international research.³¹ A notable example in this direction is also the examination of the ‘soundness’ of the assessment which is required for the authorization of plans and projects which fall in the scope of Article 6.3 of the Habitats Directive. This is because the substantive criterion set in this provision

26. Case C-120/97, *Upjohn Ltd* (cf note 24) paras 34-35.

27. Case C-425/08, ECLI:EU:C:2009:635 (*Enviro Tech (Europe)*), para 62; Case C-77/09, ECLI:EU:C:2010:803 (*Gowan Comércio Internacional e Serviços*), para 57; Case C-691/15 P, ECLI:EU:C:2017:882 (*Commission/Bilbaina*), para 35. It is worth mentioning that this duty is inherent to the right of sound administration.

28. GC Leonelli, ‘The fine line between procedural and substantive review in cases involving complex technical-scientific evaluations: Bilbaina’ (2018) *CMIR* 1217, 1230 ff.

29. Case C-293/97, ECLI:EU:C:1999:215 (*Standley*), para 37. See also Eliantonio (cf note 9) 120.

30. Case C-71/14, *Earl Sussex* (cf note 10) paras 42-44 and para 58. See M Eliantonio and F Grashof, C-71/14, ‘Earl Sussex County Council v. Information Commissioner, Property Search Group, Local Government Association, (Judgment of 6 October 2015)-Case Note’ (2016) *REALaw* 35, 43.

31. Case C-333/08, ECLI:EU:C:2010:44 (*Commission/France*), para 92; Case C-343/09, *Afton* (cf note 25), para 60; Case C-282/15, ECLI:EU:C:2017:26 (*Queisser Pharma GmbH & Co. KG*), para. 56; Joined Cases C-487/17 to C-487/19 ECLI:EU:C:2019:270 (*Verlezza and Others*), para 57; Case C-616/17, ECLI:EU:C:2019:800 (*Blaise*), para 94. See Ch Sobotta, ‘Recent Applications of the Precautionary Principle in the jurisprudence of the CJEU- a new yardstick in EU environmental decision-making?’ (2021) *ERA Forum* 723 ff.

which is interpreted in the light of the precautionary principle, presupposes the removal of reasonable scientific doubt with regard to the effects of the plan or project to the protected site.³² The CJEU has also extended the application of the precautionary principle to certain questions of waste law, by requiring the removal of scientific uncertainty after the examination of the best available data, which is justified by the purpose of the provisions to avoid harmful effects on the environment and the public health.³³

A latent shift from the light touch scrutiny limited only to the verification of 'manifest errors'³⁴, emerged rather clearly in the *Craeynest* case, in which the Court ruled that the intensity of the scrutiny of the national decisions, adopted pursuant to an act of EU Law, should be determined by taking into consideration the purpose of the act and the need to ensure that its effectiveness is not undermined. The Court also ruled that the competent authorities should base their decisions on 'sound' scientific data and prepare comprehensive documentation, implying that the comprehensiveness and the soundness of the documentation should be subject of review.³⁵ The AG Kokott went even further, when she argued persuasively and in line with the respective jurisprudence of the CJEU³⁶, that the margin of discretion that the authorities enjoy when they take decisions, which involve complex scientific and technical assessments, must be reviewed more intensively where interferences with fundamental rights are at stake.³⁷ The reason for which more intense scrutiny was triggered lies in the recognition of a direct link between the effective implementation of the rules on air quality, the protection of public health and the right to life.³⁸ Such an approach can have implications for the intensity of review of the decisions implementing provisions of other fields of EU Environmental Legislation that have links with fundamental rights, such as those which relate to

32. Case C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220 (*Peter Sweetman*), paras 40-41; Case C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels*), paras 27-29; Case C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255 (*Commission/Poland (Białowieża Forest)*), paras 114-115, 118; Cases C-293/17 and C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (*Coöperatie Mobilisatie for the Environment and Others*), paras 101, 104; Case C-411/19, ECLI:EU:C:2020:580 (*WWF Italia Onlus and others*), paras 48-49. See also Opinion of AG Sharpston in Case C-521/12, *Briels*, delivered on 27 February 2014, paras. 30-31. See E Lees, 'Allocation of Decision-Making Power under the Habitats Directive' (2016) *JEL* 191, 201; R Kegge, 'The precautionary principle and the burden and standard of proof in European and Dutch Environmental Law' (2020) *REALaw* 113, 124.
33. Joined Cases C-487/17 to C-487/19 *Verlezza and Others* (cf note 31) paras 57-59; Case C-212/18, ECLI:EU:C:2019:898 (*Prato Nevoso Termo Energy*), paras 57-58. See cf Sobotta (cf note 31) 727-730.
34. The Commission Notice on Access to Justice in Environmental Matters sets a minimum standard of review of the 'substantive legality' that is possibly lower than the threshold adopted by the EU Courts, because the mere possibility of the courts to review the facts seems to satisfy the EU law requirements. Communication from the Commission, 'Commission Notice on Access to Justice in Environmental Matters', COM 2017, 2616, final, para 139. In the update of the case-law of the Notice, the CJEU's thesis in the *Craeynest* Case concerning the standard of review is included. See Case Law on Access to Justice in the Environmental Matters delivered by the EU Court of Justice since the adoption of Commission Notice, Update n. 3 covering the period between 11 March 2019 and 31 December 2019.
35. Case C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533 (*Craeynest*), paras 46 and 51. See U Taddei, 'Case C-723/17 *Craeynest*: New Developments for the Right to Clean Air in the EU' (2020) *JEL* 157-159.
36. Joined Cases C-293/12 and C-594/12 (*Digital Rights Ireland and Others*), ECLI:EU:C:2014:238, paras 47-48.
37. Opinion of AG Kokott in Case C-723/17 (*Craeynest*), delivered on 28 February 2019, ECLI:EU:C:2019:168, paras. 43-47. Cf Taddei (n 35) 158.
38. Opinion of AG Kokott in Case C-723/17, *Craeynest* (cf note 35) para 53.

the biodiversity protection, the climate change and the quality of the drinking water.³⁹

A level of scrutiny, which may go beyond to the ‘manifest error of assessment’, may also be implicitly required by the national courts when they review the decisions of the administration to take additional measures to achieve certain environmental objectives, such as those set in the Nitrates Directive, as the effectiveness and the appropriateness of the existing measures has to be scrutinized⁴⁰ or when the assessment of the competent authority concerning whether the project at stake is liable to cause the deterioration of the status of the surface or the groundwater bodies (Article 4 WFD) is the subject of scrutiny.

4 Conclusions

A first conclusion is that the relevant EU Law provisions are rather vague and the CJEU has not set any specific minimum standards concerning the intensity of review to be applied by the national courts in environmental cases. The ‘manifest error of assessment’, as set in *Upjohn*, constitutes, thus, the applicable standard. Its scope has been, though, implicitly extended, as the Court clarified that the review should entail the examination of the reliability and the accuracy of the information on which the administration based its decision. Moreover, its applicability is *de facto* put into question in cases in which the precautionary principle is applied or the decisions under scrutiny interfere with fundamental rights, as a more intense review is required.

A second conclusion is that the threshold of the ‘manifest error of assessment’ standard or even the requirement for a more intense scrutiny may presuppose in certain cases access to scientific expertise, with the aim to facilitate the judges to understand better the issues related to the merits of the case, which exert influence also to the determination of the legal questions. Although recourse to a scientific opinion is enshrined in legal provisions in the vast majority of the European legal systems, courts in certain systems do not make use of this possibility very often.⁴¹ A third conclusion is that the lack of clear guidance at the EU Level, also with regard to access to scientific expertise, in conjunction with the punctual nature of the CJEU jurisprudence can result in divergences with regard to the level of judicial protection in environmental litigation among MS. Although a limited review of the merits of the case may not raise formally issues of incompatibility with the EU law, the level of the judicial protection may not satisfy the standard of effective judicial protection set by EU Law. It may also hamper the effective enforcement of the EU Environmental Law. Therefore, a question is raised, which concerns whether the procedural autonomy of MS should be limited through the introduction of an EU Law provision which would set the obligation for the national courts to have recourse to scientific experts which fulfill certain requirements (impartiality)

39. Cf Taddei (n 35) 159.

40. Case C-197/18 (*Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland and others*), ECLI:EU:C:2019:824, paras 54-57, 64-65.

41. See R Caranta, ‘Still Searching for a Reliable Script: Access to Scientific Knowledge in Environmental Litigation in Italy’ (2018) *EEELR* 158 ff; M Bar, ‘Scientific Knowledge in Environmental Litigation before the Polish Administrative Courts: A problem of compliance with EU Law?’ (2018) *EEELR* 169 ff analyzing the Polish legal system which does not include a provision which would enable courts to appoint an expert.

to seek guidance for complex technical and scientific issues.⁴² Moreover, institutions of independent experts to which courts can have access and seek advice, such as the Stichting Advisering Bestuursrechtspraak in Netherlands, could be a source of inspiration for other MS.

Last but not least, the discussion about the various options for ensuring an adequate level of scrutiny of the environmental-related decisions and the regulation of other aspects concerning access to justice in environmental matters should always take into account the principle of the separation of powers and its application in the different legal contexts. A topical question which comes to the fore and has to be extensively discussed, concerns the extent to which it is permissible from the rule of law perspective 'to let the judges save the planet' in sense of having the final word for issues which have also strong political dimensions.

42. Cf. *Eliantonio* (n 9) 122-123 referring to the Opinion of the AG Darmon in Case C-232/96 in which he pointed out that experts appointed by the courts must be independent.

Climate Change Litigation in Europe

Luc Lavrysen en Farah Bouquelle *

1 Introduction

In the bibliography of my doctoral dissertation published in 1998,¹ I referred to no less than 19 publications of Jan Jans. The reason was not that he was a member of my jury – and that I had thus to please him – but just because he was at that time the best author writing in Dutch about European Environmental Law and he proved to be a safe guide for me, searching my way in this field of law. I referred in particular to his books *Europees Milieurecht in Nederland* (1994) and *European Environmental Law* (1995). I found back in my private library subsequent editions of both, the second revised edition *European Environmental Law* of the year 2000 and the third revised edition (with Sevenster and Vedder as co-editors and another bunch of co-authors) of *Europees Milieurecht in Nederland* of the same year. Those books made little reference to climate change and in the English edition it is even not a term included in the index. Times have changed, now the climate crisis and loss of biodiversity are on the forefront of global environmental concerns. In this contribution we focus on a particular aspect of it. Climate change litigation is nowadays indeed everywhere.

2 Climate Change litigation till 2017

The annual conference of the European Union Forum of Judges for the Environment (EUFJE) in Oxford in October 2017 focused on climate change.²

It is striking that in several European countries – but certainly not all – and at EU level, climate justice was developing gradually at that time, and it concerned almost exclusively very specific, often quite technical aspects of the climate legislation, such as the European emissions trading system, support mechanisms for renewable energies, measures to make mobility more sustainable, permits for projects with a significant climate impact or, on the contrary, permits for climate-friendly projects.

* Prof Dr Luc Lavrysen & Farah Bouquelle, Centre for Environmental & Energy Law, Ghent University.

1. L Lavrysen, *De ontwikkeling van het Europese, Belgische en Vlaamse milieurecht in een wijzigende institutionele context*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1998, 959.
2. In preparation of that annual conference, as usual, a detailed questionnaire has been submitted to the members of EUFJE. Among other things, it aimed to assess the state of case law in this field in European countries. The national reports are available on the EUFJE website and they give a reliable overview of the situation in 2017, so almost two years after the Paris Agreement, and almost a year after its entry into force. See <<https://www.eufje.org/images/docConf/ox2017/oxquestionnaireEN.pdf>>, <https://www.eufje.org/index.php?option=com_content&view=article&id=48&Itemid=238&lang=en>.

Some of these cases enjoyed international renown, eg the *Vienna airport extension* case.³ In Norway, an action was brought by Nature & Youth and Greenpeace Nordic against the Norwegian government, because it had just offered 13 companies oil and gas exploration licenses, opening for the first time in 20 years, a new area for the oil and gas industry in the Arctic Barents Sea. This case has recently, on December 22, 2020, been settled by a judgment of the Norwegian Supreme Court, rejecting the request. The Court held that although the Norwegian constitution protects citizens against environmental and climate damage, future emissions from exported oil are too uncertain to prevent the granting of these oil exploration licenses.⁴ Six activists, Greenpeace and Young Friends of the Earth have taken meanwhile Norway to the European Court of Human Rights (ECtHR).⁵

A notable exception were the Netherlands. A small environmental association, *Urgenda Foundation*, had started in 2013, before the Paris agreement, together with nearly 900 natural persons, a civil procedure against the Dutch State, based on fault based civil liability.⁶ The claimants demanded to condemn the State to a 25-40% reduction in greenhouse gas emissions by the end of 2020, instead of the 16% EU reduction obligation for the Netherlands.

The judgment of the Hague District Civil Court of June 24, 2015 partially accepted the request. The Court ordered the State to reduce the Netherlands' CO₂ emissions by 2020 by 25%. This judgment was because the State had argued in several policy statements that CO₂ emissions in the Netherlands should be reduced by at least 25% by 2020, but failed to implement legislation or other measures to ensure this reduction. Given the State's duty of care to protect and improve the living environment, the Court decided the State needed to do more to avert the looming danger caused by climate change.⁷

3 Climate Change litigation from 2018 onwards

Since then, three and a half years later, climate jurisprudence has really exploded. First, the Dutch State appealed against this decision by the District Court in The Hague.⁸ The Hague Court of Appeal upheld the judgment on October 9, 2018 but,

3. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/in-re-vienna-schwachat-airport-expansion/>>. The administrative court's ruling in favor of climate protection — the court ruled that the extension was contrary to Austria's climate goals — had just been declared unconstitutional by the Austrian Constitutional Court.
4. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>>; <<https://www.domstol.no/en/enkelt-domstol/supremecourt/news/2020/judgment-in-the-climate-lawsuit/>>.
5. <<https://www.theguardian.com/world/2021/jun/16/climate-activists-take-norway-european-human-rights-court-arctic-oil-drilling-plans>>.
6. The action was based on the thesis according to which the Dutch State had acted wrongly and negligently by not taking sufficient measures to reduce the CO₂ emissions of the Netherlands compared to 1990, thus engaging the tort liability of the State.
7. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/>>; <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2015/20150624_2015-HAZA-C0900456689_decision-1.pdf>.
8. Many well-informed observers were sure: the Court of Appeal would undoubtedly reform this decision which was considered by many to be incompatible with the separation of powers, because the court, by forcing the state to strengthen climate policy in order to achieve a more ambitious

and this is very important, based it on another legal foundation, mainly on the European Convention on Human Rights (ECHR). The Court of Appeal ruled that in accordance with Article 2 ECHR, the State has a positive obligation to protect the life of citizens under its jurisdiction, while Article 8 ECHR creates the obligation to protect the right to home and to privacy. This obligation applies to all activities, public and non-public, which could endanger the rights thus protected and certainly does apply if industrial activities, which are inherently dangerous, are at stake. When the government knows there is a real and imminent danger, the State must take preventive measures to avoid any damage as much as possible. On the basis of the reports of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) and the work within the framework of the UN Framework Climate Change Convention and the Paris Agreement, the Court concluded that there is a real threat of dangerous climate change, posing a serious risk that the current generation of residents will face death and/or disruption of private and family life. After weighing all the elements of the State's defense, the Court of Appeal concluded that the State was acting illegally, contrary to the duty of diligence of Articles 2 and 8 ECHR, by failing to make further reductions by the end of 2020 and that the State should reduce emissions by at least 25%.⁹

Critics of this jurisprudence remained and focused above all on the separation of powers and the role of judges. It was up to the Dutch Supreme Court (*Hoge Raad*) to say the last word. Based on the very detailed conclusions of two advocates-general (150 pages, almost 600 footnotes)¹⁰ the Court dismissed the appeal in a judgment of December 20, 2019.¹¹ The Supreme Court based its judgment on the United Nations Framework Convention on Climate Change and on the State's legal obligations to protect the life and well-being of civilians in the Netherlands, enshrined in the ECHR. According to the Court, there is a broad consensus between science and the international community on the urgent need for developed countries to reduce greenhouse gas emissions by at least 25% towards the end of 2020. The State has not explained why a smaller reduction can be considered justified and may still achieve the ultimate goal accepted by the State. The State had defended the thesis that the decision-making on the reduction of greenhouse gases belongs to policy-makers. However, the Court observes that the Constitution obliges the Dutch judge to apply the provisions of the ECHR. The judge's task of providing legal protection is an essential element of the democratic rule of law. This is what the Court of Appeal did in this case, according to the Supreme Court.

and quantified reduction in greenhouse gases, had taken the place of the executive, and even the legislature. However, the observers were wrong.

9. <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009_2015-HAZA-C0900456689_decision-4.pdf>.
10. <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190913_2015-HAZA-C0900456689_opinion-1.pdf>.
11. <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200113_2015-HAZA-C0900456689_judgment.pdf>.

4 More and more strategic cases filed

a. At national level

Since the first Urgenda judgment in various countries in Europe, more and more strategic cases on the main orientations of national climate policies have been introduced based on human rights or fundamental conventional or constitutional rights. This is the case in Germany,¹² Belgium,¹³ Spain,¹⁴ France,¹⁵ Ireland,¹⁶ Italy¹⁷ and Poland.¹⁸

In Ireland *Friends of the Irish Environment* (FIE) filed suit in the High Court, arguing that the Irish government's approval of the National Mitigation Plan in 2017 violated Ireland's Climate Action and Low Carbon Development Act 2015 ('the Act'), the Constitution of Ireland, and obligations under the ECHR, particularly the right to life and the right to private and family life.¹⁹ On July 31, 2020, the Supreme Court reversed the lower court decision rejecting FIE's argument and issued a ruling quashing the Plan. The Court determined that the Plan fell short of the sort of specificity the Act requires because a reasonable reader of the Plan would not understand how Ireland will achieve its 2050 goals. The Court explained that 'a compliant plan must be sufficiently specific as to cover climate policy over the whole period to 2050'.²⁰

In France two cases should be mentioned. The first case is a case with the Council of State (Supreme Administrative Court) *Commune de Grande-Synthe/France*. On January 23, 2019, the municipality of Grande-Synthe sued the French government for insufficient action on climate change. The suit alleged that the French government's failure to further reduce greenhouse gas emissions violates domestic and international law, including the European Convention on Human Rights, the Paris Agreement, the French Environmental Code, and the French Environmental Charter. Grande-Synthe asked the Council of State to direct the government to take legislative

12. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/family-farmers-and-greenpeace-germany-v-german-government/>>.

13. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/vzw-klimaatzaak-v-kingdom-of-belgium-et-al/>>.

14. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-v-spain/>>.

15. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-total/>>, <<http://climatecasechart.com/non-us-case/commune-de-grande-synthe-v-france/>>.

16. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/friends-of-the-earth-ireland-v-the-government-of-ireland-et-al/>>.

17. <<https://www.italy24news.com/News/76518.html>>.

18. <<https://www.endseurope.com/article/1718850/warsaw-face-legal-challenge-climate-inaction>>.

19. FIE alleged that the National Mitigation Plan ('the Plan'), which seeks to transition to a low-carbon economy by 2050, was inconsistent with the Act and Ireland's human rights commitments because it is not designed to achieve substantial short-term emissions reductions. On September 19, 2019, the Court ruled for the government and rejected FIE's claim that the Plan was invalid for failing to achieve substantial short-term emissions reductions, concluding that the Act does not require particular intermediate targets.

20. The Court, however, determined that FIE lacks standing to bring its claims under the Constitution or ECHR. The Court also concluded that FIE had not made a compelling enough case for identifying an unenumerated right to a healthy environment, separate from the rights expressly conferred by the Irish Constitution, '[w]hile not ruling out the possibility that constitutional rights and obligations may well be engaged in the environmental field in an appropriate case' <<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/friends-of-the-irish-environment-v-ireland/>>.

and regulatory measures to prioritize action on climate change and to prohibit actions that would increase greenhouse gas emissions. On November 19, 2020, the Council of State ruled that the case was admissible and instructed the government to justify, within three months, that it was taking adequate actions towards meeting its own 2030 climate goals. According to the Court, the coastal communities' claims were admissible in part because the city is particularly exposed to the effects of climate change. The Court also accepted interventions by NGOs and other interested cities. The Court then noted that France had committed to a 40% reduction in greenhouse gas emissions by 2030, compared to 1990 levels, and instructed the government to justify its ability to meet this goal without stricter measures. Although the Court signaled the decision would be driven by French and European law and not the Paris Agreement, the Court reasoned that the Paris Agreement must be considered in the interpretation of national law.²¹ The Council of State issued a final decision on July 1, 2021 ordering the government to 'take all the measures necessary' by the end of March 2022 to bend the curve of greenhouse gas emissions to meet climate goals, including a 40% reduction by 2030. The Court annulled the government's implicit refusal to take necessary measures, noting that the emissions decreases in 2019 and 2020 were not enough to ensure compliance with the required climate goals, and current climate regulations were insufficient to meet the target.²²

The other case, *Notre Affaire à Tous and Others/France*, was filed by non-profit organizations with the Administrative Court of Paris (Tribunal Administratif de Paris). On February 3, 2021, the Administrative Court of Paris issued a decision recognizing that France's inaction had caused ecological damage from climate change and awarded the plaintiffs the requested one euro for moral prejudice caused by this inaction. The Court deferred the decision on whether to issue an injunction to order the French government to take stronger climate measures, and ordered the government to disclose steps it was taking to meet its climate targets within two months. As part of the decision, the Court held that France could be held responsible for failing to meet its own climate and carbon budget goals under EU and national law. But the Court rejected arguments that the government could be forced to meet more specific renewable energy and energy efficiency targets on the grounds that such sectoral measures cannot be independently directly linked to ecological damage. Furthermore, the Court declined to issue compensatory damages for ecological harm, as the Court found that the plaintiffs had not shown that the government would be unable to repair the harm caused.²³

In Germany, in February 2020, a group of young German people filed a legal challenge before the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) to Germany's Federal Climate Protection Act ('*Bundesklimaschutzgesetz*' or 'KSG'), arguing that the KSG's target of reducing GHGs 55% by 2030 from 1990 levels was insuffi-

-
21. <<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/commune-de-grande-synthe-v-france/>>.
 22. <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210701_Not-Yet-Available_decision.pdf>.
 23. <<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-france/>>.

cient. The complainants alleged that the KSG therefore violated their human rights as protected by the Basic Law, Germany's constitution. On April 29, 2021, the Federal Constitutional Court, in *Neubauer et al* struck down parts of the KSG as incompatible with fundamental rights for failing to set sufficient provisions for emissions cuts beyond 2030. The Court found that Article 20a of the Federal Constitution obliges the legislature to protect the climate and aim at achieving climate neutrality. Further, the Court stated that Article 20a 'is a justiciable legal norm that is intended to bind the political process in favor of ecological concerns, also with a view to the future generations that are particularly affected'. Accepting arguments that the legislature must follow a carbon budget approach to limit warming to well below 2°C and, if possible, to 1.5°C, the Court found that that legislature had not proportionally distributed the budget between current and future generations, writing 'one generation must not be allowed to consume large parts of the CO₂ budget under a comparatively mild reduction burden if this would at the same time leave future generations with a radical reduction burden... and expose their lives to serious losses of freedom'. The Court ordered the legislature to set clear provisions for reduction targets from 2031 onward by the end of 2022.²⁴ On 17 June 2021 the Court of First Instance of Brussels gave its judgment in the Belgian *Klimaatzaak*. The Brussels court of first instance condemned the various Belgian authorities for their negligent climate policy. However, the verdict did not directly lead to stricter climate targets. The court ruled that Belgium's climate policy was inadequate and violated human rights, in particular Articles 2 and 8 ECHR. The Court found that the Belgian climate policy was so substandard that it violated the legal duty of care and human rights. However, the verdict had no concrete consequences for the government. The State does not have to pay a fine and is not forced to tighten up the climate objectives and climate policy, as was the case in *Urgenda*. *Klimaatzaak* is appealing in the hope of still being able to enforce concrete emission reduction targets. The citizens' collective therefore went to both the Court of Appeal and the Human Rights Court in Strasbourg in the hope of achieving stricter climate targets via one of those two avenues and are calling for a reduction of Belgian greenhouse gas emissions by at least 42 percent by 2025 and by 55 percent by 2030.

b. On the European level

On September 3, 2020, six young Portuguese filed an application before the ECtHR in the case *Duarte Agostinho and Others/Portugal and 32 Other States*.²⁵ The objective was to recognize the responsibility of 33 European States in the climate crisis. The petitioners complain about the non-compliance by these States with their positive obligations under Articles 2 and 8 of the Convention, read in the light of the commitments made under the Paris Climate Agreement. On November 30, 2020, the Strasbourg Court notified the request to the States concerned, after the president of the section in charge of the case had considered that this request should be examined as a matter of priority. The Court put three questions to the parties. The first was whether the facts denounced were of such a nature as to engage the re-

24. <<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany/>>.

25. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>>.

sponsibility of the States concerned ‘taken individually or collectively because of their national or, as the case may be, European policies and regulations’. If so, the question arose as to whether the applicants suffered ‘directly or indirectly and seriously’ from the consequences of insufficient action by States to achieve the 1.5 °C target of the Paris Agreement. Finally, if the answer was also positive, had the States fulfilled their obligations under the applicable provisions of the ECHR in the light of the principles of precaution and intergenerational equity?

In the meantime, a similar request was lodged on November 26, 2020, by a group of elderly Swiss women, after the Swiss Federal Administrative Court rejected their case in 2018, on the grounds that Swiss women over 75 are not the only population affected by the effects of climate change.²⁶ The ECtHR communicated the case *Union of Swiss Senior Women for Climate Protection/Swiss Federal Council and Others (Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others/Switzerland)* to the concerned State and raised some questions for the parties concerned.²⁷

A similar action, the case of *Armando Carvalho and others/European Parliament and Council of the European Union*²⁸ was brought before the General Court of the European Union, on the one hand seeking the partial annulment of certain EU climate legislation deemed insufficient and on the other hand, seeking redress in the form of an injunction, obliging the co-legislators to adopt measures ‘imposing by 2030 a reduction in the level of greenhouse gas emissions included, at the very least, between 50% to 60% of their 1990 level’. The General Court declared the case inadmissible on May 8, 2019 for lack of standing based on the very strict ‘Plaumann-test’ applied by the EU courts. The Court of Justice of the EU rejected the appeal against that decision on 25 March 2021.²⁹

c. Major projects and companies

Apart from lawsuits challenging big projects, like the extension of *Heathrow Airport*,³⁰ more and more cases are brought against major companies.

On 26 May 2021, the Hague District Court rendered a ground-breaking judgment. The Hague District Court has ordered Royal Dutch Shell (RDS) to reduce the CO₂ emissions of the Shell group by net 45% in 2030, compared to 2019 levels through the Shell group’s corporate policy. This order has been given in proceedings initiated by seven foundations and associations ie the NGO Milieudefensie as well as over 17,000 individual claimants.

26. On May 20, 2020, the Swiss Supreme Court dismissed the appeal. The Court concluded that the rights claimed by the plaintiffs had not been affected with sufficient intensity and that the remedy they sought had to be obtained through political rather than legal means. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/union-of-swiss-senior-women-for-climate-protection-v-swiss-federal-parliament/>>.

27. <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201130_3937120_na-1.pdf>.

28. <<http://climatecasechart.com/non-us-case/armando-ferrao-carvalho-and-others-v-the-european-parliament-and-the-council/>>.

29. <<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/armando-ferrao-carvalho-and-others-v-the-european-parliament-and-the-council/>>.

30. <<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/plan-b-earth-v-secretary-of-state-for-transport/>>.

The court concluded that RDS was required to ensure through the Shell group's corporate policy that the CO₂ emissions of the Shell group, its suppliers and its customers would be reduced. This follows from the unwritten standard of care applicable to RDS, which the court interpreted based on the facts, widespread consensus and internationally accepted standards.³¹

RDS has an obligation of result with respect to the Shell group's CO₂ emissions. As regards its suppliers and customers, RDS has a significant best-efforts obligation, which means that RDS must use its influence through the corporate policy for the Shell group, for instance by setting requirements on suppliers in its purchasing policy. RDS has complete freedom in how it meets its reduction obligation and shapes the Shell group's corporate policy. The required sacrifices outweigh the interest served by fighting dangerous climate change. The court finds that RDS is not presently in breach of its reduction obligation, as the claimants argue. RDS has enhanced the Shell group's policy and is working it out in more detail. However, seeing as the policy is not concrete, has many caveats and is based on monitoring social developments rather than the company's own responsibility for achieving a CO₂ reduction, the court finds that there is an *imminent breach of the reduction obligation*. Therefore, the court has ordered RDS to reduce emissions of the Shell group, its suppliers and its customers by net 45%, as compared to 2019 levels, by the end of 2030, through the corporate policy of the Shell group.

This decision is ground-breaking. For the first time a court decides that not only governments, but also companies have a legal obligation to do their share against climate change. Shell vowed to appeal the decision. The judgment is already binding and the court can impose penalties. Legal scholars in the Netherlands expect that other such cases will arise.³²

5 Conclusion

It seems that in the near future the ECtHR will be able to clarify whether the Dutch Supreme Court's approach, based on the positive duties derived from Articles 2 and 8 of the ECHR is appropriate or not. In the meantime, the number of climate cases involving major projects that have an impact on the climate or the policies of multinationals in this area is also increasing.

31. According to the Hague District Court, Shell group is one of the world's largest producers and suppliers of fossil fuels. The CO₂ emissions of the Shell group, its suppliers and customers exceed those of many countries. This contributes to global warming, which causes dangerous climate change and creates serious human rights risks, such as the right to life and the right to respect for private and family life. It is generally accepted that companies must respect human rights. This is an individual responsibility of companies, which is separate from states' actions. This responsibility also extends to suppliers and customers.

32. <<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Den-Haag/Nieuws/Paginas/Royal-Dutch-Shell-must-reduce-CO2-emissions.aspx>>; <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5337>>; <<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>>.

We think we can safely say that in the decades to come, national courts and tribunals will inevitably be increasingly confronted with such cases and that they will be able to learn from what their colleagues in other countries and international courts decide.

The European Green Deal from an environmental protection perspective: the missing role of the environmental integration principle

Massimiliano Montini^{*}

1 Introduction

The European Green Deal has been conceived by the new European Commission chaired by Ursula Von der Leyen as the reference plan to transform the European economy towards a sustainable future.¹ The transformation advocated by the Green Deal is based on several priority goals. Three of them seem to be particularly relevant for environmental protection. They include the decarbonisation target (calling for a carbon neutral Europe 2050), the circular economy challenge (calling for a shift from a linear to a circular approach to the economy), and the zero-pollution objective (calling for the need to assess and revise environmental law and policy, particularly for air, water and soil protection, with the aim to (allegedly) achieve a toxic-free environment).

The present contribution argues that the Green Deal, despite embracing the overall objective of promoting a green transition in the European Union, lacks a coherent approach and fails to integrate its several goals and objectives within a single and comprehensive policy and legal framework. This seems to emerge clearly if the Green Deal is assessed from an environmental protection perspective. On such a basis, the present contribution aims at exploring the possible role that the environmental integration principle, as enshrined in Article 11 TFEU may play in this context and, despite observing the negative present state of the environmental integration principle, it concludes with a proposal to give a renewed meaningful role to the principle in the future implementation of the Green Deal.

2 The lack of coherence of the Green Deal and the need for environmental integration

The European Green Deal, as already recalled above, has a very broad overall objective, which consists in the transformation of the European economy and in the promotion of a profound green transition, largely based on sustainable development and climate change policy objectives.

The Green Deal main objectives consist in a wide set of parallel and concurrent goals. However, given the variety of those goals, it is not easy to predict whether it will be possible to achieve all of them within the fixed time frame. Given the

* Massimiliano Montini, Professor of European Union Law and Sustainable Development Law, University of Siena (Italy).

1. European Commission Communication, *The European Green Deal*, COM(2019) 640 final, 11 December 2019.

complex structure of the Green Deal, it is likely that the policies and activities foreseen will run parallel one another and it is not clear how a uniform and coherent approach may be ensured in the implementation of the different goals and related actions. In fact, by looking at the European Green Deal Commission's Communication and the related accompanying documents it seems to emerge a lack of coherence among the different goals. For the time being, the only common denominator seems to be represented by a 'loose' reference to sustainable development throughout the Green Deal architecture, but this is certainly not enough to promote a proper greening of EU policies, if a structured approach to environmental integration is missing.

Given these circumstances, a few questions arise on the implementation of the Green Deal. Firstly, given the loose coherence of the Green Deal and the lack of integration of its goals, why do the drafters of the Green Deal seem to have completely forgotten to consider the principle of environmental integration, as enshrined in Article 11 TFEU?² This is quite surprising, particularly since, at least in some accompanying and implementing documents to the Green Deal Communication,³ the Article 191 TFEU environmental principles are recalled and restated, while no reference is ever made to the environmental integration principle. Secondly, what is the potential of the environmental integration principle in this context? Could it act as a tool which may provide a greater coherence to the Green Deal framework? To address and try to answer these questions, an analysis of the main features of the environmental integration principle seems to be necessary. This will be provided in the next chapter, with a specific reference to its main strengths and weaknesses and its evolutionary patterns experienced in the last two decades.

3 The main features of the environmental integration principle

3.1 The strengths and weaknesses of the environmental integration principle

In order to envisage the possible role of the environmental integration principle in the context of the implementation of the Green Deal it is necessary to provide a brief introduction to the main features of the principle, as enshrined in Article 11 TFEU. The main features of the principle will be described by making reference, in particular, to the seminal analysis of the principle contained in Jan Jans' article '*Stop the integration principle?*' of 2011.⁴ In such a context, Jan Jans identifies some strengths and weaknesses of the environmental integration principle that are worth recalling and commenting here.

-
2. Article 11 TFEU: 'Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development'.
 3. European Commission Communication, *Pathway to a Healthy Planet for All. EU Action Plan: Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil*, COM(2021) 400 final, 12 May 2021.
 4. J Jans, 'Stop the Integration Principle?', (2011) 33(5) *Fordham International Law Journal* 1533-1547.

He identifies two main strengths, namely the enabling function and the guidance function of the principle. The enabling function refers to the possibility to make use of the integration principle to overcome the constraints placed upon EU institutions by the principle of conferral in order to promote environmental protection objectives when decisions are taken under the common commercial policy or in the framework of other policies, such as for instance agriculture, transport, energy, development aid, trade and external relations, internal market and competition policy, regional policy, and so on. This corresponds to the practice of EU institutions, and it is confirmed by the relevant CJEU case law.⁵ Therefore, in Jan Jans's view, it can be argued that '*The environmental integration principle broadens the objectives of the other powers laid down in the TFEU and thus limits the role of the specific powers doctrine in environmental policy*'.⁶

On the other side, the guidance function refers to the possibility to interpret EU law, outside the specific environmental field, to promote environmental protection objectives. In this sense, the principle of integration has played an important role to induce the Court of Justice to include, in the *Danish Bottles* case, environmental protection among the list of mandatory requirements, as foreseen by the *Cassis de Dijon* jurisprudence, which may invoked by Member States in order to justify national measures aimed at protecting important environmental interests, despite their possible restrictive effect on the free movement of goods within the European internal market.⁷ Similarly, the principle of integration has prompted the Court of Justice to justify the application of the precautionary principle, outside the specific environmental sphere, in order to promote public health.⁸ On the basis of this two examples, in Jan Jans's view: '*one could say that the environmental integration principle played a key role in the transformation of a customs union initially called the European Economic Community into a political entity now called the European Union*'.⁹

Beside these two main strengths, Jan Jans highlights three weaknesses of the principle. The first one refers to the circumstance where Article 11 TFEU calls for the integration of '*environmental protection requirements*' into the other EU policies, but it does not clarify '*what precisely has to be integrated and in what strength*'. Jan Jans argues that this wording might refer to the environmental policy objectives contained in Article 191(1) TFEU, the environmental principles listed in Article 191(2) TFEU as well as the environmental policy aspects referred to in Article 191(3) TFEU. In my opinion too, this seems to be the correct interpretation of the very general expression '*environmental protection requirements*'.¹⁰

The second weakness underlined by Jan Jans refers to question whether it is possible to argue for the existence of a legal hierarchy based upon the integration principle,

5. Case C-513/99 (*Concordia Bus Finland Oy Ab/Helsingin Kaupunki*), [2002] ECR I-7213; Case C-17/90 (*Pinaud Wieger Spedition GmbH/Bundesanstalt für den Güterfernverkehr*), [1991] ECR I-5253; Case C-62/88 (*Greece/Council*), [1990] ECR I-1527.
6. Cf Jans (n 4), 1541.
7. Case C-302/86 (*Commission/Denmark (Danish Bottles case)*), [1988] ECR 4619; see also Case C-379/98 (*PreussenElektra AG/Schleswig AG*), [2001] ECR I-2099.
8. Joined Cases T-74, 76, 83, 85, 132, 137, 141/00 (*Artegodaan GmbH/Commission*), [2002] ECR II-4945, § 183.
9. Cf Jans (n 4), 1541.
10. *Ibid.*, 1541-1542.

according to which environmental considerations should be given some priority over other possible conflicting interests. On such an issue, Jan Jans argues that the text of the TFEU does not support a priority being given to environmental protection requirements. In fact, Article 11 TFEU wording seems to be meant to make sure that environmental considerations are taken into account in the definition and implementation of all EU policies, but it does not give an *a priori* indication on how conflicts between environmental protection goals and other possible conflicting objectives should be resolved. In this case too, I am convinced that this is the correct interpretation of the Article 11 TFEU provision.¹¹

The third and final weakness highlighted by Jan Jans refers to the justiciability of the integration principle. The question refers to the possibility that the actions of the various EU institutions involved in the decision-making processes, such as the European Parliament, the Council or the European Commission, may be reviewed by the Court of Justice for an alleged violation of the environmental integration principle. In this respect, Jan Jans recalls the *Bettati* case,¹² in which the Court of Justice admitted in principle the possibility to review an EU measure on the basis of the integration principle. However, as he correctly recalls, the Court also emphasised the wide discretionary power that EU institutions enjoy in shaping their environmental policy, by balancing between environmental requirements vis a vis other possibly conflicting interests. In practice, therefore, a judicial review by the Court of Justice based on the principle of integration might be limited solely to situations whether the EU institutions have committed a ‘*manifest error of appraisal*’.¹³

3.2 The environmental integration principle after the Lisbon Treaty

The Lisbon Treaty brought three very relevant changes with respect to the functioning of the environmental integration principle. As noted by Jan Jans, those changes did not concern the text of the environmental integration principle itself, as enshrined in Article 11 TFEU, which remained substantially the same with respect to the previous Article 6 TCE. However, those changes contributed, in different ways, to weaken the environmental integration principle.

The first major change concerns the status of the environmental integration principle within the TFEU. As a legacy of the discussion which surrounded the (never ratified) Treaty Establishing a Constitution for Europe of 2003, the environmental integration principle was downgraded from the previous status of a ‘general principle of EC Law’ to a principle included in the ‘clauses of general application’. This unfortunate involution of the status of the environmental integration principle was confirmed and retained by the Lisbon Treaty and finally included in the text of the TFEU.¹⁴

The second major change introduced by the Lisbon Treaty consists in what could be called the ‘relativisation’ of the environmental integration principle. This was

11. Cf Jans (n 4), 1542-1543.

12. Case C-341/95 (*Bettati/Safety Hi-Tech Srl*), [1998] ECR I-4355, § 17-18.

13. Cf Jans (n 4), 1543.

14. Cf Jans (n 4), 1539-1540 and 1543-1544.

caused by the proliferation of other integration clauses and requirements throughout the TFEU. In fact, specific duties of integration, alongside the environmental integration, are now foreseen by several other TFEU provisions, with regard for instance to labour and social protection (Article 9 TFEU), non-discrimination (Article 10 TFEU), consumer protection (Article 12 TFEU) and animal welfare (Article 13 TFEU). As Jan Jans correctly points out, *'the result is a genuine melting pot: everything has to be taken into account with everything!'*¹⁵ This proliferation of integration requirements, therefore, might have the effect of reducing the relevance of the environmental protection requirements. Since everything must be integrated with almost everything else, in practice also the environmental integration duty might become meaningless.

Moreover, the proliferation of the integration requirements may also have a more worrisome effect for environmental protection. This is what is called by Jan Jans the 'minestrone effect.' According to the author, as it happens in the 'minestrone', when many ingredients are mixed together in the same soup, thus causing a very confusing effect as to the recognisability of each single ingredient used in the preparation of the soup, likewise in the decision-making processes post-Lisbon, the presence of many integration duties may cause *'an inherent danger that under the disguise of integration, certain environmental standards will be diluted or offset against other interests and policy considerations'*.¹⁶ This may lead, ultimately, to what the author calls the 'reversed integration' phenomenon, that is *'a process by which certain environmental standards, such as environmental quality standards or emission standards, are lowered as a consequence of the requirement that other than environmental interests are to be taken into account'*.¹⁷

The third major change concerns the relationship between Article 11 TFEU and Article 37 of the European Charter of Fundamental Rights.¹⁸ As it is well known, according to Article 6 TEU, as modified by the Lisbon Treaty, the Charter *'shall have the same legal value as the Treaties'*. This is a major modification with respect to the previous non-binding nature of the Charter and triggers the question of the need to reconcile the differences existing between the two above mentioned provisions. The problem arises from the circumstance that both provisions contain an environmental integration clause. However, at least three differences may be spotted when comparing their texts, as noted by Jan Jans.¹⁹ To these three differences, a fourth one, should be added, in my view.

The first difference regards the scope of the integration effort. In fact, Article 37 of the Charter prescribes the environmental integration duty with respect to the *'policies of the Union'* rather than to the *'Union policies and activities'* mentioned in Article 11 TFEU.

15. Cf Jans (n 4), 1545.

16. Ibid, 1546-1547.

17. Ibid, 1547.

18. Article 37 of the Charter prescribed that *'A high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development'*.

19. J. Jans, *Stop the Integration Principle?*, cit., p. 1539.

The second difference concerns the qualification of the integration required: whereas Article 11 TFEU commands the integration with respect to the ‘*definition and implementation*’ of the Union policies and activities, such qualification is missing in Article 37 of the Charter, thus making more uncertain the status of the principle.

The third difference deals with the relationship of the environmental integration with the principle of sustainable development. Whereas Article 11 TFEU commands that an environmental integration is conducted ‘*with a view to achieve sustainable development*’, thereby conferring to the integration principle a sort of free mandate to act as a tool to promote the operationalisation of sustainable development, with a certain degree of discretion, the text of Article 37 of the Charter prescribes that integration ought to be pursued ‘*in accordance with the principle of sustainable development*’, thereby implying a sort of subordination of the environmental integration effort to the sustainable development requirements.

Beside the above mentioned three differences, in my view, a fourth one may be added. It concerns the precise content of the environmental integration required. In fact, whereas Article 11 TFEU does not circumscribe or limit in any way the type and breadth of the environmental integration which may be pursued, by referring the wide notion ‘*environmental protection requirements*’, quite on the contrary Article 37 of the Charter seems to limit the scope of the environmental integration by limiting its exercise with regard to the promotion of ‘*a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment*’. Such a notion seems to be much more vague and much more limited at the same time. Therefore, it may have the consequence that the environmental integration duty stemming in Article 37 of the Charter has no teeth compared to the Article 11 TFEU version.

The differences spotted between the two environmental integration clauses, as enshrined in Article 11 TFEU and Article 37 of the Charter, may be problematic for at least two reasons. The first one refers to the lack of legal certainty when it comes to the interpretation and application of the environmental integration principle post-Lisbon. The second one concerns the more limited outreach that the Article 37 version of the principle seems to have. In fact, as noted by Jan Jans, ‘*as the obligation contained in Article 37 of the Charter seems to be more limited than the one in Article 11 TFEU, an interpretation of Article 11 TFEU in line with the Charter may result in a further downgrading*’.²⁰

4 **Conclusion: a residual hope for the environmental integration principle?**

This analysis leads in my view to a sad conclusion on the role of the environmental integration principle in the current Green Deal scenario. In fact, ten years after the entry into force of the Lisbon Treaty, not only the environmental integration principle has been downgraded and diluted as prophesied by Jan Jans in his 2011 seminal article, but even more worryingly it seems to have been forgotten both in the definition and the implementation of the Green Deal. This is confirmed by the

20. Cf Jans (n 4), 1544.

fact that not only the principle is never mentioned in the 2019 European Commission's Communication which launched the Green Deal, but it is also (at least so far) not considered in the subsequent implementing documents, strategies, and actions.

In this sense, considering the recent opportunity (allegedly) offered by Green Deal to 'green' all EU policies, my conclusion on the state of the environmental integration principle in EU law ten years after the entry into force of the Lisbon Treaty might be even sadder than the already sad one reached by Jan Jans in its 2011 article, when he noted that '*on each occasion that the founding treaties were amended, the environmental integration principle was strengthened. The Lisbon Treaty brought an end to that pattern. That is a rather sad conclusion*'.²¹ Ten years later, it seems to emerge that not only since Lisbon the environmental integration principle has stopped being strengthened over time and has started instead a declining path, but meanwhile it has almost been forgotten by EU institutions.

To conclude with a small residual hope for the future, it may be said that a possibility of new life for the environmental integration principle might come from a new reading of its relationship with the principle of sustainable development, as recently argued by Beate Sjøfjell.²² According to such a view, the fact that the Article 11 TFEU duty to integrate environmental protection requirements in all EU policies and activities is often ignored '*does not constitute an argument against the existence of these legal duties set out here*'.²³

In her view, the environmental integration duty required by Article 11 TFEU '*is arguably a necessary contribution to achieve policy coherence for sustainable development*'.²⁴ However, to achieve such an integration objective, '*the environmental integration must have a clearly defined goal*'.²⁵ She argues to this respect that: '*Including environmental concerns at some level or other, an attempted "greening" of European policies, is insufficient. Article 11 TFEU sets out the goal as one of "promoting sustainable development"*'.²⁶ Therefore, the way to give the environmental integration duty a renewed stronger role is to anchor it firmly to the purpose of promoting sustainable development, as mandated by Article 11 TFEU.

More specifically, to properly enforce the environmental integration principle, Beate Sjøfjell proposes a teleological interpretation which may enhance its role of an operational tool to promote long term sustainable development and achieve, in the shorter term, the UN SDGs in a systematic and comprehensive way. In this way '*Article 11 TFEU may prove to be key in achieving the fundamental transformation away from a fossil fuel-based with its linear business models towards a renewables-based, circular*

21. Cf Jans (n 4), 1547.

22. B Sjøfjell, *The Environmental Integration Principle: A Necessary Step Towards Policy Coherence for Sustainability*, Preprint, 2018, of chapter published in *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, F Ippolito, ME Bartolino & M Condinanzi (eds), Routledge, 2019, Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3294910>.

23. Cf Sjøfjell (n 22), 19-20.

24. *Ibid.*, 1.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*

and just economy within planetary boundaries'.²⁷ On such a basis, she concludes that 'Article 11 TFEU, as the EU's codification of the core of the principle of sustainable development becomes a part of a broader recognition of a general principle of sustainable development as a guideline for all policies'.²⁸

The proposal just recalled above which aims to give a renewed more meaningful role to the environmental integration principle by linking it firmly to the overall objective of '*promoting sustainable development*' resembles closely a similar proposal which I made elsewhere not long ago.²⁹ In that occasion, I argued, along a similar line of reasoning of the one proposed by Beate Sjøfjell, that the environmental integration principle enshrined in Article 11 TFEU might become a key operational tool to provide a greater coherence to the whole EU action, not only by integrating environmental requirements into all EU policies and activities, but doing that with a view to promote sustainable development as well climate change objectives, within a single comprehensive scenario.³⁰ In this way, the environmental integration principle could improve the coherence of the green transition advocated by the European Green Deal, by providing a reference framework which may guide all actions required for its implementation.

27. Cf Sjøfjell (n 22), 21.

28. Ibid.

29. M Montini, *The Principle of Integration*, in: L. Kramer & E. Orlando, *Principles of Environmental Law* (Edward Elgar Publishing, 2018) 139-149.

30. Ibid, 146-148.

Zoonotic Disease Emergence and the EU's Deforestation Footprint

Joanne Scott*

1 Introduction

We are currently living through the first high-mortality global pandemic since the emergence of HIV/AIDS. Both HIV/AIDS and Covid-19 are zoonotic diseases caused by viruses that have spilled over from animals to humans.¹ Chimpanzees for HIV type 1 and Sooty Mangabey (a type of monkey) for HIV type II. Bats, probably via an intermediary host species for Covid-19.

It is estimated that around 75% of all new and emerging infectious diseases jump species from animals to humans, with most making the leap through insect vectors, intermediary species or the food system.² Although domesticated animal species have shared a much larger number of viruses with people than wildlife, these domestic animals normally act as bridges or amplifying hosts for pathogens that originate in wild animals. For example, while bats are the natural reservoir species for the Nipah Virus, pigs reared in intensive hog farms in Malaysia have served as the intermediate host.

The frequency of zoonotic disease emergence is increasing globally. And there is considerable discussion about why this might be the case. Put simply, it is due to increasing contact between species: humans, livestock and wildlife. This increasing contact is in turn thought to be driven by two principal factors:

First, there is a clearly established link between deforestation and virus emergence.³ Deforestation creates patchwork forests with longer perimeters or forest edges, thereby expanding the transition zone between forest and non-forest that serves as a springboard for novel viruses.⁴ Deforestation activities such as farming, mining and timber production and the growing presence of humans and livestock at forest edges facilitate the zoonotic leap.⁵

* Joanne Scott, Professor of European Law and Head of the Department of Law, European University Institute.

1. United Nations Environment Programme and International Livestock Research Institute (2020). Preventing the Next Pandemic: Zoonotic diseases and how to break the chain of transmission. Nairobi, Kenya.
2. Ibid and IPBES (2020) Workshop Report on Biodiversity and Pandemics of the Intergovernmental Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. P Daszak, J Amuasi, CG das Neves, D Hayman, T Kuiken, B Roche, C Zambrana-Torrel, P Buss, H Dunderova, Y Feferholtz, G Földvári, E Igbinosa, S Junglen, Q Liu, G Suzan, M Uhart, C Wannous, K Woolaston, P Mosig Reidl, K O'Brien, U Pascual, P Stoett, H Li, HT Ngo, IPBES secretariat, Bonn, Germany, DOI:10.5281/zenodo.4147317.
3. Andrew P Dobson et al, 'Ecology and Economics for Pandemic Prevention' (2020) 369 *Science* 379.
4. Ibid, 379.
5. Ibid.

Second, trade in wild animals including hunting, slaughter, warehousing, transportation and sale brings people and animals, as well as different animals, into close proximity.⁶ The possible role of the Wuhan 'wet market' in facilitating transmission of coronavirus between species and/or virus spread continues to be debated. The recent pandemics report published by the Inter-Governmental Panel on Biodiversity and Ecosystem Services highlights research that shows that that infection of wild animals may occur or increase as they progress through the wildlife trade value chain.⁷

As our understanding of the causes of zoonotic diseases increases, it becomes possible to identify so-called emerging infectious disease 'hotspots'. Allen et al have observed that '...the risk of disease emergence is elevated in tropical forest regions, high in mammal biodiversity and experiencing anthropogenic land use changes related to agricultural practices'.⁸

There is widespread agreement today that a 'One Health' approach is necessary to reduce the risks associated with zoonotic diseases.⁹ This approach rests on the key premise that human, animal and ecosystem health are interdependent and therefore achieving a high level of protection requires close collaboration between different disciplines at all levels of governance. It lays emphasis on the importance of the monitoring disease risk and the rapid containment of the emergence of zoonotic pathogens. It has been given institutional expression at the international level through a partnership (MoU) between the World Organisation for Animal Health (OIE), FAO and WHO.¹⁰

While widely endorsed and increasingly practiced, the One Health approach has also been criticized. For example, in exploring the structural drivers of vulnerability to zoonotic diseases in Africa, Dzingirai and her colleagues describe One Health as technocratic and 'anti-political' in its emphasis on institutional and disciplinary collaboration.¹¹ Through three case studies they seek to show how political interests, commercial investments and securitization, for example, contribute to disease emergence and transmission and create patterns of vulnerability, including for people displaced by infrastructure, commercial expansion of agriculture and elite conservation initiatives. It is therefore only by historicizing our understanding of disease that we can identify the structural as opposed to the proximate drivers of disease emergence and transmission and understand the competing interests and trade-offs at stake.

6. Ibid.

7. Fn 2, 27.

8. T Allen et al, 'Global hotspots and correlates of emerging zoonotic diseases' (2017) 1 *Nature Comms* 5.

9. For details see the website of the World Organisation for Animal Health (OIE) at <<https://www.oie.int/en/fao-oie-and-who-launch-a-guide-for-countries-on-taking-a-one-health-approach-to-addressing-zoonotic-diseases/>>.

10. For further information see <<https://www.who.int/zoonoses/concept-note/en/>>.

11. V Dzingirai et al, 'Structural Drivers of Vulnerability to Zoonotic Disease in Africa' (2017) 372 *Philosophical Transactions of the Royal Society B* 1.

In a somewhat similar vein, Robert Wallace and his colleagues have proposed 'A dawn of structural One Health'.¹² They propose a more spatial or relational approach to zoonotic disease emergence that rejects One Health's 'confound[ing] of the place where a pathogen emerges with the geography of causality'.¹³ By following the 'circuits of capital' that finance the kinds of development and production that drive disease emergence (for example, deforestation), New York, London and Hong Kong become the world's pandemic 'hotspots',¹⁴ rather than tropical forest areas identified in Allen's map above.¹⁵

Taking inspiration from Structural One Health, it becomes important to highlight the nature and degree of the responsibility that consumers and investors within Europe bear in relation to practices that create a heightened risk of disease emergence; and to explore what the EU is doing, and considering doing, to reduce this responsibility. In this short article, the focus is on deforestation.

2 The EU's Environmental/Deforestation Footprint

It is helpful to start by presenting data provided by colleagues in Vienna who have estimated the scale of the EU's global environmental footprint.¹⁶ The table summarizes the EU-28's (pre-Brexit) per capita environmental footprint in 2015, compares this to the global average and shows what percentage of each footprint category is comprised of non-territorial emissions or extractions. Non-territorial emissions or extractions of environmental resources are labeled as 'foreign share'. 31% in the case of land. These data are consumption-based and identify which environmental pressures generated by EU consumption of goods and services are felt outside of the EU's territory.

Table 1. The EU-28's per capita global environmental footprint including percentage derived from non-territorial emissions/extractions¹⁷

	Materials	(Blue) Water	Land	Carbon
<i>EU per capita</i>	25.2 t/cap	226 m ³ /cap	0.02 km ² /cap	13.2 t/cap
<i>Global per capita</i>	11.8 t/cap	150m ³ /cap	0.008 km ² /cap	5.4 t/cap
<i>EU foreign share</i>	38%	64%	31%	25%

More specifically, in relation to deforestation, a study prepared on behalf of the European Commission observes that between 1990-2008, the EU-28 consumed one-third of globally traded agricultural products associated with deforestation.¹⁸ Extra-

12. Robert G Wallace et al. 'The dawn of Structural One Health: a new science tracking disease emergence along circuits of capital' (2015) 129 *Soc Sci Med* 68.

13. *Ibid.*, 70.

14. *Ibid.*, 70.

15. Above fn 8.

16. Data provided by Prof Giljum WU (2018): Vienna University of Economics and Business (data relates to 2015).

17. This data was provided to the author by Professor Stefan Giljum, Vienna University of Economics and Business. It should be cited as WU (2018): Own Calculation based on EXIOBASE 3.4.

18. European Commission, 'The impact of EU consumption on deforestation: Comprehensive analysis of the impact of EU consumption on deforestation' (2013).

polating from this, the study suggests that in terms of its consumption footprint, the EU bears responsibility for 10% of world-wide deforestation that is associated with the production of goods and services.¹⁹

With the growth of China as a market for forest risk commodities, this figure of 10% is too high.²⁰ Nonetheless, one recent study suggests that Europe not only remains a major importer but it had the highest exposure to deforestation embodied in imports of any consumer region from 2005-2013.²¹ This is because some EU imports of forest risk commodities are associated with more deforestation per tonne than those imported by China.

If we then turn from consumption to finance – the circuits of capital in the language of structural one health. Campaigning NGOs have long been active in seeking to expose links between financial institutions and deforestation. Global Witness' 2019 article, *Money to Burn*,²² offers an impressive example. Based on a report prepared by the Dutch research and advice consultancy, Profundo, this claims that more than 600 banks and investors injected capital to the tune of 44bn dollars in six of the world's most destructive agribusinesses between 2013-2019. Many of the financial institutions involved are established within the European Union (and the UK).

3 Reducing the EU's Deforestation Footprint: The Role of EU Law

So what has the EU done to in bid to reduce the EU's land use footprint including its deforestation footprint? So far, its main focus has been on timber and timber products imported into the EU. In relation to timber, the EU has adopted a novel, promising but challenging approach that consists of two principal elements.

First, the EU Timber Regulation (EUTR) prohibits the placing of illegally harvested timber and timber products on the EU market, with illegality being understood as contravention of the applicable legislation of the country where the timber is harvested.²³

In order to ensure compliance with this legislation, operators placing timber on the EU market for the first time are required to exercise due diligence and to maintain and regularly evaluate the due diligence system that it uses. This requires the gathering of detailed value chain information, risk assessment and risk miti-

19. Ibid, 127.

20. See WWF, 'Stepping up: The Continuing Impact of EU Consumption on Nature Worldwide' (2021) 5. This finds that the EU is now the second biggest importer of tropical deforestation and associated GHG emissions. It was the biggest importer between 2005 and 2013, being overtaken by China in 2014. China is said to be responsible for 24% deforestation associated with trade and the EU 16%.

21. F Pendrill et al, 'Deforestation displaced: trade in forest-risk commodities and the prospects for a global forest transition' (2019) 14 *Environ. Res. Lett.* 1. See Tables included in Supplementary Data on page 20.

22. Global Witness, 'Money to Burn: How iconic banks and investors fund the destruction of the world's largest rainforests' (2019).

23. Regulation (EU) No 995/2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market, <<http://data.europa.eu/eli/reg/2010/995/oj>>.

gation measures to minimise risks of illegally harvested timber being placed on the EU market.

Responsibility for enforcement lies principally in the hands of the MS competent authorities although infringement actions brought against the MS by the European Commission have played an important role. Additional checks may be conducted by competent authorities when third parties raise substantiated concerns about an operator's compliance with the Regulation. This includes third parties outside of the EU. Nearly 200 such concerns were raised from 2016-2018 with more than half leading to additional compliance checks.²⁴ There is evidence that some elements of national legislation are more actively enforced than other parts.²⁵

The second key element of the EU's timber regime takes the form of Voluntary Partnership Agreements that are concluded between the EU and timber producing countries.²⁶ These bilateral agreements are negotiated within the framework of the EU's Forest Law Enforcement and Governance initiative (FLEGT),²⁷ and set out an agreed definition of legality for timber production. They require third countries to establish a timber legality assurance system so that timber can be certified as meeting this standard. Both the negotiation of the agreement and the implementation of the agreement is intended to be conducted within the framework of an inclusive, multi-stakeholder process involving civil society and business as well as governmental actors. Timber that is certified under a VPA can be fast-tracked into the EU market without the operator in question having to demonstrate due diligence under the EUTR.²⁸

The status of the VPA negotiations at present is shown in Table 2 below. These countries cover 79% global trade in tropical wood products.

Table 2. Voluntary Partnership Agreements

Concluded	Initialled	Ongoing negotiations
Republic of Congo, Cameroon, Indonesia, Central African Republic, Liberia and Vietnam	Honduras and Guyana	Côte d'Ivoire, Democratic Republic of the Congo, Gabon, Laos, Malaysia and Thailand

Of these countries, only Indonesia has commenced FLEGT licensing of timber exports, with Ghana expected to commence next year.

24. WWF Enforcement Review of the EU Timber Regulation: EU Synthesis Report (2019) 5.

25. D Brack and S Ozinga, 'Enforcing Due Diligence Plus' (FERN, 2020) 12.

26. Council Regulation (EC) No 2173/2005 of 20 December 2005 on the establishment of a FLEGT licensing scheme for imports of timber into the European Community, <<http://data.europa.eu/eli/reg/2005/2173/2020-01-01>>.

27. COM(2003) 251, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) – Proposal for an EU Action Plan.

28. Above fn 23, Article 3.

Despite the relative and increasing success of the EU's efforts to restrict imports of illegal timber and to cooperate with third countries in promoting improvements in forest governance, the European Commission has acknowledged the necessity of 'stepping up EU action to protect and restore the world's forests'.²⁹ This sets out five priorities, the first of which is to reduce the EU's consumption footprint on land and to encourage the consumption of products from deforestation-free supply chains in the EU. The Commission is committed to assessing the need for additional demand side regulatory and non-regulatory measures to minimise the risk of deforestation and forest degradation associated with imports in the EU.

While it is impossible to know at this stage what will emerge, it seems probable that the concept of due diligence will assume considerable importance moving forward. On 22 October 2020, the European Parliament adopted a resolution including recommendations to the Commission on an EU legal framework to halt and reverse EU-driven global deforestation.³⁰

The European Parliament is proposing that access to the EU market for forest and eco-system risk commodities should be subject to operators fulfilling a due diligence obligation.³¹ They would be required to ensure that there is no more than a negligible risk that such commodities originate from land obtained via the conversion or degradation of natural forests or other natural ecosystems. And products must not be produced in, or linked to, violations of human rights. Operators would be required to demonstrate this both within their own activities and in relation to the business relationships they have with business partners and entities along their entire value chain (ie transport companies, suppliers, traders, franchisees, licensees, joint ventures, investors, clients, contractors, commercial customers, consultants, financial, legal and other advisers).

Significantly, financial institutions authorized to operate in the EU, providing finance, investment, insurance or other services to operators engaged in the supply chain of commodities, would also have a responsibility to undertake due diligence to ensure that supply chain companies are respecting the obligations laid down in this proposal.³²

The EP proposes that the due diligence requirement be enforced by way of public enforcement and civil liability: as far as public enforcement is concerned, MS shall establish competent authorities with responsibility for enforcement and effective, proportionate and dissuasive penalties. These shall be proportionate to the damage

29. COM(2019) 352 Final, Stepping up EU Action to Protect and Restore the World's Forests.

30. European Parliament, Report with recommendations to the Commission on an EU legal framework to halt and reverse EU-driven global deforestation (2020/2006(INL)) (7/10/2020).

31. The European Parliament has also issue a report relating to a more generic corporate due diligence proposal. The discussion here is limited to the forest-specific proposal though the generic proposal also includes an important environmental dimension. See European Parliament, Corporate due diligence and corporate accountability European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)).

32. Above fn 30, 27.

caused, the cost of restoration and the economic prejudice suffered by affected communities. Among the penalties to be included is suspension of EU market access.

As far as civil liability is concerned, operators shall be jointly and severally liable for harm that has been caused by: controlled or economically dependent entities. Operators will likewise be liable for harm directly linked to their products through a business relationship unless they can show that they acted with due care and taken all reasonable measures given the circumstances that could have prevented the harm.

What is clear is that this proposal is much more wide-ranging and ambitious in its approach to due diligence than even the EUTR.

- i. While the EUTR benchmark is legality, here the benchmark is no more than a negligible risk of conversion/degradation of natural forests/ecosystems;
- ii. Whereas the EUTR applies to timber, the EP text would apply to a broader list of commodities to be determined, but at least including palm oil, soy, meat, leather, cocoa, coffee, rubber and maize including products derived from or containing these commodities;
- iii. The provisions on civil liability are new and important;
- iv. The inclusion of financial institutions is key;
- v. There is much more emphasis on human rights: Crucially, including the land tenure rights of local communities and indigenous peoples in all forms, including customary rights. Commodities must not be obtained from lands of indigenous peoples and local communities without obtaining their free prior and informed consent. This is highly significant given that a very high proportion of tropical forest concessions involve land inhabited by indigenous peoples or local communities.³³

4 Appraising the EU's Action on Deforestation

It can be easily argued that the EU's existing actions on timber – VPAs and due EU Timber Regulation – are justified, and that the new due diligence proposal which goes beyond legality, towards a no more than negligible risk approach in relation to forests and ecosystems, is also appropriate.³⁴ This due diligence proposal is ambitious but narrow in the sense that it only applies to operators importing forest risk and ecosystem commodities into the EU and to financial institutions which finance their activities. Unlike VPAs, which are based on third country consent, the EP's due diligence text does not seek to achieve systemic forest governance reform within third countries.

How might these existing and proposed market-based measures be justified?

33. A 2014 analysis of almost 73,000 concessions in eight tropical forested countries found that more than 93 percent of the developments involved land inhabited by Indigenous Peoples or local communities. Quoted in Brack and Ozinga, above fn 25, 13.

34. For a deep appraisal of the legitimacy of EU measures of this kind, see I Hadjiyianni, *The EU as a Global Regulator for Environmental Protection: A Legitimacy Perspective* (Hart Publishing, 2019).

They may be justified on the basis that they are necessary to avoid the EU (and consumers within the EU) being complicit in wrongdoing in third countries.³⁵ In the sense of making a potentially essential causal contribution to this wrongdoing. This argument from complicity is easier to make when there is a shared standard for identifying what counts as wrongdoing; Legality for example, by reference to the domestic legislation of a third country, or international standards pertaining to the protection of human rights.

While I have relied on the concept of complicity as a rationale for EU action in previous writing, on further reflection I think perhaps it lets the EU too easily off the hook. After all, it implies that the EU has secondary responsibility, while primary responsibility for wrongdoing rests elsewhere. Perhaps, however, the primary wrongdoing should be viewed as occurring *within* the European Union, as a result of *our* unsustainable and excessive consumption of forest and ecosystem risk commodities.³⁶

What though of the possible limitations that could threaten to inhibit the EU's capacity to serve as a catalyst for change in relation to activities that increase the risk of zoonotic disease emergence, specifically deforestation and wildlife trade. One significant concern questions the extent of the EU's market power. The EU is a significant market for forest and ecosystem risk commodities. But it is one among several significant markets. Its market power varies widely between commodities and depends not only on the volume of its imports but the ease with which trade can be diverted to other world regions.

We know from the general literature about the global reach of EU law that the EU can sometimes punch above its weight. Anu Bradford's famous Brussels Effect uses the concept of non-divisible standards to explain why companies and third countries sometimes decide to comply with EU law even in circumstances when they are not legally required to do so.³⁷ In my writing I develop the concept of firm-level and country-level territorial extension to help explain how the EU sometimes uses its market power to make regulatory demands on firms and third countries even as regards productive activities that are not directly tied to sales within the EU market.³⁸

In relation to the subject matter of this chapter, Christine Overdevest and Jonathan Zeitlin have pieced together a fascinating account of how the EU Timber Regulation has generated a 'norm cascade' leading to the emergence of a joined up transnational timber legality regime.³⁹ EU legislation played an important role in generating a norm cascade that led to the adoption of timber legality legislation by other major

35. For a full discussion see J Scott, 'The Global Reach of EU Law', in M Cremona and J Scott (eds), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law* (OUP, 2019).

36. For further discussion see EEA/FOEN, *Is Europe living within the limits of our planet? An assessment of Europe's environmental footprints in relation to planetary boundaries* (EEA Report 1/2020).

37. A Bradford, *The Brussels Effect: How Europe Rules the World* (OUP, 2020).

38. J Scott, 'Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law' (2014) 62 *American Journal of Comparative Law* 87.

39. C Overdevest & J Zeitlin, 'Experimentalist interactions: Joining up the transnational timber legality regime' (2020) *Regulation & Governance* 1.

importers such as Australia, Japan and South Korea. Although China which is the biggest importer and exporter of timber, and whose companies are reported still to be engaged in illegal logging activities abroad, has not yet adopted timber legality legislation, more than 70% of its wood exports by value are destined for countries which do have such legislation in place. Zeitlin and Overdevest argue that their paper provides 'a joined-up transnational regime can be assembled piece by piece under polyarchic conditions through coordinated learning from decentralized experimentation, without a hegemonic power to impose common global rules'.⁴⁰

5 **Conclusion**

This short chapter has explored the origin of zoonotic diseases and highlighted the importance of deforestation. Using the concept of 'Structural One Health',⁴¹ it has sought to trace the EU's global deforestation footprint and to explore past and possible future legal initiatives to reduce this. It has argued that the EU's actions are justified in order to prevent EU consumers from being complicit in wrongdoing in third countries, including illegal logging and that there is emerging evidence that EU interventions can sometimes serve as a catalyst for initiatives to reduce deforestation in other parts of the world.

40. Ibid, abstract.

41. Wallace et al, above fn 12.

INVLOEDRIJK

European cooperation with Jan Jans – Some personal reflections

Richard Macrory*

Rather than a scholarly analysis of some aspect of environmental law, this is deliberately a rather personal account of how I came to know and work with Jan Jans over a number of years on issues of EU environmental law. My own interest in environmental law began when I worked as the in-house lawyer for Friends of the Earth in London in the mid 1970's. The UK had only recently joined the then European Economic Community in 1973, and few were aware at the time of the distinctive impact that Community law would make on our domestic legal system. I had studied law at university and qualified as a barrister but European Community law was not part of the curriculum. 1973 was also the date that the European Council of Ministers decided to initiate a Community environmental programme, and although a number of the environmental directives had been agreed a few years later, their effect within the domestic system had yet to be fully felt. But the first inkling that the UK was now part of a distinctive legal system came in 1974 when, in the Court of Appeal, the iconic senior judge, Lord Denning, noted famously that, 'When it comes to matters with a European element, the treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back. Parliament has decreed the treaty is henceforward to be part of our law'. This part of his judgment is frequently quoted in many British studies of Community law. But his words in a later passage that has received rather less prominence have special relevance to the need for dialogue and discussion considered in this chapter: 'We have to learn a new system. The Treaty, with the regulations and directives, covers many volumes. The case law is contained in hundreds of reported cases both in the European Court of Justice and in the national Courts of the nine. Many must be studied before the right result can be reached. We must get down to it.'¹

By the end of the 1970s I had started an academic career in environmental law. At that time, law schools in London taught land use planning law, but really nothing of wider aspects of environmental law, and my first position was at Imperial College in London working with environmental scientists as the only lawyer on the academic staff. The significance of Community environmental law was now growing apace, and in 1983 I organized at Imperial College a conference to mark the tenth anniversary of the initiation of Community environmental law, bringing together senior figures from government and the European Commission, policy specialists, and lawyers, including the then British Advocate general, Sir Gordon Slynn. Ludwig Kramer was then head of the legal unit with DG Environment, and wanted to encourage more interaction between what was at the time a fairly small number of academics in Europe specializing in Community environmental law. He knew

* Richard Macrory, Emeritus Professor of Environmental Law, University College, London.

1. *H P Bulmer Ltd/Bollinger SA* [1974] EWCA Civ 14.

of my interest, and funded a seminar at Imperial College in 1984, bringing together ten academics working within Member States. He had suggested Jan Jans as a key participant, and this was our first meeting. At that stage the vast majority of EC environmental laws were in the form of directives. Directives, as is well known, are a distinctive form of legal instrument requiring Member States to introduce national laws and administrative measures to secure their obligations. But their real legal effect had been little understood by many in the UK government at least – a senior British barrister, Derek Wyatt, who had frequently represented the British government before the European Court of Justice, noted that in the early days of UK membership of the ECC, there was ‘a tendency towards regarding EEC directives as helpful if eccentric recommendations to be gently eased into the United Kingdom scheme of doing things, ideally by government circular rather than legislation and ideally without cost.’² I suspect this was a view that was not only confined to the United Kingdom.

Where Members had failed to introduce domestic laws to implement a directive, the European Court of Justice had, as Sir Gordon Slynn noted in the 1983 conference at Imperial College, developed the direct effect doctrine allowing certain, precise provisions within a directive to leapfrog into the domestic legal system, at least where the state was involved.³ In many ways, it was a particularly challenging doctrine for the UK which has long taken a dualist approach to international law, meaning that ratified treaties have no direct legal effect within the domestic legal system unless implemented by national law.⁴ The direct effect doctrine confirmed that for a country such as the United Kingdom, the EU legal system and its impact on Member States was quite distinctive from conventional international agreements. By 1984, the doctrine was now over ten years old, and we decided the focus of the meeting at Imperial College should be on the extent to which national courts were now applying the principle in the field of EU environmental law.

At that time researchers in EU law had ready access to decisions of the European Court of Justice, published in their own language, but it was extraordinarily difficult to obtain detailed information of decisions being taken by national courts within other Member States, unless there had been a reference to the European Court. The national reports provided by the attendees to the meeting provided a rich range of material, and demonstrated a completely varied picture across the European Union. In some countries, courts were very reluctant to apply the doctrine, and in the United Kingdom there had not been a single case in the environmental field where it had been invoked successfully. In other countries, it made a regular appearance in litigation. It would be some ten years before Jan Jans published his seminal book on European Environmental Law, but already he showed a mastery of the subject, and provided an insightful and comprehensive analysis of the approach of the Dutch courts. He fully understood the intricacies of the judgments

2. Derrick Wyatt, ‘Litigating Community Environmental Law – Thoughts on the Direct Effect Doctrine’ (1998) 10(1) *Journal of Environmental Law* 9, 10.
3. Case 41/74 *Van Duyn/Home Office* (1974) ECR 1337; *Pubblico Ministero/Ratti* (1979) ECR 1629.
4. The doctrine was recently confirmed by the UK Supreme Court in *Miller/Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5. In *Miller* the Supreme Court held that Government could not initiate the withdrawal of the UK from the EU without the approval of Parliament.

of the European Court of Justice, and the problems of direct effect having an indirect horizontal effect where private parties were inevitably affected by challenges to decisions of public bodies. I remember being struck not only by the clarity of his thinking and expression, but by the fact that he seemed to have an encyclopedic knowledge of the case law of the European Court, and even knew their case numbers by heart.

The seminar proved a rewarding experience, and at a time when environmental law academics were a rare breed, the opportunity for informal and uninhibited discussion with like-minded scholars from other countries operating within a common framework of Community law was refreshing and stimulating. Ludwig Kramer, who attended the meeting, clearly felt the exercise worthwhile, and over the next few years was able to fund a further series of annual meetings. They followed a similar format: a small number of academics, including Jan Jans, taking a common concept of Community environmental law or a specific piece of Community environmental legislation and examining how it was being implemented in practice with their domestic systems. If there had been a recent important decision of the European Court of Justice we would also take the opportunity to discuss its implications. I remember well an intense evening discussion at our 1988 meeting in London on the Danish Bottles case,⁵ where the Court held that environmental protection could be used by a Member State to restrict free movement of goods. Rather surreally, this took place over our evening meal in a small Brazilian restaurant, and I still have no idea quite what the other customers made of the voluble arguments taking place on our table about discrimination, proportionality and who had really won in the case.

The funding stream from the European Commission then went into abeyance, and for a number of years no meetings took place. But the experience had proved distinctive and valuable, and in 2000 a number of the original attendees, including Jan Jans and Gerd Winter of Bremen University, decided the exercise should be revived. The inaugural meeting was hosted by Gerd Winter, with 15 participants now paying their own travel and accommodation costs. It was decided to name the group 'Avosetta', after the bird that had been at the center of German Dykes case,⁶ where the Court had held that Member States did not have the power to modify or reduce Special Protection Areas under the Birds Directive 79/409 other than on exceptional grounds including the protection of human life. The meeting was held at a time when discussions were being held on a possible new EU Constitution, initiated by the 2001 Laeken European Council, and the focus of the discussion was on whether the proposed Constitution should provide an individual right to environmental protection. Presentations were made on individual constitutional rights to environmental protection within Member States, individual rights in EC primary and secondary legislation, and rights at international level including the Aarhus Convention. Jan Jans presented a wonderfully succinct one-page paper which questioned the value of talking of individual rights but argued with impeccable logic that none of the environmental principles in the Treaty could be used

5. Case C-302/86, *Commission/Denmark* [1988], ECR I-4607.

6. Case C-57/89, *Commission/Germany* [1991], ECR I-883.

to challenge or override the legality of domestic legislation or policy. This contrasted with the core principles of free movement of goods, persons, services and capital in the Treaty which have pre-emptive effect and could be invoked by individuals in their national courts to challenge the legality of domestic legislation. Indeed, in *ADBHU C-240/83* [1985] *ECR* 531 the European Court had characterized freedom of trade as a fundamental right.⁷ Protection of the environment was essentially still treated in the European legal system as an exception to those economic freedoms. As he concluded, ‘Despite all important improvements in the Treaty I still maintain the view that the constitutional position of “environmental protection” is sub-ordinate (or at least not equivalent to) the functioning of the internal market’.⁸ In its conclusions on the meeting, the Avosetta Group followed Jan Jans’ proposal that a new provision in the EC Treaty should be included to read, ‘Subject to imperative reasons of overriding public interest, all activities significantly impairing the environment or human health shall be prohibited’. The intention was to ensure that in the balance of interests environmental and human health protection had at least the same priority as free trade, and that environmental and human health protection be given direct legal effect requiring EU institutions and Member States not to make laws or decisions that significantly affect the environment or human health unless such impairment can be justified by overriding public interests. The proposal was bold and ahead of its time, and perhaps not surprisingly has yet to find itself into the EU Treaties. But it would have brought a significant rebalancing of the fundamental legal architecture which still places economic interests at a higher normative level than environmental concerns.

Annual meetings of the Avosetta Group have continued since then, hosted by members in universities across the European Union. Core themes have ranged from the detailed examination of individual environmental directives such those concerning as emissions trading, environmental liability and strategic environmental assessment to broader concepts such as citizen access to courts and the principle of environmental integration. At the same time we introduced the opportunity for members to provide short updates on important national developments in environmental law and policy, together with any key decisions of the national courts. Again, this information proved of real value, especially as one could trust members to distil with discretion, and draw attention only to what they judged as the most significant recent developments – it is all too easy to become overwhelmed with too much material when trying to carry out research on what is happening in other countries using conventional library or internet techniques.

The original meetings at Imperial College did not result in any publications other than a report to the European Commission as the funding body. Encouraged by Jan Jans, the Avosetta group put more effort into given greater public profile to its work. Gerd Winter developed a freely accessible website at Bremen University

7. ‘... it should be borne in mind that the principles of free movement of goods and freedom of competition, together with freedom of trade as a fundamental right, are general principles of Community law of which the Court ensures observance’ (para 9).

8. J Jans (2001), ‘Individual “Environmental” Rights in EC Primary Law and the Basic Rights Charter’ <<https://avosetta.jura.uni-bremen.de/jansindivir.pdf>> accessed 27 June 2021.

which still contains all the papers presented at the meetings.⁹ In some cases, it was possible to develop a Journal article from the discussion and papers. The 2009 meeting, held in Portugal, discussed the extent to which Member States exercised their powers under the Treaty to introduce stricter environmental standards after minimum harmonization at EU level. Based on the national reports and the discussion at the meeting, Jan Jans, together with a number of the other members, published an important paper in the *Journal for European Environmental and Planning Law*, probably the first time the issue had been discussed in any depth in the light of actual practice by Member States.¹⁰ Some countries such as the United Kingdom, Denmark and Germany appeared to have an official no ‘gold-plating’ policy, largely driven by industry concerns. The European Commission did not seem to want to encourage or support stricter environmental standards at national level, and it proved impossible to find published information of notifications made by Member States to the Commission where stricter standards had been introduced at national level.¹¹ The paper noted that the whole system of environmental protection with EC policies was based on the assumption that Member States would make use of their powers to introduce stricter standards at national level, but that in practice these powers were used only sparingly and incidentally. It concluded, ‘it is time for a mature debate in Brussels and the Member States to replace the current focus on minimising the standards in environmental legislation, which ultimately damages both the environment and probably also the economy’.

Jan Jan’s wife, Jacqueline, had founded a successful publishing company, Europa Law Publishing,¹² and now developed an Avosetta series where the group was able to develop books out of its proceedings where this was justified. *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law — a High Level of Protection?*¹³ contained 28 contributions from Avosetta members and other European scholars covering many aspects of EU environmental law and policy, its achievements to date but the challenges still to come. Jan Jans provided a deeply critical analysis of the then proposed Regulation on the application of the Aarhus Convention to Community institutions¹⁴ and under a typically provocative title, ‘Did Baron Munchausen ever visit Aarhus?’. Many of his criticisms were perceptive, and were later to be reflected in the findings of the Aarhus Compliant Committee eleven years later that the Regulation failed to reflect obligations under the Convention concerning access to environmental justice.¹⁵ The debate continues, and in 2021 the Committee, while welcoming proposals to amend the Regulation, still had concerns about some of the proposed

9. <<https://avosetta.jura.uni-bremen.de/>>.

10. JH Jans and I Squitani, with A Aragao, R Macrory and B Wegener ‘Gold Plating’ of European Environmental Measures’ (2009) 6.4 *JEEPL* 417-436.

11. An obligation under Art 193 TFEU (ex Art 176 TEC).

12. In 2020, Europa Law Publishing became an imprint of Uitgeverij Paris B.V.

13. Ed R Macrory, Europa Law Publishing 2006.

14. Regulation (EC) 1367/2006 of the European Parliament and of the Council on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies.

15. Findings and Recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 (part II) concerning compliance by the European Union ECE/MP/pp/C.1/2017/7.

provisions.¹⁶ Jan Jans concluded his chapter tersely: ‘I guess we should start getting familiar with the idea that legal protection in environmental matters is still not regulated satisfactorily in the European Union’. *National Court and EU Environmental Law*,¹⁷ based on the meeting held in Madrid in 2012, explored how national courts were applying core EU doctrines such as state liability, direct effect, and consistent interpretation, and was probably the first such systematic and comprehensive analysis to be published. As the British Supreme Court judge, Lord Carnwath, noted in his foreword, the main responsibility for applying these principles in practice, ‘rests squarely on national courts and national judges, dealing with individual cases as they come before them. Translating theory into practice is not always easy’.

Since assuming greater responsibilities within the Law Department at Groningen Jan Jans has been unable to attend recent meetings of Avosetta. Professor Kars J de Graaf has proved a worthy and positive successor, but the distinctive presence of Jan Jans is sometimes missed. The British and the Dutch often have similarly pragmatic approaches to law and policy, but, as I have learnt over the years, very different styles. There is an old saying that the British are too polite to be honest, and the Dutch too honest to be polite. Jan Jans has always been polite, but I often relished the incisiveness and directness he often brought to discussion. Disagreement with a poorly argued assertion by another member was sometimes signaled by just a grunt of disapproval, and the questionnaires which formed the basis of national reports were often answered with a simple ‘yes’ or ‘no’ where he judged no more elaboration was necessary. And as we struggle in the UK to come to grips with both the challenges and opportunities of Brexit, and their implications for environmental law, I for one would welcome the insights he would undoubtedly bring. This is beginning to sound like an obituary, but is not meant to be, as he clearly has many more years of productive work ahead. But of his many achievements to date, I hope he will consider his contribution in establishing Avosetta as a distinctive and productive group of European environmental law scholars to be one of which he should be especially proud.

16. Advice by the Aarhus Convention Compliance Committee to the European Union concerning the implementation of request ACCC/M/2017/3 <https://unece.org/sites/default/files/2021-02/M3_EU_advice_12.02.2021> accessed 28 June 2021.

17. Eds JH Jans, R Macroy and A-M Morena Morin, Europa Law Publishing, 2013.

The Pursuit of Happiness. Volgen en vinden, in onderwijs, in recht en in werk

Tom Eijsbouts*

Zoals iedere docent zal weten, maar sommige ook wel eens vergeten, gaat onderwijs om twee heel verschillende processen in het geheugen en de persoon van elke student. Studenten moeten de docent en de stof volgen, dat is één. Maar ze moeten in die stof ook elk hun eigen weg en hun thuis vinden. Dat is twee. Volgen én vinden. Het eerste proces, het volgen van de stof en haar inwendige orde, dwang en systeem, gaat vanouds met behulp van klassikaal onderwijs en alle daarbij behorende oude figuren van regelmaat, zoals stampen en dreunen. Het tweede, het vinden van de eigen weg en het eigen thuis in de betrokken structuur van de werkelijkheid, gaat anders. De stof moet zich daarbij wat losmaken van haar systeem, om te worden ingevoegd in het persoonlijke geheugen van de student. Dit gebeurt in werkgroepen, in eigen onderzoek, in probleemgestuurd onderwijs, en natuurlijk later in de praktijk. Ook in de klas kan de anekdote overigens al wonderen doen.

Binnen de onderwijswetenschap leidt het onderscheid tussen de twee verschillende soorten van geheugenvorming wel eens tot stammenstrijd, alsof de volle waarheid aan de ene of de andere kant te vinden zou zijn. In de praktijk worden de twee vormen vermengd, verschillend per docent en per school.

Maar mengen is een zwakke vorm van combinatie. Elk van de twee wegen heeft haar eigen belang en elk bedient een eigen kracht van het geheugen. De twee wegen moeten dus niet worden vermengd, maar eerst goed onderscheiden en dan in creatieve spanning en onderling verband gebracht.

De genoemde tweeslag, met haar creatieve spanning tussen de noodzaak van volgen en van systeem enerzijds, die van vinden en van structuur anderzijds, doet opgeld in vele vormen van intelligentie. Maar het grote toonbeeld ervan is de intelligentie van het recht. De thema's van volgen en vinden ziet men daarin bijna expliciet onderscheiden én synergetisch gecombineerd. Het volgen is uitbesteed aan de wet en de rechtsregel. Het vinden is zaak van de andere grote rechtsbron, de rechtspraak. Het onderscheid is niet zuiver: ook rechtspraak moet de wet volgen en de wetgever zijn regels zelf vinden. Maar om puurheid is het niet te doen. Waar het om gaat is dat de twee hier onderscheiden kanten niet tot één enkele worden herleid. Zeer sprekend zijn de temporele verschillen. Wetgeving is abstract, gaat over de toekomst. Rechtspraak is concreet en gaat over het verleden, over wat gebeurd is; ze is concreet, bijzonder. Het vinden is een kwestie van eenmaligheid, niet van herhaling of regelmaat. Een kwestie van zoeken en ontdekken, niet van afleiden en toepassen. Vooral: van enkelvoudige, niet van meervoudige feiten. Het vinden gebeurt op afzonderlijke momenten. Voor het vinden zijn niet alleen hersens maar ook zintuigen

* Tom Eijsbouts is emeritus hoogleraar Europees constitutioneel recht aan de universiteiten van Amsterdam en van Leiden.

leidend. De rechtspraak benut de tastzin, de ogen, de oren en zelfs de neus van het recht, en laaft zich aan de eenmalige aspecten van de werkelijkheid, met name de feiten. Aan afzonderlijke feiten van de afzonderlijke gevallen. Dat zijn uitdrukkelijk niet de berekende feiten van wetenschappelijke waarneming of beleid. Ver blijve de rechtspraak helemaal van de abstracte feiten uit kansberekening! Kansberekening is, het woord zegt het al, een kwestie van de toekomst. Haar op het verleden loslaten is een perversie. Men denke maar aan de enorme rechterlijke dwaling waardoor verpleegkundige Lucia de Berk op basis van kansberekening als moordenares werd veroordeeld.

Eenmaal goed uiteengehouden, tonen de twee kanten van het recht pas hun onderlinge synergie, hun krachtenspel. Dit gebeurt binnen de lijnen van hun gezamenlijke speelveld, de taal. De regel die de wet geeft, leest de rechter. Geven en lezen: beide kanten zijn weer verschillend van aard, maar samen zijn ze extra gezaghebbend.

Het hoeft geen apart betoog hoe ook het rechtenonderwijs zijn eeuwenoude kracht ontleent aan zijn meeliften met de in het recht geïncorporeerde tweeslag van volgen en vinden, regel en rechtspraak, geven en lezen. Geen andere studie staat zo stevig en zo expliciet met twee eigen poten in de werkelijkheid.

Ter zake. Op 23 oktober 2019 deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak in zaak 201802802/1/A2, een van de vele zaken over de terugvordering van een kinderopvangtoeslag. Het is een zo bekende uitspraak en een zo bekende thematiek dat de meeste bijzonderheden hier niet vermeld hoeven. Vele jaren lang en in vele tientallen zaken waren ouders in het geweer gekomen tegen de snoeiharde uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst. Steevast had de Afdeling van de Raad van State toch de Belastingdienst en zijn beleid gevolgd en ondersteund. In de bedoelde uitspraak van 23 oktober 2019 kwam zij daarvan terug en ging om. Later zou zij zichzelf op deze uitspraak beroemen als een blijk van rechterlijke wijsheid. Daarover, en over de zaak zelf, later meer.

Maar eerst, op 17 december 2020, verscheen het bekende rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Van Dam over de kwestie, getiteld: *Ongekend onrecht*. Lezing ervan bracht schrijver van deze bijdrage direct tot het inzenden van een stuk naar *de Volkskrant*. Dit verscheen op 22 en 23 december 2020. In het stuk wordt de hierboven geopperde tweeslag tussen volgen en vinden als kennisbronnen van recht en werkelijkheid geconcretiseerd. Het snelle (en wat onstuimige) krantenstuk kreeg bij veel krantenlezers, onder wie collegae juristen, een zo goed onthaal, en het illustreert de abstracties van hierboven zo goed dat het nu vergund zij, het hiermee te laten bundelen.

Tom Eijsbouts, *De Volkskrant*, 23 december 2020

RECHTER ZAT OPZICHTIG TE SLAPEN IN DE TOESLAGENAFFAIRE

Bij lezing van het rapport over de toeslagen rijzen je als jurist én als burger de haren te berge. Niet alleen over de wetgevende instanties en zelfs niet ook over de uitvoeringsdiensten, maar ook en vooral over de bestuursrechtspraak. In het zoeken naar verklaringen voor het onmenselijke optreden, vallen algemene termen als ‘niet-responsiviteit’ van de overheid. Maar het schandaal is voor elke betrokken overheidsmacht te herleiden op zeer verschillend tekortschieten. De wetgever deed andere dingen fout dan de uitvoerende instantie, en weer heel iets anders deden de rechters fout, en de laatste wel heel erg.

Het toeslagensysteem is een wet en die wet was niet goed: te lastig voor een grote groep ouders en te fraudegevoelig. Maar juist om die snel blijkende gebrekkigheid te compenseren, werd het stelsel door de diensten met meedogenloze hardheid toegepast. Daarbij werden wetsbepalingen onjuist en ten onrechte zo gelezen dat ze in den blinde enorme straffen afdwongen.

Wetsbepalingen zijn abstract. Ze zijn bedoeld voor eenieder en richten zich niet op individuele gevallen. Van een ambtelijke uitvoeringsinstantie kun je verwachten dat ze die abstractie oppikt en veel van haar werk inricht naar vaste routines, en zonder aanzien van elk afzonderlijk geval. Dat is de plaats van de uitvoerende macht. Zij zoekt en vindt in de wet de logica en elementen die zich lenen voor routines, ook al zijn die meedogenloos.

Ook rechters moeten de wet uitvoeren, maar hun taak en hun plaats zijn totaal anders. Rechtspraak is geen routine maar juist volle aandacht voor het afzonderlijke geval als vindplaats van recht. De feiten van het geval zijn heel anders van aard dan de feiten van de regel en de routine. Ze zijn eenmalig, precies, sprekend, overtuigend. Het zijn feiten niet van de hersens en de logica, maar van de zintuigen, van individuele mensen en van de waarheid. Naast de wet is de rechtspraak daarom in elk goed stelsel van recht en macht een volledig zelfstandige rechtsbron. Concrete situaties en feitelijk onderzoek kunnen een even grote bron van inzicht én van gezag zijn als abstracte problemen en sociaal onderzoek.

Bijna tien jaar lang hoefde maar één aandachtige en belangstellende rechter zich éénmaal volledig te verdiepen in een enkel van de vele voorgelegde gevallen om te zien hoe kwaadaardig de uitvoering was, en die te stoppen. Maar één rechter hoefde te zien hoe één onhandige bepaling door het bestuur systematisch onjuist werd gelezen en misbruikt voor perverse bestraffing van kleine onnauwkeurigheden.

Het gaat om artikel 26 van de Wet inkomensafhankelijke regelingen. Dit luidt: ‘Indien een herziening van een tegemoetkoming of een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dan wel een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, is de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd.’ In eenvoudige taal staat hier: als het bedrag van een subsidie of voorschot wordt herzien ten nadele van de betrokkene, moet die het verschil terugbetalen.

De uitvoeringsinstanties maakten ervan: als het bedrag van een subsidie of voorschot wordt herzien, moet de betrokkene de hele subsidie of het hele voorschot terugbetalen. Behalve toegang tot alle bijzonderheden van het geval, heeft de rechter de volle macht van de lezing van de wet, dat heet interpretatie. Waarom heeft geen van de rechters de voor de hand liggende en eenvoudige lezing van de bepaling aan de uitvoeringsinstanties opgelegd?

Het tekortschieten was dus voor elke overheidsinstantie geheel anders. Voor de rechtspraak was niet het een gebrek aan responsiviteit of een andere abstract en algemeen tekortschieten van de overheid, maar precies het tekortschieten van veel rechterlijke instanties om hun ogen en oren de kost te geven in afzonderlijke gevallen en om de wet op een voor de hand liggende manier te lezen.

In plaats daarvan gaven rechterlijke instanties, met name de Raad van State, tientallen malen steun en voeding aan doordraaiende uitvoeringsinstanties. Daarbij verzaakte de rechtspraak niet alleen de bescherming van rechtszoekende burgers, maar ook haar eigen plaats in het recht en in de rechtsstaat.

Tot zover dit puntige stukje in *de Volkskrant*. Het werd gevolgd door gelijklopende maar degelijker stukken in kranten en vakliteratuur. Weer later, in het *NJB* van 15 januari 2021, verdedigt de voorzitter van de Afdeling zich tegen de storm van kritiek. Hij wijst daarbij op de bovengenoemde uitspraak uit 2019, waarin zijn Afdeling omging.

Maar wat blijkt dan bij lezing van die uitspraak? Precies waardoor heeft de Afdeling het licht gezien, na jarenlang in duisternis te hebben getast, op het handtastelijke af?

‘(...) In het licht van hetgeen onder 5.10 is overwogen, ziet de Afdeling thans aanleiding om tot een andere uitleg van artikel 26 van de Awir te komen.’

Wat is dat licht van paragraaf 5.10?

‘(...) Verschillende publicaties bevestigen dat gezinnen in situaties zoals hier aan de orde in grote financiële problemen terecht kunnen komen. De Afdeling wijst in dit verband op de publicatie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (...) “Eigen schuld? Een gedragswetenschappelijk perspectief op problematische schulden” (...) en op het rapport van de Nationale Ombudsman van 9 augustus 2017 “Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag”. Daarnaast wijst de Afdeling op het rapport van de WRR “Weten is nog geen doen”.’

Zo blijkt zelfs in de terugblik van de verdediging hoe de Afdeling haar eigen zintuiglijke intelligentie, haar eigen vindingskracht in het enkele geval, blijft onderschikken aan het gezag van de aantallen abstracte feiten uit wetenschappelijk en ander getalsmatig onderzoek. Aantallen gevallen in plaats van dit ene, getal vóór geval.

Alle nodige zekerheid, alle feiten, alle perversie in bestuurspraktijken waren al die jaren opgelegd te vinden geweest in elk enkelvoudig afzonderlijk geval dat de rechter kreeg voorgelegd. Maar hoe kijkt de rechter dan zelfs naar dit ene geval dat hij gebruikt als spil voor zijn draai, zijn omgaan?

‘5.11: Ook het gezin van [appellante] wordt langdurig in ernstige financiële moeilijkheid gebracht door de terugvordering van € 34.566 aan voorschotten kinderopvangtoeslag.’

Het eerste woordje, ‘Ook...’, bewijst hoe zelfs dit enkele geval wordt gecategoriseerd onder de veelheid van voorgaande, hoe het *vinden* wordt uitbesteed aan het *volgen* .

Tot slot. Lang geleden promoveerde deze feestschrijver op een eerste versie van hier geopperde inzichten, onder de titel *Recht en Toeval* (Leiden, 1989). Een aantal jaren later (1997) mocht hij, deels in diezelfde geest, het Europese recht gaan beoefenen onder en naast de huidige jubilaris. Weer een paar jaar later verscheen, op diens idee, op zijn initiatief en onder zijn drijvende kracht, de eerste druk van

Europees Recht, Algemeen Deel, de eerste van zes drukken tot dusver. De tweeslag volgen en vinden die in dat boek in vele versies werkzaam is, benoemt de jubilaris als je het hem vraagt, in de hem kenmerkende eenvoud, als die van *deductie* (volgen, systeem) respectievelijk *inductie* (vinden, verband).

Wat deze feestschrijver ook bij zijn werk aan dit boek geleerd heeft is de kracht van de tweeslag in Jan Jans' bekende motto dat goed samenwerken uitgaat van de *Pursuit of Happiness*. Elk nastreven, elke pursuit, moet men immers beseffen, is een vorm van volgen. Elk geluk, elke happiness, is gevonden, ontdekt. Men vindt niet altijd wat men volgt, maar alleen strevend kan men vinden. Het nastreven en vinden van geluk is er niet alleen of primair voor de enkeling maar ook voor het verband, de samenhang. Daarbij telt dat in het volgen en in de vondst niet alleen de verschillende tijden van toekomst en verleden elkaar treffen, en de verschillende modussen van abstract en concreet, maar ook verschillen van opvattingen, karakters, omstandigheden.

Een wereld op zich

Adrienne de Moor-van Vugt*

SEW, Tijdschrift voor Europees en economisch recht, is een wereld op zich. Jan heeft ruim twintig jaar in die wereld rondgelopen, als lid van de redactie én als auteur van vele bijdragen. Daarom besteed ik in deze bijdrage aandacht aan Jans werk voor dit mooie blad.

1 Vrienden voor het leven

Eerst iets over *SEW* zelf. Het tijdschrift werd in 1952 opgericht ten tijde van de vorming van de EGKS, door mensen die zich het Europese ideaal aantrokken. Tegenwoordig kan geen enkel rechtsgebied het Europese recht negeren, maar in de begintijd moesten de juridische geesten nog bewust worden gemaakt van het feit dat het gemeenschapsrecht ook invloed zou hebben op beleid en regelgeving van de lidstaten. De redactie bestond uit een hechte vriendenclub van Belgen en Nederlanders, met als epicentrum Brussel. De leden gingen met hun gezinnen samen op vakantie en eens in het jaar was er een feestvergadering, waar de partners ook voor werden uitgenodigd. Die hechte banden waren ook nodig, want de beoefenaren van het Europees recht werden voornamelijk als experts in een niche rechtsgebied gezien, van wie je alleen maar last kon hebben. Je kwam en komt niet zomaar in de redactie. Redacteurs moeten al een goede naam hebben opgebouwd in het Europese recht, een functie vervullen waarin zij de dagelijkse ontwikkelingen op de voet volgen en liefst ook al eens geschreven hebben voor *SEW*. Aan al die voorwaarden voldeed Jan toen hij in 1998 bij de redactie kwam.

2 Kern van de redactie

Wat deed Jan zoal bij *SEW*?

De taken bestonden uit drie dingen: onderwerpen aandragen, artikelen reviewen en de eindredactie van een aantal nummers verzorgen. Dat laatste betekende niet alleen drukproeven nakijken (vaak 60 bladzijden of meer), maar ook het schrijven van het redactionele commentaar, Redactionele signalen geheten. Geen geringe klus, want voor drie nummers achter elkaar moest je dan voldoende stof weten te vinden voor steeds een stukje van 700 woorden. Het lukte Jan steevast om een stuk te schrijven dat precies op de pagina paste, een kunst die niet alle redacteuren hem nadeden.

Tijdens de redactievergaderingen werden en worden vooral de nieuwste ontwikkelingen op het terrein van *SEW* besproken. Daarmee krijg je een aardig inkijkje in

* Adrienne de Moor-van Vugt is Staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam (UvA).

wat er speelt bij de verschillende organisaties waar de redactieleden hun dagelijks werk hebben, zoals de Europese Commissie, mededingingsautoriteiten, de Belgische en Nederlandse rechtspraak, en het Hof van Justitie. Uit die discussies komen ideeën voor onderwerpen voort, die dan gaandeweg vorm krijgen en worden omgezet in een onderzoeksvraag. Jan was er kien op om het onderwerp zo concreet mogelijk te maken en auteurs een duidelijke vraag voor te leggen. Met zijn contacten in de universitaire wereld wist hij ook altijd wel een mogelijke auteur te noemen. Want een onderwerp bedenken is één, maar de werkwijze van de redactie vereist dat daarvoor ook een auteur wordt aangezocht.

Jan zorgde mede voor een aantal aanpassingen in de organisatie van de redactie. Zo werd er een kernredactie gevormd, waarvan Jan deel uitmaakte. Die runt de dagelijkse gang van zaken. Met een redactie van achttien mensen is dat beter werkbaar. Bij het werk als kernredacteur hoort ook een eerste lezing van de artikelen, om te zien of ze aan de maat zijn en kunnen worden doorgestuurd naar de specialisten in de redactie. Toen universiteiten lijsten op gingen stellen van *peer reviewed* tijdschriften, en wetenschappers alleen punten kregen als ze daarin publiceerden, zorgde Jan voor een ordelijke *review*-procedure en een beoordelingsformulier.¹

3 Terugkerende thema's

Om iets te kunnen zeggen over het werk dat Jan schreef voor *SEW* heb ik de jaargangen 2000-2019 geraadpleegd, de jaargangen die ik ter beschikking had.²

We kunnen wel zeggen dat het evenredigheidsbeginsel een terugkerend thema is geweest. In 1998 had Jan al een artikel gepubliceerd over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de vrijverkeersjurisprudentie.³ De kern van dat artikel was de vraag wat nu eigenlijk de maatstaf was die het Hof toepaste. Ging het erom dat de rechtvaardigingsgronden die lidstaten kunnen inroepen om het vrij verkeer te beperken in een redelijke verhouding staan tot het belang van het vrij verkeer? Of ging het erom dat het instrument dat een lidstaat toepast het vrij verkeer het minst belemmert? In het opvolgende artikel 'Evenredigheid Revisited' concludeert hij dat het evenredigheidsbeginsel geen vast toetsingsschema heeft. De toepassing door het Hof is flexibel, en ook afhankelijk van de informatie die het Hof heeft over de feiten. Als het een goed beeld heeft van de feiten, is het Hof meer geneigd om zelf te toetsen aan de criteria geschiktheid en noodzakelijkheid van de maatregel. Is die informatie er niet of niet voldoende, dan slaat het Hof enkel een paar piketpaaltjes. Aan de toets op evenredigheid in concreto kwam het Hof niet toe, dat werd steeds aan de nationale rechter gelaten.

1. Toegelicht in A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Redactionele signalen', *SEW* 2014/1, afl. 1, p. 1.
2. Kluwer heeft de oudere jaargangen niet digitaal toegankelijk gemaakt, zodat ik daarvoor was aangewezen op mijn eigen papieren archief.
3. 'Evenredigheid: ja, maar waartussen? Een aantal opmerkingen over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in het kader van de artikelen 30, 34 en 36 E(E)G-Verdrag', *SEW* 1992, p. 751-770. De inhoud van het stuk vat Jan zelf samen in het opvolgend artikel: 'Evenredigheid Revisited', *SEW* 2000, afl. 7/8, p. 270-282.

Jan signaleerde een verschijnsel dat later naar aanleiding van het arrest *Gauweiler* naar voren kwam: namelijk dat de evenredigheidsstoets van grote invloed is op de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de EU.⁴ Hij merkte op dat hoe indringender het Hof nationale maatregelen toetst, des te groter de bevoegdheidsverschuiving richting de EU, en met name het Hof is. En, zoals *Gauweiler* laat zien, andersom is dat ook het geval. In dat arrest keurde het Hof het opkoopprogramma van de ECB goed na een evenredigheidsstoets die volgens het Bundesverfassungsgericht veel te terughoudend en een daad van willekeur was.⁵ Van die spanning gaf Jan zich destijds al rekenschap.

Het evenredigheidsbeginsel duikt daarna op in verschillende stukken voor *SEW*. Er zijn de annotaties over de kansspelen, LGO-besluiten, de invoer van auto's, lasersgames.⁶ En Redactionele signalen over illegaal downloaden van films (*Pirate Bay*).⁷ In al deze zaken is de kritiek dat niet goed is uitgelegd om welke belangen het nou gaat en hoe die precies tegen elkaar worden afgewogen. Het Hof is ook niet altijd even duidelijk daarin, maar ik vraag me af of de scherpte die Jan wenst wel te bereiken is.

Het is sowieso goed om duidelijk onderscheid te maken tussen de toetsing van de unierechtelijke maatregelen en de nationale maatregelen.⁸ Bij de toetsing van unierechtelijke regelgeving en besluiten is het Hof in een vergelijkbare positie als een nationale rechter tegenover zijn nationale wetgever of bestuur. De beoordelingsruimte die er is, moet worden gerespecteerd. Soms is er veel beoordelingsruimte, zoals bij ingewikkelde economische of technische beoordelingen. Dan beperkt de toetsing zich tot de vraag of de maatregel kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de wetgever nagestreefde doel.⁹ Wat vertroebelend kan werken is, dat bij de toepassing er veel verschillende aspecten in de beoordeling moeten worden betrokken, waardoor niet altijd duidelijk is in welke fase van de toetsing we nu zijn beland. Daarbij speelt ook een rol welke beroepsgronden precies zijn aangevoerd.

Voor de nationale maatregelen ligt het toch wat ingewikkelder, omdat daar ook de bevoegdheidsverdeling met de EU-lidstaten bij komt kijken. Het Hof moet nationale soevereine bevoegdheden respecteren. Het is waar dat er geen algemeen geldend beoordelingskader wordt gehanteerd door het Hof. Dat zou naar mijn mening ook moeilijk kunnen. De beoordeling gebeurt altijd in de context van de unierechtelijke bepalingen die van toepassing zijn op het specifieke geval.

4. HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*).

5. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 –, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813.

6. Annotatie bij HvJ EG 21 september 1999, C-124/97, *SEW* 2000, afl. 12, p. 463-466 (*Läärä*); HvJ EG 21 oktober 1999, C-67/98, *SEW* 2000, afl. 12, p. 467-468 (*Zenatti*); HvJ EG 8 februari 2000, C-17/98, *SEW* 2001, afl. 3, p. 106-110 (*Emesa Sugar*); HvJ EG 12 juli 2001, C-262/99, *SEW* 2002, afl. 1, p. 35-37 (*Louloudakis*); HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *SEW* 2005/27, afl. 4, p. 184-186 (*Omega*). Grappig is dat Jan voor de 'oudere lezer' uitlegt wat lasersgames zijn.

7. Redactionele signalen, *SEW* 2012/19, afl. 2, p. 49.

8. Zie S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 180-183.

9. HvJ EU 15 april 2021, C-733/19 (*Pulskorvisserij*), r.o. 50.

De uitleg van die regels bepaalt weer hoe groot de beoordelingsruimte is en die ruimte is weer bepalend voor de indringendheid van de toetsing. Je ziet dan ook eerder een glijdende schaal binnen de toetsing aan de drie criteria geschiktheid, noodzaak en evenredigheid in concreto.¹⁰ Bij grote beoordelingsruimte stopt het al bij de geschiktheid van de maatregel. Als een maatregel het doel überhaupt niet kan bereiken voldoet die niet aan het geschiktheids criterium, ook al zou de maatregel op zichzelf wel toelaatbaar kunnen zijn. In de loop der tijd is het Hof dit punt wat verder gaan ontwikkelen door ook beleid, of een samenstel van maatregelen die elkaar tegenwerken als ongeschikt te bestempelen, omdat ze inconsistent zijn. Dat zien we bij de uitleg van de Dienstenrichtlijn en bij de kansspelenjurisprudentie.¹¹ Dit is een welkome aanvulling op het toetsingskader. De parallel met de toetsing van beleid en beleidsregels door de Nederlandse rechter is niet moeilijk te trekken. Naarmate de beoordelingsruimte kleiner is, omdat die is ingevuld met unierechtelijke regels, kan de toetsing aan de noodzaak van de maatregel verder gaan, met name als het gaat om alternatieven die even geschikt zijn om het doel in kwestie te bereiken. Die alternatieven moeten dan wel op tafel liggen bij het Hof. Daarom moet de lidstaat onderzoeken of er minder ingrijpende maatregelen zijn die het doel ook kunnen bereiken.¹² Dat het Hof de evenredigheid in concreto zelden toetst, valt te verklaren doordat de essentiële elementen in de belangenafweging al zijn nagegaan: kán het zo, en moet het zó? De verdere afweging, moeten we het zo willen, gelet op de impact van de maatregel op de verschillende belangen van burgers, is er één die bij uitstek binnen de bevoegdheid van de lidstaat valt. Dit ligt alleen anders als het gaat om fundamentele rechten.¹³

Ook het Verdrag van Aarhus en de toegang tot de rechter in milieugeschillen kwamen met regelmaat aan bod.¹⁴ Zijn standpunt dat artikel 9 lid 2 en 3 rechtstreekse werking hebben en een ruimere toegang tot de rechter bieden dan de Afdeling uit het samenstel van het Verdrag en richtlijn 2003/35 afleidde, is in het arrest *Varkens in Nood* bevestigd.¹⁵ De vraag waar zijn artikel mee begon, nl. of bestuursorganen een beroep kunnen doen op Aarhus om de uitsluiting van hun bestuursrecht in de Chw ongedaan te laten maken, is echter nog niet beantwoord.

-
10. Na de *deadline* voor dit stuk kwam de conclusie van A-G's Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel en sancties. Zij pleiten ervoor die glijdende schaal ook te gebruiken bij de toetsing aan art. 3:4 lid 2 Awb en die ook duidelijk onder woorden te brengen. Conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punten 8.2.3 en 8.3.3.
 11. HvJ EU 30 april 2014, C-390/12 (*Pfleger*); HvJ EU 22 juni 2017, C-49/16 (*Unibet*).
 12. HvJ EU 14 juni 2012, C-542/09 (*Commissie/Nederland*).
 13. Vgl. HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00 (*Schmidberger*).
 14. 'De inroepbaarheid van "gemengde akkoorden" voor de Nederlandse bestuursrechter', *SEW* 2012/37, afl. 3, p. 90-97. Zie ook 'Wie is er bang voor het Verdrag van Aarhus', Redactionele signalen, *SEW* 2015/59, afl. 4, p. 159.
 15. HvJ EU 14 januari 2021, C-826/18 (*Varkens in Nood*). Zie de toepassing in ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786 en 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953.

4 **Kritisch vooruitzien**

Wat karakteriseert het werk van Jan voor *SEW*?

Op de eerste plaats natuurlijk zijn kritische aanpak. Ik heb eigenlijk geen stuk gelezen, waarin Jan volledig instemt met de leer of de rechtspraak die hij bespreekt. Altijd is er wel een punt waar hij het niet mee eens is. Dat wordt beargumenteerd besproken, waarbij hij ook meteen een oplossing aanreikt. De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is daar een voorbeeld van, maar ook een annotatie bij een oudere uitspraak in het bijzondere nummer voor Kamiel Mortelmans. Terwijl bestuursrechtelijk Nederland met instemming keek naar het gebruik van een *amicus-curiae*-procedure *avant la lettre* door de Afdeling, was Jan daar toch kritisch op. De Afdeling had de Europese Commissie vragen gesteld over staatssteun en bekostigd onderwijs. Jan vond dat de Afdeling had moeten ingaan op de status van het advies, want de Commissie beschikt niet zomaar over een grotere deskundigheid bij de interpretatie van de Verdragen over staatssteunregels. Dat had de Afdeling uitdrukkelijk moeten bespreken.¹⁶

Op de tweede plaats gaf Jan blijk van een duidelijke visie op het onderwijs en scholing in het Europese recht. Naar aanleiding van de Securitelaffaire over het ten onrechte niet notificeren bij de Commissie van technische regelingen werd vastgesteld dat er een tekort aan expertise was op het gebied van het Europese recht, zowel bij de wetgeving als bij rechters.¹⁷ Er moesten expertisecentra komen ter versterking van hun Europeesrechtelijke bagage. Jan verbaasde zich erover dat de rol van de universiteit buiten beschouwing werd gelaten. Daar werd het Europees recht immers geïntegreerd in de curricula. 'De gedachte dat het Europees recht als een van het nationale recht af te zonderen rechtsgebied zou moeten worden gedoceerd hebben wij reeds lang geleden verlaten.' Hij riep de regering op de kennis en ervaring van de academie ook daadwerkelijk te benutten.¹⁸ Toch ging het aan de universiteit ook niet helemaal soepel met dat Europees recht. In 2002 werd de bachelor-masterstructuur ingevoerd, met als gevolg dat het curriculum sterk moest worden ingedikt. Dat had ook gevolgen voor het onderwijs in het Europees recht. Tot dan toe werd dat opgebouwd volgens de structuur van de Verdragen, de verkeersvrijheden ieder apart en vervolgens de deelonderwerpen, zoals mededinging en staatssteun. Daarnaast waren er dan de verschillende deelterreinen, zoals sociaal recht, milieu, consumenten etc. In de nationaalrechtelijke vakken werd aandacht besteed aan de Europeesrechtelijke dimensie, maar volgens Jan kon dat allemaal beter. De Europees recht-vakken moesten zich concentreren op het 'algemeen deel' van het Europees recht en vervolgens aandacht besteden aan de doorwerking ervan in het nationale recht. Maar, dat gaf Jan ook wel toe, 'een rechtsorde die zichzelf als 'autonome rechtsorde' aanduidt, [nodigt] natuurlijk ook niet echt uit (...) om aan het nationale aandacht te besteden'.¹⁹ Met het boek *Inleiding tot het Europees be-*

16. 'De ene opleiding/onderneming is de andere niet. Of: enige opmerkingen over zelfbewuste rechters', *SEW* 2015/195, afl. 11, p. 592-595.

17. Zie hierover *Kamerstukken II* 1997/98, 25389, nr. 29. Naar aanleiding daarvan verscheen de nota Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie, *Kamerstukken II* 2000/01, 27475, nr. 2.

18. 'Redactionele signalen', *SEW* 2000, afl. 12, p. 433.

19. 'De toekomst van het Europees recht-onderwijs', *SEW* 2002, afl. 6, p. 207-208.

stuursrecht hebben Jan en zijn mederedacteuren inmiddels wel bewezen dat het mogelijk is om het algemeen deel zo te beschrijven dat ook de doorwerking in het algemeen deel van het Nederlandse bestuursrecht helder voor het voetlicht komt.

Op de derde plaats valt op te merken dat Jan een vooruitziende blik had. Hiervoor werd al zijn opvatting over Aarhus vermeld, maar er zijn meer voorbeelden. In 2000 stelde de Europese Raad een politieke en diplomatieke boycot in tegen Oostenrijk, toen de FPÖ in de regering kwam. Die werd al snel weer opgeheven.²⁰ Jan wees erop dat artikel 7 VEU maar beperkte mogelijkheden biedt: opname van een extreemrechtse partij in de regering is geen ernstige en voortdurende grondrechtenschending. Bovendien is er het zware politieke gewicht van de Europese Raad. De Commissie staat buiten spel en kan haar rol als bewaker van de Verdragen niet waarmaken. Al met al is het starten van een art. 7-procedure dan ook een politieke beslissing, concludeerde Jan. Wel zag hij veel in een goed geformuleerde en rechtens afdwingbare catalogus van Europese grondrechten, als wapen tegen rechts-extremisme in Europa.²¹ Twintig jaar verder hebben we het Handvest, en hebben we een verbeterde art. 7-procedure, maar zijn we ook echt verder gekomen? De uitholling van de rechtsstaat in Polen, Hongarije, Bulgarije, Roemenië en Slovenië en de moeizame reactie van de EU daarop stemmen somber. Het blijven politiek gestuurde bewegingen, het Handvest ten spijt. Het Hof heeft al wel zijn tanden laten zien, maar wat helpt het als de betrokken landen de arresten naast zich neerleggen? Daadwerkelijke handhaving van de rechtsstaatbeginselen blijkt toch moeilijker dan we in 2000 konden bevroeden.

Een tweede voorbeeld van vooruitzien is een beschouwing in een annotatie bij het arrest *Köbler*.²² Daarin zet het Hof het kader voor aansprakelijkheid van lidstaten voor schending van het gemeenschapsrecht door rechters, met name als zij verzuimd hebben prejudiciële vragen te stellen. Het Hof formuleert criteria wanneer een hoogste rechter mag afzien van verwijzing. Deze zijn volgens Jan zo streng, dat een lechter niet snel tot de conclusie kan komen dat hij niet hoeft te verwijzen. Dat leidt tot verwijzen ‘*just to be sure*’, en dat kan er weer toe leiden dat het Hof meer bij beschikking afdoet. Dat komt de verhoudingen niet ten goede, aldus Jan, want dat wekt de suggestie dat de nationale rechter de rechtspraak van het Hof niet zou kennen. Hij pleit ervoor meer duidelijkheid aan het Hof te vragen over de *Cilfit*-criteria, en in het bijzonder of de letterlijke bewoordingen van *Cilfit* nog steeds geldend recht zijn.²³

20. Zie o.a. de Resolutie over het resultaat van de parlementsverkiezingen in Oostenrijk en het voorstel om een coalitieregering te vormen tussen de ÖVP (Oostenrijkse Volkspartij) en de FPÖ (Oostenrijkse Vrijheidspartij) van het Europees Parlement nr. B5-0107/2000 en de speech van de voorzitter van het EP bij de Europese top in juni 2000 in Santa Maria de Feira (europarl.europa.eu/former_ep_presidents/president-fontaine/speeches/nl/sp0039.htm). Zie ook volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/portugal-peilt-animo-voor-einde-eu-sancties-tegen-oostenrijk~b3351139/.

21. ‘Redactionele signalen’, *SEW* 2000, afl. 10, p. 353.

22. HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, *SEW* 2004/36, afl. 6, p. 270-274.

23. HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81 (*Cilfit*).

Vijftien jaar later bleken we nog niet veel verder te zijn met *Cilfit*.²⁴ Maar intussen heeft de Italiaanse Raad van State de door Jan gewenste vraag toch gesteld.²⁵ A-G Bobek stelt in zijn conclusie voor de verwijzingsverplichting aan te passen. Volgens hem moet de nadruk komen te liggen op een meer objectieve noodzaak tot eenvoudige uitleg in de hele Europese Unie, en niet op de (subjectieve) redelijke twijfel van de rechter over de juiste toepassing van het Unierecht in een concreet geval. Hij grijpt daarvoor terug op het arrest *Hoffmann-Laroche*, waarin het Hof overwoog dat het doel van de verwijzingsverplichting is 'te voorkomen dat zich in een lidstaat nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de regels van het Unierecht strookt'.²⁶ Bobek stelt voor de verwijzingsverplichting bij uitleggingsvragen te herformuleren. Die is er als:

- 'i) daarin een algemene uitleggingsvraag van Unierecht wordt opgeworpen (en niet een vraag over de toepassing ervan);
- ii) waarbij objectief gezien meerdere uitleggingen mogelijk zijn; en
- iii) waarop het antwoord niet uit de vaste rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid (of met betrekking waartoe de verwijzende rechter van die rechtspraak wenst af te wijken).'

Deze invulling geeft m.i. een werkbaar kader voor de verwijzende rechter, al zal Jan er vast nog wel iets op aan te merken hebben. Ze sluit aan bij de manier waarop de Afdeling bestuursrechtspraak in verschillende gevallen de verwijzingsplicht heeft opgevat.²⁷ Voorbeelden zijn vragen over de invoering van een strengere terugkijktermijn voor de intrekking van verblijfsvergunningen voor Turkse staatsburgers met een strafblad,²⁸ en vragen over opschorting van de overdrachtstermijn in Dublinprocedures, als tegelijkertijd een bezwaarprocedure loopt over de weigering van een verblijfsvergunning wegens mensenhandel.²⁹ In deze zaken is uiteengezet wat de juridische vraag is waar een antwoord op wordt gevraagd, met daarbij mogelijke antwoorden en de voors en tegens van die antwoorden. Bij het formuleren van die argumenten wijst de Afdeling op uiteenlopende rechtspraak in eerste aanleg in Nederland en soms ook naar aanhangige verwijzingen van buitenlandse rechters in vergelijkbare zaken.³⁰ De Afdeling put argumenten uit de rechtspraak van het Hof, en geeft aan waar die rechtspraak tot uiteenlopende antwoorden kan leiden. Op die manier probeert de Afdeling het Hof zo goed mogelijk voor te lichten over de twijfel die zij heeft en over de consequenties van de verschillende oplossingsrichtingen.³¹

24. Jurian Langer & Jasper Krommendijk, 'De verwijzingsplicht van de hoogste rechters in Nederland en de Cilfit-controverse: prejudicieel verwijzen of niet?', *AAe* 2019, p. 469-475.

25. Zaak C-561/19 (*Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA tegen Rete Ferroviaria Italiana SpA*).

26. HvJ EG 24 mei 1977, zaak 1007/76 (*Hoffmann-Laroche*).

27. H. Sevenster & C. Wissels, 'Laveren tussen Ferreira en Van Dijk', in: M. Bosma e.a. (red.), *Graag nog even bespreken. Liber amicorum Henk Lubberdink*, Den Haag: Raad van State 2016, p. 83-93.

28. Verwijzingsuitspraak van 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1310.

29. Verwijzingsuitspraak van 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1124.

30. Zie bijv. ABRvS 5 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:239.

31. Wissels spreekt van de dialoog met het Hof. Zie C. Wissels, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en de prejudiciële procedure: verantwoordelijkheid en regie', *SEW* 2015/187, afl. 11, p. 547-551.

Als het Hof Bobek volgt, komt er mogelijk een einde aan de discussie of een rechtsregel een *acte clair* of *éclairé* is. Die kan gaan over op het oog triviale dingen. A-G Jacobs, die Bobek voorging met een vergelijkbaar voorstel, stak daar een beetje de draak mee. Hij gaf het voorbeeld van de uitleg van de douanepost ‘pyjama’s’, als ‘bepaalde combinaties van kledingstukken [die] klaarblijkelijk bestemd zijn om hoofdzakelijk als nachtkleding in bed te worden gedragen’. Een vervolgvraag zou kunnen zijn of het voor de indeling als pyjama van belang is ‘dat deze kledingstukken met afbeeldingen of tekeningen van strand- of vakantiescènes zijn bedrukt?’.³² Bij dergelijke vragen kan de nationale rechter de knoop best doorhakken, zo vinden beide A-G’s. De verwijzing ‘*just to be sure*’ kan dan achterwege blijven.

5 Slot

In deze bijdrage heb ik geprobeerd een schets te geven van het werk van Jan in de wereld van *SEW*. In de ruim twintig jaar dat hij in de redactie zat, heeft hij een wezenlijke bijdrage geleverd aan zowel de inhoud van het blad als de organisatie van het redactiewerk. Veel werk is onzichtbaar gebleven: het screenen en reviewen van bijdragen, zijn inbreng van de variëteit aan onderwerpen waarover geschreven is, zijn drive om de kwaliteit van de inhoud hoog te houden en zijn input voor een efficiënte organisatie. Als auteur bestreek hij zowel het klassieke Europees recht als de wisselwerking met het bestuursrecht en het milieurecht. Hij was steeds kritisch en oplossingsgericht. En zijn bijdragen blijken ook een zekere voorspellende waarde te hebben gehad. Het was een plezier om met je te werken, Jan!

32. Conclusie A-G Jacobs, C-338/95 (*Wiener S.I. GmbH tegen Hauptzollamt Emmerich*), pt. 16.

Van collectief bestuur (bij vennootschappen, welteverstaan)

Jan Berend Wezeman^{*}

1 Inleiding

Van januari 2015 tot oktober 2020 maakten Jan Jans en ik beiden deel uit van het bestuur van de Groningse faculteit Rechtsgeleerdheid, een driehoofdig bestuur met een portefeuillehouder onderwijs, een ph-onderzoek en een ph-middelen. Jan was vicedecaan, met onder zijn beheer alle onderzoekszaken. We vormden een hecht – en we verbeelden ons: slagvaardig – bestuursteam, bijgestaan door de secretaris van de faculteit, twee directeuren en een studentassessor.¹ Eensgezind hielden we elkaar regelmatig voor dat het faculteitsbestuur ‘collectief bestuurt’. Als dat zo uitkwam maakten we dat ook duidelijk aan de facultaire goegemeente. Maar wat betekent het eigenlijk, collectief besturen? Die vraag werd ons merkwaardig genoeg nooit gesteld. Deze bundel ter ere van Jan vormt een goede aanleiding eens een opstel aan dat vraagstuk te wijden. Ook om de huidige faculteitsbestuurders niet voor de voeten te lopen waag ik mij maar niet aan beschouwingen over de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. En over het reilen en zeilen in het openbaar bestuur weet Jan als hoogleraar Bestuursrecht zelf wel van de hoed en de rand. Indachtig het gezegde ‘Schoenmaker, hou je bij de leest!’ zal ik daarom alleen enige opmerkingen maken over collectief bestuur in het ondernemingsrecht.

2 Collectief bestuur!

Het besturen van privaatrechtelijke rechtspersonen is in Nederland een taak van de gezamenlijke bestuurders. Voor besloten vennootschappen – waarop ik mij in deze bijdrage zal richten – volgt dit onder meer uit artikel 2:239 BW. Het eerste lid daarvan bepaalt dat behoudens beperkingen volgens de statuten ‘het bestuur belast is met het besturen’ van de vennootschap. Voor naamloze vennootschappen, verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen geldt hetzelfde.² De wettelijke toedeling van de bestuurstaak blinkt niet uit in duidelijkheid. Wat onder ‘besturen’ moet worden verstaan is nu eenmaal niet strak te omlijnen. Bij bv’s vormt artikel 2:239 BW de tegenhanger van artikel 2:217 BW,

* Jan Berend Wezeman is hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen.

1. J.H. (Jan) Jans was van 1 januari 2015 tot 1 januari 2021 vicedecaan van de faculteit. De overige stafleden van het bestuursteam in die periode waren J. (Hanneke) van den Berg (bestuurslid, portefeuille bedrijfsvoering; vanaf 1 augustus 2020), M.C. (Mirjam) Buigel-de Witte (bestuurslid, portefeuille bedrijfsvoering; tot 1 maart 2020), J.J. (Jaap) Dijkstra (directeur onderwijs), W.D. (Wilbert) Kolkman (decaan; vanaf 1 oktober 2020), F.A. (Frans) Nelissen (directeur onderzoek), A.H. (Betty) Santing-Wubs (secretaris) en J.B. (Jan Berend) Wezeman (decaan; tot 1 oktober 2020).
2. Voor beursgenoteerde nv’s is onder besturen uitdrukkelijk begrepen ‘het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap’. Zie uitdrukkelijk art. 2:129 lid 1 BW, zoals gewijzigd bij wet van 24 maart 2021, *Stb.* 2021/185 (inwerkingtreding 1 mei 2021, *Stb.* 2021, 210).

de basisbepaling voor de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders. Aan de algemene vergadering behoort – volgens die bepaling – binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid, die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend. De bestuurstaak moet dus worden afgezet tegen de bevoegdheden van de algemene vergadering (en – indien aanwezig – de andere organen van de vennootschap). Een strikte afbakening is niet te maken.³ Over het algemeen kunnen we zeggen dat in de organisatie of in het vermogen van de vennootschap (diep) ingrijpende beslissingen toekomen aan de aandeelhouders. Denk aan besluiten tot het benoemen en ontslaan van bestuurders, het uitgeven van nieuwe aandelen, het wijzigen van de statuten, het vaststellen van de jaarrekening en het bestemmen van dividend. Tot de bestuurstaak rekenen we in ieder geval het geven van leiding aan de dagelijkse gang van zaken, het bijhouden van een behoorlijke administratie, het vertegenwoordigen van de vennootschap in- en buiten rechte en het uitvoeren van besluiten van de algemene vergadering. Het bestuur heeft ook het primaat bij het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap.⁴ Het bestuur geniet daarbij tot op zekere hoogte een autonome positie, die ook door andere organen van de vennootschap moet worden gerespecteerd.⁵ Zo mogen de statuten weliswaar bepalen dat de bestuurders zich dienen te gedragen naar de aanwijzingen van de algemene vergadering, maar het bestuur is niet gehouden instructies op te volgen die in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:239 lid 4 en 5 BW).

Collectief bestuur houdt in dat de bestuurders van de bv de bestuurstaken in beginsel gezamenlijk uitoefenen. Uitgangspunt bij een meerhoofdig bestuur is dat over alle bestuursaangelegenheden door het bestuur besluiten worden genomen als ‘vrucht van onderling overleg’, in vergaderingen waaraan alle leden van het bestuur moeten kunnen deelnemen.⁶ Alle bestuurders zijn vervolgens aan de beslissingen van het bestuur gebonden. Zij zijn daarvoor ook intern verantwoording schuldig, in eerste instantie jegens de algemene vergadering en – indien aanwezig – de raad van commissarissen. De Hoge Raad overwoog in het arrest *Mast Holding*⁷ dat iedere bestuurder afzonderlijk voor zijn aandeel in het bestuur en dus in het beleid verantwoordelijk is, hoezeer ook het bestuur berust bij de bestuurders gezamenlijk.

3. Zie hierover verder Jaap Winter, Jan Berend Wezeman & Jean Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 42, p. 182-183.

4. Zie HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178, m.nt. Nieuwe Weme (*ABN AMRO*); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. PvS (*ASMI I*); HR 20 april 2018, *NJ* 2018/331, m.nt. PvS (*Boskalis/Fugro*).

5. Zie het bekende arrest HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43, m.nt. H.B. (*Forumbank*). Overigens: H.B. staat voor annotator L.J. Hijmans van den Bergh en niet – zoals vermeld in *Uitspraken ondernemingsrecht met NJ-annotaties*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 13 – voor Jans collega-hoogleraar Bestuursrecht H.E. (Herman) Bröring. Beide annotatoren worden vaker verwisseld. Zie ook vscc.nl/portal-kluwerslaat-de-plank-goed-mis.

6. HR 15 juli 1968, *NJ* 1969/101, m.nt. G.J.S. (*Wijsmuller*). Wel moet rekening worden gehouden met het dwingende art. 2:239 lid 6 BW: een bestuurder mag niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij bij het besluit een direct of indirect persoonlijk belang heeft tegenstrijdig aan dat van de vennootschap.

7. HR 4 december 1992, *NJ* 1993/271, m.nt. Ma.

3 **Of toch niet?**

Is het beginsel van collectief bestuur een wet van Meden en Perzen? Gezamenlijk besturen is immers niet onder alle omstandigheden praktisch. Er kan binnen een bestuur behoefte en noodzaak bestaan aan een zekere taak- en rolverdeling of zelfs aan de instelling van bijzondere bestuurscommissies met een speciale opdracht.⁸ Laat ik vooropstellen dat over de wijze van totstandkoming van bestuursbesluiten wettelijk weinig geregeld is. Het spreekt wel voor zich dat het bestuur van een bv besluit bij meerderheid van stemmen. De statuten kunnen echter bepalen dat een met name of in functie aangeduide bestuurder (bijvoorbeeld de bestuursvoorzitter) meer dan één stem heeft. Dit meervoudig stemrecht mag niet zover gaan dat zo'n bestuurder de anderen kan overstemmen. Zie artikel 2:239 lid 2 BW. In zoverre blijft het beginsel van collectief bestuur dus ook hier overeind.

Genuanceerder ligt het indien er sprake is van een onderlinge taakverdeling. Dat taakverdeling tot op zekere hoogte mogelijk is volgt met zoveel woorden uit artikel 2:9 BW. Deze bepaling rekent tot de taak van de bestuurder alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Zo kan statutair gevarieerd worden op de in beginsel aan iedere bestuurder toekomende bevoegdheid de vennootschap te vertegenwoordigen. Ook kan de feitelijke voorbereiding of uitvoering van bestuurshandelingen worden toevertrouwd aan bepaalde bestuurders. Iets kan gebombardeerd zijn tot '*Chefsache*', zelfs zijns ondanks. Zulke taakverdelingen zetten het beginsel van collectief bestuur intussen niet geheel opzij. Een gemaakte taakverdeling neemt niet weg, zoals het tweede lid van artikel 2:9 BW verordonneert, dat elke bestuurder steeds verantwoordelijk blijft voor *de algemene gang van zaken*. Alleen, wat precies tot die algemene gang van zaken behoort, laat de wetgever wijselijk in het midden. In ieder geval is daarbij te denken, lijkt mij, aan de hoofdlijnen van het financieel-economische, personeels- en strategische beleid. Deze algemene verantwoordelijkheid impliceert dat kwesties behorend tot de algemene gang van zaken nooit volledig aan de besluitvorming of controle door het gehele bestuur kunnen worden onttrokken.

Een bijzonder geval doet zich dan nog voor indien de bestuurder aan wie een bepaalde taak is toebedeeld ook zelfstandig namens het bestuur mag *besluiten*. Boek 2 BW staat dit alleen toe bij vennootschappen die hebben gekozen voor het zogenoemde monistische bestuursmodel, een model waarbij de bestuurstaken zijn verdeeld over een of meer uitvoerende bestuurders en een of meer niet-uitvoerende (lees: meer met toezicht belaste) bestuurders. Zie voor de bv artikel 2:239a BW.⁹ Dergelijke '*one-tier*' vennootschappen mogen bij of krachtens de statuten bepalen dat een bestuurder namens het bestuur rechtsgeldig kan besluiten omtrent zaken die tot zijn taak behoren. Het kan efficiënt zijn dat een of meer *uitvoerende* bestuur-

8. Zie hierover Philippe Hezer, 'Special committees in Nederlandse boardrooms', in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 251 e.v.

9. De keuzemogelijkheid voor een monistisch bestuursmodel voor nv's en bv's is op 1 januari 2013 ingevoerd door de Wet Bestuur en Toezicht, wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011/275. Zie hierover uitvoerig het WODC-onderzoek van H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & K. van Veen, *Evaluatie Wet bestuur en toezicht* (serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 110), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

ders alleen onderling overleggen en besluiten. Het derde lid van artikel 2:239a BW staat dat toe. Het beginsel van collectief bestuur wordt hier tot het uiterste opgerekt. Alle (uitvoerende en niet-uitvoerende) bestuurders zijn namelijk wel verantwoordelijk voor de alzo genomen en aan het bestuur toegerekende besluiten.¹⁰ Om deze verantwoordelijkheid waar te kunnen maken zullen de overige bestuurders wel over het genomen besluit moeten worden geïnformeerd. Hoewel Boek 2 BW dit niet regelt zou ik aan willen nemen dat ook bij bv's met het klassieke, dualistische bestuursmodel een zekere *mandatering* van de bevoegdheid namens het bestuur te besluiten geoorloofd is.¹¹ Men kan hierover anders denken.¹² Een halszaak is het niet. Bestuursbesluiten hebben primair interne betekenis. Voor het vestigen, wijzigen of tenietdoen van rechtsbetrekkingen tussen de bv en een derde is het bestaan van een bestuursbesluit slechts in bijzondere gevallen vereist.¹³ Meestal is alleen relevant of de vennootschap volgens de regels van artikel 2:240 BW rechtsgeldig door een of meer van de bestuurders is *vertegenwoordigd*.¹⁴

4 Je was erbij, dus je bent erbij

Collectief bestuur is in het Nederlandse vennootschapsrecht de opmaat voor collectieve, civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurders. We zien dit allereerst in het al genoemde artikel 2:9 BW. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Deze verantwoordelijkheid leidt bij een tekortkoming waardoor de rechtspersoon schade wordt toegebracht tot aansprakelijkheid. Er moet dan wel sprake zijn van *ernstig verwijtbaar* onbehoorlijk bestuur. Deze eis doet recht aan de zwaarte van de bestuurstaak. Aan bestuurders komt een zekere beleidsvrijheid toe, op hen rust geen resultaatsverbin-tenis. Van ernstig verwijtbare, onbehoorlijke vervulling van de bestuurstaak is pas sprake bij handelingen die door geen redelijk handelend bestuurder in dezelfde omstandigheden zouden zijn verricht. Dat zal steeds van geval tot geval moeten worden beoordeeld, onder meer rekening houdend met de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem ver-

10. Aldus ook de minister tijdens de parlementaire behandeling van art. 2:239a BW; zie *Kamerstukken II 2006/07, 31763*, nr. 3, p. 18 (MvT) en nr. 6, p. 13 (MvA). Ook verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen kunnen (binnenkort) kiezen voor een monistisch bestuursmodel. Zie de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen (WBTR), wet van 11 november 2020, *Stb.* 2020, 507 (*Kamerstukken* 34491). De datum van inwerkingtreding van dit onderdeel van de WBTR, oorspronkelijk voorzien per 1 juli 2021, stond bij het ter perse gaan van dit opstel nog niet vast (zie Besluit van 11 juni 2021, *Stb.* 2021, 284).
11. Zie ook Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, nr. 44, p. 189, waar we schrijven dat 'ook bij een two-tier vennootschap bepaalde bevoegdheden aan individuele bestuurders [kunnen] worden *gedelegeerd*' (curs. JBW). Van Jan leerde ik dat 'gemandateerd' hier juist is. In de binnenkort te verschijnen 18e druk van *Van de BV en de NV* zullen de bewerkers dit corrigeren! Evenzo N. Kreileman, *De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 201.
12. Zie G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 185 en nr. 359.
13. Denk bijvoorbeeld aan het bij bestuursbesluit aanvaarden van een aanbod of geven van volmacht aan een derde. Op grond van Boek 2 BW is zonder bestuursbesluit onder meer uitkering van dividend (art. 2:216 lid 2 BW) of inkoop van eigen aandelen (art. 2:207 lid 1 BW) niet mogelijk.
14. Zie hierover Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, nr. 98.

weten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.¹⁵ Handelingen in strijd met statutaire regels die de vennootschap beogen te beschermen zullen in beginsel tot aansprakelijkheid leiden. De Hoge Raad besliste dit met zoveel woorden in het arrest *Berghuizer Papierfabriek* uit 2002.¹⁶ De Hoge Raad oordeelde dat bij handelen in strijd met zo'n statutaire bepaling behoudens tegenbewijs ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur wordt vermoed. Deze bewijsregel zal *a fortiori* gelden bij schending van bepalingen uit Boek 2 BW die bescherming van de vennootschap beogen, zoals artikel 2:239 lid 6 BW (zie noot 6).

Waar het mij nu om gaat, is dat deze interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap bij een meerhoofdig bestuur in beginsel een collectieve is. Dat wil zeggen: zodra sprake is van ernstig verwijtbare, onbehoorlijke taakvervulling door ten minste een van de bestuurders, zijn in beginsel alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor de door de bv geleden schade. Ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur hoeft dus niet voor elke bestuurder apart gesteld en bewezen te worden. Hetzelfde geldt krachtens artikel 2:248 BW voor de externe aansprakelijkheid jegens de gezamenlijke vennootschapscrediteuren bij faillissement van de bv. Alle bestuurders zijn in beginsel aansprakelijk voor het gehele faillissementstekort indien de curator kan aantonen dat het faillissement van de vennootschap in belangrijke mate is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur van een of meer van de bestuurders.

Principieel anders ligt het bij bestuurdersaansprakelijkheid gebaseerd op artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Er is veel jurisprudentie waarin gedupeerde schuldeisers van bv's er in slagen bestuurders wegens onrechtmatig handelen persoonlijk voor geleden schade aansprakelijk te houden. Het gaat hier meestal om gevallen waarin een bestuurder lichtvaardig namens een bv heeft gecontracteerd (terwijl hij wist of moest weten dat de vennootschap niet zal kunnen nakomen *en* ook geen verhaal zal kunnen bieden voor de daardoor veroorzaakte schade) of waarin hij de betalingsonmacht van de vennootschap op onrechtmatige wijze heeft veroorzaakt. Aan deze onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid worden hoge eisen gesteld, ook om te voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.¹⁷ Bestuurders, kun je zeggen, moeten voldoende ruimte voelen voor creativiteit, vernuft en durf. Aansprakelijkheid vereist daarom steeds dat aan een bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt

-
15. Aldus HR 10 januari 1997, NJ 1997/350, m.nt. Ma. (*Staleman/Van de Ven*). Zie voor enkele recente voorbeelden Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013/237, m.nt. Verboom (*Landis*); Rb. Noord-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2965 (*Parkdale*); Rb. Noord-Nederland 23 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3292, RO 2020/71 met wenk A. Rosielle (*Heiploeg*).
 16. HR 29 november 2002, NJ 2003/455. In HR 20 juni 2008, NJ 2009/21, m.nt. Ma. en HJS (*Willemsen/NOM*) trok de Hoge Raad dit bewijsvermoeden door naar de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid van bestuurders jegens aandeelhouders bij schending van statutaire bepalingen die specifiek die aandeelhouders beogen te beschermen.
 17. Zie daarover de prachtige Rotterdamse oratie van M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005. De rede begint met een uitspraak van de Duitse schrijver Johann Gottfried Seume (1763-1810), in vertaling: 'Wie niets vreest, kan gemakkelijk een schurk worden, maar wie te veel vreest, wordt zeker een slaaf'.

moet kunnen worden gemaakt.¹⁸ Anders dan in artikel 2:9 en 2:248 BW gaat het blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad bij toepassing van artikel 6:162 BW dus om individuele aansprakelijkheid. Voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid ernstig verwijtbaar onrechtmatig heeft gehandeld, nalaten daaronder begrepen. In het *TMF*-arrest uit 2018 bevestigde de Hoge Raad dit nog eens uitdrukkelijk,¹⁹ overigens zonder nadere motivering. Mee zal hebben gewogen dat in het Nederlandse verbintenissenrecht de aansprakelijkheid wegens onrechtmatig handelen nu eenmaal in beginsel een individuele is.

5 Uit de fuik

Ter relativering van het voorgaande; bij toepassing van artikel 2:9 en 2:248 BW is nog niet alles verloren voor bestuurders die in de collectieveaansprakelijkheidsfuik zitten. Artikel 2:9 lid 2 BW biedt een bestuurder de mogelijkheid zich te disculperen indien hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van het onbehoorlijk bestuur en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Aan zo'n disculpatie worden in de rechtspraak echter hoge eisen gesteld, waarbij bovendien zoals hiervoor gezegd een bestuurder zich niet steeds met succes op een taakverdeling kan beroepen. Hetzelfde geldt voor de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:248 lid 3 BW bij faillissement van de bv. Ik heb mij in dit licht wel eens afgevraagd waarom we in artikel 2:9 en 2:248 BW zo vasthouden aan het uitgangspunt van collectieve aansprakelijkheid. De Europese Unie dwingt ons daartoe in ieder geval niet. Het kapitaalvennootschapsrecht is weliswaar voor een groot deel geharmoniseerd, maar er bestaat in Europees verband geen algemeen, uniform aansprakelijkheidsregime voor leidinggevend. De lidstaten bepalen in hoge mate zelf of en hoe zij de aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen regelen. Achterliggend motief voor ons strenge, collectieve regime is wellicht de vrees, zo heb ik elders betoogd, dat bijdehante bestuurders zich wellicht anders achter elkaar gaan verschuilen en degene waar het minst te halen valt als kwade genius en zondebok naar voren schuiven.²⁰ Overtuigend vind ik die vrees niet. Dikwijls slagen (gewezen) bestuurders er niet in één front te blijven vormen en komen de feiten wel boven tafel, zeker bij faillissement van de vennootschap.

Hoe dan ook, bij de stand van de huidige wetgeving zou ik er een voorstander van zijn disculpatieverweren wat ruimhartiger te beoordelen. Uit de rechtspraak tot nu toe blijkt dat bestuurders van zo'n verweer niet veel kunnen verwachten, het is in de praktijk een reddingsboei met weinig drijfvermogen. Dat kan verbeteren indien de rechter een bestuurder wat eerder dan thans toestaat een beroep te doen op een taakverdeling, ook als het onbehoorlijke bestuur de algemene gang van

18. Zie over dit in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkeld criterium uitvoerig A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, Civielrechtelijke en stafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.
19. HR 30 maart 2018, NJ 2018/330, m.nt. PvS. De Hoge Raad wijst in dit arrest wel op één uitzondering, namelijk het bijzondere geval dat via art. 2:11 BW de op een bestuurder-rechtspersoon rustende aansprakelijkheid automatisch wordt doorgeschoven naar alle bestuurders van deze rechtspersoon-bestuurder. Zie daarover HR 17 februari 2017, NJ 2017/215, m.nt. PvS (*Le Roux Fruit Exporters*).
20. Zie mijn bijdrage 'Persoonlijke aansprakelijkheid van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders', in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en Toezicht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 93 e.v.

zaken raakt. De beoordeling van een disculpatieverweer zou wat meer mogen draaien om de vraag wat een bestuurder kan worden verweten en minder om wat hem kan worden toegerekend. Waar het wat mij betreft op aankomt is dat een bestuurder tracht in te grijpen als hij sterke aanwijzingen heeft – of moet hebben – dat zijn collega's zich schuldig maken aan onbehoorlijk bestuur. Handelt een bestuurder in zo'n geval niet (of te laat) waar hij wel (of eerder) kon en moest optreden, dan is ook aan zijn adres het verwijt van ernstige nalatigheid terecht.

6 De vis wordt duur betaald

Hoogste tijd voor nog wat couleur locale. Op 28 januari 2014 ging er een schok door heel Groningen, van Lauwerszee tot Dollard tou. Die dag sprak de rechtbank Noord-Nederland het faillissement uit van diverse vennootschappen behorend tot de Heiploeg-groep, een groot internationaal concern handelend in garnalen en vis. Het faillissement was onafwendbaar nadat enkele maanden eerder de Europese Commissie na jaren onderzoek de concernvennootschappen een boete had opgelegd van ruim € 27 miljoen, een hoofdelijke boete wegens mededingingsbeperkende prijsafspraken gedurende de jaren 2000-2009 met de Volendamse firma Klaas Puul. De Heiploeg-ondernemingen weten al daags na het faillissement een doorstart te maken via een zogenoemde *pre-pack*, een kort voor het faillissement volledig voorbereide overname door het Katwijkse visverwerkingsbedrijf Parlevliet & Van der Plas. Een deel van de Heiploeg-werknemers kon zo zijn baan behouden onder de nieuwe eigenaar, zij het tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden.²¹

Ik maak nu even een sprongetje in de tijd. De curatoren van de failliete (oude) Heiploeg-vennootschappen dagvaarden in 2019 de voormalig topman Hendrik Nienhuis van het concern. Zij stellen hem, kort gezegd, zowel namens de failliete vennootschappen (ex art. 2:9 BW) als namens de gezamenlijk gedupeerde schuldeisers (ex art. 6:162 BW) persoonlijk aansprakelijk voor de geleden schade respectievelijk het faillissementsdeficit. In een uitvoerig feitelijk en juridisch onderbouwd eindvonnis houdt de rechtbank Noord-Nederland in september 2020 de gedaagde, gelet op zijn jarenlange intensieve betrokkenheid bij en wetenschap van de ongeoorloofde kartelafspraken, inderdaad jegens de destijds door hem bestuurde vennootschappen aansprakelijk voor de veroorzaakte schade. De rechtbank begroot die schade op ruim € 13 miljoen, om en nabij de helft van het opgelegde boetebedrag, nu de oud-topman halverwege de kartelperiode was afgetreden in 2004. Op dezelfde inhoudelijke gronden meent de rechtbank dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld jegens de door het faillissement gedupeerde schuldeisers.²²

21. De Hoge Raad heeft in 2020 prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EU over de verenigbaarheid van een *pre-pack*doorstart met Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001, *PbEU* 2001, L 82/16 (richtlijn betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen). Zie HR 17 april 2020, *NJ* 2020/234 (*Heiploeg*). Zie in dit verband ook HvJ EU 22 juni 2017, *NJ* 2017/369, m.nt. Verstijlen (*Smallsteps*).
22. Rb. Noord-Nederland 23 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3292, *RO* 2020/71 met wenk A. Rosielle (*Heiploeg*). Tegen het vonnis is hoger beroep ingesteld. De onrechtmatigedaadsvordering ten behoeve van de schuldeisers wees de rechtbank uiteindelijk af, omdat de curatoren geen veroordeling vroegen tot het beloop van de door de schuldeisers geleden *schade* maar tot het beloop van het gehele *tekort* in het faillissement.

Zonder nu verder in te gaan op diverse haken en ogen²³ van de zaak is er toch een aspect waarvoor ik hier nog kort aandacht wil vragen. Naast het mededingingsrecht zijn er vele andere regels met een (semi-)publiekrechtelijk karakter die het gedrag van ondernemingen reguleren. Men denke aan het effecten- en financieeltoezichtsrecht of aan diverse veiligheids- en milieuvoorschriften. Het gaat hier om regels van groot maatschappelijk belang. Ik noem ook – meer op het grensvlak van privaatrecht en publiekrecht – het consumentenrecht. De vraag rijst of we in geval van schending van dit soort belangrijke regels door vennootschappen een vermoeden van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur of onrechtmatig handelen van de bestuurders aan zouden mogen nemen, de lijn van het hiervoor in paragraaf 5 genoemde *Berghuizer Papierfabriek*-arrest doortrekkend. Ik meen dat dat te ver zou gaan. De genoemde meer publiekrechtelijk georiënteerde voorschriften zijn complex en strekken niet primair ter bescherming van de vennootschap of haar schuldeisers. Zij hebben een veel breder en niet altijd eenvoudig te preciseren doel, zoals het beschermen van het (vertrouwen van het) belegend publiek en het goed functioneren van markten. Daarbij past in het algemeen niet dat bij schending van zulke voorschriften door de bv wordt vermoed dat de bestuurders daarvan persoonlijk een ernstig verwijt in de zin van artikel 2:9 of 6:162 BW treft.²⁴ Wat daar van zij, in de *Heiploeg*-zaak baseerde de rechtbank de aansprakelijkheid van de oud-topman niet op een vermoeden van verwijtbaarheid, maar op diens daadwerkelijke, grote betrokkenheid bij de schending van het mededingingsrecht door het concern.

In de procedure speelde ook het beginsel van collectief bestuur nog een rol. Heiploeg had in de periode 2000-2009 meer bestuurders en ook commissarissen. Echter, met hen hadden de curatoren geschikt. Bij het bepalen van onderlinge regresaanspraken kan zo'n schikking tot verwickelingen leiden. Voor materiële complicaties tussen hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren beoogt artikel 6:14 BW dan een oplossing te bieden (de schuldeiser vermindert zijn vordering). Processueel kan oproeping in vrijwaring van de medeschuldenaren verstandig zijn, zodat de omvang van ieders mogelijke bijdrageplicht in één procedure door dezelfde rechter kan worden vastgesteld.²⁵ Zie artikel 210-216 Rv. Van dit laatste was in de *Heiploeg*-zaak echter geen sprake. Niettemin veroordeelt de rechtbank de gedaagde tot het betalen van ruim € 13 miljoen, 'een en ander verminderd met een bedrag gelijk aan het bedrag dat [gedaagde] op basis van een bijdrageplicht op grond van artikel 6:10 BW, 6:13 BW of op welke grond dan ook (...) had kunnen vorderen van de [andere] voormalig bestuurders en commissarissen'.²⁶ Is zo'n vonnis uitvoerbaar? De advocaat van Nienhuis weet het wel, aldus het *Dagblad van het Noorden*: 'Daar gaat geen deurwaarder voor op pad'.²⁷ Dat zal Jan aanspreken, vermoed ik.

23. Zo is het de vraag of de (oude) Heiploeg-vennootschappen ondanks de opgelegde boete eigenlijk wel schade hebben geleden als bedoeld in art. 2:9 BW. De ongeoorloofde kartelafspraken zullen immers ook jarenlang tot (aanzienlijk) hogere omzetten hebben geleid. Mogen we in het kader van een vordering ex art. 2:9 BW betogen dat ongeoorloofde voordelen buiten beschouwing blijven, helemaal indien die voordelen bij faillissement al in de leegte zijn verwaaid?

24. Evenzo HR 30 maart 2018, NJ 2018/330, m.nt. PvS (TMF). De Hoge Raad wilde zonder omhaal van woorden in deze procedure ex art. 6:162 BW niet weten van een vermoeden van ernstig verwijtbaar bestuurshandelen wegens overtreding van de Wet toezicht effectenverkeer 1995. Zie r.o. 3.4.2.

25. Zie ter illustratie Rb. Gelderland 5 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2737, JPBR 2019/63, m.nt. Boersen (*Allianz/Liander*).

26. R.o. 5.2.

27. dvh.nl/economie/Oud-topman-Heiploeg-in-hoger-beroep-tegen-miljoenenvonniss-26062608.html.

7 Tot slot

Ik ben weer terug bij het begin. Tijdens Jans bestuursperiode was de rechtenfaculteit volop in beweging. Iedere woensdag weer lagen er in de faculteitskamer, op de eerste verdieping van het Academiegebouw, de meest uiteenlopende dossiers op onze vergadertafel. Veel van die zaken leidde Jan met Groningse nuchterheid in goede banen, of het nu ging om sectorplannen, 'midterm reviews', promotie-experimenten of wetenschappelijke 'narratives'. Veelal onder het motto: 'nait soezen moar broezen'. En jazeker, het faculteitsbestuur bestuurde collectief! Van mandateren of delegeren, disculperen en epibreren lagen we niet zo wakker. Wie Jan vraagt waar hij als faculteitsbestuurder het meest voor vreesde, krijgt steevast als antwoord: '*Events, dear boy, events*'.²⁸ Zo is het maar net!

28. Quote toegeschreven aan Harold Macmillan.

OVER GRENZEN

Grensoverschrijdende zorg: vrij verkeer van patiënten in een oerwoud van regels

Johan van de Gronden^{*}

1 Inleiding

Professor Jan Jans heeft veel betekend voor de beoefening van het Europees recht. De impact van dit boeiende rechtsterrein op het nationale recht heeft hij doordacht in allerlei mooie publicaties. In het begin lag de focus op het milieurecht en later op het bestuursrecht in het algemeen. Ik heb Jan Jans leren kennen als iemand die als mens en wetenschapper rechtdoorzee is. Kenmerkend voor hem is zijn spreekwoordelijke Groningse nuchterheid. Ik herinner me een discussie tussen hem en de medewerkers van de facultaire eenheid waaraan hij leiding gaf. Hij was bereid om verschillende oplossingen voor het gesignaleerde probleem te accepteren maar zijn medewerkers mochten zich niet schuldig maken aan onnodig gedoe. Hij is wars van ingewikkeld gedrag en streeft naar 'rechtdoorzee-benaderingen'.

Het wetenschappelijk werk van Jan Jans wordt gekenmerkt door het thema van deze bundel, 'Grensoverschrijdende rechtsbeoefening'. In mijn bijdrage wordt dit thema toegespitst op het EU-recht en de zorg. Centraal staan het vrije verkeer van patiënten en daarmee dus de problematiek van de grensoverschrijdende zorg. De vraag die behandeld wordt, is of de EU-regels voor de vergoeding van de kosten van een behandeling die een patiënt, verzekerd in een bepaalde EU-lidstaat, in een andere lidstaat heeft ondergaan, op coherente wijze is vormgegeven. Het gaat hierbij dus om de vraag of deze EU-regels 'Jan Jans-proof' zijn: is het EU-recht op dit terrein rechtdoorzee of leidt het tot onnodig gedoe?

2 Wat is er geregeld in de Patiëntenrichtlijn?

Reeds aan het einde van de jaren '90 van de vorige eeuw is het HvJ EU geconfronteerd met de vraag in hoeverre nationale zorgwetgeving die de vergoeding van de kosten voor een in een andere lidstaat ondergane behandeling aan banden legt, in overeenstemming is met het EU-recht. Deze kwestie werd beoordeeld in het licht van de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer van diensten.¹ Het systeem dat de lidstaten hanteerde kwam neer op een stelsel van voorafgaande toestemming: een patiënt die zijn kosten voor een in een andere lidstaat ontvangen vergoeding vergoed wilde zien, diende van tevoren voor deze behandeling toestemming aan te vragen. Deze stelsels werden door het HvJ EU gezien als beperkingen voor vrij

* J.W. van de Gronden is hoogleraar Europees recht aan de Radboud Universiteit (Onderzoekscentrum voor Staat & Recht) en Staatsraad in buitengewone dienst bij de Raad van State.

1. Zie voor een uitvoerige bespreking bijvoorbeeld L. Hancher & W. Sauter, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 60-82.

verkeer van diensten, zoals vastgelegd in artikel 56 VWEU.² Onder bepaalde omstandigheden konden deze beperkingen evenwel gerechtvaardigd worden geacht met het oog op de volksgezondheid dan wel het financieel evenwicht van een sociaal zekerheidsstelsel (een zorgsysteem wordt verondersteld onderdeel te zijn van sociale zekerheid).³ Het HvJ EU paste dus zowel de Verdragsexceptie van artikel 52 VWEU als de *Rule of reason* (dwingende reden van algemeen belang) toe. Van belang was uiteraard dat de beperkingen proportioneel waren. Hier trok het HvJ EU een scheidslijn tussen intramurale en extramurale zorg (ziekenhuiszorg en zorg buiten ziekenhuizen aangeboden).⁴ Bij intramurale zorg vond het HvJ EU de beperkingen veroorzaakt door een stelsel van voorafgaande toestemming evenredig vanwege de noodzaak om deze zorg te plannen. Vereist was wel dat de betrokken patiënt op tijd kon worden behandeld door een ziekenhuis van het land waar hij woonde.⁵ Indien er sprake was van een wachtlijst, diende de weigering om toestemming voor zorg in een andere lidstaat te verlenen alsnog als onevenredig te worden gekwalificeerd. Of de patiënt in kwestie te lang op medische behandeling moest wachten, diende beoordeeld te worden aan de hand van medische maatstaven.⁶ Voor extramurale zorg was evenwel niet aangetoond dat de goede verlening afhankelijk was van de noodzaak van planning en daarom waren de beperkingen veroorzaakt door een stelsel van voorafgaande toestemming niet evenredig, voor zover het ging om dit type zorg.⁷

De Uniewetgever heeft de principes ontwikkeld door het HvJ EU in zijn rechtspraak gecodificeerd in de Patiëntenrichtlijn.⁸ Artikel 7 van deze richtlijn bepaalt dat patiënten in beginsel aanspraak hebben op vergoeding van de kosten van een behandeling die ze hebben ondergaan in een andere lidstaat. De hoogte van de vergoeding van de kosten wordt bepaald door de tarieven van de lidstaat waar de patiënt verzekerd is. Verder dient het te ontvangen geldelijke bedrag niet hoger te zijn dan de werkelijk gemaakte kosten. Op grond van artikel 8 van de Patiëntenrichtlijn mogen de lidstaten een stelsel van voorafgaande toestemming voor zorg die verleend wordt in een andere lidstaat invoeren op grond van de volgende redenen: 1) de zorg in kwestie moet gepland worden om zo de toegankelijkheid ervan te waarborgen; 2) de desbetreffende behandeling brengt een bijzonder risico voor patiënt of de bevolking met zich; en 3) er bestaat bezorgdheid omtrent de kwaliteit en veiligheid van de dienstenverlening van de zorgaanbieder die de behandeling verstrekt in de andere lidstaat. De belangrijkste reden om het vrije verkeer van patiënten aan banden te leggen is het argument om de zorg te plannen ten einde de toegankelijkheid ervan te verzekeren. De richtlijn wijst in verband met het planningsargument naar behandelingen waarvoor de betrokken patiënt ten minste één nacht in het ziekenhuis moet verblijven en naar behandelingen die de inzet van zeer

2. Zie bijvoorbeeld zaak C-158/96, *Kohll*, 28 april 1998, ECLI:EU:C:1998:171; zaak C-120/95, *Decker*, 28 april 1998, ECLI:EU:C:1998:167; zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, 12 juli 2001, ECLI:EU:C:2001:404; zaak C-385/99, *Müller-Fauré*, 13 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:270 en zaak C-372/04, *Watts*, 16 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:325.

3. Zie vorige noot.

4. Zie bijvoorbeeld r.o. 66-108 van de zaak C-385/99, *Müller-Fauré*.

5. Zie bijvoorbeeld r.o. 103 van de zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*.

6. Zie bijvoorbeeld r.o. 104 van de zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*.

7. Zie bijvoorbeeld r.o. 93-97 van de zaak C-385/99, *Müller-Fauré*.

8. Richtlijn 2011/24/EU betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, *PbEU* 2011, L 88/45.

gespecialiseerde en kostbare medische infrastructuur of apparatuur vergt. Het gaat hier met andere woorden *grosso modo* om ziekenhuiszorg/intramurale zorg, hetgeen in overeenstemming is met de rechtspraak van het HvJ EU. Verder dient te worden opgemerkt dat volgens het vijfde lid van artikel 8 van de Patiëntenrichtlijn toestemming voor ziekenhuiszorg moet worden verleend, indien duidelijk is op basis van medische criteria dat de betrokken patiënt niet op tijd kan worden geholpen door de lidstaat waar deze woont.

Uit bovenstaande analyse volgt dat zowel in de rechtspraak van het HvJ EU over het vrije verkeer als in de Patiëntenrichtlijn die deze rechtspraak codificeert het stelsel van voorafgaande toestemming in het beklagdenbankje zit. Een dergelijk nationaal stelsel is alleen toegestaan voor ziekenhuiszorg die gepland moet worden. Het onderscheid tussen zorg die gepland moet worden en zorg die niet gepland moet worden speelt dus een belangrijke rol bij de Patiëntenrichtlijn. Opgemerkt dient te worden dat de Patiëntenrichtlijn het vrije verkeer van patiënten harmoniseert. Dit betekent dat de nationale wetgeving op dit terrein niet meer getoetst dient te worden aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer maar aan deze richtlijn, zo volgt uit de zogenoemde Tedeschi-regel van het HvJ EU.⁹ Het systeem geïntroduceerd door de Patiëntenrichtlijn is redelijk gecompliceerd, omdat het regime dat eerst door het HvJ EU was ontworpen op basis van de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer nu is opgenomen in deze richtlijn. Het blijft echter goed hanteerbaar als de Tedeschi-regel wordt toegepast. Wat dit betreft, was het wel jammer dat het HvJ EU in de zaak *WO*¹⁰, de kwestie van een in Hongarije verzekerde patiënt die een oogbehandeling in Duitsland had ondergaan, tegelijkertijd heeft beoordeeld in het licht van de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer van diensten en van de Patiëntenrichtlijn. Dit is nogal verwarrend, want wat moet de uitkomst van de toetsing zijn als de vrijverkeerbepalingen geschonden zouden zijn maar de Patiëntenrichtlijn niet? Belangrijker is het bezwaar dat de in de zaak *WO* uitgevoerde toetsing zelfs in strijd is met de eigen rechtspraak van het HvJ EU die geleid heeft tot de Tedeschi-regel. Na harmonisatie moet er immers niet meer getoetst worden aan de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer. Gelukkig is het HvJ EU op deze werkwijze weer teruggekomen in het arrest *Veselības ministrija*.¹¹ In deze zaak heeft het HvJ EU uitdrukkelijk overwogen dat de Patiëntenrichtlijn de rechtspraak over het vrije verkeer van diensten bij grensoverschrijdende zorg heeft gecodificeerd.¹² Vervolgens wordt alleen een toetsing uitgevoerd aan de Patiëntenrichtlijn en niet meer aan de vrijverkeerbepalingen. Dit is mijns inziens een coherente werkwijze, waarmee het door de Patiëntenrichtlijn geïntroduceerde regime hanteerbaar blijft. Overigens heeft het HvJ EU in *Veselības ministrija* ook aangegeven dat, indien bij kwesties van grensoverschrijdende zorg ook fundamentele rechten spelen een toetsing aan het Handvest van de Grondrechten van de EU dient te worden uitgevoerd.¹³ Dit arrest heeft een extra dimensie aan de problematiek van het grensoverschrijdend zorgverkeer toegevoegd.

9. Zie zaak 5/77, *Tedeschi*, 5 oktober 1977, ECLI:EU:C:1977:144.

10. Zie zaak C-777/18, *WO*, 23 september 2020, ECLI:EU:C:2020:745.

11. Zie zaak C-243/19, *Veselības ministrija*, 29 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:872.

12. Zie r.o. 66 van de zaak C-243/19, *Veselības ministrija*.

13. Zie hierover de annotatie van M. Beijer en J.W. van de Gronden in *EHRC Updates*, ehrc-updates.nl/commentaar/211208?skip_boomportal_auth=1.

3 Wat is er geregeld in de Socialezekerheidsverordening?

Het opvallende is dat de Patiëntenrichtlijn niet de enige Unieregeling is die van toepassing is op het vrije verkeer van patiënten. Gewezen moet ook worden op Verordening (EG) 883/2004,¹⁴ die in het leven is geroepen ter coördinatie van de socialezekerheidsaanspraken van onderdanen van EU-landen die in verschillende lidstaten economisch actief zijn geweest. Deze verordening wordt in deze bijdrage daarom aangeduid als de Socialezekerheidsverordening. De doelstelling van deze verordening is –uiteraard– niet om de sociale zekerheid te harmoniseren maar om het vrije verkeer van personen te vereenvoudigen. Anders dan de Patiëntenrichtlijn leidt de Socialezekerheidsverordening niet tot harmonisatie maar tot coördinatie.¹⁵

In deze verordening is ook een aantal bepalingen voor het vrije verkeer van patiënten opgenomen. Het vertrekpunt voor de Socialezekerheidsverordening is het onderscheid dat gemaakt wordt tussen twee soorten grensoverschrijdende zorg. In de eerste plaats kan iemand onverwacht ermee geconfronteerd worden dat zij of hij zorg nodig heeft terwijl zij of hij verblijft in het buitenland. In deze bijdrage wordt dit aangeduid als niet-geanticipeerde zorg. In de tweede plaats kan iemand zich doelbewust begeven naar een andere lidstaat om daar behandeld te worden. Dit wordt in deze bijdrage aangeduid als geanticipeerde zorg.¹⁶ Ingeval van niet-geanticipeerde zorg is artikel 19 van de Socialezekerheidsverordening van toepassing. Indien een verzekerde zich bevindt op het grondgebied van een andere lidstaat voor bijvoorbeeld een zakenreis, vakantie of studie en dan plotseling ziek wordt, heeft deze recht op behandeling door de autoriteiten van de lidstaat van verblijf op basis van de tarieven van deze lidstaat. De kosten dienen uiteindelijk gedragen te worden door de lidstaat waar betrokkene verzekerd is. Indien iemand dus in Nederland verzekerd is maar tijdens een zakenreis in Frankrijk onverwacht zorg nodig heeft, dan wordt deze zorg verstrekt door de Franse autoriteiten op basis van de Franse tarieven, waarbij de kosten door de Nederlandse verzekeraar gedragen worden. De European Health Insurance Card (EHIC) beoogt de toepassing van de door artikel 19 geïntroduceerde regeling te faciliteren.¹⁷ Artikel 20 van de Socialezekerheidsverordening bevat de regeling voor geanticipeerde zorg. Op grond van het eerste lid van deze bepaling dient een verzekerde die doelbewust naar een andere lidstaat wil gaan om daar behandeld te worden, van tevoren toestemming aan te vragen bij de nationale bevoegde instantie van de lidstaat waar zij of hij verzekerd is. Indien zij of hij dat doet, kan het mechanisme van artikel 20 van de Verordening

14. Verordening (EG) 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *PbEG* 2004, L 166/1.

15. Zie r.o. 23 van zaak C-21/87, *Borowitz*, 5 juli 1988, ECLI:EU:C:1988:362.

16. In zijn rechtspraak spreekt het HvJ EU van 'geplande geneeskundige verzorging'. Zie bijvoorbeeld r.o. 38-55 van de zaak C-777/18, *WO*. Benadrukt moet worden dat het hier gaat om planning vanuit het perspectief van de patiënt, terwijl bij de Patiëntenrichtlijn het gaat om planning vanuit het perspectief van de lidstaat die toegang tot de zorg wil garanderen. Om misverstanden te voorkomen wordt in deze bijdrage in de context van de Socialezekerheidsverordening gesproken van geanticipeerde en niet-geanticipeerde zorg.

17. Zie Besluit 2003/751/EG tot invoering van een Europese ziekteverzekeringskaart, *PbEG* 2003, L 276/1, Besluit 2003/752/EG betreffende de technische aspecten van de Europese ziekteverzekeringskaart, *PbEG* 2003, L 276/4 en Besluit 2003/753/EG betreffende de vervanging van de formulieren E111 en E111B door een Europese ziekteverzekeringskaart, *PbEG* 2003, L 276/19.

in werking worden gezet. Indien toestemming wordt verleend, heeft betrokkene recht op behandeling in de andere lidstaat in kwestie volgens de tarieven van deze lidstaat maar voor rekening van de lidstaat waar deze verzekerd is. Als bijvoorbeeld iemand die in Nederland verzekerd is op grond van artikel 20 van de verordening toestemming heeft gekregen voor een behandeling in Duitsland, zal deze behandeling geschieden op basis van Duitse tarieven en zal de rekening naar de Nederlandse verzekeraar worden gestuurd. Met andere woorden, terwijl bij de Patiëntenrichtlijn de tarieven van de lidstaat van verzekering leidend zijn voor grensoverschrijdende zorg, zijn dit bij de Socialezekerheidsverordening de tarieven van de lidstaat van behandeling.

4 **Verhouding tussen Patiëntenrichtlijn en de Socialezekerheidsverordening**

Naar mijn mening is het vaststellen van twee regimes voor een complexe aangelegenheid als grensoverschrijdende zorg vragen om problemen. Deze problemen ontstaan doordat in de Patiëntenrichtlijn het onderscheid tussen zorg die gepland moet worden en zorg die niet gepland moet worden een centrale rol speelt, terwijl de Socialezekerheidsverordening uitgaat van het onderscheid tussen niet-geanticipeerde zorg en geanticipeerde zorg. Uit artikel 20 van de Socialezekerheidsverordening blijkt dat geanticipeerde zorg voorwerp dient te zijn van een stelsel van voorafgaande toestemming. Het is opmerkelijk dat deze bepaling van de verordening van toepassing kan zijn op zowel zorg die gepland moet worden als zorg die niet gepland hoeft te worden. Terwijl de Patiëntenrichtlijn bepaalt dat alleen voor zorg die gepland moet worden eventueel een stelsel van voorafgaande toestemming mag worden gehanteerd, vereist artikel 20 van de verordening juist dat een dergelijk stelsel voor zowel zorg afhankelijk van planning als voor zorg die niet afhankelijk van planning is wordt toegepast!

De veronderstelling lijkt gerechtvaardigd dat het HvJ EU de regeling van artikel 20 van de verordening in strijd zou achten met de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer. In zijn eigen rechtspraak heeft het HvJ EU immers in het verleden op basis van deze Verdragsbepalingen geoordeeld dat een stelsel van voorafgaande toestemming alleen geoorloofd is voor intramurale zorg, mits voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel. Opmerkelijk genoeg is het HvJ EU niet tot dit oordeel gekomen. Uit het arrest in de zaak *Inizan* vloeit voort dat in de visie van het HvJ EU het toestemmingsvereiste van de Socialezekerheidsverordening slechts een administratief mechanisme behelst gericht op het faciliteren van de vergoeding van de kosten van grensoverschrijdende zorg.¹⁸ De patiënt mag gebruikenmaken van dit mechanisme maar is daartoe niet verplicht. Indien de patiënt wil dat artikel 20 van de Socialezekerheidsverordening wordt toegepast, dan moet hij of zij van tevoren om toestemming vragen. Wanneer deze toestemming verleend wordt, wordt het proces van de grensoverschrijdende zorg in werking gezet, waarbij de tarieven van de lidstaat van behandeling gelden en de kosten voor rekening van de lidstaat van verzekering komen. Een patiënt is echter niet verplicht om gebruik te maken van

18. Zie zaak C-56/01, *Inizan*, 23 oktober 2004, ECLI:EU:C:2003:578. Deze benadering heeft het HvJ EU bevestigd in r.o. 24 van de zaak C-243/19, *Veselības ministrija*.

het mechanisme van de verordening. In twee gevallen kan het naar mijn mening verstandig zijn dat een patiënt geen gebruik kan maken van het mechanisme van de verordening. In die omstandigheden ligt dan een beroep op de Patiëntenrichtlijn meer voor de hand. In de eerste plaats is dat het geval, wanneer de tarieven voor vergoeding in de eigen lidstaat (van verzekering) hoger zijn dan in de lidstaat van behandeling. Opgemerkt moet evenwel worden dat het HvJ EU in het arrest *Vanbraekel*¹⁹ aandacht heeft besteed aan het probleem dat veroorzaakt wordt doordat de tarieven in de lidstaat van verzekering hoger zijn dan in de lidstaat van behandeling. Indien bij toepassing van de verordening de patiënt, vanwege dit tarievenverschil, kosten moet betalen voor de zorg in het land van behandeling die niet betaald hadden moeten worden indien deze zorg in het land van verzekering zou zijn ontvangen, dan moeten deze kosten alsnog vergoed worden door de lidstaat van verzekering. Anders zou de patiënt in kwestie ervan weerhouden worden om zorg in een andere lidstaat te ontvangen, hetgeen leidt tot een niet-toegestane beperking van het vrije verkeer. In *Vanbraekel* werden dus zowel de Socialezekerheidsverordening als de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer tegelijkertijd toegepast. Dit is mijns inziens niet in strijd met de Tedeschi-regel, omdat, anders dan de Patiëntenrichtlijn, deze verordening niet leidt tot harmonisatie maar tot coördinatie. Vanwege de oplossing die het HvJ EU heeft geboden in het arrest *Vanbraekel*, legt het tweede geval, waarin een patiënt beter een beroep kan doen op de Patiëntenrichtlijn, meer gewicht in de schaal. Wanneer een patiënt extramurale zorg/zorg die niet gepland behoeft te worden in een andere lidstaat wil ontvangen, is de richtlijn in het algemeen gunstiger dan de verordening. Voor dergelijke zorg mag geen stelsel van toestemming gelden krachtens de richtlijn. Dit betekent dat de kosten vergoed moeten worden, ook al heeft de verzekeraar geen toestemming voor de grensoverschrijdende behandeling in kwestie verleend. Helaas moet in dit verband nog wel op een complicatie worden gewezen. Indien de tarieven in de lidstaat van behandeling hoger liggen dan in de lidstaat van verzekering, wordt de patiënt met een financieel nadeel geconfronteerd. Krachtens de richtlijn hoeft namelijk niet meer vergoed te worden dan voorgeschreven is door de tarieven die gelden in de lidstaat van verzekering, terwijl bij de verordening juist de tarieven van de lidstaat van behandeling als uitgangspunt worden genomen. Dit probleem is natuurlijk spiegelbeeldig aan het probleem geschetst bij toepassing van de verordening. Anders dan in *Vanbraekel*, waarin de verordening centraal stond, lijkt het HvJ EU in *Veselibas ministrija* het nadeel dat bij de toepassing van de Patiëntenrichtlijn kan ontstaan indien de tarieven van de lidstaat van verzekering lager zijn dan die van de lidstaat van behandeling te hebben geaccepteerd.²⁰ Al met al kan een bezoek dat bijvoorbeeld een Nederlandse patiënt brengt aan een in Duitsland gevestigde fysiotherapeut leiden tot een ingewikkelde afweging van voor- en nadelen.

19. Zie zaak C-368/98, *Vanbraekel*, 12 juli 2001, ECLI:EU:C:2001:400.

20. In r.o. 74-77 van het arrest *Veselibas ministrija* wijst het HvJ EU erop dat de maximering van de vergoeding van de kosten van grensoverschrijdende zorg tot het tarief van de lidstaat van verzekering haar oorsprong vindt in het uitgangspunt dat deze kosten niet mogen leiden tot aanzienlijke gevolgen voor de financiering van de nationale gezondheidsstelsels. Dit uitgangspunt is vastgelegd in considerans 29 van de Patiëntenrichtlijn.

In de Patiëntenrichtlijn is een poging gedaan om de Patiëntenrichtlijn af te stemmen op de Socialezekerheidsverordening. Artikel 8 lid 3 van de richtlijn bepaalt dat bij verzoeken om voorafgaande toestemming voor grensoverschrijdende zorg, eerst nagegaan wordt of de verordening van toepassing is. Indien dat het geval is, dan wordt het verzoek op basis van de verordening afgehandeld, tenzij de patiënt aangeeft dit niet te willen. Het probleem is natuurlijk wel dat bij een verzoek voor voorafgaande toestemming voor extramurale zorg/zorg die niet gepland hoeft te worden, de patiënt al geaccepteerd heeft dat er een verplichting voor voorafgaande toestemming is, terwijl deze verplichting in het kader van de richtlijn juist niet bestaat voor dit type zorg. Deze afstemmingsregeling is dus niet zeer bevredigend, temeer ook omdat de keuze bij de patiënt wordt gelaten. Deze moet maar net begrijpen hoe de toepasselijke en zeer complexe regelgeving in elkaar steekt.²¹

Een patiënt die grensoverschrijdende zorg wil ontvangen wordt wat de financiering betreft met de volgende vragen van Europees recht geconfronteerd. Moet hij of zij krachtens het EU-recht van tevoren toestemming aanvragen of is dit juist niet de bedoeling gezien de aard van de te ontvangen zorg? Welke tarieven gelden er? Zijn dat de tarieven van de lidstaat waar betrokkene verzekerd is of juist de tarieven van de lidstaat waar de zorg wordt verleend? Het hangt van de toepasselijkheid van de richtlijn of verordening af hoe deze vraag moet worden beantwoord. Voor veel patiënten zal het echter niet duidelijk zijn wanneer welke EU-regeling van toepassing is.

5 Conclusies

Uit bovenstaande blijkt dat de EU-regels voor het vrije verkeer van patiënten niet op coherente wijze zijn vormgegeven. Naar mijn mening zijn deze niet 'Jan Jans-proof'. Het is nu tijd voor de EU om actie te ondernemen, omdat thans de Patiëntenrichtlijn voorwerp is van een evaluatieproces.²² De gesignaleerde problemen kunnen worden opgelost door de regels voor de vergoeding van de kosten van grensoverschrijdende zorg in één EU-regeling vast te leggen.²³ Indien gekozen wordt voor een verordening, dan zijn deze regels rechtstreeks toepasselijk en kunnen patiënten daarop meteen een beroep doen in hun eigen nationale rechtsorde. Hierbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen niet-geanticipeerde zorg en geanticipeerde zorg. De kosten van niet-geanticipeerde zorg kunnen worden vergoed volgens de tarieven van de lidstaat waar betrokkene zich toevallig bevindt op het moment dat het gezondheidsprobleem zich voordoet; dat is dus de lidstaat van behandeling. De geanticipeerde zorg kan verder worden onderverdeeld in zorg die met het oog op de toegankelijkheid gepland dient te worden en zorg waarbij deze planning niet nodig is. Alleen voor zorg die gepland dient te worden kan een systeem van voorafgaande toestemming worden gehanteerd. De tarieven die dan gelden zijn die van de lidstaat van verzekering. Op deze wijze wordt de bevoegdheid van

21. Zie hierover G. Berki, *Free Movement of Patients in the EU. A Patient's Perspective*, Mortsel: Intersentia 2018, p. 150.

22. Dit blijkt uit de volgende internetsite (bezoekt op 18 april 2021): ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12844-Evaluation-of-patient-rights-in-cross-border-healthcare.

23. Zie ook G. Berki, *Free Movement of Patients in the EU. A Patient's Perspective*, Mortsel: Intersentia 2018, p. 152 en 202-212.

de lidstaten om de zorg te organiseren gerespecteerd. Beheersing van de zorgkosten is een onderdeel van deze bevoegdheid juist vanuit het oogpunt van de problematiek van de toegankelijkheid. Problemen zullen zich echter voordoen, indien de tarieven in de lidstaat van behandeling veel hoger liggen dan in de lidstaat van verzekering. Hierdoor kan de solidariteit binnen de EU onder druk komen te staan. Overwogen kan worden een fonds op te richten dat gericht is op compensatie van de kosten die ontstaan doordat de tarieven in de lidstaat van behandeling hoger zijn dan in de lidstaat van verzekering.²⁴ Dit fonds kan worden gefinancierd uit bijdragen van de lidstaten en beheerd worden door een Europees agentschap of de Europese Commissie.

Er zal nog heel wat water door de Rijn stromen voordat bovenstaande voorstellen zullen worden uitgevoerd. Een coherente vormgeving van de EU-regels voor grensoverschrijdende zorg is echter noodzakelijk. In zekere zin zijn dit basisregels voor een Europees zorgbeleid. Deze moeten op orde zijn voordat de European Health Union, waarvoor de Europese Commissie vanwege de coronacrisis ambitieuze plannen aan het ontwikkelen is,²⁵ een succes kan worden.

24. Zie ook G. Berki, *Free Movement of Patients in the EU. A Patient's Perspective*, Mortsels: Intersentia 2018, p. 212-216.

25. Zie hierover de volgende website (bezoekt op 18 april 2021): ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/european-health-union_nl.

Grensoverschrijdende rechtspraak

Herman van Harten*

1 Jans maakt school

Goede wijn behoeft geen krans. Volgens een Groninger traditie zijn loftuitingen onnodige franje. Liever blijft dat achterwege, onbesproken. In Groningen hebben ze het er niet over. Niet relevant. Over naar de orde van de dag en de inhoud van het werk. Jans' indrukwekkende loopbaan 'kon minder', is in die traditie voor de goede verstaander een groot compliment. Het kon, eerlijk gezegd, inderdaad ook allemaal wel een beetje minder bij Jan Jans. Vanaf zijn docentschap bestuursrecht en vervolgens de verdediging van *Grensoverschrijdend milieurecht* in Groningen op 25 juni 1987 volgde een reeks posities, leerstoelen, onderzoeken, publicaties en (gast)docentschappen waar menigeen meerdere mensenlevens voor nodig heeft.¹ Hij bestreek daarin – schijnbaar moeiteloos en steevast met flair – nationale, Europese en internationale vakgebieden van het recht, in het bijzonder op het terrein van het milieu- en bestuursrecht en het recht van de Europese Unie, maar steeds denkend vanuit algemene leerstukken, doorwerkingsvragen en wisselwerkingen. In die zin is zijn eerste oratie *Over grenzen van Europees milieurecht* nog steeds typerend voor Jans' denktraditie en benadering:

'Beide invalshoeken, het Europees milieurecht als middel ter bestudering van de algemene europeesrechtelijke theorie en de wisselwerking met het nationale milieurecht zullen derhalve centraal staan bij de wijze van benadering van het Europees milieurecht zoals die door mij wordt voorgestaan.'²

Die centrale benadering heeft nadien de nodige navolging gekend. Niet alleen door Jans zelf in een haast eindeloze lijst met annotaties, artikelen, beschouwingen, hoofdstukken en preadviezen.³ Het lag én ligt aan de basis en benaderingswijze in (latere) kernboeken op het terrein van Europees milieurecht en Europees bestuursrecht, bijvoorbeeld *Europees Recht – Algemeen Deel*, waaraan Jans een moeilijk te overschatten bijdrage heeft geleverd.⁴

* Herman van Harten is als senior rechter, teamvoorzitter insolventies en gerechtscoördinator Europees recht verbonden aan de rechtbank Den Haag. Op 1 juli 2011 promoveerde hij bij Jan Jans en Annette Schrauwen op het proefschrift *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht* (diss. Amsterdam UvA).

1. J.H. Jans, *Grensoverschrijdend milieurecht* (diss. Groningen), 1987.
2. J.H. Jans, *Over grenzen van Europees milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 3.
3. Zie een (bij lange na niet-limitatief) overzicht van publicaties op: narcis.nl/personpub/info:eu-repo/dai/nl/07281800X/Language/en.
4. Denk aan boeken als J.H. Jans, H.G. Sevenster & H.H.B. Vedder, *Europees milieurecht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, Jan H. Jans & Hans H.B. Vedder, *European environmental law*, Groningen: Europa Law Publishing 2011, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal, A.A.M.

2 Vanuit ervaring naar grensoverschrijding

Nu zit er wel enige waarde in het volgen van traditie. U weet dat we daar binnen de juridische wereld nogal een handje van hebben. Het bouwwerk van het recht stoelt op eerdere ervaringen. De Amerikaanse jurist, hoogleraar en rechter Oliver Wendell Holmes heeft het in zijn boek naar aanleiding van colleges *The Common Law* uit 1881 tijdloos gemunt:

‘The life of the law has not been logic: it has been experience. (...) In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. (...) The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past.’⁵

Waar de eerste zin, met name onder de stroming van het rechtsrealisme, is uitgegroeid tot een wereldwijd veelgeciteerd aforisme, zijn de daaropvolgende zinnen aanmerkelijk minder breed bekend geraakt.⁶ Toch bezitten die contextzinnen ook de waarde van tijdloze actualiteit. Dat zal Jans, als redelijk pragmatisch rechtsrealist, beamen. Binnen het recht hoeft het wiel niet opnieuw uitgevonden te worden. Zoals Jans mij als beginnend promovendus voorhield ‘ga gerust op de schouders van anderen staan’, al vond ik dat, toen nog vooral geschoold in de (vrij letterlijk) massieve Utrechtse rechtstraditie van het economisch publiekrecht, makkelijker gezegd dan gedaan.

Inzicht in het recht krijgt men door eerst nauwkeurig na te gaan wat het recht tot op heden zegt en gevoel te ontwikkelen voor hoe het recht neigt te worden. Daarbij staat het recht in een voortdurende wisselwerking met de tijd, plaats en samenleving. De waarde van het recht bewijst zich steeds opnieuw in de manier waarop het recht maatschappelijk aanvaardbaar functioneert. We bouwen verder met de bestaande bagage, werken met de ontwikkelde juridische elementen en veranderen die nu en dan van plaats.⁷ Vanuit de ervaringen, het samenspel van nieuwe feiten en relevante factoren ontstaan de nieuwe rechtsbeslissingen. Zo verleggen we stap voor stap de grenzen en vinden grensoverschrijdingen geleidelijk plaats. Uiteindelijk leidt het recht een leven waarin meer logica schuilgaat dan Holmes’ aforisme doet vermoeden.

Schrauwen & L.A.J. Senden (red.), *Europees Recht – Algemeen Deel*, Zutphen: Europa Law Publishing 2020.

5. Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston: Little, Brown, and Co. 1881, als Project Gutenberg-e-book vrij beschikbaar op: gutenberg.org/ebooks/2449.
6. Zie hierover onlangs nog Harm Kloosterhuis & Carel Smith, ‘The life of the law has not been logic: it has been experience’, *Vijf minuten rechtsfilosofie*, AA 2020, afl. 1, p. 99.
7. Vgl. T. Koopmans, ‘De herontdekking van “hogere” recht’, *TvPr* 2006, p. 1761: ‘Het is niet altijd gemakkelijk te zien wat er gebeurt, omdat niets verandert aan de juridische elementen waarmee wij plegen te werken – alleen, die juridische elementen veranderen van plaats. Er is als het ware niets nieuws, maar het oude staat in een nieuw perspectief.’

3 Met juridisch-ambachtelijk commentaar

't Goede recht behoeft aldus geen krans. Althans? Markante nieuwe rechtsontwikkelingen nodigen terecht uit tot commentaar. Tegenwoordig begint dat 'landen' ervan, na verzending aan de direct betrokken partijen of actoren en publicatie (al dan niet voorzien van persbericht), potentieel meteen via (social-) media-streams, tweets of blogs. Dat doet zich in het bijzonder voor wanneer bijvoorbeeld grensoverschrijdend wordt rechtgesproken.⁸ Een wezenlijke rol is vervolgens weggelegd voor academici die de rechtsproducten op hun merites beoordelen, in bredere context plaatsen en/of bekritisieren. Ook Jans is daarin zonder meer van betekenis (geweest) en heeft op passende momenten zijn gave van een genadeloos scherpe pen ingezet.⁹ Als juridisch-academisch ambachtsman bezit hij in het bijzonder een (terechte) voorliefde voor annotaties bij rechterlijke uitspraken. Aan die voorliefde voor 'een nootje', soms in ruwe versie geschreven in een enkele treinreis Amsterdam Centraal-Groningen, is hij in woord en daad gelukkig zijn hele loopbaan trouw gebleven, ook in wonderlijke tijden waarin dit soort 'output' door rankingfetisjisten der wetenschap een nogal stiefmoederlijke behandeling ten deel viel. Want u zult het met mij eens zijn: weinig mooiers dan een goede noot. Met name voor liberbijdragen, vertrouwde Jans mij eens toe, was een wat uitgebouwde noot een succesnummer bij uitstek. Niemand leest die stukken toch; op zijn minst is het een goede vingeroefening voor de (eigen) gedachtevorming en het scherpere van de geest.

4 Over de rechter

Wie ben ik om van die traditie van mijn Doktorvater af te wijken? Dus toen ik mijn gedachten liet gaan over een bijdrage aan deze mooie bundel was al snel duidelijk dat ik, in het voetspoor van Jans, hem, de (enkele) lezer, én mijzelf het meest plezier zou doen met een in de kern uitgebouwde noot. Het thema diende zich ook alras aan, want een van Jans en mijn stokpaardjes, die wij delen, betreffen de rechterlijke functie en de Europese inkleuring daarvan. Dat is bovendien een actueel thema, dat onder invloed van soms nogal dubieuze hervormingen van de rechterlijke macht in diverse lidstaten van de Europese Unie en de daaruit voortvloeiende 'rechtspraakzaken' op het niveau van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU of Hof), in de afgelopen jaren een beetje is geëxplodeerd.

In deze bijdrage wil ik voortbouwen op een element uit een annotatie die Jans en ik in 2007 schreven voor het breed gelezen studentenblad *Ars Aequi*, 'Offiziell Sprooch'.¹⁰ Dat was een commentaar bij twee arresten van het HvJ EU die in de kern gingen over taaleisen voor advocaten die zich in Luxemburg wilden vestigen. In antwoord op een prejudiciële vraag van de Luxemburgse Cour administrative passeerde in het arrest *Wilson* een samenvatting van de eisen die het Hof aan het begrip

8. Ik prijs mij gelukkig als rechter in een omgeving te werken waar daarvan met enige regelmaat en in markante gevallen sprake is.
9. Twee in het oog springende voorbeelden uit zijn brede oeuvre zijn bijvoorbeeld J.H. Jans, 'Recht en Vreemdelingenrecht', *NJB* 2004, p. 1126 en J.H. Jans, 'Did Baron von Munchausen ever visit Aarhus?', in: R. Macrory (red.), *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law; A High Level of Protection?*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 475-490.
10. Jan H. Jans & Herman van Harten, 'Offiziell Sprooch', *AA* 2007, p. 78-85. De franje kwam voor mijn rekening.

‘rechterlijke instantie’ stelt.¹¹ Daarbij signaleerden wij toen dat gelet op de behartigenswaardige overwegingen daarover van het Hof deze uitleg ‘een niet strikt aan de concrete casus gebonden werking zal krijgen’ en concludeerden: ‘de overwegingen van het Hof over de onpartijdige en onafhankelijke rechter zullen we vast en zeker vaker zien terugkomen’.¹² Interessant is om te zien dat anno 2021 in meerdere van de rechtspraakzaken door het HvJ EU inmiddels inderdaad ‘volgens vaste rechtspraak’ terug naar het arrest *Wilson* wordt verwezen.¹³

Wat was namelijk het geval in de zaak *Wilson*? Het college waarbij tegen weigeringsbesluiten tot inschrijving op het advocatentableau in Luxemburg bezwaar kon worden gemaakt bestond enkel uit advocaten met de Luxemburgse nationaliteit. In het beroepscollege tegen weigeringsbesluiten hadden de advocaten het overwicht op de beroepsrechters. Weliswaar bood de Luxemburgse wet de mogelijkheid van cassatieberoep tegen de uitspraken van het beroepscollege, maar de vraag bleef of dat voldoende was uit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming en de eisen daaromtrent in de Richtlijn vestigingsrecht advocaten.

Het HvJ EU herhaalde in *Wilson* de noodzaak van effectieve rechtsbescherming als algemeen beginsel van Europees recht, zodat toegekende Europese rechten door betrokkenen daadwerkelijk voor de rechter moeten kunnen worden ingeroepen. Als Europese rechten in het gedrang komen, dient een rechterlijke instantie, die beantwoordt aan ‘zoals dat in het gemeenschapsrecht is gedefinieerd’, daarop te kunnen toezien.¹⁴ Vervolgens zocht het Hof aansluiting bij zijn rechtspraak over het begrip rechterlijke instantie in de zin van het huidige artikel 267 VWEU, te weten criteria zoals de wettelijke grondslag, het permanente karakter, de verplichting om zich ertoe te wenden, het feit dat uitspraak wordt gedaan na een procedure op tegenspraak, de toepassing van rechtsregels en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid.¹⁵

5 Onafhankelijk

Daarna gaf het HvJ EU voor het eerst, en in die zin grensoverschrijdend, een nadere uitleg aan het onafhankelijkheidsbegrip. Dat was volgens het Hof onlosmakelijk verbonden met de rechterlijke opdracht en bezat zowel een extern als intern aspect.¹⁶ Waar het externe aspect ziet op bescherming tegen tussenkomst of druk van buitenaf die de onafhankelijke oordeelsvorming in gevaar zou kunnen brengen (met waarborgen voor de persoon van de rechtspreker zoals onafzetbaarheid), ziet het interne aspect op de (objectieve) onpartijdigheid, de afstand ten opzichte van de partijen bij het geding en hun belangen in het geding, en dat ‘elk belang bij de

11. HvJ EU 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), in het bijzonder punten 43-62.

12. Jans & Van Harten 2007, p. 79 en 85.

13. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 18 mei 2021, gevoegde zaken C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 en C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393 (*Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*), punt 196 en HvJ EU 20 april 2021, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311 (*Repubblika*), punt 53.

14. HvJ EU 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), punten 45-47.

15. HvJ EU 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), punt 48.

16. HvJ EU 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), punten 49-52.

oplossing van het geschil, buiten de strikte toepassing van de rechtsregel, ontbreekt'.¹⁷ Een analytische tweedeling die het HvJ EU daarop in menig rechtspraak-arrest in herinnering heeft gebracht.¹⁸ Ten slotte legde het Hof in *Wilson* in algemene zin uit:

‘Voor deze waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zijn regels nodig, onder andere met betrekking tot de samenstelling van de instantie, de benoeming, de ambtstermijn en de gronden voor verschoening, wraking en afzetting van haar leden, die het mogelijk maken elke legitime twijfel omtrent de onvatbaarheid van deze instantie voor externe factoren en omtrent haar neutraliteit ten opzichte van de met elkaar strijdende belangen uit de geest van de justitiabelen te bannen (...).’¹⁹

Bij herlezing van het arrest *Wilson* in 2021 valt op hoe gretig het Hof zijn eigen uitlegging vervolgens in een reeks rechtsoverwegingen *feitelijk* toepast, nog steeds in het kader van de beantwoording van een prejudiciële uitlegvraag. Het HvJ EU liet er geen misverstand over bestaan: de manier waarop dit in de lidstaat Luxemburg was geregeld, liet te wensen over, de condities tezamen voldeden niet aan de gestelde eisen. De samenstelling van de betrokken instanties bood genoeg reden om te vrezen voor belangenconflicten. Zoals Jans en ik in 2007 opmerkten verwoordt het Hof weliswaar niet tot een olifant in een porseleinkast. Het HvJ EU stelde vast dat ‘de regels voor de samenstelling van organen als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, (...) dus niet voldoende waarborgen voor onpartijdigheid [lijken] te kunnen bieden’.²⁰ Maar het kwam ook tot het oordeel dat de bewuste richtlijn-bepaling in kwestie zo moest worden uitgelegd dat deze zich verzette tegen het procedurele stelsel zoals dat aan het Hof was gepresenteerd.²¹ Wat de uiteindelijke eindbeslissing van de Luxemburgse rechter in deze kwestie is geweest, heb ik niet kunnen traceren.

6 Uitgelegd

Het arrest *Wilson* werd pre-Lissabon geweest. Naast een beschikking over de status van Franse lekenrechters-vissers van de *Prud’homie de pêche de Martigues*, die naar het oordeel van het Hof onder verwijzing naar *Wilson* niet voldeden aan de voorwaarde van onafhankelijkheid, zodat geen sprake was van een rechterlijke instantie in de zin van de prejudiciële procedure en het HvJ EU zich kennelijk onbevoegd verklaarde,²² duurde het nog twee jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon voordat het Hof de onafhankelijkheidsriedel uit *Wilson* weer in een arrest inzette.²³

17. HvJ EU 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), punt 52.

18. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*) en HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (*Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de Sqd Najwyższy)*).

19. HvJ EU 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), punt 53.

20. HvJ EU 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), punt 58.

21. HvJ EU 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), punt 62.

22. HvJ EU 14 mei 2008, C-109/07, ECLI:EU:C:2008:274 (*Pilato*).

23. HvJ EU 22 december 2010, C-517/09, ECLI:EU:C:2010:821 (*RTL Belgium*).

Nu bracht het Verdrag van Lissabon een noviteit voort binnen het kader van artikel 19 VEU. Daarin werd gecodificeerd dat de lidstaten in de nodige rechtsmiddelen voorzien om daadwerkelijke rechtsbescherming in de onder het Unierecht vallende gebieden te verzekeren. In het kader van mijn proefschrift stelde ik tien jaar geleden dat deze codificatie, gericht tot de lidstaten, niet zonder betekenis kon zijn, maar in de komende jaren haar Verdragsrechtelijke vorm en inhoud moest krijgen.²⁴ Als aanbeveling gaf ik de suggestie dat in de Europeesrechtelijke rechtspraak betekenis werd gegeven aan dit nieuwe element van artikel 19 VEU:

‘Dit artikel draagt een mogelijkheid in zich om in het stelsel van Europese rechtspleging ook op formeel-juridisch wijze de nationale rechter als Europeesrechtelijke rechter en de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak zelf verder te emanciperen en equiperen. De opname van deze zinsnede in het Verdrag van Lissabon voedt het gezag van de nationale rechter als verzekeraar van het Europees recht, maar dat kan in de rechtspraak, van in het bijzonder het Hof van Justitie, verder worden geëxpliciteerd.’²⁵

Nu wil ik niet de indruk wekken enig causaal verband te zien tussen die aanbeveling en de rechtsontwikkeling, maar het is fascinerend om mee te maken hoe deze betekenis via voorzichtige stappen inmiddels daadwerkelijk gestalte heeft gekregen.²⁶ De inschatting dat het Hof hier wat mee zou kunnen gaan doen was waarschijnlijk gewoonweg een kwestie van logica en gestoeld op eerdere ervaringen. Toch duurde het tot het mijlpaalarrest *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* van begin 2018 waarin het HvJ EU lijnen bijeen reeg.²⁷ Grensoverschrijdend legde het Hof uit dat dit deel van artikel 19 VEU *altijd* van toepassing is op de domeinen die vallen onder toepassing van het Unierecht en elke lidstaat daarom moet verzekeren dat een rechterlijke instantie als onderdeel van zijn stelsel van beroepsmogelijkheden voldoet aan de vereisten van het bieden van daadwerkelijke rechtsbescherming. Daar legde het Hof ook een verbinding tussen artikel 19 VEU, de prejudiciële procedure en de noodzaak van met name het criterium van onafhankelijkheid.²⁸ Het Hof heeft die uitleg vervolgens in de afgelopen jaren in een kleine twintigtal ‘rechtspraakzaken’ ingezet en nader verrijkt.²⁹ Die ontwikkeling heeft tot de nodige

24. Van Harten 2011, p. 26.

25. Van Harten 2011, p. 242.

26. In de eerste plaats via enkele overwegingen in advies 1/09 (*Overeenkomst over de invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting*) van 8 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:123, HvJ EU 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad*) en HvJ EU 28 april 2015, C-456/13 P, ECLI:EU:C:2015:284 (*T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie*).

27. HvJ EU 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juízes Portugueses*). Over het belang van dit arrest schreef ik eerder in *Trema* 2018, afl. 4 ‘Onafhankelijke rechtspraak’, beschikbaar op: trema.nvvr.org/editie/2018-04-1/onafhankelijke-rechtspraak.

28. HvJ EU 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juízes Portugueses*), punt 43.

29. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:106 (*Vindel*), HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:53 (*Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de Sąd Najwyższy)*), HvJ EU 5 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 (*Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de gewone rechterlijke instanties)*), HvJ EU 19 november 2019, ECLI:EU:C:2019:982 (*A.K. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Sąd Najwyższy)*), HvJ EU 21 januari 2020, C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17 (*Banco de Santander*), HvJ EU 16 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:572 (*Governo della Repubblica italiana (Status van de Italiaanse vrederechters)*), HvJ EU 2 maart 2021, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 (*A.B. e.a. (Benoeming van de rechters bij de Sąd Najwyższy – Beroep)*), HvJ EU 20 april 2021, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311 (*Repubblika*), HvJ EU 18 mei

felle discussies geleid, hetgeen ook valt af te leiden uit het procesverloop en de inbreng van diverse regeringen blijkens diverse arresten.³⁰

Je zou zeggen: goede rechtspraak behoeft geen krans. Maar tijden veranderen. Want op dit terrein zijn bovendien nog de nodige procedures en arresten te verwachten mede gelet op de ramkoers die verschillende EU-lidstaten hebben ingezet met betrekking tot rechtspraakvormingen. De lijnen die het Hof tot op heden heeft uitgezet zijn onmiskenbaar verdedigbaar vanuit het grotere belang van het borgen van goede rechtspraak binnen de Europese Unie. Het is echt rechtspraak van rechters voor rechters.³¹ Het Hof streeft een evenredige, passende balans na om op te komen voor de rechtspraak, in het kader van de verzekering van het recht, maar ook om ruimte te laten voor constitutionele tradities en rechtsculturen binnen de Unie. Dat is bepaald geen sinecure, het domein van de rechtspraak is immers een uiterst gevoelig terrein in de verhouding tussen de Unie en de lidstaten. De consequentie is uiteindelijk ook dat een rechter in de Unie in zijn positie en taakopvatting via een soort van rechterlijke harmonisatie werkelijk wordt ingekaderd door de Europese normen van onder meer onafhankelijkheid. Onafhankelijk daarvan opereren hoort er straks eigenlijk niet meer bij. Deze jurisprudentie levert Europawijde professionele standaarden voor de rechtspraak op. Hoe nobel dat streven ook is, op zichzelf mogen daar wel weer eens wat voorzichtige vraagtekens bij geplaatst worden.

Het opkomen voor de rechterlijke onafhankelijkheid op het niveau van de lidstaten brengt ook (onvoorziene) verantwoordelijkheden in (nog) onvoorziene situaties met zich. Als illustratie daarvan valt te wijzen op de beslissing van de wrakingskamer van de rechtbank Amsterdam van 31 maart 2021 waarin een wrakingsverzoek van het Openbaar Ministerie gericht tegen een lid van de Internationale Rechtshulpkamer (hierna: IRK) in de behandeling van enkele zaken op basis van Poolse Europese arrestatiebevelen (hierna: EAB's) werd toegewezen, omdat naar het oordeel van de wrakingskamer de vrees voor partijdigheid objectief was gerechtvaardigd doordat de betrokken rechter zich in het publieke domein zo stellig had uitgesproken over de Poolse hervormingen van de rechterlijke macht.³² Volgens de wrakingskamer kon daardoor de 'indruk ontstaan dat de door de IRK te verrichten toets (...) voor Poolse EAB's door de rechter maar op één manier kan uitpakken'.³³ Rechterlijke onafhankelijkheid in optima forma of onnodige begrenzing van rechterlijke uitingsvrijheid?

2021, gevoegde zaken C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 en C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393 (Asociația "Forumul Judecătorilor din România").

30. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 2 maart 2021, ECLI:EU:C:2021:153 (A.B. e.a. (Benaming van de rechters bij de Sąd Najwyższy – Beroep)).

31. Neem gerust kennis van het belangwekkende werk van de Stichting Rechters voor rechters: rechtersvoorrechters.nl/.

32. Rb. Amsterdam 31 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1576.

33. Rb. Amsterdam 31 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1576, punt 4.8.

7 Un état d'esprit

Buruma heeft in een beeldende oratie enkele jaren terug overtuigend laten zien dat het denken over een goede rechter ook echt een kwestie is van mentaliteit en tijdgeest.³⁴ De rol van de rechter verandert door de tijd heen en verschuift in positie en zal ook in de komende decennia van gedaante verwisselen. Tegen de achtergrond daarvan roepen de rechtspraakarresten van afgelopen jaren de vraag op hoe toekomstbestendig die normen zullen zijn. Hoeveel ruimte blijft er bestaan voor andere ideeën van goede rechtspraak? Is het verstandig dat onafhankelijkheid via de band van regelstellende arresten wordt afgedwongen? Natuurlijk kan ook het Hof niet weigeren om recht te spreken, maar toch komt die vraag bij mij op. Is dit het antwoord? Het doet mij denken aan hoe mooi de Franse rechtspraak omschrijft dat onafhankelijkheid ‘*un état d'esprit*’ is, dat je een leven lang moet cultiveren en onderhouden:

“Si l'indépendance des magistrats est garantie statutairement, dire le droit de manière indépendante est également un état d'esprit, un savoir-être et un savoir-faire qui doivent être enseignés, cultivés et approfondis tout au long de la carrière.”³⁵

Leidt de huidige ‘*form and machinery*’ wel tot de ‘*desired results*’? Deze rechtspraak heeft waarde. Maar alles van waarde is weerloos. De rechtspraakzaken, en reacties daarop in sommige lidstaten, illustreren nog eens dat de rechtspraak zo afhankelijk is van andere actoren in de samenleving om zichzelf te kunnen verdedigen en nakoming af te dwingen. Het recht kan functioneren als het juridisch cement van de Europese Unie, maar heeft de bouwstenen nodig om het verband te geven en zijn waardevolle functie te kunnen vervullen.

Over vraagtekens gesproken: Jan, heeft artikel 19 VEU inmiddels rechtstreekse werking of niet?

8 Tot slot

Goede Jans behoeft geen krans. Wat ik van Jan heb geleerd ‘kon minder’. Als jurist voel ik mij nog steeds dagelijks thuis in de door hem voorgestane benadering van het recht en het denken daarover. Ik denk dan in het bijzonder aan het verbinden van niveaus, het zoeken en vinden van de wisselwerking tussen het concrete geval en de weerslag en ontwikkeling van de algemene leerstukken. Aan de hand daarvan is bijna altijd wel een – al dan niet grensoverschrijdende – oplossing te vinden. Deze bundel toont vast en zeker aan dat ik daarin niet de enige ben. In die zin alleen al valt Jans afscheid bij de Rijksuniversiteit Groningen amper een afscheid te noemen; zijn invloed op onze rechtswereld zal nog wel enige tijd voortduren.

34. Y. Buruma, *Wat is een goede rechter? Een mentaliteitsgeschiedenis 1900-2020* (oratie Nijmegen), beschikbaar op: repository.ubn.ru.nl/bitstream/handle/2066/162470/162470.pdf.

35. Recueil des obligations déontologiques des magistrats 2010, Conseil supérieur de la magistrature, punt A.3, beschikbaar op: conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/recueil_des_obligations_deontologiques_des_magistrats_fr.pdf.

Grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking

Niels Koeman*

1 Inleiding

Nooit geweten dat Jan Jans in de buurt van zijn pensioen zat. De sympathieke jongeman die zich jaren geleden bij het Amsterdamse Centrum voor Milieurecht meldde met zijn licht noordelijke tongval en zijn gezond blozende wangen is in al die jaren nauwelijks een spat veranderd. Ik was dan ook verbaasd toen ik het verzoek kreeg een stukje te leveren voor dit liber. Niet omdat Jan geen mooie afscheidsbundel zou verdienen. Integendeel, hij heeft een indrukwekkende en interessante wetenschappelijke carrière achter de rug, die zo'n bundel zeker rechtvaardigt. De verbazing zat uitsluitend in het feit dat ik hem ten hoogste midden vijftig schatte. Zou dat te maken hebben met het feit dat, naarmate men zelf ouder wordt, anderen jonger worden ingeschat, zodat je zelf ook jonger denkt te zijn? Wat daar allemaal ook van zij, graag lever ik een bijdrage aan deze bundel ter ere van Jan Jans. May you stay forever young!

Sinds zijn proefschrift is de term 'grensoverschrijdend' nauw verbonden met Jan Jans. Afgezien van dat proefschrift is dat eigenlijk opmerkelijk. Grensoverschrijdend gedrag heeft hij nooit vertoond. Een globetrotter die zo veel mogelijk landen bezoekt en daarbij grenzen overschrijdt is hij bij mijn weten evenmin. Integendeel, toen hij in Amsterdam ging werken zocht hij een woning in Almere, toch wat dichter bij het Noorden dan de hoofdstad. En hoewel hij het zeer naar zijn zin had in Amsterdam, stak hij toch niet onder stoelen of banken ooit toch naar Groningen te willen terugkeren. En zo geschiedde. Intellectueel en wetenschappelijk is Jan een wereldburger, die geïnteresseerd is in nieuwe vergezichten en uitdagingen, in het dagelijkse bestaan hecht hij aan het vertrouwde en aan de historisch gegroeide banden en contacten. Think globally, act locally noemt men dat over de grens.

Dit stuk gaat over grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking. Ik doel dan op verschillende vormen van samenwerking tussen rechters of rechterlijke instanties, waarbij landsgrenzen worden overschreden. Aan dit opstel ligt geen uitputtende studie van literatuur of jurisprudentie ten grondslag, maar in hoofdzaak mijn eigen ervaring uit het verleden, onder meer toen ik als rechter deel uitmaakte van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Ik besteed met name aandacht aan bestuursrechtelijke vormen van rechterlijke samenwerking en laat civielrech-

* Niels Koeman is een oud-collega van Jan Jans bij het Centrum voor Milieurecht aan de Universiteit van Amsterdam. Hij was daar vanaf 1984 hoogleraar milieurecht en ruimtelijke ordeningsrecht. Vanaf 2010 was hij lid van de Afdeling bestuursrechtspraak en vanaf 2017 lid van de Afdeling advisering van de Raad van State. Nu is hij lid van de Raad voor de leefomgeving en infrastructuur (Rli).

telijke en strafrechtelijke vormen buiten beschouwing. Voor degenen die hoopten op een doorwrochte beschouwing over zoiets als de rogatoire commissie ongetwijfeld een bittere teleurstelling, maar het is niet anders. Ik denk dat Jan Jans ook in de eerste plaats geïnteresseerd zal zijn in bestuursrechtelijke ervaringen. Om niet de indruk te wekken dat het hier zou gaan om een wetenschappelijk opstel probeer ik noten achterwege te laten.

2 **Rechterlijke samenwerking: algemeen**

Voordat ik toekom aan grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking eerst enkele opmerkingen over rechterlijke samenwerking in het algemeen. Rechterlijke samenwerking vat ik hier ruim op, in die zin dat ik daaronder ook reken allerlei vormen van overleg tussen rechters. Zie ik het goed, dan wordt buiten de rechterlijke macht veelal kritisch gekeken naar het verschijnsel rechterlijke samenwerking. Ik sluit niet uit dat die kritische blik wordt ingegeven door de grondwettelijke bepaling dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent (art. 17 Gw). In het bijzonder advocaten kunnen kennelijk slecht de gedachte verdragen dat de rechter, aan wie zij hun zaak hebben voorgelegd, vervolgens met collega's overlegt over de merites van die zaak. Zo is wel betoogd dat het zaaksoverleg dat de raadsheren van de strafkamer van de Hoge Raad plegen te hebben over aanhangige strafzaken ongeoorloofd en ongewenst zou zijn. Datzelfde standpunt zou dan hebben te gelden voor overleg dat bij de Afdeling bestuursrechtspraak (althans in het verleden) plaatsvond over complexe ruimtelijke ordeningszaken. Dan zou ook overleg tussen kantonrechters over de toepassing van nieuwe arbeidsrechtelijke regels of overleg tussen vreemdelingenrechters uit de rechtbanken en hun collega's uit de Afdeling uit den boze zijn. Ik deel die kritiek niet. Daarbij wijs ik allereerst op het belang van consistentie en voorspelbaarheid in de jurisprudentie. Niemand is ermee gebaat wanneer kantonrechter A een ontslagvergoeding op een geheel andere manier vaststelt dan kantonrechter B uit dezelfde rechtbank. Laat die kantonrechters eerst maar eens bij elkaar te rade gaan over de vraag wat de juridisch correcte berekeningswijze zou moeten zijn. Als het beeld ontstaat dat kantonrechter A vaak de kant van de werknemer kiest en kantonrechter B die van de werkgever, ontstaat ogenblikkelijk strategisch gedrag bij advocaten, die zullen proberen het daarheen te leiden dat hun zaak behandeld wordt door de kantonrechter bij wie de grootste kans op succes bestaat. Rechterlijke samenwerking en overleg dragen dus niet alleen bij aan consistentie in de jurisprudentie, zij kunnen de kwaliteit van die jurisprudentie ook verbeteren. Twee weten nu eenmaal meer dan één. Tot slot is van belang dat de justitiabele recht heeft op toegang tot 'de' rechter, maar geen recht heeft op toegang tot een specifieke rechter. De justitiabele heeft daarom ook niet het recht een rechter uit te kiezen, die hem aanstaat en evenmin het recht een rechter af te wijzen, die hem niet past. Is er dan geen enkele grond voor de kritische blik die ik eerder signaleerde? Die is er wel degelijk. Als artikel 6 EVRM de toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter verlangt geldt die eis niet alleen voor het instituut en de collectiviteit, maar ook voor de persoon van de rechter. Ook de mogelijkheden van wraking en verschooning in ons nationale procesrecht hebben betrekking op de persoon van de rechter. Interessant daarbij is nog, dat verschooning geen recht van de rechter is in die zin dat hij zich uit een zaak kan terugtrekken wanneer hem dat goedgevalt. De rechter

kan om verschoning verzoeken, op welk verzoek door een meervoudige kamer wordt beslist, waarin de betrokken rechter geen zitting heeft. Zie ik het goed dan voltrekt het verschijnsel rechterlijke samenwerking zich tussen twee polen. Enerzijds de notie dat er geen bezwaar kan bestaan tegen samenwerking en overleg tussen rechters die gericht is op verbetering van de kwaliteit en de efficiëntie alsmede de consistentie van de jurisprudentie. Anderzijds het gegeven dat de persoon van de rechter er wel degelijk toe doet, zodat niet aanvaard kan worden dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter in het gedrang komen door de samenwerking met anderen, rechters of niet-rechters. Conclusie op dit punt moet dan ook zijn dat rechterlijke samenwerking geen bezwaar ontmoet en zelfs moet worden toegejuicht doch onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de ‘zetel’ (rechter of rechters die op de zaak zitten) beslist over de uiteindelijke uitkomst.

3 Samenwerking van milieurechters in Europa

Om te beginnen iets over samenwerking van milieurechters in Europa. Gedurende enkele jaren was ik een van de Nederlandse vertegenwoordigers in EUFJE, het European Forum for Judges for the Environment. Wie daar iets meer over wil weten gaat naar eufje.org. Dit is een vereniging van Europese milieurechters, die jaarlijks in een van de hoofdsteden binnen de Europese Unie bijeenkomen. Voor die bijeenkomsten worden allereerst landenrapporten voorbereid over een veelal Europees-rechtelijk georiënteerd thema dat in dat jaar aan de orde is. Soms gaat het, om maar eens een paar voorbeelden te noemen, over natuurbescherming, over milieueffectrapportage, over prejudiciële vragen van het Hof van Justitie of de toegang tot de nationale rechter in milieuzaken. Kennisname van die landenrapporten, die ook op de website van EUFJE gepubliceerd worden, levert een schat aan kennis op over de verschillende onderwerpen. Op de bijeenkomsten zelf worden inleidingen gehouden over hetzelfde thema, veelal door een vertegenwoordiger van de Europese Commissie, door wetenschappers uit het gastland en door sprekers uit enkele lidstaten. Uiteraard kan door de deelnemers over die inleidingen en over de landenrapporten worden doorgevraagd en worden doorgediscussieerd. Wat valt er dan veel te leren en is er veel om over na te denken! Wat te vinden van sommige Scandinavische landen waar gespecialiseerde omgevingsrechtelijke colleges bestaan, waar ook niet-juristen deel van uitmaken? Hoe te oordelen over de in onze ogen extreem hoge kosten die milieuorganisaties of bewonerscomités in het Verenigd Koninkrijk – ik spreek over de pre-brexitperiode – moeten maken om een milieugeschil aan de rechter te kunnen voorleggen? En is wel sprake van een toegang tot de rechter zoals bedoeld in het Verdrag van Aarhus, als sprake is van allerlei ontvankelijkheidshobbels over bijv. ledental van milieclubs of voorprocedures die verplicht doorlopen moeten zijn om de rechter te kunnen adieren? En is het niet mooi de buitenlandse collega’s te kunnen vertellen over ‘onze’ Stichting Advisering Bestuursrechtspraak die kosteloos en onpartijdig de technische vragen van de bestuursrechter beantwoordt. Hadden wij maar zoiets, is vrijwel steeds de reactie van die collega-rechters. EUFJE is een mooi voorbeeld van grensoverschrijdende kennisuitwisseling en zo u wilt samenwerking tussen gespecialiseerde rechters, die uiteindelijk voor vergelijkbare vragen gesteld worden in hun eigen jurisdicties en binnen hun eigen rechtscultuur en procesrecht. Helemaal vrijblijvend is die kennisuitwisseling niet. Zo sluit ik niet uit dat de Limburgse bestuursrechter

die – als enkelvoudige kamer! – in de *Varkens in Nood*-zaak prejudiciële vragen stelde over de verplichting in het Nederlandse recht om zienswijzen tegen een ontwerpbesluit in te brengen op straffe van niet-ontvankelijkheid van een beroep bij de rechter (op grond van art. 6:13 Awb) direct of indirect is gevoed door de discussies over dat onderwerp in EUFJE-verband. Want dat is het interessante aan een gremium zoals EUFJE: het geeft niet alleen aanleiding om over de nationale wet en de nationale jurisprudentie na te denken, maar ook om, als sprake is van verschillende opvattingen over de betekenis van Europese regels voor het nationale recht, later in een concrete zaak aan het Hof van Justitie (HvJ) te vragen daarover duidelijkheid te geven.

Sprekend over de *Varkens in Nood*-zaak veroorloof ik mij een opmerking terzijde. Had de Nederlandse wetgever, zo vraag ik mij af, de strijdigheid van artikel 6:13 Awb met het Verdrag van Aarhus in redelijkheid niet kunnen of moeten voorzien zonder dat sprake was geweest van prejudiciële vragen en de beantwoording daarvan door het HvJ? Soms heb ik de indruk dat de Nederlandse wetgever als mogelijke strijd van het nationale recht met het EU-recht aan de orde komt verstijfd blijft stilzitten als een konijn in de koplampen van een naderende auto. Op het moment dat ik dit opschrijf is zojuist, op 30 juni 2021, de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in de zaak van het Windpark Delfzijl gepubliceerd, waarin de Afdeling duidelijk maakt niet de vrijheid te hebben om geen strijd met de SMB-richtlijn aanwezig te achten in het licht van een eerdere uitspraak van juni 2020 van het HvJ in de Vlaamse *Nevele*-zaak. De Afdeling ziet kennelijk geen aanleiding om vragen aan het Hof te stellen, omdat de jurisprudentie duidelijk is. Is diezelfde jurisprudentie dan niet helder genoeg voor de Nederlandse wetgever om tenminste een strategische milieubeoordeling van het onderhavige gedeelte van het Activiteitenbesluit gereed te hebben op een moment dat het bestaande stelsel de toets der kritiek niet kan doorstaan? De samenwerking tussen de nationale rechter en het HvJ is mooi, maar die hoeft niet tot gevolg te hebben dat de wetgever stilzit in situaties waarin redelijkerwijs voorzienbaar is, dat aanpassing van wetgeving noodzakelijk zal zijn.

4 De nationale rechter en het Hof van Justitie

Dat vormt een mooi bruggetje naar de grensoverschrijdende ‘samenwerking’ tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie als het gaat om het stellen en beantwoorden van prejudiciële vragen. Aan één aspect van die samenwerking – men zou hier ook kunnen spreken van een samenspel – wil ik hier aandacht besteden. Dat betreft het feit dat het HvJ uitdraagt het op prijs te stellen dat de verwijzende rechter in de verwijzingsuitspraak niet alleen de casus beschrijft en de te beantwoorden vragen formuleert, maar ook de eigen mening geeft hoe die vragen beantwoord zouden moeten worden. Met andere woorden: in de verwijzingsuitspraak zou de nationale rechter ook inzicht moeten althans mogen bieden in de eigen opvattingen over de betekenis van de Europese regels in het concrete geval. In sommige verwijzingsuitspraken gebeurt dat ook. In de verwijzingsuitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in de *PAS*-zaak merkte de Afdeling op van mening te zijn een programmatische aanpak verenigbaar te achten met de Habitatrictlijn.

Nog veel uitdrukkelijker was in de verwijzingsuitspraak van 18 juli 2017 van het Duitse Bundesverfassungsgericht over het PSPP-opkoopprogramma van de Europese Centrale Bank sprake van het geven van een eigen opvatting over de aan de orde zijnde Europese rechtsvragen. Verschillende malen leest men in die uitspraak ‘nach Auffassung des Senats’ (het ging om de Zweiter Senat uit het Federale Constitutionele Hof) waarop dan een doorwrochte beschouwing volgt over verenigbaarheid van nationale besluiten en regelingen met het Europese recht. Ik ben niet zo gecharmeerd van deze vorm van samenwerking tussen de Europese en de nationale rechter. Ik kan begrijpen dat het HvJ ook geïnteresseerd is in de opvatting van de nationale rechter over de rechtsvragen die aan de orde zijn en dat die nationale rechter zich op die manier ook meer serieus genomen voelt, maar bij mij overheerst toch het wat ongemakkelijke gevoel dat samenwerking hier wordt ingeruild voor het bepleiten van het eigen gelijk. In ieder geval zal het door de buitenwacht zo worden ervaren. In de Duitse zaak over het ECB-opkoopprogramma hebben de media niet zonder reden de beantwoording van de prejudiciële vragen door het Hof ook gepercipieerd als een afstraffing van het Bundesverfassungsgericht. Dan krijgt het subtiele en interessante samenspel tussen de nationale en de Europese rechter, waarbij er alleen maar winnaars zouden moeten zijn, iets van een wedstrijd die niet alleen een winnaar, maar ook een verliezer kent. Juist om het draagvlak voor Europa in de lidstaten te behouden en zo mogelijk te versterken moeten we naar mijn mening die kant niet op.

5 Rechterlijke samenwerking bij grensoverschrijdende projecten

Tot slot nog een heel ander aspect van grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking. Ik doel dan op de mogelijkheden en onmogelijkheden van rechterlijke samenwerking bij grensoverschrijdende projecten. Denk eens aan een rondweg om Baarle Nassau of een tram- of treinverbinding tussen Maastricht en Luik. Dergelijke projecten leiden tot besluitvorming aan beide zijden van de grens en vervolgens tot procedures in ieder van de betrokken landen. Als in die procedures uitsluitend nationaal recht aan de orde zou zijn is goed te billijken dat de rechters in beide betrokken landen dat recht toepassen. Maar hoe nu als het gaat om de uitleg van Europese regels? Als het nu gaat om de vraag of het betrokken project MER-plichtig is of om de vraag of een Natura 2000-gebied in de omgeving significante gevolgen zal ondervinden van het project? Dan zullen rechters aan beide zijden van de grens in feite dezelfde rechtsvragen moeten beantwoorden en zal het niet gemakkelijk begrepen worden wanneer, in de gegeven voorbeelden, de Nederlandse rechter tot een ander oordeel komt als de Belgische.

Grensoverschrijdende infrastructurele projecten zijn recent onderzocht in een Nederlands-Vlaamse studie, getiteld ‘Grensoverschrijdende samenwerking bij infrastructurele projecten 2.0’. Als lid van de begeleidingscommissie van die studie verwijs ik belangstellenden graag naar de website van de Tweede Kamer waaraan de studie als bijlage van een brief van staatssecretaris Knops van 14 december 2020 is aangeboden (nr. 2020D52273). De studie besteedt ook aandacht aan de geschilbeslechting in geval van grensoverschrijdende projecten en doet aanbevelingen om tot een betere afstemming en samenwerking tussen de Nederlandse en Belgische rechters te komen. Zo wordt aanbevolen om te komen tot het uitwisselen van ervaringen tussen de Vlaamse Raad voor de Vergunningenbetwistingen en de Belgische

Raad van State enerzijds en de Nederlandse rechtbanken en de Nederlandse Raad van State anderzijds. Interessant is ook de aanbeveling aan de regeringen van Nederland en Vlaanderen om de Raad van State in Nederland en België te verzoeken om de doorlooptijden van procedures tegen delen van grensoverschrijdende projecten op elkaar af te stemmen. Het meest tot de verbeelding spreekt de gedachte om in procedures over grensoverschrijdende projecten een rechter uit het andere land te vragen als adviseur of informant deel te nemen aan die procedure. Dat zou kunnen in een formele rol als *amicus curiae*, een figuur die wij sinds kort in het Nederlandse bestuursrecht kennen (vgl. art. 8:12b Awb), of in een minder formele rol als iemand aan wie de bestuursrechter kan vragen inlichtingen te geven (vgl. art. 8:45 lid 1 Awb). Ik begrijp heel goed dat er haken en ogen zitten aan een dergelijke oplossing, maar voor de voorstanders van grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking is het een wenkend perspectief om zich in geval van beroepen betreffende een grensoverschrijdend project een zitting bij de Nederlandse of Belgische Raad van State voor te stellen, waarbij een staatsraad uit het andere land het woord krijgt om de opvattingen uit het buurland over gemeenschappelijke rechtsvragen te geven.

6 Slot

Het is mooi aan het eind van dit stukje de *amicus ten tonele* te voeren. Dit boek is een eerbetoon van vrienden aan Jan Jans, die ik graag dank voor de samenwerking en vriendschap in het verleden en die ik voor de toekomst alle goeds toewens.

About transboundary reach of environmental law

Gerd Winter*

1 **Burgerinspraak over de Grens or the relativisation of territoriality**

The correspondence covers the years from 1982 to 2000, occupying 1.3 shelfmeters of the archive of the Amsterdam International Institute of Social History.¹ It testifies how citizens can contribute to opening up frontiers and their legal constructions. When the public was invited in 1979 to participate in the proceedings on licensing the nuclear power plant at Lingen, located 20 km from the border to the Netherlands, citizens living nearby in the Netherlands were excluded from the public hearing. They were informed that German public proceedings were not open for people living outside the German jurisdiction. They then formed a group called *Burgerinspraak over de Grens*, later to become a foundation.² When the basic construction licence was issued in 1981, they decided to bring the case to court. One member, Koen Hamers, then warden of a youth hostel, later Councillor of his local community, acted as complainant. In its judgment of 6 February 1985 the competent German Administrative Court at Oldenburg dismissed the action as inadmissible arguing that a person living outside German jurisdiction did not have a right protected by German courts. The case was then appealed to the German Federal Administrative Court (*Bundesverwaltungsgericht* – *BVerwG*) which by judgment of 17 December 1987 quashed the lower court's judgment ruling that the plaintiff had the right both to participate in the administrative proceedings and to seek judicial protection against the license. I had the honour and pleasure to act as counsel.

Jan Hendrik Jans took the case as starting point and illustration for his dissertation on the external reach of environmental law which he submitted in Groningen in 1987 and published both in Dutch and German.³ With great scrutiny and oversight he elaborated the core issues at stake thereby enriching the complainant's submissions. While Dutch administrative law had for long provided persons living outside its territory with subjective rights concerning material effects on their health as well as the participation in administrative proceedings and access to courts German law denied that. This was based on understanding the international principle of territoriality to exclude any reach of public power beyond state borders. This meant

* Gerd Winter, University of Bremen.

1. See abstract of the files <<https://search.iisg.amsterdam/Record/ARCH02990>>.

2. It was skillfully chaired by Dr. Jan Holsheimer who deplorably died recently.

3. J H Jans, *Grenzüberschreitendes Umweltrecht – im niederländisch/deutschen Grenzgebiet*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1990.

that no subjective rights, neither substantive nor procedural ones, could be established in the foreign legal order.

In contrast, the BVerwG⁴ found that territoriality was to be interpreted more flexibly. If a law was formulated to extend its protective scope to wherever harm could be caused, notwithstanding any national borders, territoriality allowed a State to grant cross-border citizens subjective and procedural rights, provided (as according to German doctrine the 'Schutznormtheorie' requires) the law aims at protecting individuals and not only the general public. More precisely the Court construed a construction licence to protect affected citizens from harm originating from German territory but not to entail an obligation of them to accept any residual harm. Legal recourse against such licence was therefore possible if challenging it for disrespecting the level of protection provided by the relevant law which in the case was the Nuclear Law (Atomgesetz).

2 **Further developments: codification of transboundary rights under guidance by EC/EU law**

Since those times when closed legal cultures learned from open ones incrementally wider acceptance of transnational reach of substantive and procedural law has developed. National laws were reformed to that effect both by domestic initiative and by command of higher ranking law.

Such command has mainly been EC and EU law as elaborated both by the European judiciary and legislator.

The ECJ and later CJEU has developed a rich jurisprudence interpreting EU sectoral substantive law to convey subjective rights to citizens, such as standards set for surface water, ground water and air.⁵ The court did not elaborate on whether such rights were only procedural or also substantive, because the procedural content was sufficient for its intention to ensure access to courts as a means of enhancing the enforcement of Community law.⁶ In combination with the principle of non-discrimination of legal protection the subjective spin of sectoral protection clauses means that also the affected transboundary public is within scope.

In addition, the EC/EU legislator gradually codified transboundary participation rights in various legal acts. The EIA Directive, for instance, although starting with a concept of consultations on the intergovernmental level of States was amended in 1997 obliging States to ensure that the transboundary public shall have the opportunity of effective participation.⁷ The Directive on integrated pollution prevention and control likewise asked Member States to enable the affected transboundary

4. BVerwGE 75, 285 (287).

5. ECJ C-58/89 (*Commission/Germany*), C-723/17 (*Craeynest*) and C-197/18 (*Wasserverband Nördliches Burgenland*).

6. For the broader context of opening up access to courts, see Johannes Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 1997, 45-46.

7. Art 7 Directive 85/337 as modified by Directive 1997/11.

public to comment on the project before the decision is taken.⁸ However, the provisions opening national procedures for the transboundary public only involve persons living in other MS, not also those situated outside the EU. This means that in their regard the old question on how to interpret protective norms has survived. It should be answered like it was earlier, ie in the sense that texts which do not explicitly limit their reach to internal addressees should be read as including also the affected transboundary public.

The situation is similar concerning judicial review. The codified provisions of pertinent EU legal acts do ensure that access to courts must be granted to persons whose *de facto* or *de iure* interests are affected. But other than concerning participation procedures the relevant legal acts do not specify that *locus standi* must also be given to the transboundary population. One could understand this difference in precision to result from the need that transboundary administrative procedures must be regulated in some detail in order to work at all while for transboundary access to justice it is enough to formulate standing requirements in a non-discriminatory way. If that is the case – and indeed standing requirements are commonly formulated neutrally – this by implication includes persons living outside the EU.

3 The Aarhus Convention as a background

The opening up of administrative procedures and access to justice by EU legal acts originated from three levels of societal and political deliberations: the level of Member States where those with an older tradition of open statehood took the lead (networks like *Burgerinspraak over den Grens* being a case in point), the level of the EC, later EU, where networks of functional elites of the Commission and Member States were influential,⁹ and the level of the Economic Commission for Europe (ECE) where the citizen movement of the States in transition with their new democratic impetus had a major impact.¹⁰ The outcome, the Aarhus Convention, has become one of the most influential international treaties ever. It erected three pillars of environmental democracy: rights to access to information, to participation in executive procedures, and to judicial review. Its external reach is laid down in Article 3 (9) of the Convention which reads:

Within the scope of the relevant provisions of this Convention, the public shall have access to information, have the possibility to participate in decision-making and have access to justice in environmental matters without discrimination as to citizenship, nationality or domicile and, in the case of a legal person, without discrimination as to where it has its registered seat or an effective centre of its activities.

8. See Art 17 (2) Directive 96/61 and Art 26 (2) Directive 2010/75.

9. For related discussions in the run-up of the EIA Directive, see Jürgen Cupei, *Umweltverträglichkeitsprüfung*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1986, 165-166.

10. Stephen Stec, Alexios Antypas, Tamara Steger, 'Transition and governance: the case of post-communist states' in Gerd Winter (ed), *Multilevel governance of global environmental change. Perspectives from science, sociology and the law*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, 358-383, 362-363.

This is a clear rejection of legacies in many States that discriminate as to nationality or domicile.¹¹ It also sets aside the concern that reciprocity may not be granted if one State opens its procedures to the public of other States that may not be willing to do the same in a reciprocate manner. The very adoption of the Convention by neighbouring States establishes reciprocity.¹² Only if neighbouring States are not contracting States of the Convention reciprocity will remain a concern that may legitimate the exclusion of the transboundary public from internal proceedings. Where the Aarhus Convention is applicable to both the responsible and the receiving State the practical result is that the affected transboundary public has a right to participate as well as to seek judicial review.¹³

Further international conventions expressly establishing transboundary participation include the ECE Convention of 1991 on EIA in a transboundary context (Espoo Convention), and in particular its Art. 4 (2), as well as the ECE Convention on the transboundary effects of industrial accidents (Industrial Accidents Convention, adopted at Helsinki on 17 March 1992), and in particular its Art. 9.

4 Transboundary reach of basic rights of the ECHR

Apart from such international instruments which have an environmental focus and mostly concentrate on procedural rights constitutional human rights are an important and ever-growing source for transnational protection. Other than international treaties the impact of which on national law depends on the dualist or monist construction of a national legal order human rights of a State are directly applicable and render non-compliant law void or voidable.

The question of the external reach of human rights is of course a general one, environmental cases being only a subcategory of many other fields of application. Like on the level of ordinary laws, on the level of human rights the territoriality principle has been relied on in many States with the consequence that an external reach has been denied. For instance, in a case the marriage between a formerly divorced German woman and a Spanish man was disapproved by the competent German authority because at the time Spanish law disallowed a marriage with a divorced partner. The couple challenged that decision arguing that their right to protection of marriage and family (Article 6 Grundgesetz – GG) included the marriage between divorced partners and was applicable also to transboundary marriages. The Higher Civil Court Hamm, following earlier case law of the Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof – BGH), private law branch,¹⁴ upheld the decision on the ground that the German human right did not extend its freedom to marry beyond the German borders.¹⁵ However, the Federal Constitutional Court

11. See the related explanation in *The Aarhus Convention: An Implementation Guide* (Second edition, 2013) 61.

12. This argument, as applied to the Netherlands and Germany, was also mentioned in the *Hamers* decision, see BVerwGE 75, 285 (290).

13. There may be differences of the level of protection such as concerning the translation of the documents into the language of the foreign state, terms and times of access to documents, procedures of public hearings, etc. which cannot be discussed here.

14. BGHZ 41, 136.

15. Reported in BVerfGE 31, 58 (60-62).

quashed the BGH decision establishing that the transborder marriage and the weight of free marriage were a sufficient link to apply the German fundamental right also concerning the Spanish restriction thus entitling both the German woman and her Spanish partner to rely on it.¹⁶

In this kind of cases the transboundary application of a basic right encroaches on the sovereign realm of the foreign State because withstanding regulation and possibly basic rights of the same are set aside — even though, as the BVerfG assures, this shall be done with respect and caution.¹⁷ More common are cases where the foreign person invokes a right in order to be protected by another State without his or her own legal order being curtailed.

Prominent in that regard have become cases of military intervention where armed forces of a State cause damage to civilians who then claim breach of basic rights of the responsible State, aiming at compensation or injunction to desist from continuing encroachment.

Such kind of cases have repeatedly been brought to the European Court of Human Rights (ECtHR) invoking basic rights of the Convention. It is settled case law of the ECtHR that Art. 1 ECHR is the entrance door before a breach of individual human rights can be examined. Art. 1 says:

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention.

In the *Banković* case the ECtHR decided that jurisdiction can also mean jurisdiction of a State in another State, but that such situation is exceptional and presupposes effective control by the respondent State.¹⁸ In No 71 the Court summarises its argument as follows:

In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.

In the cited case families suffered from the bombing of Belgrade by NATO forces. The Court decided that the bombing does not already establish effective control of the relevant territory and therefore dismissed the action.

After *Banković* a second exception has been accepted, ie control through state agents, such as in the *Öcalan* case where Turkish officials had detained the person in Kenya and the Court found Turkish human rights applicable. The Court summarises the two exceptions as constituting spatial or personal control:

16. BVerfGE 31, 58 (75-76). The Court refers to the fact that most Western European States had already adopted the same approach, cf BVerfGE 31, 58 (64-65).

17. BVerfGE 31, 58 (75).

18. ECtHR, *Banković and Others/Belgium and Others* (dec.) [GC], No 52207/99.

The two main criteria established by the Court in this regard are that of 'effective control' by the State over an area (spatial concept of jurisdiction) and that of 'State agent authority and control' over individuals (personal concept of jurisdiction).¹⁹

In most cases of the personal concept the Court held the decisive factor to be the exercise of physical power and control over the persons in question.²⁰

In *Georgia v Russia* the Court found that Russia did not yet exercise effective control on Georgian territory while striking military blows but that effective control was established only after Russia occupied the territory.²¹

The Court has not yet decided a case which required to apply its doctrinal concept of 'jurisdiction' to transboundary environmental causation processes. It will however need to do this concerning the pending complaint of six Portuguese young persons against 33 European States for insufficient restrictions of greenhouse gas emissions (ECtHR, *Duarte Agostinho v Portugal and 33 other states*, No 39371/20). In particular, it will have to decide if the complainants can invoke the relevant basic rights of the EU Member States, UK, Norway, Switzerland, Ukraine, Turkey and Russia and argue that the greenhouse gas emissions originating from those States and causing them harm violate human rights. It appears that the causation of climate change does neither involve the establishment of a spatial quasi-government nor the exertion of power by a state agent. The concept of effective control will therefore have to be further developed, possibly making use of the principle of active jurisprudence of the ECtHR. It is imaginable that 'effective control' also covers physical impacts that are authorised by a state.²²

Another line of arguing relies on an observation Judge Serghides has proposed in his partly concurring opinion to *Georgia v Russia*. He suggests that Article 1 ECHR should be understood to rule on positive obligations of States to protect only and not on negative obligations to desist from an activity. This implies that the external reach of negative obligations must be derived from the interpretation of the various basic rights as such rather than from Article 1 which in consequence would lose part of its filtering function. Such concept would also challenge the ECtHR's standing opinion that negative and positive obligations are largely equivalent in terms of their level of protection.²³ Negative obligations would gain new ground.

19. ECtHR, *Georgia/Russia (II)* [GC], No 38263/08 § 115.

20. ECtHR, *Georgia/Russia* (fn 19) § 130.

21. But see Partly Dissenting Opinion of Judge Chanturia in *Georgia/Russia* who appraised evidence for that the defendant state, Russia, had already established effective control over Georgian territories prior to the military operations. In addition and more principled, the Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Wojtyczek and Chanturia argued that effective control is also exerted by military operations because 'to deny the jurisdiction of belligerent States over civilian populations in an area of military combat in an international conflict undermines the very logic of international humanitarian law' (para 15).

22. There must be some kind of legal responsibility of the state beyond the mere fact that someone is affected by an act imputable to a state. A simple 'cause and effect' situation does not establish jurisdiction. See ECtHR, *Georgia/Russia* (fn 19) § 130 and the related discussion in the Partly Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Wojtyczek and Chanturia, para 11.

23. See, for instance, ECtHR, *Hatton and Others/United Kingdom*, No 36022/97, § 98.

Any state-based activity that intervenes with a right would be covered, no matter if the victims live within or outside the jurisdiction of the responsible State. This would, for instance, apply to victims of climate change from greenhouse gas emissions. It is true that this would bring numerous persons into the protective realm, but *actio popularis* could be prevented by various means that could be developed by case law, including certain preconditions that must be given if emissions from a territory shall be attributed to the pertinent State and count as interference of the same, and certain qualifications of relevant interferences such as that victims must be personally, seriously and directly affected.

5 **An outlook at the new concept of the German Federal Constitutional Court**

That reorientation would also help to build a bridge to the new concept developed by the BVerfG in its judgment on constitutional complaints of four groups of applicants.²⁴ The Court first examined the positive obligation of the German State to reduce emissions but concluded that considering the measures the German legislator had already taken the margin of political discretion was not overstepped. The positive obligation was also examined in relation to two complainant families domiciled in Bangladesh and Nepal. Denying a breach of obligations anyway the court could leave it open to what extent it was willing to recognise transboundary effects of basic rights at all.²⁵

As a second approach the Court construed the situation as one of a negative obligation. It argued that by allowing emissions the State intervened with a whole range of freedom rights because almost all of them, including rights of producers, consumers, traders, etc., in some way or other depend on the use of energy and therefore the possibility of emitting greenhouse gases, as long as fossil energy was not substituted by renewables. This possibility is limited considering the emission budget available within the temperature increase set by the Paris Agreement at 1.5 or well below 2 °C and as allocated to States by criteria such as 'equal per capita'. If that budget is spent today very little is left for the future when young plaintiffs will be grown up. The court found that the challenged German climate protection law by allowing to spend much now and thereby cutting off chances of use in future already now sets the causes for future restrictions of freedom rights which by an advance effect (*Vorwirkung*) command to prevent this by early action.²⁶ The court embarked on applying this reasoning also to the complainants from Bangladesh and Nepal but, in conclusion, denied any violation because even if the freedom rights reached out to them the future restrictions they had to face were those by the foreign States rather than by Germany.²⁷ I believe this is a subterfuge because after all the restrictions by the foreign governments will have been caused by emissions authorised by (inter alia) the German state.

24. BVerfG, judgment of 24 March 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html (English translation)

25. BVerfG (fn. 24) paras 178-181.

26. BVerfG (fn. 24) paras 183, 243-255.

27. BVerfG (fn. 24) para 132.

6 **Conclusion**

In conclusion it can be retained that the traditional principle guiding issues of transboundary reach of state emanations has been the principle of territoriality of jurisdiction, but that this has gradually been flexibilised. One first step was to allow protection by the responsible State of affected citizens in neighbouring states – a move which today appears to be self-understanding because it would be hard to comprehend why a neighbouring State should claim territoriality when this hinders the protection of its own citizens. A second step has, however, been that the responsible State realises that providing protection may be against its own interest because there are potentially endless numbers of persons affected. This concern instigates reflections on limiting rather than enabling responsibility. Various criteria can be pondered in that respect. The distinction between positive and negative obligations can be helpful, which may suggest that more political discretion and thus judicial self-restraint should apply in the former than in the latter case. Moreover, negative obligations can be made dependent on certain limiting preconditions such as personal, serious and direct (or indirect but irreversible) concern. All these reflections indicate that the opening up of national legislation for transboundary and basic rights – commendable as it is in a world of global interdependence – can be configured so as to exclude limitless popular actions.

TOEGANKELIJKHEID

Europees recht op en over de grens – concurrentie, concurrenten en hun bedoeling bij het grensoverschrijdende

Hans Vedder^{*}

1 Inleiding

De bestudering van het Europees recht is per definitie grensoverschrijdend. Onvermijdelijk treft de beoefenaar van het Europees recht andere rechtsgebieden, andere rechtsculturen en andere rechtsstelsels. Jan Jans belichaamt deze grensoverschrijding. Dat begon al met een proefschrift dat ziet op het milieurecht van de – toen nog – Europese Gemeenschap¹ en de receptie daarvan in meerdere lidstaten en is verder duidelijk te zien in een wetenschappelijke loopbaan die van het Europees milieurecht, via het algemene recht van de Europese Unie naar het bestuursrecht loopt.² Zijn grensoverschrijding is ook te zien in een brede belangstelling die ons onder meer samenbracht in de begeleiding van een geweldig proefschrift over de effectieve publiekrechtelijke handhaving van het kartelverbod. Jan beperkt zich niet tot één rechtsgebied of jurisdictie en belichaamt daarmee het grensoverschrijdende.

Nu heeft het woord grensoverschrijding – de laatste tijd? – een negatieve connotatie gekregen. Van grensoverschrijding wordt veelal gesproken bij grensoverschrijdend gedrag. Ik wil graag, onder meer met deze bijdrage, pleiten voor een herstel van het grensoverschrijdende. Het woord alleen al geeft aanleiding voor dit herstel. Het is een samenstelling van ‘grens’ en ‘overschrijden’. Het begrip ‘grens’ is duidelijk; het ziet op een concept dat is bedoeld om iets af te bakenen. Dat kan een jurisdictie zijn of de omvang van een samenhangende groep regels. Het woord ‘overschrijden’ is op zijn beurt een samenstelling van ‘over’ en ‘schrijden’. Met name dat laatste woord kan alleen als plechtig, weloverwogen en elegant worden beschouwd. Schrijden is het tegenovergestelde van rennen of strompelen. Van Dale omschrijft het als ‘met grote, waardige stappen lopen’.

Het grensoverschrijdende van Jan Jans is dan ook een weloverwogen en waardige wetenschappelijke beschouwing van verschillende rechtsgebieden en hun – onverwachte – raakvlakken. We zien dit het beste in de bestudering van doorwer-

* Hans Vedder is hoogleraar economisch recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Ik heb geen belangen te vermelden overeenkomstig de *Ascola Declaration on Ethics*.

1. J.H. Jans, *Grensoverschrijdend milieurecht. Een onderzoek naar verplichtingen tot toepassing van het non-discriminatiebeginsel en het beginsel van gelijke rechtstoegang bij dreigende milieuverontreiniging in het Nederlands-Westduitse grensgebied*, diss. Groningen 1987.
2. En bovendien een verblijf aan de Universiteit van Amsterdam.

kingsvraagstukken van Europees recht,³ en dat is ook een thema dat ik wil aansnijden in deze bijdrage waarmee ik een vriend in meer dan één opzicht, wil eren.

De aanleiding voor de grensoverschrijding en het doorwerkingsvraagstuk betreft hier de civiele handhaving van het staatssteuntoezicht. Het toezicht op staatssteun is onderdeel van de mededingingsregels en een ferm onderdeel van het recht van de Europese Unie. Het is bovendien een rechtsgebied dat aanzienlijke publiekrechtelijke kenmerken heeft, zoals ik hieronder zal laten zien in paragraaf 2. Nemen we een stap terug en bezien we de naleving van het staatssteuntoezicht, dan zien we een meer hybride karakter en dat als publiek en privaatrechtelijk worden gekenschetst. Hiermee doel ik op het feit dat de naleving niet alleen in een publiekrechtelijke context, maar duidelijk ook in een privaatrechtelijke context plaatsvindt, waarbij deze twee handhavingstrajecten duidelijk van elkaar afhankelijk zijn. Dit wordt duidelijk in paragraaf 3. Paragraaf 4 legt de nadruk op de civielrechtelijke handhaving van de staatssteunregels en de rol van het schikken in deze vorm van toezicht. Hierbij zullen de gevolgen van de grensoverschrijdende beoefening van het recht het meest duidelijk worden, en kan een houvast worden gevonden in de bedoeling. Ik doel hiermee op de doelstelling van een procedure en de doelstellingen van partijen in die procedure. In het staatssteunrecht gaat het dus om de bedoeling van het staatssteuntoezicht en de bedoelingen van de partijen die betrokken zijn bij dit toezicht.

2 Het toezicht op staatssteun

In tegenstelling tot artikel 101 en 102 VWEU bevat artikel 107 VWEU geen verbod. Staatssteun is dan ook niet principieel verboden, maar hooguit onverenigbaar met de interne markt. Deze onverenigbaarheid is geconstrueerd op grond van twee bepalingen. In de inhoudelijke bepaling, artikel 107 VWEU, is in het eerste lid bepaald wat het begrip staatssteun is. Het tweede en derde lid bevatten gronden voor de verenigbaarheid van de staatssteun. Voor de praktijk van groot belang zijn de zogeheten groepsvrijstellingen waarin de Commissie categorieën van staatssteun verenigbaar verklaart met de interne markt.⁴ Hiertoe heeft de Commissie voor een scala aan doelstellingen en steunmodaliteiten voorwaarden geformuleerd waarmee een lidstaat snel en relatief eenvoudig kan vaststellen of een steunmaatregel profiteert van het groepsvrijstellingsvoordeel en dus verenigbaar is met de interne markt zonder een onderzoek van de Europese Commissie. In grote lijnen komt de afweging erop neer dat de Commissie staatssteun zal toestaan indien deze noodzakelijk is ter bestrijding van een marktfalen of bijdraagt aan de vermindering van de gevolgen

3. Zie over doorwerkingsvraagstukken o.m. M.J.M. Verhoeven & J.H. Jans, 'Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking', in: R.J.G.M. Widdershoven & S. Prechal (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 63-122.

4. Zie met name Verordening (EU) 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, *PbEU* 2014, L 187/1, later gewijzigd.

van dit marktfaalen.⁵ De bedoeling van de Commissie blijkt duidelijk uit het beleid dat ze heeft geformuleerd in de laatste jaren: 'minder en beter gerichte staatssteun'.⁶ De Commissie ziet haar rol voornamelijk als de instantie die eraan wil bijdragen dat overheidsfondsen worden besteed op die manier die de meeste impact en de minste verstoring van de mededinging geeft. Dat doet de Commissie door haar centrale rol bij het vaststellen van de verenigbaarheid van de staatssteun met de interne markt.

Op grond van het Werkingsverdrag kan deze verenigbaarheid primair door de Commissie⁷ worden vastgesteld op grond van de procedure die in grote lijnen in artikel 108 VWEU is neergelegd. Artikel 108 lid 3 voorziet in een aanmeldingsprocedure waarbij de lidstaten de Commissie in kennis stellen van hun voornemens staatssteun te verlenen. De Commissie onderzoekt de aangemelde regelingen in een eerste onderzoek en kan dan besluiten, als er ernstige twijfels bestaan over de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de interne markt, de formele onderzoeksfase te openen.⁸

Dit laatste besluit is interessant in meerdere opzichten. Het is interessant omdat dit het eerste moment is waarop andere partijen dan de aanmeldende lidstaat en de Europese Commissie met elkaar communiceren over de steunmaatregel. In de fase van het eerste onderzoek, is deze ruimte er niet en opereert de Commissie formeel op basis van enkel de informatie die ze krijgt van de lidstaat in kwestie. Deze lidstaat heeft een prikkel en de mogelijkheid om de steunmaatregel en het concurrentieel speelveld waarin deze geïmplementeerd moet worden zo gunstig mogelijk te presenteren. Pas met de interventie van derden-belanghebbenden, veelal concurrenten van de begunstigde onderneming, komt de Commissie in een meer evenwichtige informatiepositie.

Dit maakt het besluit tot inleiden van de formele onderzoeksprocedure een cruciaal besluit in de bescherming van concurrenten en de concurrentie. Het nauwe verband tussen de concurrentie, concurrenten en dit besluit blijkt ook uit de vaste rechtspraak van het Hof betreffende de rechtsbescherming tegen dit soort besluiten. Aangezien een besluit om niet de formele procedure te openen tot de steun verleende lidstaat is gericht, zal de concurrent moeten aantonen dat hij 'rechtstreeks en individueel wordt geraakt' door dit besluit.⁹ Met name de drempel die voortvloeit uit het vereiste individueel geraakt te worden¹⁰ is in de praktijk een belemmering,

5. Dit blijkt het meest duidelijk uit de zogeheten driestappentoets die de Commissie nu algemeen toepast.

6. Commissie, Actieplan staatssteun, COM(2005)107 def. Het sinds 2012 lopende *State Aid Modernisation* (SAM-)pakket heeft een soortgelijke doelstelling, COM(2012)209 def., rnr. 5-6 en 8.

7. De Raad is op grond van art. 108 lid 2 bevoegd dergelijke besluiten te nemen, maar dit kan slechts in zeer bijzondere gevallen en niet om een besluit van de Commissie opzij te zetten, zie HvJ EU, zaak C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395 (*Commissie/Raad*), r.o. 30-47.

8. De Commissie leidt dan het onderzoek op grond van art. 108 lid 2 in. Zie hierover verder de Procedureverordening, Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2015, L 248/9, art. 4 lid 4.

9. Art. 263, vierde alinea, VWEU.

10. Dit vereiste is door het Hof uitgewerkt in HvJ EU, zaak 25-62, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann/Commissie*). Het wordt sindsdien aangeduid als de *Plaumann*-toets.

zeker als de rechtshandeling waartegen wordt geageerd een algemeen belang dient, zoals de bescherming van het milieu of de onverstoorde mededinging.¹¹ Vanwege de summere aard van het besluit om niet de formele onderzoeksprocedure te openen is het extra moeilijk om de *Plaumann*-horde te nemen. Om hieraan tegemoet te komen heeft het Hof in verband met dergelijke besluiten een toets ontwikkeld die erop neerkomt dat een concurrent zijn beroepsgronden zodanig kan vormgeven dat die gericht zijn op de bescherming van de procedurele rechten die hij zou genieten als belanghebbende in de formele onderzoeksprocedure.¹²

Indien het beroep niet (uitsluitend) is gericht op de bescherming van de procedurele rechten, dan geldt dat het slechts ontvankelijk is als de partij aantoonbaar haar concurrentiepositie substantieel wordt geraakt door de steunmaatregel.¹³ Deze lat ligt aanmerkelijk hoger, en stelt aanzienlijke eisen aan het bewijs van het bestaan van een merkbare mededingingsverstoring die de partij in het bijzonder treft (en dus niet alle andere marktdeelnemers evengoed).¹⁴

In alle gevallen zijn de gehele procedure, en daarmee de mogelijkheid in beroep te gaan tegen een besluit tot vroegtijdige sluiting van de procedure, gericht op het versterken van de informatiepositie van de Commissie.¹⁵ Dit past in het beeld waarbij een procedure is opgetuigd om een klassiek algemeen belang, zoals de onverstoorte mededinging, te beschermen. Partijen en hun procesposities worden in dat geval geïnstrumentaliseerd ten behoeve van de autoriteit die een zoveel mogelijk correct besluit moet nemen. Het praktische gevolg hiervan is dat de middelen van het beroep bepalend worden voor de mogelijkheid van dit beroep, terwijl het doel van het beroep kan functioneren als meer coherente en eenvoudiger maatstaf voor de ontvankelijkheid van dit beroep.¹⁶

Het toezicht op staatssteun heeft dus een duidelijke doelstelling: de Commissie in staat stellen zo effectief mogelijk bij te dragen aan een zo effectief en efficiënt mogelijke besteding van overheidsmiddelen.¹⁷ De centrale rol van de Commissie in dit publiekrechtelijke toezicht maakt de vraag naar de naleving alleen wel des te pregnanter.

-
11. Zie over toegang tot de rechter en de *Plaumann*-toets in combinatie met milieubescherming, J.H. Jans, 'Did Baron von Munchausen ever visit Aarhus?', in: R. Macrory (red.), *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law: A High Level of Protection?*, Groningen: Europa Law Publishing 2006, p. 475-490.
 12. Dit wordt wel aangeduid als de *Cook/Matra*-toets, naar de twee zaken waarin deze is ontwikkeld: HvJ EU, zaak C-198/91, ECLI:EU:C:1993:197 (*Cook/Commissie*) en HvJ EU, zaak C-225/91, ECLI:EU:C:1993:239 (*Matra/Commissie*). Beide toetsen zijn gericht op het vaststellen van de ernstige moeilijkheden bij de beoordeling van de staatssteun, hetgeen niet mogelijk is voor een individuele onderneming op basis van de summere beschrijving van de steunmaatregel in het *Publicatieblad*, zie conclusie van A-G Tesaro in zaak C-198/91, ECLI:EU:C:1993:122 (*Cook/Commissie*), r.o. 41.
 13. Gerecht, zaak T-210/02, ECLI:EU:T:2006:253 (*British Aggregates Association/Commissie*), r.o. 53-54.
 14. Gerecht, zaak T-193/06, ECLI:EU:T:2010:389 (*TF1/Commissie*), r.o. 77 e.v.
 15. Gerecht, gevoegde zaken T-371/94 en T-394/94, ECLI:EU:T:1998:140 (*British Airways e.a./Commissie*), r.o. 59.
 16. HvJ EU, gevoegde zaken C-75/05 P en C-80/05 P, conclusie van A-G Bot, ECLI:EU:C:2008:140 (*Duitsland/Kronofrance e.a.*), r.o. 108.
 17. Commissie, De modernisering van het EU-staatssteunbeleid (SAM, zie voetnoot 6), COM(2012)209 def., nr. 6.

3 De naleving van het staatssteunrecht

Toezicht en handhaving zijn één, naleving is een tweede. Hoe zit het met de naleving van de regels? In een ideale wereld met perfecte naleving zouden alle voorgenomen steunmaatregelen van tevoren worden getoetst op hun verenigbaarheid met de groepsvrijstellingen en — als zij niet voldoen aan de voorwaarden — worden aangemeld bij de Commissie. De wereld is niet ideaal. Vrijwel wekelijks blijkt dat een lidstaat een steunmaatregel niet heeft aangemeld.¹⁸ Ik wil hier niet ingaan op de gronden voor niet-aanmelding, maar veeleer in kaart brengen welke prikkels er zijn voor de spelers in dit spel.

De lidstaat heeft een tegengestelde prikkel. Aan de ene kant heeft de lidstaat de prikkel de steunmaatregel aan te melden. Dit geeft immers rechtszekerheid en draagt bij aan de betrouwbaarheid van de overheid. Aan de andere kant draagt het toezicht door de Commissie een risico in zich dat de Commissie tot een ander oordeel komt over de wenselijkheid van de staatssteun. Dit resulteert in een prikkel om de steunmaatregel niet aan te melden, zeker als de inschatting is dat de kans op een positief besluit van de Commissie kleiner wordt ingeschat dan de kans dat eventuele staatssteun ooit wordt ontdekt en alsnog ter goedkeuring zal moeten worden aangemeld. Ook kan de door de steun verlenende overheid gevoelde urgentie een prikkel zijn om niet aan te melden. Een staatssteunprocedure kan al snel een half jaar tot enkele jaren in beslag nemen en deze termijn kan onaanvaardbaar zijn.¹⁹

Hoe belangrijk en zwaarwegend de tegengestelde prikkels zijn, is niet in abstracto te zeggen, maar het is duidelijk dat met name bij staatssteun waarbij de kans op verenigbaarheid als klein wordt ingeschat, de prikkel om niet aan te melden aanzienlijk is. Juist deze steun, waarvan het onwaarschijnlijk is dat de Commissie het zal aanmerken als een efficiënt gebruik van overheidsmiddelen om een marktfalen te bestrijden, zal het meest nefast zijn voor de onverstoorde mededinging.

Zeker dan ontstaat een prikkel voor derden-concurrenten. Deze zullen vroeger of later achter het bestaan van de staatssteun komen. Dat kan omdat het verlenen van staatssteun bekend wordt via publicaties in (lokale) media,²⁰ maar ook via het concurrentieel proces. De onderneming die begunstigd wordt door staatssteun ziet immers haar kosten kunstmatig verlaagd worden en heeft hierdoor extra middelen ter beschikking. Deze extra middelen zullen vroeger of later tot uiting komen in de concurrentiepositie van de begunstigde onderneming ten opzichte van de con-

18. Indien in de database van de Commissie, ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm#, wordt gezocht op NN- (non-notified) staatssteun dan geeft dit 1520 zoekresultaten, waarvan 1519 zijn voorzien van een besluit na 1 januari 1999. Uitgaande van een tijdspanne van ongeveer 22 jaar geeft dit gemiddeld 69 NN-zaken per jaar. Het aantal gevallen van staatssteun dat (nog) niet bij de Commissie terecht is gekomen zal vermoedelijk veel hoger liggen.

19. Zie voor een overzicht van de procedures en hun duur M. Schütte, 'Procedural aspects of EU State aid law and practice', in E. Szyszczak (red.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 343, 345-346.

20. Een voorbeeld hiervan is het bekend worden dat de onderneming Bakker Bierum grond heeft kunnen verkopen aan een overheidsbedrijf zonder voorafgaande taxatie en tegen een prijs die vermoedelijk aanzienlijk hoger is dan de marktwaarde van die grond.

current. De prikkel voor de derde is om de steunverlening te doen ophouden en – indien nodig – het al verleende concurrentievoordeel te doen terugnemen.²¹

Deze prikkel kan op twee verschillende wijzen worden nageleefd: Europees en nationaal. De Europese route gaat ervan uit dat de concurrent klaagt bij de Europese Commissie, die vervolgens een onderzoek doet en – uiteindelijk – de terugvordering van de staatssteun door de lidstaat kan gelasten.²² De concurrent is hierbij dus afhankelijk van de Commissie en zal hoe dan ook enige mate van geduld moeten opbrengen. De nationale route kan sneller soelaas bieden en is niet afhankelijk van de bereidwilligheid van een instantie om een zaak op te pakken. Deze nationale route loopt via de civiele rechters van de lidstaten. Deze civiele route roept echter wel tal van vragen op die zien op de grensoverschrijding tussen Europees en nationaal recht en publiek- en privaatrecht.

4 **De civielrechtelijke handhaving van het staatssteunrecht: schikken binnen, naar of over de grenzen van het recht?**

In een civiele procedure kan een concurrent die benadeeld wordt door een onrechtmatige steunverlening de steun verlenende overheid aanspreken op dier onrechtmatige gedrag en zo onmiddellijke stopzetting van de steun vorderen.²³ Dit is mogelijk omdat de zogeheten *standstill*-bepaling van artikel 108 lid 3 VWEU rechtstreeks werkt en dus door elke nationale rechter gehandhaafd kan worden.²⁴ Zo ontmoeten de prikkel en de mogelijkheid elkaar bij de nationale civiele rechter. Deze is bevoegd te beoordelen of de maatregel als staatssteun kan worden aangemerkt en of deze in weerwil van de *standstill*-verplichting ten uitvoer is gelegd. Als hiervan sprake is, dan zal de nationale rechter de onmiddellijke stopzetting van de tenuitvoerlegging moeten gelasten. De nationale rechter is hiertoe verplicht als decentrale Unierechter op wie een plicht tot Unietrouw rust.²⁵ De plicht die op de nationale rechter rust en diens bevoegdheden zijn nauwkeurig afgebakend in verhouding tot de plichten en (exclusieve) bevoegdheden die bij de Commissie rusten.²⁶ Dit is kenmerkend voor de private handhaving van de mededingingsregels die algemener

21. Zie over deze prikkels: P.A. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam VU), 2006, p. 178.

22. Deze terugvordering vindt plaats op grond van een tot de lidstaat gericht besluit. Zie hierover o.m. HvJ EU, gevoegde zaken C-622/16 P-C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873 (*Scuola Elementare Maria Montessori Srl/Commissie*), over de ‘volstrekte onmogelijkheid’ om de onrechtmatige steun terug te vorderen.

23. Andere partijen, zoals de begunstigde onderneming, kunnen niet op grond van deze bepaling worden aangesproken. HvJ EU, zaak C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 (*Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a./La Poste e.a.*), r.o. 73-74.

24. HvJ EU, zaak C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 (*Klausner Holz Niedersachsen/Land Nordrhein-Westfalen*), r.o. 23.

25. HvJ EU, zaak C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*), r.o. 30-31.

26. HvJ EU, zaak C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa/ Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*), r.o. 32-44.

als hybride systeem kan worden aangeduid in die zin dat het civiele recht in dit kader duidelijk publiekrechtelijke trekken krijgt.²⁷

Maar wat gebeurt er als deze nationale rechter een civiele rechter is, wiens procesrecht voorziet in een comparitie van partijen en die partijen treft die weinig trek hebben in een complex, langdurig en mogelijk kostbaar proces? Dat laatste is alleszins denkbaar gelet op de verdeling van de bewijslast in mededingingszaken en de noodzaak mededingingsrechtelijke stellingen deugdelijk te onderbouwen met (vaak) economisch bewijs.²⁸ Dergelijk bewijs gaat vaker wel dan niet gepaard met getuigen-deskundigen en dus aanzienlijke kosten.

Juist in verband met het staatssteuntoezicht is dit van belang gelet op de voorwaarde dat er sprake moet zijn van staatssteun in de eerste plaats. Een van de voorwaarden voor het bestaan van staatssteun is de aanwezigheid van een effect op de handel tussen de lidstaten. Een maatregel levert pas staatssteun op als deze een effect op de tussenstaatse handel heeft. Het toeval wil dat ook hier sprake is van een interessante vermenging of hybridisering van het recht onder invloed van de Commissie.²⁹

Het recht omtrent het vereiste van de tussenstaatse handel is consistent vormgegeven door het Hof in een ruime en functionele rechtspraak die er kort gezegd op neerkomt dat van vrijwel geen enkele steunmaatregel a priori kan worden uitgesloten dat deze een effect op de tussenstaatse handel heeft. Dit effect hoeft immers niet actueel te zijn en bestaat ook al als de maatregel het minder aantrekkelijk maakt voor een buitenlandse onderneming om toe te treden tot de markt waarop de steunmaatregel zijn invloed heeft. Zo is een tussenstaats effect aangenomen voor een subsidie voor openbaar vervoer in een Duitse gemeente en een voordeel voor Londense 'Black Cabs'.³⁰ In beide gevallen is niet uitgesloten dat een buitenlandse aanbieder van vervoersdiensten door de aanwezigheid van een bevoordeelde partij heeft afgezien of zou kunnen afzien van markttoegang. Deze ruime interpretatie staat op gespannen voet met een serie besluiten van de Commissie waarin – kort gezegd – van puur lokale maatregelen werd vastgesteld dat ze geen effect op de tussenstaatse handel zouden hebben.³¹ In deze serie besluiten verklaarde de Commissie het staatssteuntoezicht niet van toepassing op deze volledig lokale maatregelen. Hierdoor kan de Commissie de beperkte middelen effectiever inzetten op de steunmaatregelen waarvan waarschijnlijker dat ze werkelijk gevolgen zullen

27. Zie bijvoorbeeld de inperking van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor kartelschade van ondernemingen die tot het mkb behoren (art. 11 lid 2), tenzij die ondernemingen de ringleader van het kartel waren of recidivist (art. 11 lid 3) op grond van de Kartelschaderichtlijn, Richtlijn 2014/104/EU, *PbEU* 2014, L 349/1. Deze inperking, en de uitzondering daarop, van de hoofdelijke aansprakelijkheid hebben een duidelijk rechtspoliteik karakter en zijn, zeker wat de uitzondering in het derde lid betreft gericht op de versterking van de publiekrechtelijke handhaving van de mededingingsregels. Dit geldt verder voor de inperking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de karteldeelneer aan wie immuniteit is verleend, art. 11 lid 4 Kartelschaderichtlijn.
28. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (*ANVR en ATP c.s./ATA-NL*), r.o. 3.6.1.
29. De bovengenoemde, zie voetnoot 27, hybridisering komt grotendeels uit de koker van de Commissie die de drijvende kracht is achter de Kartelschaderichtlijn.
30. HvJ EU, zaak C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans e.a./Nahverkehrsgesellschaft Altmark*), r.o. 77-82 en HvJ EU, zaak C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*The Queen, op verzoek van: Eventech Ltd/Parking Adjudicator*), r.o. 64-71.
31. Voor een bespreking van deze besluiten zie: C. Dekker, 'Staatssteun en tussenstaatse handel: bijhouden van een criterium om de werklast te verminderen?', *M&M* 2015, afl. 5, p. 170-177.

hebben voor de mededinging en de grensoverschrijdende handel.³² Hoezeer dit beleid van de Commissie ook begrijpelijk is gelet op de noodzaak de beperkt beschikbare toezichtcapaciteit effectief in te zetten, het gevolg van deze rechtsonzekerheid is dat partijen in ieder geval zullen procederen over de vraag of de maatregel in kwestie valt onder de *per se*-redenering van het Hof of onder de ‘puur lokale’ uitzondering die de Commissie heeft geformuleerd.³³

In deze omstandigheden kan het aantrekkelijk zijn voor partijen om te schikken. De schikking als figuur om een geschil te beslechten past uitstekend in een civiele procedure waarin de rechter lijdelijk is en partijen het geschil bepalen en dus ook kunnen beëindigen. Maar hoe verhoudt de figuur van de schikking zich tot de bedoeling van de private handhaving van het staatssteuntoezicht?

De bedoeling van het staatssteuntoezicht, inclusief de privaatrechtelijke handhaving ervan is bij te dragen aan de waakzaamheid bij het verzekeren van de naleving van het recht van de Europese Unie.³⁴

Een schikking, ook al kan die prima de mededingingsverstoring met de actuele concurrent wegnemen en daarmee aan diens bedoeling beantwoorden, hoeft uiteraard niet noodzakelijkerwijs ook de mededingingsverstoring in het algemeen weg te nemen. Potentiële concurrenten zullen nog steeds last hebben van de aanwezigheid van onrechtmatige staatssteun in de markt en alle versturende effecten daarvan. De civiele rechter in een comparatiezitting zou zich dus terdege moeten afvragen of de volle werking van het Europees recht gediend wordt met een schikking. Waar het antwoord op deze vraag intuïtief ontkennend lijkt te moeten zijn, leert een nadere blik op het Europees recht dat dit ook oog heeft voor het belang van de procesrechtelijke effectiviteit en efficiëntie van het nationale recht.³⁵ Het zal duidelijk zijn dat juist het laatste belang wordt gediend met een schikking.

Beschouwd als grensoverschrijdend probleem is de schikking in staatssteunzaken dus een overschrijding van de grenzen tussen het Nederlands privaatrecht en het Europees staatssteunrecht. Het privaatrecht krijgt ook hier weer een hybride karakter doordat de eenduidig private overwegingen van de partijen op zijn minst deels plaats zullen moeten maken voor overwegingen van algemeen belang die verder gaan dan de belangen van concurrenten, maar veeleer zien op het belang van de concurrentie. De uitdagingen die hiermee samenhangen vormen een rode draad in Jans wetenschappelijke loopbaan die gekenmerkt wordt door de belangstelling voor de Europeanisering. Europeanisering als de overschrijding van grenzen. Grenzen tussen rechtsgebieden en intellectuele grenzen. Alle even waardig overschreden.

32. Zie, over dit beleid dat is gericht op een zo effectief mogelijk staatssteuntoezicht: Commissie, De modernisering van het EU-staatssteunbeleid (SAM, zie voetnoot 6), COM(2012)209 def., mrs. 6 en 8.

33. Vgl. o.m. Rb. Noord Nederland 17 april 2018, ECLI:NL:RBNNE:2019:1681 (*Blauwestadhoeve/Gemeente Oldambt*).

34. Adriaanse spreekt in dit verband van ‘*dual vigilance*’, P.A. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam VU), 2006, p. 175.

35. Zie verder F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Uitgevers 2017, p. 215-216.

Friese kaders voor een Groninger

Heinrich Winter^{*}

1 Inleiding

Jan Jans is een Groninger. Daar is geen woord Frans bij. Ook geen woord Frysk trouwens. In 2009 schreef Jan samen met Michiel Herweijer een onderzoeksrapport waarin de vraag centraal stond of het Nedersaksisch bescherming zou verdienen op grond van het Europees Handvest voor regionale talen of talen van minderheden (Europees Handvest).¹ Het Gronings is een Nedersaksisch dialect. Nedersaksisch is naast het Limburgs en het Fries een onder het Europees Handvest erkende taal. Maar alleen op het Fries zijn de maatregelen en verplichtingen van deel III van het Handvest van toepassing. Op 30 november 2018 sloten het Rijk, minister Ollongren van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, en de provincie Fryslân, Commissaris van de Koning Brok, de *Bestjoersôfspraak Fryske Taal en Kultuer 2019-2023* (BFTK 2019-2023). Met de bestuurlijke afspraken geven het Rijk en de provincie Fryslân invulling aan de Wet gebruik Friese taal en aan de verplichtingen die op Nederland als lidstaat van de Raad van Europa rusten ingevolge de geratificeerde bepalingen van het Kaderverdrag inzake de bescherming van Nationale Minderheden en het Europees Handvest voor regionale talen of talen van minderheden. De bestuursafspraken kunnen naast het bestuurlijk en rechtsverkeer ook andere beleidsterreinen en maatschappelijke domeinen betreffen, zoals het onderwijs en de media. Doelstelling van de afspraken is dat het aantal mensen dat de Friese taal schrijft, leest en spreekt toeneemt. De bevordering van het Fries is aldus de BFTK 2019-2023 een continue opdracht, waarbij het blijvend scheppen van de juiste randvoorwaarden en het creëren van de ideale omstandigheden van belang zijn, zodat het gebruik van de Friese taal niet langer alleen maar een recht, maar natuurlijk en vanzelfsprekend zal zijn.

In de BFTK 2019-2023 is neergelegd dat voor het einde van de periode van deze bestuursafpraak een verkennend onderzoek plaatsvindt over de toegevoegde waarde van het omzetten van de Wet gebruik Friese taal naar een kaderwet (afpraak 1.9).² In deze bijdrage staat de vraag naar die toegevoegde waarde centraal, waarmee de Groninger Jans indirect een bijdrage levert aan de bescherming van het Fries.³

* Heinrich Winter is hoogleraar Bestuurskunde aan de faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen. Deze functie vervult hij parttime naast zijn werkzaamheden voor het door hem opgerichte en geleide onderzoeks- en adviesbureau Pro Facto.

1. M. Herweijer & J.H. Jans, *Nedersaksisch waar het kan: een pragmatische uitwerking van deel III Europees Handvest voor regionale talen of talen van minderheden ten aanzien van het Gronings, Drents, Stellingwerfs, Twents, Sallands, IJssellands, Veluws en Achterhoeks*, Groningen: 2009.
2. Deze bijdrage is gebaseerd op een samen met Erwin Krol, Stef Roest en Goffe Jensma in opdracht van de provincie Fryslân in het voorjaar van 2021 uitgevoerd onderzoek.
3. Terzijde: het academische afscheid van Jan Jans bij de Rijksuniversiteit Groningen vindt plaats terwijl zijn alma mater onder het bestuur staat van een collegevoorzitter en een rector met Friese

2 Het internationaal recht: Europees Handvest en het Kaderverdrag

Het internationaal recht kent verschillende verdragen die strekken tot bescherming van minderheidstalen, zoals het Fries. Belangrijk zijn het in 1992 binnen de Raad van Europa overeengekomen Europees Handvest voor regionale talen of talen van minderheden en het in 1995 binnen deze zelfde internationale organisatie overeengekomen Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden (het Kaderverdrag). Daarnaast leggen ook het Internationaal Verdrag van de Verenigde Naties inzake burgerrechten en politieke rechten en het Verdrag van de Raad van Europa tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden het beginsel vast dat het recht om een regionale taal of taal van een minderheid in het particuliere en openbare leven te gebruiken een onvervreemdbaar recht is. Deze verdragen bevatten echter nauwelijks tot geen materiële uitwerking van dit recht.

Het Handvest heeft als doel om regionale talen of talen van minderheden in de verschillende landen en regio's van Europa te beschermen en te bevorderen. Het Handvest kent in deel II algemene doelstellingen en beginselen die op elke regionale of minderheidstaal van toepassing zijn. Daarnaast kunnen staten talen aanwijzen als regionale taal of minderheidstaal, waarvoor meer gedetailleerde en op de praktijk gerichte verplichtingen in verschillende maatschappelijke domeinen van toepassing zijn uit deel III van het Handvest. Het Fries is aangewezen als een dergelijke taal en geldt in ons land als enige taal die voldoet aan de in het Handvest geformuleerde definitie van regionale of minderheidstaal.⁴

Het Handvest is in 1996 door Nederland geratificeerd en is daarna op 1 maart 1998 in werking getreden. Het Handvest kent geen individuele of collectieve rechten toe aan personen die gebruikmaken van een streektaal of taal van een minderheid. Wel verplicht het Handvest de deelnemende lidstaten om door middel van regelgeving of andere maatregelen de positie van deze talen te waarborgen en te verbeteren.⁵ Dit betekent dat de bepalingen niet rechtstreeks toepasbaar zijn; burgers, maar ook medeoverheden, zoals de provincie Fryslân, kunnen hieraan in beginsel geen rechten ontleen. Bij de ratificatie overwoog de regering dat Nederland veel belang toekent aan het Handvest. Het Handvest verschaft volgens de regering een solide juridische basis aan de positie van de Friese taal binnen de provincie Fryslân. De regering achtte het gewenst om de huidige niet-verbindende dan wel verouderde regels inzake de positie van het Fries aan te vullen met de meer eigentijdse en in juridisch opzicht krachtiger normen van het Handvest. Vanwege het globale karakter van veel bepalingen uit het Handvest en zijn niet-directe werking blijft daarnaast evenwel formele wetgeving noodzakelijk.⁶ Overigens is het Handvest ook niet bindend voor de provincie Fryslân. Het Rijk geldt als verdragspartij en op hem rust de verantwoordelijkheid om de opgenomen verplichtingen na te leven.

wortels en in een tijdsgewricht waarin de RUG de strategische ambitie heeft uit te groeien tot 'de universiteit van het noorden'.

4. *Kamerstukken II 1994/95, 24092, nr. 3, p. 2.*

5. *Idem, p. 1.*

6. *Idem, p. 3.*

Het Handvest voorziet in een monitoringsmechanisme. Staten dienen elke drie jaar een verslag uit te brengen over het op grond van deel II gevoerde beleid en de op grond van deel III aanvaarde maatregelen. Dit verslag wordt beoordeeld door een commissie van deskundigen (Committee of Experts). Deze commissie brengt een rapport uit aan het Comité van Ministers. Dit rapport bevat voorstellen aan het Comité van Ministers voor het opstellen van eventueel vereiste aanbevelingen aan de lidstaat. Lidstaten zijn niet verplicht om deze aanbevelingen over te nemen.

Naast het Handvest is ook het Kaderverdrag inzake bescherming van nationale minderheden relevant. Dit verdrag strekt ertoe om de doeltreffende bescherming van nationale minderheden en van de rechten en vrijheden van personen die tot die minderheden behoren, te waarborgen. Het verdrag heeft tot doel minderheden de garantie te geven van gelijke behandeling voor de wet en geeft nationale minderheden het recht op het ontwikkelen van hun eigen cultuur en het behoud van de identiteit, religie, talen en tradities. In Nederland zijn alleen de Friezen aangewezen als nationale minderheid, gelet op de criteria in artikel 10 lid 2, artikel 11 lid 3 en artikel 14 lid 2 van het Kaderverdrag. Als doelgroep van de beginselen zijn niet de nationale minderheden als collectiviteit genomen, maar individuen behorend tot dergelijke minderheden. Het Kaderverdrag bevat – net als het Europees Handvest – een catalogus van beginselen die toegepast dienen te worden ten aanzien van personen die behoren tot een nationale minderheid. Zo werkt artikel 4 het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie uit, op alle terreinen van het economische, sociale, politieke en culturele leven. Artikel 5 heeft betrekking op het behoud en de ontwikkeling van de cultuur van nationale minderheden en verbiedt gedwongen assimilatie. Een aantal artikelen gaat specifiek in op het gebruik van de minderheidstaal. Artikel 9 bepaalt dat het uiting geven aan en het ontvangen van ideeën en informatie kunnen geschieden in een minderheidstaal en dat toegang, zonder enige discriminatie, tot de media voor personen behorend tot een nationale minderheid geborgd is. Artikel 10 verplicht lidstaten om het gebruik van minderheidstalen, in het privéleven en in het openbaar, mondeling en in geschrifte, te erkennen. Deze bepaling wordt gezien als een aanvulling op de verplichtingen uit het Handvest.⁷ Artikel 11 gaat in op het gebruik van namen in de minderheidstaal en het tonen van tekens, inscripties en andere informatie van particuliere aard. Artikel 12-14 gaat over het onderwijs ter bevordering van de cultuur, geschiedenis, taal en godsdienst van nationale minderheden.

De bepalingen uit het Kaderverdrag zijn geformuleerd als opdrachten aan de staten en zij beogen als zodanig geen rechtstreekse werking. Met het Kaderverdrag is beoogd een aantal juridische beginselen te formuleren, die de staten dienen te respecteren met het oog op het verzekeren van de bescherming van nationale minderheden.⁸ Aan de staten wordt regelmatig een ruime beoordelingsvrijheid gelaten ten aanzien van de uitwerking van deze beginselen. Met het Kaderverdrag is niet beoogd rechtstreeks werkende bepalingen vast te leggen. Daarom is niet voorzien in een procedure waarbij individuen bepalingen uit het verdrag kunnen inroepen voor een internationaal toezichthoudend orgaan. De beginselen, zoals

7. *Kamerstukken II 1998/99*, 26389, nr. 3.

8. *Idem*, p. 10.

verwoord in het Kaderverdrag, zijn evenmin bedoeld voor individuele afdwingbaarheid via de nationale rechter. Net als het Handvest kent het Kaderverdrag een toezichtmechanisme. Hiervoor geldt ook dat Nederland periodiek dient te rapporteren aan een deskundigencommissie. Het Comité van Ministers ziet toe op de uitvoering van het verdrag.

3 Nederlands recht

Uit bovenstaande omschrijving volgt dat de in het Handvest en het Kaderverdrag neergelegde beginselen en maatregelen geen rechtstreekse werking hebben en niet aan individuen of andere derden rechten toekennen. Dit dient te gebeuren in nationale wetgeving of beleid.⁹ De op 1 januari 2014 in werking getreden Wet gebruik Friese taal is een van de belangrijke wetten in formele zin die de positie van het Fries regelen. In deze wet wordt het Fries naast het Nederlands erkend als officiële taal in de provincie Fryslân. Deze wet strekt ertoe om de mogelijkheden voor het gebruik van het Fries in het rechtsverkeer en het bestuurlijk verkeer te versterken en daarmee de gelijke positie van het Fries en het Nederlands in de provincie Fryslân te waarborgen. Deze wet garandeert het recht van eenieder om in de provincie Fryslân gebruik te maken van zijn eigen taal, hetzij Nederlands of Fries, in de rechtszaal en in het contact met bestuursorganen.¹⁰ De wet beperkt zich dus nadrukkelijk tot het rechtsverkeer en het bestuurlijk verkeer.

Met deze wet zijn de bepalingen in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) komen te vervallen. Materieel zijn de bepalingen in de Wet gebruik Friese taal aangescherpt ten opzichte van de regeling in de Awb. Ook is de in 1997 in werking getreden Wet gebruik Friese taal in het rechtsverkeer ingetrokken. De artikelen van deze wet zijn grotendeels in gewijzigde vorm terug te vinden in de nieuwe Wet gebruik Friese taal. Artikel 2a van de wet schrijft voor dat het Rijk en de provincie Fryslân periodiek bestuursafspraken maken ter uitwerking van de verantwoordelijkheid inzake de Friese taal en cultuur. Vanwege de internationale verdragsafspraken op dit terrein (lees: het Handvest en het Kaderverdrag) kunnen de bestuursafspraken ook voor de Friese taal en cultuur relevante beleidsterreinen omvatten die liggen buiten het gebruik van de Friese taal in het bestuurlijk verkeer en in het rechtsverkeer.

Behalve in de Wet gebruik Friese taal zijn in verschillende andere wetten bevoegdheden en wettelijke verplichtingen neergelegd over het gebruik van de Friese taal. Zo zijn in de onderwijswetgeving verschillende bepalingen te vinden die de positie van het Friese taalonderwijs borgen.¹¹ Ook de Mediawet besteedt specifieke aandacht

9. Er was een voornemen de positie van het Fries – net als die van het Nederlands – grondwettelijk te verankeren, maar een voorstel daartoe is op 15 februari 2018 ingetrokken.

10. *Kamerstukken II* 2011/12, 33335, nr. 3, p. 1.

11. Zie bijvoorbeeld artikel 9 lid 4 Wet op het primair onderwijs: ‘Op de scholen in de provincie Fryslân wordt tevens onderwijs gegeven in de Friese taal. Gedeputeerde staten kunnen op aanvraag van het bevoegd gezag gedeeltelijke of volledige ontheffing van deze verplichting verlenen.’ Of artikel 11e lid 1 Wet op het voortgezet onderwijs: ‘Op de scholen in de provincie Fryslân wordt met inachtneming van de daarvoor vastgestelde kerndoelen tevens onderwijs gegeven in de Friese taal en cultuur, tenzij gedeputeerde staten op aanvraag van het bevoegd gezag gedeeltelijke of volledige ontheffing van deze verplichting hebben verleend.’

aan Friestalige producties. Artikel 2.122 bepaalt bijvoorbeeld dat op elk televisie-programmakanaal van de landelijke en regionale publieke mediadienst het programma-aanbod voor ten minste vijftig procent van de duur uit oorspronkelijk Nederlands- of Friestalige producties bestaat. Artikel 3.24 van de Mediawet bepaalt dat op een commercieel televisieprogrammakanal het programma-aanbod voor ten minste veertig procent uit oorspronkelijk Nederlands- of Friestalige producties bestaat.

4 **Bestuursafspraken over een kaderwet**

De Wet gebruik Friese taal verplicht het Rijk en de provincie Fryslân periodiek tot bestuursafspraken te komen. In de praktijk worden telkens voor vijf jaar bestuursafspraken overeengekomen, de laatste keer voor de periode 2019-2023. De bestuursafspraken worden gezien als uitwerking van de door het Nederlandse Rijk geratificeerde maatregelen in het Handvest. Qua systematiek wordt ook aangesloten bij de verschillende maatschappelijke domeinen die het Handvest onderscheidt. De afspraken brengen geen afdwingbare juridische rechten met zich mee. Dit is expliciet vastgelegd in de slotbepalingen: ‘Deze bestuursafpraak is niet in rechte afdwingbaar.’

De bestuursafpraak legt vast dat de provincie Fryslân als meest betrokken bestuurslaag primair verantwoordelijk is voor de Friese taal en cultuur. Dit is een natuurlijke verantwoordelijkheid die betrekking heeft op het blijvend bevorderen van het gebruik van het Fries, de uitvoering van de provinciale taken die voortkomen uit de Wet gebruik Friese taal en de onderwijs- en mediawetgeving ten aanzien van het Fries, en de bestuursafpraak zelf. Als meest betrokken bestuurslaag geeft de provincie sinds 2017 in overleg met het Rijk, invulling aan de rol van de zogeheten ‘Taalskipper’ ofwel ‘Taalschipper’. De Taalskipper neemt het voortouw in het formuleren van de langetermijnvisie voor de Friese taal en organiseert daartoe het overleg met de betrokken bestuursorganen.

In de bestuursafpraak 2019-2023 wordt onder 1.9 verwezen naar overwegingen/aanbevelingen 32 en 33 van het rapport van de Committee of Experts. Deze overwegingen luiden als volgt:

32. In the fourth evaluation report, the Committee of Experts encouraged the Dutch authorities to consider the Frisian speakers' proposals to cover, in the text of the new Use of Frisian Act, policy fields reflecting the ratification for this language (e.g. education, media, healthcare and the use of Frisian place names), in addition to its use in legal and administrative matters.

33. According to the fifth periodical report, the Use of Frisian Act entered into force on 1 January 2014. The law provides that Frisian and Dutch are official languages in the Province of Fryslân and regulates the use of Frisian in courts and in relations with the administrative authorities, building on the already existing provisions. The Act contains additional clauses on the setting up of a Frisian Language Body and shared responsibility ('the duty of care') of the central authorities and the Province of Fryslân for the Frisian language and culture. The Act does not deal with the other

fields covered by the Charter, such as education, media, healthcare and the use of Frisian place names.

Hieruit volgt – net als uit de formulering van de bestuursafpraak 1.9 – dat een kaderwet gebruik Friese taal zich zou moeten richten op alle maatschappelijke domeinen, waarin het Fries wordt gebruikt. Het gaat dan in de eerste plaats om de overheveling van bestaande juridische normen die op dit moment zijn vastgelegd in sectorale wetgeving (zie onderwijs en media). Tegelijkertijd kan het ook gaan om toevoeging van nieuwe juridische normen (bijvoorbeeld economisch en sociaal leven en cultuur). Een eventuele kaderwet zou instrumenteel kunnen zijn bij het steviger bestuurlijk verankeren van het Fries. Strekking en doel van een kaderwet zijn dan het scherper markeren van de bevoegdheden van de verschillende bestuursorganen op rijks- en provinciaal niveau. In dat verband valt ook te denken aan het creëren van een wettelijke grondslag voor de financiering/bekostiging van het gebruik van het Fries in de verschillende domeinen, waaronder het Friestalige onderwijs.

5 Kaderwet?

Een kaderwet heeft in formeel-juridische zin geen andere status dan een wet in formele zin. Kaderwetten bevatten vaak algemene beginselen die in andere wet- en regelgeving uitwerking krijgen. Artikel 2a van de huidige Wet gebruik Friese taal is in die zin een typische ‘kaderwet-bepaling’. Dit artikel brengt de gezamenlijke verantwoordelijkheid en zorgplicht van het Rijk en de provincie Fryslân tot uitdrukking, wat via bestuursafspraken nadere invulling zou moeten krijgen.

Het begrip kaderwet

Het begrip kaderwet is niet eenvoudig te definiëren. Het is lastig om criteria aan te duiden waarmee kaderwetgeving van niet-kaderwetgeving onderscheiden kan worden. In de praktijk wordt kaderwetgeving dan ook in diverse betekenissen gebruikt. Uit een onderzoek van Van Gestel en Vleugel (2013) komt naar voren dat met kaderwetgeving in de eerste plaats vaak wetten bedoeld worden die zelf weinig inhoudelijke normen bevatten, maar waarmee vooral doelen worden aangegeven die gerealiseerd dienen te worden. De invulling van deze normen wordt doorgaans – via delegatiebepalingen – overgelaten aan de regering, ministers of lagere bestuursorganen. Ook kan deze nadere normstelling overgelaten worden aan zelfregulering door private partijen. Als voorbeeld hiervan worden bijvoorbeeld de Wet maatschappelijke ondersteuning en in de toekomst de Omgevingswet genoemd. Andere kaderwetten verhouden zich meer als algemene wet (lex generalis) tot bijzondere wetten (lex specialis). Zij zijn kaderstellend voor de bijzondere wetten binnen een bepaald rechtsgebied of beleids-terrein. Hierbij kan gedacht worden aan de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Ook wetten die niet expliciet de aanduiding kaderwet in zich dragen kunnen volgens deze definities aangeduid worden als kaderwet, zie bijvoorbeeld de Algemene wet bestuursrecht.

Overigens is in de literatuur veel kritiek op het fenomeen kaderwetgeving te vinden. Kaderwetten zouden (te) veel open normen bevatten die weinig rechtszekerheid bieden aan de burger en zij zouden bovendien het primaat van de (nationale) wetgever

kunnen ondergraven. Dit laatste impliceert ook dat meer nadruk komt te liggen op de rechtsvormende taak van de rechter.¹²

*Het komt voor dat wetten of wetsbepalingen tegenstrijdig zijn. In het staatsrecht zijn hiertoe verschillende conflictregels ontwikkeld om te bepalen welke wet voorrang heeft. Zo gaat de Grondwet boven een wet in formele zin en wetten in formele zin boven bijvoorbeeld provinciale verordeningen. Kaderwetten zijn wetten in formele zin; zij hebben geen andere status dan bijzondere, formele wetgeving. Er bestaat geen hiërarchie tussen kaderwetten en andere formele wetten. Wel geeft toepassing van andere conflictregels antwoord op de vraag welke wet voorrang heeft, namelijk een *lex specialis* (bijzondere bepalingen) gaat voor een *lex generalis* (algemene bepalingen) en nieuwere bepalingen (*lex posterior*) voor oudere (*lex anterior*).*

Met een kaderwet kunnen verschillende doelstellingen worden beoogd: integratie van bestaande wetgeving en betere borging van bestuurlijke verantwoordelijkheden. Deze motieven loop ik hierna langs, waarna ik in de slotparagraaf tot een weging kom.

5.1 Integratie van wetgeving

Waar kaderwetgeving niet verder strekt dan de integratie van bestaande wettelijke bepalingen en dus geen verdergaande bescherming van de positie van het Fries met zich meebrengt, is de meerwaarde van omzetting twijfelachtig. Totstandbrenging van een kaderwet waarin alle domeinen worden geregeld is uit het oogpunt van wetgevingstechniek zeer complex, zo niet onmogelijk. De huidige normen voor het gebruik van het Fries zijn ingebed in bredere sectorale wetgeving, zie bijvoorbeeld het Friese taalonderwijs in de sectorale onderwijswetgeving. Het is – zonder uitgebreide verwijzing naar deze sectorale wetgeving – ondoenlijk om deze bepalingen te isoleren en over te hevelen naar een kaderwet. Deze operatie zou kunnen bijdragen aan de kenbaarheid van de regels vanuit het oogpunt van een gebruiker van de Friese taal, maar voor de precieze vaststelling van de rechten en plichten die uit de wet voortvloeien zal nadere bestudering van de sectorale wetgeving nodig blijven. Dit gaat juist ten koste van de toegankelijkheid van de wet, ook omdat de huidige wetgeving zich richt tot verschillende normadressanten. Zo bevat de onderwijswetgeving plichten voor het bevoegde gezag/de schoolbesturen en is de Wet gebruik Friese taal gericht op overheden en rechtbanken. Daarnaast kan dit leiden tot de vraag welke minister formeel aanspreekbaar is op de uitvoering van de wet. Bovendien is het de vraag of dit vraagstuk niet beter opgelost kan worden door goede voorlichting over de rechten die in verschillende wetten terug te vinden zijn. De praktijk leert dat totstandbrenging van nieuwe wetgeving, zeker waar het gaat om dergelijke juridisch-complexe systeemingenrepen waarbij verschil-

12. In dit verband voert het te ver, maar tegen de achtergrond van de Kinderopvangtoeslagaffaire en de door de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bepleite hardheidsclausule in wetgeving waardoor de bestuursrechter meer ruimte krijgt voor een toetsing van uitvoeringsbesluiten aan beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel, zou een ontwikkeling in die richting mogelijk juist te verdedigen zijn. Zie Bart Jan van Ettehoven, 'Tussen wet en recht'. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag', *NJB* 2021/101, afl. 2, p. 98.

lende ministers betrokken zijn, geruime tijd in beslag kan nemen. Dit kan ook afleiden van de benodigde aandacht voor andere voor het Fries relevante zaken. Tot slot is het de vraag of wetgeving de oplossing is om bestaande problemen rondom het gebruik van het Fries op te lossen. Die problemen zijn vaak praktisch van aard, zoals het gebrek aan Friese taalvaardigheid bij het rechtbankpersoneel, het gebrekkige Friese tolkennetwerk en de afwezigheid van beleid voor het gebruik van het Fries. Er is dus een groot verschil tussen de juridische werkelijkheid waarin bepaalde rechten goed geborgd zijn en de doorwerking in de praktijk. Het ligt voor de hand daarop de inzet te richten en niet op een complexe juridische operatie. Provinciale en lokale overheden hebben goede mogelijkheden om de positie van het Fries te versterken zonder dat daarvoor wetgeving noodzakelijk is. Het meest sprekende voorbeeld is de zichtbaarheid van het Fries in de openbare ruimte. Beter gebruik van bestaande instrumenten of de inzet van andere middelen, zoals feitelijk optreden van overheden en/of subsidies, zou in bepaalde domeinen een geschikter en minder bezwarend alternatief zijn dan wetgeving. Louter symbolische redenen zijn onvoldoende om tot wetgeving te komen. Ook gelet op de Aanwijzingen voor de regelgeving waarin de nadruk ligt op de noodzaak van wetgeving als een effectieve, efficiënte en evenredige reactie op een maatschappelijke probleem, ligt het kiezen van de weg van een kaderwet niet voor de hand.¹³

5.2 Betere borging van de (bestuurlijke) verantwoordelijkheden

Wetgeving kan dienen tot het normeren van bevoegdheden. Hierbij is van belang dat op grond van het decentralisatiebeginsel taken en bevoegdheden bij organen op decentraal niveau – dus in dit geval bij de provincie of gemeenten – worden gelegd, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door decentrale organen kan worden behartigd.¹⁴ Provincies (en ook gemeenten) kennen een open huishouding met regelgevende bevoegdheid. Aan hen komt autonomie toe: zij zijn bevoegd taken op zich te nemen die te maken hebben met het bestuur en beleid van de provincie of gemeente, tenzij dit beleid in strijd is met wettelijke regels. Naast autonome taken voeren decentrale overheden taken in medebewind uit; dit zijn taken die de rijksoverheid in wetten aan provincies opdraagt om uit te voeren. De bestuurlijke verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de provincie Fryslân inzake het Fries hebben op dit moment voor een deel een medebewindskarakter (zie bijvoorbeeld het onderwijs¹⁵) en voor een deel een autonoom karakter (als voorbeeld kan dienen het gebruik van het Fries in de openbare ruimte). Een kaderwet waarin de (bestuurlijke) verantwoordelijkheden inzake de bescherming van het Fries beter geborgd zijn zal ook de provinciale en mogelijk ook gemeentelijke bevoegdheden nader (moeten) omschrijven en normeren. Dit kan in juridisch opzicht een inperking van de decentrale autonomie en de beleidsvrijheid met zich meebrengen, zeker waar het een precieze, gedetailleerde omschrijving van bevoegdheden betreft. Immers, de provincie is bij de bescherming van het Fries meer dan voorheen gebonden aan wettelijke kaders.

13. Zie ook Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzingen 2.2 en 2.3.

14. Zie ook art. 115 Provinciewet en de Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 2.13.

15. Zie Advies van de Stuurgroep decentralisatie Friese taal van Rijk naar de provincie Fryslân (2010).

Gelet op de huidige verantwoordelijkheidsverdeling tussen Rijk en provincie bij het beschermen van het Fries is het de vraag of op dit moment de ‘vakministeries’ voldoende aandacht hebben voor de positie van het Fries en of het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een voldoende coördinerende rol vervult. Een concreet, recent voorbeeld is het Ministerie van Justitie en Veiligheid dat in eerste instantie geen Friestalig formulier ‘Eigen verklaring avondklok’ en een ‘Werkgeversverklaring avondklok’ heeft opgesteld en het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport dat rondom het coronavirus en de geldende maatregelen onvoldoende aandacht besteedde aan Friestalige communicatie. Ook is het exemplarisch dat bij de beschrijving van het takenpakket van de Minister en Staatssecretaris van BZK het Fries niet expliciet genoemd wordt. Het is daarmee de vraag of aan de zijde van het Rijk voldoende bewustzijn, sensitiviteit en respect bestaan voor het feit dat Nederland een meertalig land is. Ook is het de vraag of voldoende duidelijk is dat het Fries een bijzondere positie toekomt, wat ook inspanningen van het Rijk vraagt. De personele capaciteit op het Ministerie van BZK voor het Friese taalbeleid is echter beperkt en bij andere ministeries is dat nog sterker het geval.

Een oplossing zou kunnen zijn het aanwijzen en positioneren van de Minister van BZK als coördinerende of eerstverantwoordelijke bewindspersoon voor het Friese taalbeleid op rijksniveau. Deze coördinerende rol dient om samenhang in het rijksbeleid aan te brengen en om bewustzijn voor het belang van het gebruik van het Fries bij de andere betrokken ministeries te borgen en te versterken. Deze minister is ook het eerste aanspreekpunt voor medeoverheden inzake het Friese taalbeleid en draagt de politieke verantwoordelijkheid voor de interdepartementale coördinatie. Deze rol houdt nadrukkelijk niet in dat bevoegdheden van andere ministers worden overgenomen, maar borgt wel de betrokkenheid van het Ministerie van BZK. Dit kan tot uitdrukking komen door de instelling van een interdepartementale overlegstructuur (met ministeriële onderraden/commissies onder leiding van de Minister van BZK). Dit overleg kan onder andere gericht zijn op het tot stand brengen en uitvoeren van Fries taalbeleid bij alle departementen, inclusief uitvoeringsorganisaties, en het doordenken van de gevolgen van bepaalde wetgeving op de positie van het Fries. De coördinerend bewindspersoon ziet toe op de deugdelijke interdepartementale voorbereiding van onderwerpen die in een bepaalde onderraad worden behandeld. De coördinerende rol kan verdergaand versterkt worden door bevoegdheden aan de coördinerende minister toe te kennen, zoals het recht van mede-ondertekening van alle wet- en regelgeving die het Fries raakt en meer budgettaire medeverantwoordelijkheid door zeggenschap/betrokkenheid bij financiële arrangementen (bijvoorbeeld via een integraal begrotingsoverzicht).

De vraag is in hoeverre (kader)wetgeving noodzakelijk is om deze bestuurlijke verantwoordelijkheid te borgen. Het aanwijzen van een coördinerend minister vraagt niet noodzakelijkerwijs om wetgeving; dit is een onderwerp waartoe de ministerraad kan besluiten. Het via wetgeving steviger bestuurlijk verankeren van de positie van het Fries kent dezelfde bezwaren als hiervoor genoemd. Het is zeer de vraag of dit in de praktijk tot verbeteringen leidt. Andere voorstellen lijken gemakkelijker te implementeren en meer effect teweeg te brengen.

6 Conclusie: een kaderwet is niet nodig

In het nationale recht is niet voorzien in één wet waarin alle rechten van gebruikers van de Friese taal zijn neergelegd. De Wet gebruik Friese taal en onderwijs- en mediawetgeving hebben ‘slechts’ betrekking op een of meer (deel)domeinen, namelijk de domeinen bestuurlijk en rechtsverkeer, het onderwijs en de media. Er zijn geen (expliciete) wettelijke voorschriften geformuleerd die betrekking hebben op de in deel III van het Europees Handvest genoemde domeinen culturele activiteiten en voorzieningen, economisch en sociaal leven en grensoverschrijdende contacten. Anders dan de internationale verdragen heeft de Wet gebruik Friese taal wel nadrukkelijk tot doel om te voorzien in rechtens afdwingbare verplichtingen jegens bestuursorganen en rechterlijke instanties. Tot slot worden tussen het Rijk en de provincie bestuursafspraken gemaakt. Dit instrument strekt zich wel uit tot alle domeinen, maar de overeengekomen afspraken hebben een zwakke juridische status: zij zijn niet in rechte afdwingbaar.

Voor de integratie van huidige wetgeving in een kaderwet zijn weinig argumenten te noemen, behalve wellicht de symbolische waarde die ervanuit zou kunnen gaan. Een dergelijke omzetting draagt niet materieel bij aan een betere bescherming van het Fries. Uit juridisch oogpunt is integratie zeer complex. Voor zover de kenbaarheid van de regels in de praktijk een knelpunt vormt, is het aan te bevelen om hierin verbetering te realiseren met goede publiekscommunicatie.

Betere borging van bestuurlijke verantwoordelijkheden lijkt een gerechtvaardigd motief. Maar ook hiervoor is een kaderwet niet nodig: een sterkere en formele coördinerende rol van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties behoeft geen wettelijke grondslag. Ook de Raad van State adviseerde recent de institutionele positie van de Minister van BZK te versterken: ‘Verder moet de institutionele positie van de Minister van BZK worden versterkt. De portefeuille van de minister moet zijn gericht op (de inrichting en het functioneren van) het binnenlands bestuur. Daarnaast zou de minister wetten die de decentrale overheden rechtstreeks raken, mede moeten ondertekenen. Er zou ook een overzicht van rijksuitgaven aan decentrale overheden aan de begroting van het Ministerie van BZK moeten worden toegevoegd. Op die manier kan de minister tot een meer integrale afweging en coördinatie komen.’¹⁶

Nedersaksisch waar het kan was de titel van het onderzoek van Jan Jans en Michiel Herweijer over de status van het Nedersaksisch. De conclusie van dat onderzoek uit 2009 over het Nedersaksisch sluit eigenlijk goed aan bij bovengenoemde conclusie. Een kaderwet? Het kan wellicht wel, maar het is beter van niet. ‘Mien jong’, zou Jan er nog aan toevoegen.

16. Raad van State, *Samenvatting voorlichting over interbestuurlijke verhoudingen*, Den Haag: Raad van State 2021.

Welke lessen zijn te trekken uit de kinderopvangtoeslagaffaire en de problemen bij uitvoeringsorganisaties?

Alex Brenninkmeijer^{*}

1 Milieuramp

In de tuin bij Jan Jans stond ik aan het water te genieten van de bloemenweelde die Jacqueline had geschapen en realiseerde mij dat ik op precies de plek stond waar ik mijn rechtenstudie begonnen ben. Inmiddels 50 jaar geleden. Hun huis ligt op het oude terrein van de Rabenhauptkazerne aan de Herenweg in Groningen waar ik gelegerd was als dienstplichtig sergeant fourier. Ik volgde toen mijn eerste rechtencolleges van de avondopleiding en studeerde gedurende de ongebruikte dienstplichturen in het magazijn van de fourier op Pitlo en Van der Pot/Donner. Toen ik in dat magazijn een bruine papieren zak met munitie vond, vroeg ik aan de commandant wat te doen. 'Gooi die zak achter het magazijn in het water!' In de tuin van Jan Jans realiseerde ik mij dat in dat water achter zijn tuin nog steeds wat van die munitie zou kunnen liggen. Jong en wat naïef volgde ik het commando op en zo veroorzaakte ik een micromilieuramp in de achtertuin van de toekomstig milieuprofessor. Mijn excuses Jan en Jacqueline, pas tijdens mijn rechtenstudie heb ik geleerd commando's niet zomaar op te volgen.

2 Commando's niet zomaar opvolgen

Die levensles lijkt van toepassing op de kinderopvangtoeslagaffaire. Waardoor ontstond een systeem waarin tienduizenden ouders en kinderen zo ernstig benadeeld werden? En hoe kan dat voorkomen worden? Welke lessen zijn te trekken uit het rapport *Klem tussen balie en beleid* van het parlementaire onderzoek naar de oorzaken van problemen bij uitvoeringsorganisaties¹ en het rapport *Ongekend onrecht* van de kinderopvangtoeslagaffaire.² Het rapport dat de opmaat vormde voor het demissionair worden van kabinet-Rutte III, voor de roep om 'de menselijke maat' en voor discussies over de werking van de 'checks and balances' – tegenkrachten – in ons constitutionele bestel.

* Alex Brenninkmeijer is lid van de Europese Rekenkamer en Faculteitshoogleraar Institutionele aspecten van de rechtsstaat. Dit artikel komt ten dele overeen met mijn bijdrage 'Als het nu eens geen wet of budget is? Sociale rechtvaardigheid door rechtsstatelijkheid en inclusieve democratie', in: Coen Brummer & Afke Groen (red.), *Naar een nieuw kabinet van sociale rechtvaardigheid*, Amsterdam: Boom uitgevers 2020. Die bundel verscheen vóór de parlementaire rapporten over de kinderopvangtoeslagaffaire *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK) en het rapport *Klem tussen balie en beleid* van de Tijdelijke Commissie Uitvoeringsorganisaties (TCU).

1. Parlementair onderzoek uitvoeringsorganisaties, *Kamerstukken II 2020/21*, 35387, nr. 2, 25 februari 2021.
2. Verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag *Ongekend onrecht*, *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2, 17 december 2020. tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2020Z25233&did=2020D52975.

In 2012 hield ik de Kees Lunshoflezing in Nieuwspoor met als titel ‘Een steen in de Hofvijver’.³ In die lezing waarschuwde ik dat onder andere met het instellen van draconische sancties vele burgers in de problemen kwamen. Dat regering en Tweede Kamer te dicht op elkaar zaten, waardoor wetgeving slecht wordt voorbereid en de controle op de macht van de overheid erodeerde. Deze waarschuwingen ten overstaan van de fine fleur van politiek Nederland en de parlementaire journalistiek bleef zonder enig merkbaar gevolg. Ik denk dat dit de kern van het probleem vormt: de Nederlandse politieke en bestuurlijke gelederen én de parlementaire journalistiek zijn onvoldoende gevoelig voor relevante maatschappelijke signalen. Het is te veel de waan van de dag die de agenda bepaalt. Jarenlang stond fraudebestrijding hoog op de agenda, hoewel duidelijk was dat de werkelijke fraude – afgezien van enkele ernstige gevallen, zoals de Bulgarenfraude – slechts heel beperkt was. Tegenover de onevenredig grote aandacht bij regering en parlement – en media – voor fraude en fraudebestrijding stond geen effectieve tegenkracht.

Als Nationale ombudsman concludeerde ik in 2013 dat er te veel wetten en regels zijn, zodanig dat zelfs deskundigen – en wie zijn dat? – vaak het spoor bijster raken. Dat betekent dat veel burgers vastlopen in de uitvoering. Maar niet alleen burgers, ook mensen die hen bijstaan worstelen met de moeizame toepassing van wet- en regelgeving. Veel Kamerleden ontbreekt het aan tijd, kennis en inzicht om tijdens alle stemmingen een verantwoorde keuze te maken, zeker nu partijen meer en meer versplinteren. Mijn opvolger als Nationale ombudsman verzucht eveneens – in mijn woorden – dat de Haagse wetgevingsmachine dolgedraaid is. De Rekenkamer, waarvan de blik is gericht op de doelmatigheid van beleid, ziet eveneens dat die doelmatigheid vaak tekortschiet. Er is wel beleid, maar het werkt niet. Ik noem als illustratie de vergroening in de landbouw – waar heel veel EU-geld in geïnvesteerd wordt – terwijl de biodiversiteit alleen maar achteruitgegaan is.⁴

Bij de presentatie van het jaarverslag van de Nationale ombudsman over 2013 stelde ik in de Tweede Kamer voor dat de Kamerleden het beste op hun handen kunnen gaan zitten. Met een vrolijke lach kwam toenmalig Tweede Kamerlid Mei Li Vos (PvdA) – nu senator – mij feliciteren met mijn jaarverslag. Ze stelde de vraag: ‘Maar wat denkt u dat we dan moeten doen?’ Hierin schuilt in mijn visie een lastig probleem. Wetten en budgetten, anders gezegd beleid en de financiële onderbouwing ervan, zijn dominant in de politieke cyclus, die begint met het opstellen van partijprogramma’s met bijbehorende profileringspogingen, verkiezingsstrijd, de stembusuitslag, de kabinetsformatie op basis van steeds moeizamere coalitievorming, het sluiten van een gedetailleerd bindend regeerakkoord en vervolgens de uitvoering ervan, met een horizon die veelal korter is dan vier jaar. De dynamiek van de parlementaire democratie ligt besloten in het proces van wetgeven en de opstelling van de jaarlijkse begroting. In de dagelijkse parlementaire praktijk komt daarbij de controle op de regering. Die leidt, mede aangestuurd door media-hypes, tot een massieve stroom spoeddebatten, schriftelijke vragen en moties in een omvang die de Kamervoorzitter hoofdpijn kan bezorgen, maar ook de staats-

3. nieuwspoor.nl/assets/documents/39/2012-Alex-Brenninkmeijer-Steen-in-de-Hofvijver.pdf.

4. Alex Brenninkmeijer, ‘Code oranje voor groene ambities Europa’, *Economisch Statistische Berichten*, 105, nr. 4791s: 89.

commissie parlementair stelsel aan het denken heeft gezet. Dit alles heeft belangrijke consequenties voor de kwaliteit van het overheidsbeleid.

3 **Problematisch beleid**

De introductie van een streng sanctiestelsel met veel zwaardere straffen bij fraude in het sociale domein met de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving onder kabinet-Rutte I in 2012 heeft geleid tot grove vormen van sociale onrechtvaardigheid. Omdat het stelsel een politieke keuze was uit het regeerakkoord viel over de werking en rechtvaardiging niet te discussiëren. Mijn gesprekken hierover met de Minister en Staatssecretaris van Sociale Zaken, Lodewijk Asscher en Jetta Kleinsma (beiden PvdA), bleken vruchteloos. Pas na uitspraken van de rechter is het stelsel aangepast, maar ondertussen zijn vele mensen onnodig in de financiële problemen gekomen. Kleine financiële problemen verworden tot onoplosbare problemen.

Het debacle van de kindertoeslagen uitgevoerd door de Belastingdienst, dat aanleiding vormde voor een parlementaire ondervraging die leidde tot het rapport *Ongekend onrecht*, vormt een duidelijk voorbeeld. Aanvankelijk had de prompte en directe uitvoering van de toekenningen van toeslagen politieke prioriteit, maar zwaaide het beleid onder grote druk vanuit de Tweede Kamer om naar aanleiding van een relatief klein aantal – maar wel ernstige – fraudegevallen naar harde repressie. Als bekend kwamen velen buiten hun schuld in diepe financiële problemen. Het oplossen van de problemen die hierdoor ontstaan zijn – waarbij de sociale onrechtvaardigheid er afspat – blijkt een weerbarstig probleem te zijn waar menig politicus de tanden op kapot kan bijten.

Een ander voorbeeld betreft de opstelling van het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB) bij de inning van boetes. Hoewel er een evident verschil is tussen niet willen en niet kunnen betalen, hanteerde het CJIB jarenlang eenzelfde strafregime, waarbij boete zich op boete stapelde en uiteindelijk – vrij ineffectieve – gijzelingen plaatsvonden.⁵

Er zijn meer voorbeelden te noemen, zoals de onbehoorlijke afwikkeling van de schadelijke gevolgen van de gaswinning in Groningen, over het op politieke gronden jarenlang negeren van de stikstofnormen, terwijl de Raad van State gewaarschuwd had voor de bindende regelgeving over dit onderwerp, over de gevolgen van de problematische uitvoering van de jeugdzorg na de decentralisatie en de onluisterende omgang met gezinnen met meerdere problemen (*'multiproblem gezinnen'*).⁶ En ten slotte over de zigzaggende besluitvorming over de stikstofproblematiek en het tegengaan van chemische verontreiniging met pfas en de maatschappelijke kosten die daaruit voortvloeiden.

5. Nationale ombudsman Interventierapport 2017/025.

6. Albert Jan Kruijer, 'Bestuurskunde en de publieke kwestie', Van Slingerlandtlesing 2020, beroeps-eer.nl/video-podcast/van-slingerlandtlesing-door-albert-jan-kruijer-over-bestuurskunde-en-de-publieke-kwestie/.

Als ik de afgelopen twintig jaar overzie, dan constateer ik dat veel groepen burgers direct of indirect in hun omgeving geconfronteerd zijn met de gevolgen van beleid dat achteraf niet houdbaar bleek, met gebrekkige uitvoering vanwege traagheid of onzorgvuldigheid.⁷ Ook jonge mensen worden geraakt; denk bijvoorbeeld aan de problemen van leerlingen in het mbo en de invoering/afschaffing van de studietoelening en de invoering/afschaffing van het bindend studieadvies. In de politiek is regelmatig aandacht voor kwetsbare groepen. Onvoldoende aandacht bestaat naar mijn mening voor ‘gekwetste groepen’ en hun gerechtvaardigde zorgen worden onvoldoende serieus genomen. Als voorbeeld noem ik Groningse burgers die jaren in onzekerheid verkeren vanwege de gevolgen van de gasboringen en onvoldoende perspectief hebben. Ook de slachtoffers van de toelagenaffaire moeten lange tijd wachten op herstel, als herstel in de oude toestand al haalbaar blijkt.

Als het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) peilt hoe de stemming is in de samenleving, dan blijkt dat een niet te verwaarlozen groep burgers het gevoel heeft dat ze in Den Haag geen aandacht hebben voor hun belangen. Kwetsbare groepen, die vaak lager opgeleid zijn, zijn hier oververtegenwoordigd. Politicoloog Tom van der Meer bepleitte met zijn boek *Niet de kiezer is gek* voor een gedragsmatige verandering van de gevestigde politieke partijen. De sociale onrechtvaardigheid in de huidige samenleving aanpakken vraagt zo gezien iets anders dan budget en beleid. Het vraagt een andere blik op de samenleving en een andere modus operandi in de politiek.

4 De noodzaak van inclusiviteit

Artikel 1 van de Grondwet, het recht op gelijke behandeling en het verbod van discriminatie, draagt in belangrijke mate bij aan sociale rechtvaardigheid in de Nederlandse rechtsstaat. In tijden van corona heeft de in de VS geïnitieerde Black Lives Matter-beweging ertoe geleid dat institutioneel racisme op de politieke agenda is komen te staan. In 2013 heb ik als Nationale ombudsman gesignaleerd dat het politieke klimaat in Den Haag racistisch van aard is.⁸ Bovendien heb ik toen aandacht gevraagd voor etnisch profileren. Beide onderwerpen leidden tot afwijzende reacties: ‘racisme’ was – in de mainstream oordeelsvorming – een te groot woord en de discussie viel dood. Dit jaar ontstond in Nederland na de tragische dood van George Floyd in de VS een schok in de publieke opinie.

Als gevolg hiervan framede premier Rutte in de zomer van 2020 het onderwerp racisme als ‘systemisch’, hoewel ‘institutioneel racisme’ voor hem nog een brug te ver is. Evident is de ongelijke positie van bepaalde groepen op de arbeidsmarkt, woningmarkt en breder in de maatschappij. Dit is het resultaat van decennialange ontwikkelingen in onze samenleving, die niet zomaar om te buigen zijn. De toelagenaffaire heeft duidelijk gemaakt dat de Belastingdienst systematisch discrimineerde. Er vindt al dan niet bewust systematische uitsluiting plaats, op basis van voor-

7. Nationale ombudsman, de Kinderombudsman, Veteranenombudsman, Regel regiel, Den Haag, 2019. En DenkWerk, Publiek en effectief, het kan! Naar een kwalitatief hoogwaardige en robuuste publieke sector voor Nederland, 2020.

8. Alex Brenninkmeijer, ‘Brenninkmeijer: Politiek klimaat racistisch’, *Buitenhof* 20 oktober 2013, nos.nl/video/564866-brenninkmeijer-politiek-klimaat-racistisch.

oordelen over superioriteit, waarbij de traditionele ‘witte Nederlandse man’ boven aan de pikorde staat. Bovendien komt hierbij nog de ongelijke positie van vrouwen aan de orde. Hoewel er verbeteringen optreden, blijkt het decennia te kosten om vrouwen in een gelijkwaardige positie te krijgen, terwijl een migratieachtergrond als een verrijkend en diep ingrijpend maatschappelijk stigma werkt. Duidelijk is dat vrouwen en minderheden systematisch een zwakkere positie hebben en ook in lhbt-kringen uitsluiting ervaren kan worden.

Ondanks het feit dat artikel 1 van de Grondwet vanuit rechtsstatelijk oogpunt glashelder is over de gelijkwaardige positie van ieder menselijk individu in onze samenleving, blijkt de dagelijkse praktijk nog ver verwijderd van dit ideaal. Debet hieraan is dat ons politieke en bestuurlijke systeem onvoldoende inclusief is. Als we kijken naar de positie van de vrouw in het openbaar bestuur dan blijkt dat bijvoorbeeld op gemeentelijk niveau slechts één derde vrouw is. Ook in de Tweede Kamer geldt die verhouding. In het kabinet-Rutte III gaat het om de verhouding 24-10 (40%), terwijl slechts 1 van de 24 niet in Nederland geboren is. Hoewel op het eerste gezicht gesteld kan worden dat gelijke behandeling meer inclusiviteit vereist, speelt er wat mij betreft vanwege die inclusiviteit een andere factor. Als het gaat om agendasetting en de wijze waarop we met elkaar omgaan, is het evident dat de samenstelling van regering en volksvertegenwoordiging van invloed is en dat dit op gelijke wijze geldt voor iedere bestuurslaag, maar ook voor iedere bestuurskamer.

Waarom maakt het verschil of bestuurlijke verhoudingen gebaseerd zijn op gelijkwaardigheid en inclusiviteit? Dit is naar mijn overtuiging niet alleen en primair een kwestie van sociale rechtvaardigheid, in de zin van ‘iedereen telt in gelijke mate mee’, of ‘iedereen behoort in gelijke mate mee te tellen als norm’. Wat telt is het karakter van de politiek, van de bestuurlijke biotoop. Wie voelt zich thuis in de Tweede Kamer, wie voelt zich thuis in ‘de politiek’? Kennelijk ervaren vrouwen en minderheden minder urgentie om zich in de politiek ‘in te vechten’ en is dit ‘invechten’ een verdacht frame, omdat het competitie vooropstelt.

Om dit anders te kenschetsen: de dominante politieke cultuur is masculien van aard en feminiene waarden – over de inhoud van dit onderscheid valt natuurlijk te discussiëren – delven het onderspit in de dagelijkse politieke praktijk. Globaal is dat een onderscheid tussen competitie en coöperatie.⁹ De dagelijkse praktijk is er een van geldingsdrang, concurrentie, elkaar de maat nemen, veel spreken en weinig luisteren, elkaar vliegen afvangen of te slim af zijn. Zoals Kamerlid Sandra Beckerman stelt: ‘Ik schrok heel erg hoe alle clichés over de Tweede Kamer kloppen. De waan van de dag. De desinteresse in elkaar, het alleen maar bezig zijn om met quotejes in de media te komen en niet te luisteren.’¹⁰ Nu Kamerleden aangeven of ze al dan niet na de verkiezingen terugkeren, klinkt Kamerbreed kritiek.

9. Geert Hofstede, Gert Jan Hofstede & Michael Minkov, *Cultures and organizations - Software of the mind: intercultural cooperation and its importance for survival*, New York: McGraw-Hill 2010.

10. ‘SP-Kamerlid Sandra Beckerman: “Regeren kan ook misgaan”’, *Het Parool* 1 augustus 2020.

5 Minder daadkracht en andere vormen van beleidsvorming

Schetsmatig geef ik een aantal oplossingen aan. Kernpunt vormt een eenvoudig doch fundamenteel inzicht: in onze complexe samenleving is de staat een complex systeem en de sterkte van dit systeem is afhankelijk van de mate waarin terugkoppeling plaatsvindt en die terugkoppeling effect sorteert. Dit vormt de basis voor doelgerichte vernieuwing en voor aanpassing aan de actuele situatie. De vele discussies over de ‘Haagse kaasstolp’ vormen een illustratie. De verstrengeling tussen politiek en media en de gangbare politieke habitus leiden ertoe dat de verbinding tussen wat er rond het Binnenhof gebeurt en wat leeft in onze samenleving verstoord is. Sommige onderwerpen zijn bijvoorbeeld ‘in’ en andere zijn ‘uit’ zowel in politiek als media, terwijl ze maatschappelijk zwaar kunnen wegen. Met bepaalde onderwerpen kun je scoren en andere niet. Dat is een ongezonde situatie. De Nederlandse staat kan versterkt worden door de belangrijke terugkoppelingssystemen te identificeren en vervolgens te versterken.¹¹

Want die terugkoppeling in ons staatsbestel staat onder druk. Ik heb dat zelf ervaren als Nationale ombudsman – in hoeverre wordt zijn of haar boodschap serieus genomen en vertaald in maatregelen? Maar meer in het algemeen geldt dat adviezen van onafhankelijke adviesinstanties steeds meer ‘ingekapseld’ worden in het Haagse gebeuren. De adviezen van de Raad van State worden te vaak ‘weggeschreven’, zonder dat er serieus gevolgen aan verbonden worden – zie bijvoorbeeld het stikstofdossier, maar ook de kritiek op de coronamaatregelen in de begroting voor 2021. De Algemene Rekenkamer levert veel waardevol materiaal aan voor verantwoordingsdag, maar de politieke impact ervan is gering. Inspecties staan op onvoldoende afstand van ministeries en zijn verweven met de ministeriële organisatie; het effect van onderzoek van onafhankelijke instanties als het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL), SCP en CPB is onvoldoende gewaarborgd. De perikelen rond adviezen van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) waaraan het Ministerie van Volksgezondheid ‘meeschreef’ vormen een pijnlijke illustratie.¹² De politiek werkt niet transparant en probeert zich voor ongewenste risico’s op voorhand in te dekken.

In de Haagse actualiteit wordt onderzoek te veel gepolitiseerd, in de zin dat politici die de coalitie steunen vaak onderzoek afhouden en eventueel de vraagstelling onschadelijk maken. Kamerleden beperken hun controlerende taak veelal tot het stellen van vragen aan ministers, en de omvang van eigen onderzoek door de Kamer is te beperkt om de constitutionele controletaak te waarborgen. Op al deze constatering valt natuurlijk af te dingen, maar het geschetste beeld doemt wel op na een kritische blik op hoe Den Haag werkt. Een essentiële beleidsmaatregel zijn het verzelfstandigen van inspecties, het waarborgen van de onafhankelijkheid van adviesinstanties en een jaarlijkse verantwoording van de regering over de effectiviteit van deze terugkoppelingssystemen.

11. Alex Brenninkmeijer, ‘Nederland als “sterke staat”’, in: Erwin Muller & Henk Kummeling (red.), *Instituten van de staat*, Deventer: Kluwer 2020, p. 655 e.v.

12. Yvonne Hof, ‘Waarom het RIVM steeds meer onder vuur ligt’, *de Volkskrant* 21 augustus 2020.

De belangrijkste rechtsstatelijke terugkoppeling vindt via rechtspraak plaats. De rechterlijke macht staat vanwege slecht justitiebeleid al decennia onder druk, hoewel de maatschappelijke waardering voor de rechtspraak hoog is. Met mijn ervaring van meer dan twintig jaar als rechter in vele rechterlijke colleges concludeer ik dat ik in de huidige Nederlandse rechterlijke organisatie niet als rechter zou willen werken. Onafhankelijk functioneren en rechterlijke vakkundigheid staan te veel onder druk. De rechtspraak heeft zich ontwikkeld tot een rechtspraakbu-reaucratie.

Ons openbaar bestuur is gebaseerd op machtenspreiding via de trias politica: wetgeving, bestuur en rechtspraak. Maar vanwege de symbiose tussen wetgeving en bestuur – en institutioneel tussen regering en parlementaire meerderheid – heeft zich een duas politica ontwikkeld, waarin de politiek de overhand heeft. De organisatie en financiering van de rechtspraak via de Raad voor de Rechtspraak zijn problematisch. Constitutioneel toetsingsrecht ontbreekt, waardoor gemakkelijk kritiek kan ontstaan als rechters Europees recht of internationaal recht toepassen. In populistische hoek wordt zelfs van een ‘dikastocratie’ gesproken en de Tweede Kamer zette dit onderwerp op de agenda.¹³ Het idee van de heerschappij van rechters staat haaks op de realiteit. Kernprobleem is dat rechtspraak in de huidige context gepolitiseerd wordt, terwijl rechtsstatelijkheid een eigen functie moet vervullen naast de politiek. Rechtsstaat en democratie verkeren in een dynamisch evenwicht net zoals de rechtspraak en de politiek dat doen, maar daar hoort een gezonde spanning bij.

Democratie vormt een essentieel terugkoppelingssysteem in de moderne staat. Onze democratie wordt echter in de huidige ‘mediacratie’ vereenzelvigd met de politiek. Democratie is wat politici doen, lijkt het. Maar er is een belangrijk verschil tussen de democratie als statelijk en maatschappelijk instituut en het handelen van actoren zoals politici in het kader van deze democratie. Politici bewonen het instituut van de democratie en kunnen zich als bewoners constructief, maar ook destructief gedragen. Zij kunnen zich niet op het standpunt stellen dat zij wel uitmaken wat democratie is en hoe die functioneren moet.

Integendeel, politici zouden zich dienstbaar moeten opstellen ten aanzien van de democratie door het voortdurend trouw zijn aan democratische waarden als waarheidsliefde en toewijding aan een open, goed geïnformeerd debat. Bovendien zou besluitvorming tot stand moeten komen op basis van de overtuiging van volksvertegenwoordigers in plaats van op basis van regeerakkoorden, ruggespraak en partijdiscipline. Individuele politici moeten zich ook verantwoorden voor hun handelen en toetsbaar zijn op hun trouw aan democratische waarden. De stelling dat de verkiezingen daarvoor het moment zijn, leidt ertoe dat onvoldoende verantwoording afgelegd wordt en deze verantwoording slechts één keer in de vier jaar plaatsvindt. Dat past niet meer bij deze tijd.

Als het om democratie gaat, blijkt in onze samenleving bij veel redelijk tot goed geïnformeerde burgers het zwaartepunt van het democratisch proces zich te verleggen van het Binnenhof naar buiten. Belangrijke politieke items vormen deel

13. tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A00508.

van een breed maatschappelijk debat. Dat vormt op zich een verrijking van onze democratie. Aan de openheid en waarde van dit maatschappelijk debat wordt afbreuk gedaan, doordat mede onder invloed van de digitale media, maar ook de te eenzijdige aandacht van journalisten en media voor het uitzonderlijke of extreme, vaak een scheef beeld ontstaat of een gepolariseerde discussie met extreme meningen de meeste nadruk krijgt. Trouw zijn aan democratische waarden draagt bij aan een meer genuanceerd debat, of liever dialoog, waarin verschillende argumenten de ruimte krijgen.

Hierachter schuilt echter een belangrijke ontwikkeling, namelijk een opkomende verschuiving van het zwaartepunt dat traditioneel ligt bij de representatieve parlementaire democratie naar meer invloed van participatieve vormen van democratie. De Covid-19-pandemie veroorzaakte op tal van punten discussies. De adviezen van het RIVM en het Outbreak Management Team en de genomen beleidsmaatregelen werden niet zonder meer aanvaard. Achteraf gezien is er vanuit de samenleving veel invloed uitgeoefend op de keuzes die gemaakt werden. Vraag is of ons openbaar bestuur voldoende toegerust is om deze invloed vanuit de samenleving op juiste waarde te schatten en in beleid te verwerken.

Dit brengt mij tot mijn laatste punt: hoe vindt beleidsvorming plaats? De gedachte dat bij de voorbereiding van de verkiezingen en de daaropvolgende kabinetsformatie een aantal beleidsvoorstellen op tafel wordt gelegd – op basis waarvan bij de coalitieonderhandelingen keuzes gemaakt kunnen worden – wordt steeds meer ingehaald door de maatschappelijke werkelijkheid. Deze maatschappelijke werkelijkheid is dat deze vorm van beleidsontwikkeling vaak tot mislukken gedoemd is. Beleid kan vaak beter interactief met de samenleving ontwikkeld worden. En dan niet alleen met de ‘koepels’ van werkgevers en werknemers en de veelvormige lobby’s, maar breder al naargelang het onderwerp. Ook hier rijst de vraag of er voldoende ervaring en deskundigheid zijn om dit type processen vorm te geven en of die al doende opgebouwd kunnen worden.

Als het gaat om sociale rechtvaardigheid, is mijn advies: om Nederland bij de tijd te brengen is het noodzakelijk meer aandacht te schenken aan de effectiviteit van statelijke en maatschappelijke terugkoppelingssystemen. Maar vooral ook om aandacht te besteden aan de onafhankelijkheid van inspecties, adviesinstanties, hoge colleges van staat zoals de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman. De rechter vervult in het bijzonder een rol als terugkoppelingsmechanisme in het stelsel van checks and balances van beleidsvorming, uitvoering en rechtspraak. Die rol is verzwakt. Te veel nadruk ligt op de rol van regering en parlement, in een tijd waarin die rol juist aan erosie onderhevig is. De media vragen eveneens aandacht, te beginnen bij de digitale media en de zich daar manifesterende vaak ongecontroleerde macht.

Een tweede advies betreft een verdere ontwikkeling van de democratische besluitvorming in onze samenleving. De representatieve democratie moet op verschillende manieren aangevuld worden met vormen van participatie, waarbij al doende geleerd moet worden hoe participatie effectief kan worden ingezet. Beleidsvorming moet in veel meer gevallen een maatschappelijk proces zijn en niet het resultaat afkomstig

van de Haagse tekentafel of erger nog formatietafel. Bovendien moet de inclusiviteit van onze besluitvorming vergroot worden. De Haagse biotoop is in meerdere opzichten 'te eng' samengesteld. Waarom is de participatie van vrouwen in de politiek nog steeds te beperkt? Waarom is de toegang voor minderheden te beperkt? Klopt de politieke agenda wel en werken politici op een juiste wijze met elkaar samen om aan onze parlementaire democratie op geloofwaardige wijze gestalte te geven? Staan politici voldoende open voor democratische ontwikkelingen in onze samenleving?

Ik realiseer mij dat mijn voorstellen en de vragen die ik stel niet direct op een warm onthaal leiden rond het Binnenhof. Toch ben ik ervan overtuigd dat binnen nu en tien jaar deze voorstellen en vragen aan relevantie zullen winnen.

Menselijke maat in het bestuursrecht: afwijken van algemene regels

Herman Bröring en Albertjan Tollenaar^{*}

1 Inleiding

De Nederlandse bestuursrechtelijke procedure draait primair om de rechtsbescherming tegen individuele besluiten. Hoewel de normering in de Algemene wet bestuursrecht een bredere reikwijdte heeft,¹ onttrekken algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zich in beginsel aan een bestuursrechtelijke beoordeling.² In de recente periode is juist veel aandacht voor de (kwaliteit) van deze algemene regels.³ Het probleem dat prominent op de agenda staat is dat algemene regels in de weg staan aan een adequate individuele rechtsbedeling. De menselijke maat dreigt uit beeld te verdwijnen. Daarmee is de meest urgente vraag van dit moment gegeven: hoe kan de menselijke maat weer terug worden gebracht in het bestuursrecht?

In deze bijdrage verkennen we de verschillende mogelijkheden waarop de vormgeving van algemene regels bij kan dragen aan het verder versterken van de menselijke maat. Geheel in lijn met de onderzoeksinteresse van Jan Jans voegen we daar een Europese dimensie aan toe: in hoeverre vormt het Europees recht een blokkade voor al te veel ruimte in algemene regels?

De bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst bespreken we kort het doel van deze exercitie: de menselijke maat. Vervolgens komen drie mogelijke oplossingsrichtingen aan de orde die in het debat zijn voorgesteld: een generieke hardheidsclausule in de Algemene wet bestuursrecht, hardheidsclausules in bijzondere wetgeving en het opnemen van een afwijkingsplicht in beleidsregels. Deze oplossingsrichtingen worden vervolgens gespiegeld aan de Europese context: welke ruimte laat het Europees recht?

* Herman Bröring is hoogleraar Bestuursrecht. Albertjan Tollenaar is hoogleraar Empirische bestudering van recht en lokaal bestuur. De auteurs zijn beiden werkzaam bij de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Zie art. 3:1 Awb.
2. Zie art. 8:3 Awb. De uitzondering is de exceptieve toetsing door de bestuursrechter dan wel een vordering wegens onrechtmatige wetgeving bij de civiele rechter. Zie voor de onderlinge verhouding tussen deze beide mogelijkheden HR 22 mei 2015, AB 2016/267, m.nt. Kortmann en Van der Veen (*Privacy First*).
3. Dit wordt ook onderstreept door de conclusie van Staatsraad A-G Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, over exceptieve toetsing. Zie ook de oratie van Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), 2015.

2 Menselijke maat

Eind 2020 en begin 2021 zijn twee belangwekkende parlementaire rapporten verschenen die betrekking hebben op de bestuursrechtelijke realiteit van nu. Het rapport *Ongekend onrecht* analyseert de oorzaken en gevolgen van de toeslagenaffaire en het rapport *Klem tussen balie en beleid* ging over het meer algemene probleem van grote uitvoeringsorganisaties die niet in staat blijken om zicht te houden op de menselijke maat.⁴ De grote gemene deler is steeds hetzelfde. Het recht is complex, uitvoeringsorganisaties zijn te star en in de concrete besluitvorming wordt nauwelijks rekening gehouden met de concrete omstandigheden van het individuele geval.

Degene die regelmatig rapporten van de Nationale ombudsman leest, kan deze boodschap onmogelijk verbazen.⁵ Ook de kritische noten die in de jurisprudentie – en dan met name: door de Centrale Raad van Beroep⁶ – worden gekraakt over de te uniforme regeltoepassing vormen een aardige indicator dat er iets aan de hand is met de (te rigide) regulering in het bestuursrecht.

Van belang is dat de zoektocht naar de menselijke maat zich niet beperkt tot het ‘tweepartijen bestuursrecht’, waarbij de overheid als uitkeringsinstantie of belastingininner eenzijdig de rechtspositie van de burger bepaalt. Ook in het zogeheten ‘driepartijen bestuursrecht’ komt de roep om menselijke maat naar voren. Denk aan de ontwikkelingen in het omgevingsrecht, waar de scherpe regels als belemmerend worden gezien en de menselijke maat in beeld komt door ruime bestuurlijke afwegingsruimte waarmee afgeweken kan worden van algemene verbindende voorschriften.⁷

3 Een generieke hardheidsclausule?

De reactie op de beklemmende wetgeving is: geef het bestuur meer ruimte. Scheltema heeft in dat kader voorgesteld om een algemene veiligheidsklep in te bouwen in de Algemene wet bestuursrecht, waarmee het bestuursorgaan onder omstandigheden af zou moeten wijken van algemeen verbindende voorschriften. Dit zou worden neergelegd in een nieuw artikel 3:4a: ‘indien de toepassing van een wettelijke regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen, en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt, kan van die regel worden afgeweken, voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen’.⁸

Dit voorstel is in de Eerste Kamer aan de Minister voor Rechtsbescherming voorgelegd. De reactie van de regering was ronduit afwijzend. Een generieke hardheidsclausule leidt onvermijdelijk tot uitzonderingen op die hardheidsclausule op een

4. *Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 3 en Kamerstukken II 2020/21, 35387, nr. 2.*

5. Met name: Nationale ombudsman, *Geen powerplay maar fair play*, Rapport 2017/095. Maar ook de rapporten over de boetes in de sociale zekerheid en de terugvorderingspraktijk dienen als illustratie.

6. Denk aan de interventies rondom de bestuurlijke boete op grond van de Participatiewet.

7. Zie hierover: M. Lurks & N.A. Van Renssen, ‘Doelgericht maatwerk: tussen integratie en specialisatie in de Omgevingswet’, *Preadvies VAR 2020*, p. 120.

8. M. Scheltema, ‘Wetgeving in de responsieve rechtsstaat’, *RegelMaat 2018*, afl. 3, p. 128.

aantal beleidsterreinen, waar juist *minder* behoefte bestaat aan discretionaire ruimte voor bijzondere gevallen.⁹ De minister wees in dat verband op het vreemdelingenrecht, waar de discretionaire ruimte enige tijd geleden juist is gereduceerd omdat het gebruik van die discretionaire ruimte politiek ingewikkeld ligt.¹⁰

4 Meer ruimte in bijzondere wetten?

De redenering van de minister volgend, zou de oplossing zijn om in bijzondere wetten ruimhartiger hardheidsclausules op te nemen. Dit volgt ook uit twee Kamerbreed aangenomen moties waarin de Tweede Kamer oproept om alle uitvoeringsorganisaties voldoende ruimte te geven – ook in wetgeving – voor maatwerk en de menselijke maat,¹¹ respectievelijk ‘de regering’ wordt opgeroepen om ‘als regel in wetgeving een hardheidsclausule op te nemen en bestaande wetgeving in die zin aan te passen’.¹²

Je kunt je het hoofd breken over de vraag of het zo logisch is dat de Tweede Kamer als medewetgever de regering (eveneens medewetgever) oproept om wetgevingstechnieken toe te passen. Een vriendelijke interpretatie is dat beide moties een uiting vormen van zelfbinding van de Tweede Kamer. Het beeld is in ieder geval duidelijk: de wetgever moet bij het formuleren van rechten en plichten meer ruimte laten aan het bestuur om in gevallen van kennelijke onredelijkheid af te wijken.

Nu is de roep om bestuurlijke ruimte niet nieuw. In veel wetgevingsdiscussies komt de vraag aan de orde of de regulering niet in de weg staat aan het bereiken van de beleidsdoelen. Een voorbeeld is te vinden in het sociaal domein, meer in het bijzonder bij de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en de Jeugdwet. In beide wetten volstaat de wetgever met een ruime aanduiding van de taak van het gemeentebestuur en wordt ruimte gelaten aan het bestuur om de voorzieningen af te stemmen op de persoon van de aanvrager.¹³

Deze wetgeving laat ook meteen zien waar het knelt: vage wetgeving leidt tot vage, oncontroleerbare besluiten. Dit werd duidelijk toen het gemeentebestuur met toepassing van de Wmo 2015 volstond met ‘outcomebeschikkingen’, van het type ‘u krijgt een schoon en leefbaar huis’. De Centrale Raad van Beroep nam daar geen genoegen mee, omdat een dergelijke formulering de burger in onzekerheid laat en de rechter de kans ontnemt om de toereikendheid van de voorziening te con-

9. *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 9 en reactie minister: item 8, p. 39.

10. Zie Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, *Stb.* 2019, 143.

11. *Kamerstukken II* 2020/21, 28362, nr. 52.

12. *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 37.

13. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 6 (MvT Wmo 2015).

troleren.¹⁴ Het gevolg: de ruimte in wetgeving werd gaandeweg opgevuld door nadere regels en protocollen van een onduidelijk allooi.¹⁵

Buiten de normatieve noodzaak van nadere normering geldt ook de empirische constatering dat bestuursorganen nu eenmaal graag gebruikmaken van nadere regels. Dit wordt verklaard vanuit een bureaucratische rationaliteit waarbij de besluitvormingskosten per individueel geval worden gereduceerd wanneer er een vaste procedure ontstaat. Ook externe druk draagt bij aan de ontwikkeling van vaste gedragslijnen, al dan niet in de vorm van beleidsregels.¹⁶

5 Menselijke maat via beleidsregels?

Daarmee verschuift het beeld naar de regels die niet als algemeen verbindende voorschriften kunnen worden aangemerkt: beleidsregels, protocollen en richtlijnen. Deze vormen van soft law vullen de discretionaire ruimte die de wetgeving aan het bestuur laat. De vraag is in hoeverre deze regulering wél bijdraagt aan het realiseren van de menselijke maat.

In het bijzonder voor beleidsregels geldt de zelfbinding zoals deze is gecodificeerd in artikel 4:84 Awb: de beleidsregel moet worden toegepast, tenzij bijzondere omstandigheden toepassing onevenredig bezwarend maken voor belanghebbenden. Men zou kunnen betogen dat daardoor beleidsregels een bijzondere positie innemen in de categorie soft law, en dat de binding van het bestuursorgaan aan die beleidsregels relatief sterk is: in beginsel moet de beleidsregel net als een algemeen verbindend voorschrift in acht worden genomen; alleen in geval van bijzondere, niet bij het vaststellen van de regel meegewogen omstandigheden en een onevenredig gevolg van de toepassing van de beleidsregel dient er van de beleidsregel te worden afgeweken.

Bij uitspraak van 26 oktober 2016 heeft de Afdeling echter bepaald dat de mogelijkheid om af te wijken van beleidsregels niet is voorbehouden aan bijzondere gevallen.¹⁷ Bestuursorganen moeten alle omstandigheden van het geval betrekken bij de beoordeling van de evenredigheid van de regeltoepassing. Het komt alleen nog aan op het evenredigheidsbeginsel.¹⁸

14. M.F. Vermaat, 'Resultaatgericht indiceren: je weet pas wat je krijgt als je het hebt', *NTB* 2018, afl. 1, p. 14-17; E. Klein Egelink, 'De toetsing door de bestuursrechter bij integrale besluitvorming in het sociaal domein', *NTB* 2018, afl. 1, p. 32-36; B. Wallage & W.I. Koelewijn, 'Resultaatgericht indiceren op grond van de Wmo 2015 niet langer mogelijk?', *Gst.* 2019, p. 179-182. CRvB 18 oktober 2017, AB 2018/71, m.nt. Tollenaar, CRvB 16 oktober 2019, *JWWB* 2019/310, CRvB 11 november 2015, AB 2016/64, m.nt. Tollenaar en CRvB 18 oktober 2017, *Gst.* 2018/71, m.nt. Tollenaar.

15. Zie bijvoorbeeld CRvB 18 mei 2016, AB 2016/263, m.nt. Tollenaar, *USZ* 2016/234, m.nt. Bruggeman, CRvB 18 oktober 2017, AB 2018/71, m.nt. Tollenaar.

16. A. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

17. ABRvS 26 oktober 2016, AB 2016/447, m.nt. Bröring, *JB* 2016/235, m.nt. Timmermans.

18. Zoals de Raad van State dat al in het kader van de totstandkoming van de Awb-regeling van beleidsregels had geadviseerd. Zie noot Bröring, AB 2016/447, p. 2824.

Met deze jurisprudentielijn lijkt een belangrijk verschil weg te vallen tussen beleidsregels en andere vormen van soft law, waarvoor artikel 4:84 Awb niet geldt. Desalniettemin is niet het beeld dat bestuursorganen sinds de uitspraak van 26 oktober 2016 vaker of eenvoudiger van beleidsregels afwijken. Bestuursorganen komen niet meer weg met de opmerking dat van afwijking van beleidsregels geen sprake kan zijn omdat de betrokken omstandigheden in de beleidsregels zijn verdisconteerd.¹⁹ Een dergelijke opmerking impliceert steevast een motiveringsgebrek. Maar leidt dit tot meer maatwerk in die zin dat volgens de rechter vaker van beleidsregels moet worden afgeweken? De jurisprudentie wijst op een ontkennend antwoord: een geslaagd beroep op de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb is nog steeds hoogst uitzonderlijk.²⁰

Dat kan ermee te maken hebben dat bestuursorganen tegenwoordig, rekening houdend met de huidige jurisprudentielijn, zelf meer aandacht hebben voor de vraag of het toepassing geven van de beleidsregels onevenredig uitwerkt. Dat is echter een veronderstelling waarvoor wij nergens een bevestiging hebben kunnen vinden.²¹

In een aantal uitspraken herhaalt de rechter dat voor gebruikmaking van de afwijkingsbevoegdheid niet meer relevant is of de omstandigheden al dan niet zijn verdisconteerd (of geacht worden te zijn verdisconteerd). Veel vaker bekommert de rechter zich in het geheel niet om de vraag of de omstandigheden al dan niet zijn verdisconteerd. Voldoende is om na te gaan of de toepassing van de beleidsregels in het concrete geval niet onevenredig uitpakt. Wij kunnen ons voorstellen dat het toch nog van belang kan zijn om te weten of bepaalde omstandigheden bij de vaststelling van de beleidsregels zijn verdisconteerd. Als er geen verdiscontering is, zou dat voor het bestuursorgaan aanleiding moeten zijn voor nadere besluitvorming die zou kunnen resulteren in afwijking van de beleidsregels ook in de situatie dat het toepassing geven aan de beleidsregels geen gevolgen heeft waarvan kan worden gezegd dat deze voor een of meer belanghebbenden onevenredig zijn. Wij geven echter meteen toe dat deze benadering niet aansluit bij wat in de bestuurspraktijk gangbaar is.

Met de constatering dat de uitspraak van 26 oktober 2016 niet tot wezenlijke veranderingen in de rechts- en bestuurspraktijk lijkt te hebben geleid, rijst de vraag hoe in geval van aanwezigheid van beleidsregels alsnog aan de wens van meer maatwerk kan worden toegekomen. Daartoe kan de zojuist vermelde juridische argumentatie worden gehanteerd op grond waarvan ondanks de aanwezigheid van beleidsregels vaker dan tot dusverre wordt verplicht tot nadere besluitvorming.

19. L. Mitsinga, 'Maatwerk bij de vaststelling en toepassing van beleidsregels', *JBplus* 2021, afl. 2, p. 85.

20. M. Feenstra & A. Tollenaar, 'Bijzondere omstandigheden bij de toepassing van beleidsregels', *JBplus* 2018, afl. 1, p. 3-12.

21. Wel beschikken we over ervaringen die in een andere richting wijzen. Deze delen we met iedereen die wel eens een cursus voor ambtenaren over beleidsregels heeft verzorgd. In een dergelijke cursus word je herhaaldelijk geconfronteerd met de verbazing die cursisten uiten wanneer ervan gewag wordt gemaakt dat soms van beleidsregels moet worden afgeweken. Vele cursisten blijken op hun werk vertrouwd met de boodschap dat juist helemaal niet van de beleidsregels mag worden afgeweken.

Die nadere besluitvorming kan dan op uiteenlopende wijze uitwerken. Niet alleen in het voordeel, maar ook in het nadeel van een belanghebbende, waarbij dit laatste berust op de nadere besluitvorming, zodat strikt genomen geen sprake is van afwijking van de beleidsregels.²²

Wij vermoeden dat de optie van verlengde besluitvorming voor veel bestuursorganen niet werkbaar is. Voor een door Konijnenbelt genoemde optie ligt dat anders. Deze komt erop neer dat de beleidsregels zelf expliciet keuzemogelijkheden bevatten. In plaats van dwingende, scherpe beleidsregels zou gekozen moeten worden voor beleidsregels die zelf uitdrukkelijk van bestuursorganen en ambtenaren aandacht voor de omstandigheden van het geval vragen. Dan gaat het om beleidsregels met formuleringen zoals ‘als uitgangspunt is bepalend’, of ‘onder meer moet worden gelet op’. Volgens Konijnenbelt ‘moet een beleidsregel die onvoldoende ruimte laat om met relevante omstandigheden rekening te houden, in zoverre *onverbindend worden geacht*’.²³ De keuze voor beleidsregels met veel keuzeruimte in plaats van strak geredigeerde beleidsregels zonder keuzeruimte waarvan eventueel moet worden afgeweken zou inderdaad kunnen bijdragen aan meer maatwerk. In elk geval zou er in geval van beleidsregels met veel keuzeruimte minder reden zijn om van de beleidsregels af te wijken.

6 Intermezzo: generieke hardheidsclausule en afwijking van beleidsregels

De discussie over de bindende werking van beleidsregels is ook van belang voor de door Scheltema voorgestelde generieke hardheidsclausule in wetgeving. De vraag is immers of het voor afwijking van wetgeving uitmaakt of bepaalde omstandigheden of gevolgen door de wetgever zijn verdisconteerd (of geacht worden te zijn verdisconteerd), in die zin dat alleen mag worden afgeweken wanneer het gaat om *niet-verdisconteerde* omstandigheden. Daarmee zou men uitkomen op het onderscheid tussen beslissingen contra legem, die ingaan tegen wat in de wet is verdisconteerd, en beslissingen praeter legem, die geen betrekking hebben op verdisconteerde omstandigheden en in die zin niet tegen de wet ingaan maar daarmee in lijn zijn (in de geest van de wet).

Begrijpen wij de visie van Scheltema goed, dan is naar zijn mening van contra legem echter vrijwel nooit sprake, omdat het evenredigheidsbeginsel deel uitmaakt van de wet, waarbij de Awb en de bijzondere wet niet als gescheiden van elkaar maar in onderling verband moeten worden beschouwd. ‘Dit laat open de mogelijkheid dat de sectorwetgever wel uitdrukkelijk een afwijking van artikel 3:4 lid 2 heeft gewild en opgenomen. Dan zal de rechter die bepaling moeten laten voorgaan

22. In zoverre is de jurisprudentie die afwijking ten nadele van een belanghebbende verbiedt irrelevant.
23. W. Konijnenbelt, ‘Normstelling in het bestuursrecht. Een pleidooi voor enige vrijzinnigheid maar vooral voor Einzelfallgerechtigheid’, *NTB* 2019, afl. 7 p. 280-286 (zie voor het citaat p. 10). Een van de eisen die de zgn. ‘no fettering rule’ volgens Mitsinga 2021, p. 94, aan beleidsregels stelt, wijst in dezelfde richting: ‘Een bestuursorgaan mag geen beleidsregels vaststellen die een bepaalde uitkomst voorschrijven, ongeacht de omstandigheden.’

boven de Awb. Een voorbeeld daarvan ken ik niet, en ik kan mij nauwelijks voorstellen dat het parlement een dergelijke afwijking zou accepteren.²⁴

Omdat het draait om het in de wet opgenomen evenredigheidsbeginsel is, anders dan in voorkomende gevallen op grond van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, geen sprake van contra-legen-werking van het evenredigheidsbeginsel. Maar in resultaat komt het daar wel op neer.

Scheltema gaat uit van een redelijk denkende wetgever, die geen onevenredige gevolgen heeft gewild. Dat zou betekenen dat het voor wetgeving net als voor beleidsregels erop aankomt dat de toepassing van de regelgeving geen onevenredige gevolgen heeft, en dat men zich bij beide soorten regels minder druk hoeft te maken over wat wel en niet in de regelgeving is verdisconteerd. Maar zo is het ook weer niet. Zie het door hem voorgestelde artikel 3:4 bis Awb:

‘Differentiatie in de toepassing van een wettelijk voorschrift is, ook in afwijking van dat voorschrift, geboden indien

- bijzondere omstandigheden in afwijking van het normale patroon dat verlangen, en
- de wet niet beoogt deze bijzonder omstandigheden buiten beschouwing te laten.’²⁵

Dit sluit aan bij onze opvatting dat het ook onder huidig recht in het kader van beleidsregels van belang kan zijn om te weten of bepaalde omstandigheden al dan niet zijn verdisconteerd. Waar wij het voor beleidsregels hebben over nadere besluitvorming, en Konijnenbelt over ‘een vrijzinnige lezing van de mindere regels’,²⁶ heeft Scheltema het voor wetgeving over differentiatie in de regeltoepassing.

7 Europees perspectief

Wanneer het resultaat is dat wetgeving minder normeert en meer ruimte laat aan het bestuur, rijst de vraag hoe dit zich verhoudt tot het Europees recht. Met name de Dienstenrichtlijn zou hier van belang kunnen zijn. Deze richtlijn beoogt het eenvoudiger te maken voor dienstverleners om zich binnen de EU te verplaatsen en diensten aan te bieden. Uit artikel 10 van de Dienstenrichtlijn volgt dat vergunningstelsels zijn gebaseerd op criteria die duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, transparant en toegankelijk zijn. Het Hof van Justitie heeft in de zogeheten *Appingedam*-zaak bepaald dat de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is op zuiver interne situaties.²⁷ In zoverre is sprake van een typisch voorbeeld van Europeanisering van het (nationale) bestuursrecht.²⁸

24. M. Scheltema, Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht, *Preadvies Vereniging voor Wetgeving*, 2021, p. 27.

25. Scheltema 2021, p. 30.

26. Konijnenbelt 2019, p. 283-284.

27. HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44.

28. J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of public law*, Zutphen: Europa Law Publishing 2015.

Sinds de *Appingedam*-zaak wordt met enige regelmaat aangevoerd dat een bepaling die discretionaire ruimte aan het bestuursorgaan laat, niet voldoet aan artikel 10 Dienstenrichtlijn. In een spraakmakende zaak heeft voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland geconcludeerd dat de APV-bepaling dat de vergunninghouder niet 'in enig opzicht van slecht levensgedrag' mocht zijn, niet aan deze eis voldeed, omdat niet duidelijk is onder welke omstandigheden de voorwaarde is vervuld.²⁹

De Afdeling blijkt echter niet van zins om al te snel discretionaire ruimte te diskwalificeren als in strijd met artikel 10 Dienstenrichtlijn. Zo kan de vage bepaling over slecht levensgedrag worden ingevuld door nadere (beleids)regels, zoals in dit geval de Horecanota.³⁰ In een andere uitspraak over de toepassing van de Wet Bibob kwam de Afdeling tot de conclusie dat de interpretatie of sprake is van een 'ernstig gevaar' door een verbroken zakelijk samenwerkingsverband 'per geval' moet worden onderbouwd.³¹ In dit geval ging het in het bijzonder om de vraag hoe lang een zakelijk samenwerkingsverband verbroken zou moeten zijn: het bestuursorgaan kon daar geen algemene regel voor formuleren.

Kortom: vanuit een Europeesrechtelijk perspectief is het weliswaar riskant om het bestuur een zeer ruime bevoegdheid toe te kennen in wetgeving en zijn (beleids)regels altijd te prefereren. Maar als dat niet kan, gelet op de aard van de bevoegdheid, komt het uiteindelijk aan op de onderbouwing per geval door het bestuursorgaan.

8 Slotbeschouwing: revival van het verbod van willekeur en nadere invulling

Wanneer men het voorgaande overziet, is de grote gemene deler dat onevenredige gevolgen van regeltoepassing altijd onaanvaardbaar zijn. Voor rechterlijk ingrijpen bestaat tot dusverre pas aanleiding wanneer die onevenredigheid duidelijk (evident, onmiskenbaar) is. Dit doet denken aan het moederbeginsel van ons bestuursrecht: het aloude verbod van willekeur. Wanneer de regeltoepassing de spuigaten uit loopt, moet worden ingegrepen, door de rechter, maar zeker ook door het bestuursorgaan en zijn medewerkers, die meegegeven kan worden dat zij aan de bel moeten trekken wanneer de uitkomst van de regeltoepassing 'niet goed voelt'.

De vraag is opgeworpen of het privaatrechtelijke 'redelijkheid en billijkheid' niet een beter aangrijppingspunt zou kunnen vormen voor de rechterlijke correctie van al te onevenredige gevolgen van regeltoepassing.³² Wij denken dat het onder de streep niet veel uitmaakt. Bij evidente onevenredigheid past rechterlijk ingrijpen.

29. Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, *Gst.* 2019/66, m.nt. Adriaanse.

30. ABRvS 18 december 2019, *AB* 2020/156, m.nt. Zorg en Farafonow. Overigens betrof dit een andere zaak in een andere gemeente, maar wel dezelfde problematiek (zelfde APV-formulering).

31. ABRvS 4 september 2019, *AB* 2019/554, m.nt. Zorg en Motaleb.

32. Zie Rolf Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2020, en A.G. Castermans, 'Barmhartig bestuursrecht. Lessen uit het privaatrecht' (Scheltemalezing 18 juni 2021), over met name de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Het punt is echter dat in de praktijk niet snel aan die evidentie zal zijn voldaan: het zal bij uitzonderingen blijven – hoewel de toelagenaffaire leert dat het ook dan nog om een omvangrijke groep benadeelden kan gaan.

Voor het bereiken van maatwerk is het (grofmazige) net van de willekeurstoets dus niet voldoende. Maatwerk vergt immers dat recht wordt gedaan aan *alle* omstandigheden van het geval. De in de conclusie van Staatsraad A-G Widdershoven en A-G Wattel van 7 juli 2021 beschreven, aan het Unie- en EVRM-recht ontleende ‘driestaps-doel/middeltoetsing op (i) geschiktheid, (ii) noodzakelijkheid en (iii) evenredigheid *strictu sensu*’, is in dit verband een verbetering.³³ Weliswaar passen de A-G’s deze redenering toe als relativering van het onderscheid tussen bestraffende en niet-bestrafende sancties, maar we kunnen ons best voorstellen dat je op dezelfde wijze meer in het algemeen de bestuurlijke toepassing van algemene regels kunt beoordelen.

Of het onder de streep echt iets uitmaakt, valt te bezien. In veel gevallen komt het vooral neer op een uitgebreidere motivering van concrete besluiten. De plicht om af te wijken van een algemene regel zal beperkt blijven tot die gevallen waarin de onevenredigheid duidelijk (evident, onmiskenbaar) is.

Een belangrijk doel van de rechterlijke interventie zou moeten zijn de systematische evidente onevenwichtigheid te benoemen en daar gevolgen aan te verbinden, door de regel buiten toepassing te laten. Voor algemeen verbindende voorschriften geldt dat dat nu al bij uitzondering gebeurt. Denk aan de diskwalificatie van het Alcoholslot.³⁴ Specifiek voor beleidsregels geldt dat de sluis van bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 4:84 Awb bijdraagt aan het herkennen van dergelijke evidente onevenwichtigheden. Is immers sprake van een omstandigheid die wel is meegewogen, terwijl de toepassing van de beleidsregel toch onevenwichtig uitpakt, dan is daarmee gegeven dat de beleidsregel in casu niet mag worden gehanteerd (of men dat nu afwijking noemt of buiten toepassing laten). Ook voor wetgeving en met name formele wetgeving blijft in het kader van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van belang of er sprake is van verdisconteerde omstandigheden.³⁵

Tot dusverre helpt de Europeanisering van het bestuursrecht ons nog niet veel verder. Het Europees recht heeft wel enige invloed in de wijze waarop het reguleringskader voorspelbaar en transparant moet zijn. Zo biedt de jurisprudentie over de Dienstenrichtlijn een aanknopingspunt om nog meer de nadruk te leggen op de motivering in concrete gevallen. De mede aan het Europees recht ontleende eisen met betrekking tot evenredigheid die Widdershoven en Wattel in hun conclusie in brede zin voor het Nederlandse bestuursrecht introduceren kunnen helpen om vaker dan tegenwoordig situaties te herkennen waarin van algemene regels moet worden afgeweken. Of daarmee maatwerk echt dichterbij komt, is echter nog maar de vraag. Zo kan motivering door in ICT-systemen vervatte standaarden – al dan niet tegen de achtergrond van algoritmen – meer individuele afweging

33. ECLI:NL:RVS:2021:1468; zie voor het citaat pt. 0.5. De conclusie verscheen na afronding van het concept van onze bijdrage, reden waarom wij er alleen aan het slot kort bij stilstaan.

34. ABRvS 4 maart 2015, AB 2015/160, m.nt. Stijnen.

35. Zie ook de conclusie van Widdershoven en Wattel, pt. 9.4.

suggereren dan daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Wij zouden het al mooi vinden als alle duidelijk onevenredige gevolgen van regeltoepassing worden geïdentificeerd en geëcarteerd.

De toepassing van artikel 6:13 Awb in het milieurecht revisited

Kars de Graaf*

1 De bestuurlijke voorprocedure en Jan Jans

Vanaf 2003 versterkte Jan Jans als hoogleraar Bestuursrecht de Groningse vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde. Dat bleek al snel (ook) een enorm genoeg voor een zekere jonge assistent in opleiding, die een jaar later zou promoveren. Jan maakte als vakgroepvoorzitter indruk door zijn besluitvaardigheid en zijn manier van (bege)leiding geven. Maar uiteraard ook doordat hij juridische expertise en analytisch vermogen combineert met een doelgerichte manier van wetenschap bedrijven en publiceren. Zonder twijfel heb ik van de aanwezigheid van Jan geprofiteerd. Onder andere omdat hij gewend was over de hele wereld te reizen om – kort en goed – anderen deelgenoot te maken van zijn deskundigheid op het terrein van het Europees (milieu)recht. Verscheidende medewerkers introduceerde hij in de wondere wereld van de internationale juridische wetenschap. Daarbij waakte hij er altijd voor niet de indruk te wekken dat hij binnen de vakgroep de man was die de ‘internationaliseringspet’ ophad. Ik heb erg goede herinneringen (en mooie foto’s) overgehouden aan de gezamenlijk bezochte congressen van de *IUCN Academy of Environmental Law* in New York (2006), Wuhan (2009) en Baltimore (2012).

De periode dat Jan Jans aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde verbonden was, kan worden beschouwd als een voorprocedure voor zijn bestuurlijke taken in het Groningse faculteitsbestuur (vanaf 2015). Voorafgaand aan die tijd had ik het genoeg met hem te mogen schrijven in het tijdschrift *Milieu en Recht* over de verhouding tussen de bestuurlijke voorprocedure en het beroep op de bestuursrechter in het milieurecht. De publicatie betrof artikel 6:13 Awb.¹ Wij schreven samen, maar ik was blij dat met name Jan de ‘internationaliseringspet’ niet schuwde en analyseerde of artikel 6:13 Awb aanvaardbaar moest worden geacht in het licht van het internationale en het Europees recht. Recente ontwikkelingen nopen tot een actualisatie van onze analyse.²

* Prof. mr. K.J. (Kars) de Graaf is als hoogleraar Bestuursrecht en duurzaamheid verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen (k.j.de.graaf@rug.nl).

1. K.J. de Graaf & J.H. Jans, ‘De toepassing van artikel 6:13 Awb in het milieurecht. Van bedenkingen en beroepsgronden naar zienswijzen en besluitonderdelen’, *M en R* 2008, afl. 4, p. 216-220.
2. Zie daarover ook H.J. Gierveld, ‘Arrest Varkens in Nood: much ado about nothing’, *NTB* 2021/137; R. Benhadi, ‘Nederlands bestuursprocesrecht op onderdelen in strijd met het Verdrag van Aarhus’, *JBplus* 2021/8; H.J. Gierveld, ‘Arrest Varkens in Nood: twee richtinggevende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak’, *TO* 2021, afl. 2, p. 37 e.v.

2 Hoe zat het? De kern van artikel 6:13 Awb

Beroep op de bestuursrechter tegen appellabele besluiten staat open voor belanghebbenden (art. 8:1 juncto art. 1:2 Awb). Op grond van artikel 7:1 Awb is een belanghebbende echter in veel gevallen verplicht — alvorens toegang te krijgen tot de bestuursrechter — een bestuurlijke voorprocedure te doorlopen, zoals de in de Awb geregelde uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afd. 3.4 Awb). Sinds 1 juli 2005 beperkt artikel 6:13 Awb op twee manieren de rechtsbescherming tegen besluiten die worden voorbereid met toepassing van die voorbereidingsprocedure. Die beperking betreft in elk geval de omgevingsvergunning milieu op grond van artikel 2.1 lid 1 sub e Wabo, maar ook bijvoorbeeld het bestemmingsplan op grond van artikel 3.1 Wro. Ten eerste geldt op grond van de wet als formeel vereiste dat elke belanghebbende die toegelaten wil worden in de beroepschriftprocedure bij de bestuursrechter een zienswijze moet hebben ingediend als bedoeld in artikel 3:15 Awb. Ten tweede geldt op grond van de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie als inhoudelijke eis dat de bestuursrechter enkel over die besluitonderdelen mag oordelen die door de ingediende zienswijzen zijn bestreden (onderdelentrichter).³ Voldoet de belanghebbende niet aan een van deze eisen en kan hem dat ook redelijkerwijs worden verweten, dan zal de bestuursrechter ambtshalve oordelen dat het ingestelde beroep (tegen een besluitonderdeel) niet-ontvankelijk is.

Twee aspecten van de toepassing van artikel 6:13 Awb trekken onmiddellijk de aandacht. Ten eerste is dat het feit dat het recht op beroep op de bestuursrechter (voor belanghebbenden) wordt beperkt doordat is vereist dat deelgenomen wordt aan een voorafgaande bestuurlijke voorprocedure. Dat is vanuit een oogpunt van efficiënte en effectieve rechtsbescherming een beperking waarvoor goede argumenten bestaan en die in het verleden door de Afdeling bestuursrechtspraak ook niet in strijd is geacht met het — immers ook niet absolute — door artikel 6 EVRM gearandeerde recht op toegang tot de rechter.⁴ Het betreft desalniettemin een (behoorlijke) beperking. Ten tweede trekt de aandacht dat het Nederlandse omgevingsrecht in enkele belangrijke gevallen het recht om zienswijzen in te dienen in de uniforme openbare procedure (afd. 3.4 Awb) ter voorbereiding van een besluit, toekent aan een ieder. En dat terwijl alleen belanghebbenden vervolgens in beroep kunnen komen bij de bestuursrechter. De toegang tot de bestuurlijke voorprocedure is derhalve ruimer dan de toegang tot de procedure van rechtsbescherming bij de bestuursrechter. Ook dat onderscheid kan met argumenten worden onderbouwd. Gelet op de verantwoordelijkheid van het bestuur om alle relevante feiten en belangen te verzamelen om tot besluitvorming in het algemeen belang te komen (art. 3:2 Awb), is te rechtvaardigen dat in voorkomend geval een ieder een zienswijze over een ontwerpbesluit moet kunnen indienen. Ook kan worden onderbouwd dat, gelet op doel en functie van de bestuursrechtspraak, toegang tot de bestuurs-

3. Over de vraag wat als besluitonderdeel moet worden beschouwd: ABRvS 1 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1265 (milieuvergunning) en vervolgens ABRvS 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7155 (omgevingsvergunning).

4. ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3228. Zie ook ABRvS 3 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB5231 (art. 10b MER-richtlijn). De Graaf & Jans 2008: 'In het licht van deze uitspraak ligt het niet voor de hand te veronderstellen dat een toets aan artikel 10 EG — waaronder begrepen gemeenschapstrouw, maar ook gelijkwaardigheid en effectiviteit — tot een ongunstig resultaat zal leiden voor de onderdelentrichter op grond van artikel 6:13 Awb.'

rechter wordt beperkt tot degene die daadwerkelijk een belang heeft bij de besluitvorming. Maar een (relatieve) buitenstaander en ook de burger die geen belanghebbende is maar wel een zienswijze indiende, kunnen zich tekortgedaan voelen door de beperking van de toegang tot de bestuursrechter tot enkel belanghebbenden. Voor beide aandachtstrekende beperkingen in het Nederlandse recht geldt overigens dat kan worden betoogd⁵ dat het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming een met voldoende rechtswaarborgen omklede rechtsgang biedt bij een (overheids)rechter. Indien immers geen toegang (meer) bestaat tot de bestuursrechter of als die procedure moet worden beschouwd als een rechtsgang die met onvoldoende rechtswaarborgen is omkleed, dan kan ontvankelijk een vordering worden ingediend – op grond van onrechtmatige daad – bij de civiele rechter.

Zeker in het milieurecht, waar internationale verdragen als het Verdrag van Aarhus niet alleen participatie bij de voorbereiding van maar ook toegang tot de rechter tegen besluiten met milieueffecten garanderen,⁶ is beperking van het recht op toegang tot de rechter goed voor stevige discussies. Efficiëntie en ruime toegang ten behoeve van de (rechts)bescherming van het milieu strijden daarin om voorrang. Jarenlang is de in de bestuursrechtspraak gevormde balans op grond van artikel 6:13 Awb gevolgd, maar eind 2018 trok een enkelvoudige kamer van de rechtbank Limburg aan de bel. In enkele prejudiciële vragen aan het HvJ EU werd onder meer de werking van artikel 6:13 Awb in het omgevingsrecht ter discussie gesteld.⁷ In de onder meer door stichting ‘Varkens in Nood’ aangebrachte procedure over een – met toepassing van afdeling 3.4 Awb voorbereide – omgevingsvergunning (ex art. 2.1 lid 1 sub a en sub e Wabo) voor de uitbreiding van een varkenshouderij met meer dan 750 zeugplaatsen, waarop het Verdrag van Aarhus van toepassing is, had de belanghebbende eiseres – zonder goede reden – geen zienswijze ingediend tegen het ontwerpbesluit dat ter inzage had gelegen. De rechter wenst onder meer van het HvJ EU te vernemen of artikel 6:13 Awb wellicht op punten in strijd is met het EU-recht. Daarbij speelt ook het Verdrag van Aarhus een rol, omdat naast Nederland ook de EU partij is bij dat Verdrag.

3 De betekenis van het Verdrag van Aarhus. *Who is the referee?*

Ooit hoorde ik Jan Jans aan een congreszaal vol met – aan zijn lippen hangende – milieurechtjuristen uit de hele wereld met gezaghebbende stem de vraag stellen: *Who is the boss?* In mijn herinnering gaf hij eerst gekscherend antwoord (*‘Me when I’m with environmental law scholars and my wife Jacqueline when I’m at home’*), maar of ik mij dat goed herinner is de vraag. Het meer serieuze antwoord hield verband met een onderwerp waarover Jan frequent heeft gepubliceerd. Wie heeft het laatste oordeel over de uitleg van (de implementatie van) het Verdrag van Aarhus, meer in het bijzonder de bepalingen over inspraak (art. 6) en toegang tot de rechter

5. H.A.J. Gierveld, ‘Arrest Varkens in Nood: much ado about nothing’, *NTB* 2021/137.

6. Nederland en de EU zijn beide partij bij dit Verdrag; diensgevolge is onder meer de Richtlijn industriële emissies en de MER-richtlijn aangepast. Het Nederlandse bestuursprocesrecht moet voor in het Verdrag aangewezen activiteiten in overeenstemming zijn met dat Verdrag en met EU-recht.

7. Rb. Limburg 21 december 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:12159.

(art. 9), bij milieubesluitvorming?⁸ De nationale rechter in de gelaagde Europese rechtsorde? De *Aarhus Convention Compliance Committee*? Het EHRM?⁹ Het HvJ EU? De rechtbank Limburg dacht er verstandig aan te doen om de hoogste nationale rechter ‘over te slaan’ door zelf prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen. Die zijn op 14 januari 2021 beantwoord en nopen tot aanpassing van artikel 6:13 Awb in milieuzaken.¹⁰

Wat regelt nu volgens het HvJ EU – kort en goed – artikel 6 van het Verdrag van Aarhus over inspraak bij milieubesluitvorming? Artikel 6 stelt eisen aan inspraak in besluitvormingsprocedures over het al dan niet toestaan van voor het milieu belangrijke activiteiten.¹¹ Anders dan in Nederland vaak werd aangenomen, blijkt deze bepaling – als gevolg van de uitleg van het HvJ EU – alleen een recht op inspraak te garanderen voor leden van ‘het betrokken publiek’ (art. 2 lid 5: ‘het publiek dat gevolgen ondervindt, of waarschijnlijk ondervindt van, of belanghebbende is bij, milieubesluitvorming’), waarmee elke belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb lijkt te worden bedoeld. Dit betekent dat het Verdrag van Aarhus geen recht op inspraak waarborgt voor leden van ‘het publiek’ (art. 2 lid 4: ‘een of meer natuurlijke of rechtspersonen en, in overeenstemming met nationale wetgeving of praktijk, hun verenigingen, organisaties of groepen’). Met andere woorden: het door de Nederlandse wetgever frequent in het omgevingsrecht toegekende recht voor een ieder om zienswijzen in te dienen als een besluit wordt voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 Awb, gaat verder dan het Verdrag van Aarhus vereist op grond van artikel 6. Is dat erg? Het antwoord van het HvJ EU luidt ontkennend; het is toegestaan.

Toch gaat het voor het Nederlandse systeem van bestuursrechtspraak behoorlijk mis. Dat heeft vooral te maken met artikel 9 van het Verdrag, waarin het recht op toegang tot de rechter is neergelegd. Ten eerste oordeelt het HvJ EU dat het Verdrag zich er niet tegen verzet dat het recht op toegang tot de rechter wordt beperkt tot belanghebbenden. Daarop is echter een uitzondering, aldus het HvJ EU. Indien het nationale (omgevings)recht ruimere mogelijkheden van inspraak biedt dan artikel 6 van het Verdrag vereist, zoals Nederland in omgevingsrechtelijke zaken doet in die gevallen waarin door een ieder zienswijzen kunnen worden ingediend tegen een ontwerpbesluit, moeten ingevolge artikel 9 lid 3 deze personen vervolgens toegang tot de rechter hebben om zich te kunnen beroepen op die ruimere, door het nationale (milieu)recht toegekende, inspraakrechten. De Algemene wet bestuursrecht, in het bijzonder artikel 8:1, biedt die mogelijkheid niet, omdat daarin is bepaald dat enkel belanghebbenden in beroep kunnen komen bij de bestuursrechter.

8. Vgl. o.a. J.H. Jans, ‘Who is the Referee? Access to Justice in a Globalised Legal Order: A Case Analysis of ECJ Judgment C-240/09 *Lesoochranárnske Zoskupenie* of 8 March 2011’, *REALaw* 2011, afl. 1, p. 85-97.
9. Vgl. recent EHRM 1 juli 2021 (*Affaire Association Burestop 55 et autres c. France*), ECLI:CE:ECHR:2021:0701JUD005617618.
10. HvJ EU 14 januari 2021, C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7. Zie ook Conclusie A-G Bobek in HvJ EU 2 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:514.
11. Art. 6 lid 1 sub a en sub b en Bijlage I van het Verdrag. Zie daarover R. Benhadi, ‘Nederlands bestuursprocesrecht op onderdelen in strijd met het Verdrag van Aarhus’, *JBplus* 2021/8.

Wel stelt het HvJ EU expliciet dat de ontvankelijkheid van het beroep van een dergelijke niet-belanghebbende op de rechter gelet artikel 9 lid 3 van het Verdrag afhankelijk mag worden gesteld van deelname aan de inspraakprocedure voor het besluit, tenzij hem redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij hier niet aan heeft deelgenomen.

Het voorgaande antwoord ziet vooral op de vraag of rechtsbescherming kan worden beperkt tot het betrokken publiek (oftewel: belanghebbenden) en betreft niet de vraag of artikel 6:13 Awb, dat deelname aan een voorafgaande bestuurlijke voorprocedure zoals de uniforme uitgebreide voorbereidingsprocedure (afd. 3.4 Awb) als voorwaarde stelt voor toegang tot de rechter, de toets aan het Verdrag van Aarhus kan doorstaan. Maar ook die vraag beantwoordt het HvJ EU. De conclusie is dat artikel 9 lid 2 van het Verdrag van Aarhus zich ertegen verzet dat de ontvankelijkheid van het beroep op de rechter, dat in casu werd ingesteld door een aantal niet-gouvernementele organisaties waartoe ook de stichting Varkens in Nood behoort en die deel uitmaken van het in artikel 2, punt 5, van het Verdrag bedoelde ‘betrokken publiek’ (kort en goed: belanghebbenden), afhankelijk is van deelname aan de voorbereidingsprocedure voor het bestreden besluit, ook al is deze voorwaarde niet van toepassing wanneer hun redelijkerwijs niet kan worden verweten dat zij daar niet aan hebben deelgenomen. De op artikel 6:13 Awb gebaseerde beperking van de mogelijkheid voor belanghebbenden om beroep in te stellen bij de bestuursrechter in het geval zij niet hebben deelgenomen aan de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb, kan vanwege dit oordeel voor de specifieke categorie besluiten waarop het Verdrag van Aarhus van toepassing is, niet langer blijven gelden.

Na deze antwoorden in het arrest van 14 januari 2021 was duidelijk dat de wetgever spoedig zou moeten ingrijpen door wijziging van artikel 6:13 Awb. Daarnaast was het de vraag hoe de Nederlandse bestuursrechters tot die tijd op deze nieuwe werkelijkheid zouden reageren. Het antwoord volgde in twee verstrekkende uitspraken van de ABRvS.

4 Ruimhartige reactie van de Nederlandse bestuursrechtspraak

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft op 14 april 2021 een eerste belangrijke uitspraak gedaan die het gevolg is van het *Varkens in Nood*-arrest van het HvJ EU.¹² Ook voor de Afdeling is helder dat er werk aan de winkel is voor de wetgever en dat ondertussen de bestuursrechter duidelijkheid moet verschaffen. De Afdeling overweegt dat het lastig is – en voor de praktijk onwerkbaar – om de exacte werkingssfeer van het Verdrag van Aarhus vast te stellen. Daarom oordeelt zij dat de ontvankelijkheid van het beroep van belanghebbenden in *alle* omgevingsrechtelijke zaken niet langer afhankelijk mag worden gesteld van de eis dat een zienswijze is ingediend tegen het ontwerpbesluit in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Dat betekent een afschaffing van de personele buitensluiting op grond van artikel 6:13 Awb voor alle omgevingsrechtelijke besluiten die zijn voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 Awb. Ook betekent het dat elke belang-

12. ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786.

hebbende – ook als die wel gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid zienswijzen in te dienen – bij de bestuursrechter ontvankelijk beroep kan instellen tegen alle onderdelen van het besluit. Dat betekent een afschaffing van de – op grond van artikel 6:13 Awb gehanteerde – onderdelentrechter. Hoewel deze uitspraak veel duidelijk maakt voor de periode totdat de wetgever zal optreden, blijft enigszins onduidelijk welke besluiten nu precies gezien moeten worden als omgevingsrechtelijk.

Een openstaande vraag na 14 april 2021 was hoe het arrest van het HvJ EU de positie van niet-belanghebbenden zou beïnvloeden. Kunnen zij – in afwijking van artikel 8:1 Awb – plotseling ook ontvankelijk bij de bestuursrechter terecht om te klagen over schending van hun door het nationale milieurecht toegekende ruimere inspraakrechten of wellicht zelfs over de inhoud van het besluit zelf? Of moet een actie uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter als voldoende rechtsbescherming worden beschouwd?¹³ Op 4 mei 2021 beantwoordt de ABRvS die beide vragen.¹⁴ Deze uitspraak biedt met name voor de niet-belanghebbenden in omgevingsrechtelijke zaken duidelijkheid. De ABRvS oordeelt dat een niet-belanghebbende die een zienswijze heeft ingediend tegen een ontwerpbesluit in een omgevingsrechtelijke zaak, in afwachting van wetwijziging, tegen het definitieve besluit ontvankelijk in beroep kan komen bij de bestuursrechter. Dat betekent dat een niet-belanghebbende, in afwijking van artikel 8:1 Awb, toegang kan krijgen tot de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Toegang tot de bestuursrechter is daarmee voor meer (natuurlijke en rechts)personen beschikbaar dan voorheen. Ook blijkt de toegang vervolgens niet beperkt tot de mogelijkheid om te klagen over geschonden inspraakrechten; het besluit kan inhoudelijk bestreden worden. In deze gevallen geldt overigens – ook gelet op het arrest van het HvJ EU – dat aan niet-belanghebbenden de – voor belanghebbenden in artikel 6:13 Awb neergelegde – eis kan worden gesteld dat zij een zienswijze moeten hebben ingediend in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afd. 3.4 Awb). Dat betekent aan de ene kant dat een onderdelentrechter voor niet-belanghebbenden gerechtvaardigd is en aan de andere kant dat niet-belanghebbenden die redelijkerwijs niet verweten kunnen worden geen zienswijze te hebben ingediend, ontvankelijk beroep moeten kunnen instellen. Wel waarschuwt de ABRvS dat eisers in deze situatie relatief vaak het relativiteitsvereiste (art. 8:69a Awb) tegengeworpen zullen krijgen, wat de kans op een succesvol beroep aanzienlijk beperkt.

De door de Afdeling bestuursrechtspraak in afwachting van aanpassing van artikel 6:13 Awb gekozen oplossing, kan met recht ruim worden genoemd en met enige goede wil milieuvriendelijk, omdat met name milieuorganisaties – die nauwelijks last hebben van het relativiteitsvereiste – ruimere mogelijkheden hebben om omgevingsrechtelijke besluiten bij de bestuursrechter te bestrijden.

13. Vgl. H.A.J. Gierveld, 'Arrest Varkens in Nood: much ado about nothing?', *NTB* 2021/137, p. 311.

14. ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953.

Aan de andere kant kunnen door de uitspraken maatschappelijk relevante projecten wellicht vertraging oplopen doordat (niet-)belanghebbenden zich pas in beroep bij de bestuursrechter melden met beroepsgronden die kunnen leiden tot vernietiging van het bestreden besluit.¹⁵ Wat staat de wetgever te doen?¹⁶

5 De toekomst van artikel 6:13 en artikel 8:1 Awb: wat te verwachten?

Het is nog onduidelijk hoe de wetgever zal omgaan met het arrest van het HvJ EU en de daarop gebaseerde uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak. Wel is duidelijk dat de bestuursrechtspraak de toegang tot de bestuursrechter zodanig heeft verruimd dat twee van de kernbepalingen die het recht op toegang tot de bestuursrechter regelen, wellicht aanpassing behoeven. Zowel artikel 6:13 Awb (alleen toegang als is deelgenomen aan bestuurlijke voorprocedure) als artikel 8:1 Awb (alleen toegang indien de eiser kan worden aangemerkt als belanghebbende) staat voor besluiten die vallen onder het Verdrag van Aarhus, onder grote druk.

Ik vermoed dat uitgangspunt van de wetgever zal zijn om zoveel mogelijk van het bestaande Nederlandse systeem van toegang tot de bestuursrechter overeind te houden. Dat leidt ertoe dat voor de besluiten die niet vallen onder het Verdrag van Aarhus zal worden vastgehouden aan de werking van de huidige artikelen 6:13 en 8:1 Awb. Dan moet er een bijzonder regime komen voor een bijzondere categorie van besluiten, namelijk de besluiten die vallen onder het Verdrag van Aarhus. Een eerste aanname is dat daarvoor de reikwijdte van het Verdrag van Aarhus door de Nederlandse wetgever moet worden verduidelijkt, waarbij overigens ook geldt dat een simpele verwijzing naar de relevante bepalingen (en de relevante bijlage) van het Verdrag geen zoden aan de dijk zet. De Afdeling acht dat immers voor de praktijk min of meer onwerkbaar. Een oplossing moet er dus in bestaan dat (een of meer categorieën van) specifieke besluiten worden aangewezen of dat er een opsomming van besluiten wordt gemaakt om die reikwijdte – voor zover mogelijk – vast te leggen. Vast staat dan dat voor die besluiten, voor zover die worden voorbereid met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, een uitzondering moet worden gemaakt op het regime van artikel 6:13 Awb.

Onzeker(der) is het antwoord van de wetgever op de vraag op welke wijze niet-belanghebbenden (een ieder) zich moeten kunnen beroepen op de schending van de door het nationale recht toegekende inspraakrechten die ruimer zijn dan gegarandeerd door het Verdrag van Aarhus. Tot de uitspraak van 4 mei 2021 van de Afdeling bestuursrechtspraak was het – in theorie (!) – de civiele rechter die rechtsbescherming kon bieden door vast te stellen dat het bestuur jegens een niet-belanghebbende een onrechtmatige daad had gepleegd vanwege schending van de inspraakrechten. De Afdeling heeft er op 4 mei 2021, met het bieden van toegang tot de bestuursrechter aan niet-belanghebbenden totdat de wetgever anders bepaalt, voor gekozen af te wijken van artikel 8:1 Awb, dat immers bepaalt dat alleen be-

15. Zie ook het antwoord op vragen van de Tweede Kamer over het bericht in *Het Financieel Dagblad* 'Vertraging woningbouw dreigt na uitspraak Raad van State', zie [tweedekamer.nl](https://www.tweedekamer.nl) (zoek 2021D22204).

16. Zie voor voorspellingen ook: H.J. Gierveld, 'Arrest Varkens in Nood: twee richtinggevend uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak', *TO 2021*, afl. 2, p. 43.

langhebbenden ontvankelijk kunnen procederen bij de bestuursrechter. Hoewel de beroepsgronden van de ontvankelijk geachte niet-belanghebbende frequent zullen afstuiten op het relativiteitsvereiste, zijn die beroepsgronden niet beperkt tot schending van de inspraakrechten alleen. De wetgever kan ervoor kiezen terug te gaan naar een getrapte *actio popularis* (een ieder kan een zienswijze indienen en kan vervolgens ook in beroep) of kan de mogelijkheid afschaffen dat *een ieder* een zienswijze kan indienen (zodat alleen belanghebbenden nog een zienswijze kunnen indienen). Hoewel juridisch realistisch, liggen beide denk ik niet voor de hand. Als de wetgever van oordeel zou zijn dat de civiele rechter in dit soort gevallen een met voldoende rechtswaarborgen omklede rechtsgang biedt en daarmee aan de eisen van het Verdrag van Aarhus wordt voldaan, acht ik dat niet onverdedigbaar. Maar ik denk tevens dat het meer voor de hand ligt dat de bestuursrechter voor de besluiten die vallen onder het Verdrag van Aarhus van de wetgever de bevoegdheid krijgt om (enkel) mogelijke schendingen van inspraakrechten te corrigeren. Dat betekent strikt genomen toch een uitzondering op het in artikel 8:1 Awb neergelegde kernuitgangspunt van het Nederlandse bestuursprocesrecht dat alleen belanghebbenden ontvankelijk in beroep kunnen komen.

Dertien jaar geleden schreef ik met Jan Jans een artikel over de toepassing van artikel 6:13 Awb in het milieurecht. Wij concludeerden daarin voorzichtig dat de inhoud van zienswijzen in de bestuursrechtspraak ruim zou moeten worden geïnterpreteerd teneinde te voorkomen dat in strijd zou worden gehandeld met het Europees recht. De invloed van het Europees recht op het Nederlandse bestuurs(proces)recht hebben wij – met vele anderen – op dat punt schromelijk onderschat. Het zou me niet verbazen als ik over dertien jaar tot dezelfde conclusie zal komen, terugkijkend op de invloed van Jan Jans op mijn eigen functioneren in de rechtswetenschap, het functioneren van de Groningse rechtenfaculteit en met name zijn inzet voor de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde.

Help! De burger moet passend worden ondersteund. Biedt Europa hulp?

Bert Marseille*

1 Inleiding

Binnen niet al te lange tijd zal de Algemene wet bestuursrecht (Awb) worden verrijkt met een nieuw artikel 2:1 lid 1: ‘Een bestuursorgaan draagt zorg voor passende ondersteuning bij het verkeer met dat bestuursorgaan.’¹ De invoering van die bepaling is de culminatie van de groeiende aandacht voor de positie van de burger in het bestuursrecht. Begrippen als procedurele rechtvaardigheid, gebruikersperspectief en responsieve rechtsstaat waren een jaar of vijftien geleden nog tamelijk onbekend in het bestuursrecht, maar inmiddels vormen ze een vast onderdeel van het bestuursrechtelijke vocabulaire.² Passende ondersteuning is de laatste loot van de stam van de – in ieder geval verbale – aandacht voor de burger.

Het begrip ‘passende ondersteuning’ mag dan een noviteit zijn in het bestuursrecht, het is sinds jaar en dag een van de kwaliteiten van Jan Jans als manager. Hoezeer ik Jan ook als wetenschapper bewonder, van Jan als manager ben ik bijna nog meer onder de indruk. Illustratief voor zijn kwaliteiten op dat vlak is dat bijna alle voorbeelden die ik in de colleges *Organisatie en Bestuur* geef van goed management, gestoeld zijn op mijn ervaringen met Jan als manager.³ Jan heeft als geen ander het vermogen mensen in hun werk tot bloei te laten komen. In de periode dat hij vakgroepvoorzitter was, deden we in de vakgroep dankzij Jan allemaal waar we goed in waren en wat we (dus) leuk vonden, zonder dat ook maar één taak bleef liggen. Ik ben Jan enorm dankbaar voor alle passende ondersteuning die hij mij in die periode heeft geboden. Dat ik toen en nu met ontzettend veel plezier aan het werk ben, heb ik voor een heel groot deel aan hem te danken.

* Bert Marseille is werkzaam bij de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. In andere publicaties, deels samen met anderen geschreven, zijn aanzetten te vinden van ideeën die in deze bijdrage worden uitgewerkt. Het betreft: A.T. Marseille, ‘Maatwerk in het sociaal domein: reële, onnodige en denkbeeldige problemen’, *NTB* 2020/133, A.T. Marseille, ‘De overheid ten opzichte van de burger: waarom soms aandachtig, soms onverschillig?’, *NTB* 2021/102, en; Bert Marseille, Heinrich Winter, Marc Wever, Arnt Mein, Fatima Aslimani & Paulien de Winter, ‘Het voorkomen en oplossen van conflicten in het sociaal domein: wat werkt?’, ten tijde van het schrijven van deze bijdrage aangeboden ter publicatie aan *De Gemeentestem*.

1. *Kamerstukken II* 2018/19, 35261, nr. 2.
2. Zie over die begrippen onder meer: Michiel Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat’, *NTB* 2015/37, D. Allewijn, ‘Het rapport “De praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht”’, *NTB* 2016/29, André Verburg, *Bestuursrechtspraak in Balans. Bejegening, beslechting en bewijs* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019.
3. Op mijn aanbod zijn kennis daarover in een gastcollege met studenten te delen, is hij helaas nooit ingegaan.

Het bestuursrecht is nog een stuk minder ver in passende ondersteuning dan Jan. Daarom gaat de rest van dit verhaal niet over Jan, maar over het bestuursrecht. De vraag die centraal staat is hoe het abstracte begrip ‘passende ondersteuning’ handen en voeten kan worden gegeven, zodat het kan bijdragen aan het realiseren van de idealen die de afgelopen tien jaar onder de noemer ‘responsieve rechtsstaat’ in het bestuursrecht manifest zijn geworden. Ter beantwoording van die vraag kijk ik naar wettelijke regels – waaronder regels afkomstig uit Europa – over passende ondersteuning en naar de wijze waarop in het alledaagse contact tussen overheid en burger passende ondersteuning in meerdere of mindere mate wordt gerealiseerd.

2 **Passende ondersteuning in Nederland anno 2021: tussen alles of niets**

Dat de Awb nog geen regeling bevat over passende ondersteuning van burgers in hun contact met de overheid, wil niet zeggen dat er nergens iets is geregeld of dat van passende ondersteuning nooit sprake zou zijn. Het beeld van de praktijk van alledag is uiterst wisselend. Ik geef twee contrasterende voorbeelden. Het eerste betreft de procedure over de vergoeding van mijnbouwschade in Groningen, het tweede de besluitvorming door gemeenten in het sociaal domein.

2.1 **Vergoeding van mijnbouwschade in Groningen**

De vergoeding van mijnbouwschade in Groningen (schade door aardbevingen vanwege gaswinning) gebeurt door het Instituut Mijnbouwschade Groningen (Instituut) op basis van de Tijdelijke Wet Groningen (TWG). Het Instituut maakt daarbij gebruik van zaaksbegeleiders. Hun taak staat omschreven in artikel 1.4 lid 2 van de ‘Procedure en werkwijze van het Instituut Mijnbouwschade Groningen’:⁴

‘De zaakbegeleiders zijn werkzaam voor het Instituut en treden op als procesbegeleider. De zaakbegeleider heeft tot taak om de aanvrager te begeleiden gedurende de behandeling van zijn aanvraag en een eventueel bezwaar. De zaakbegeleider vervult zijn rol onpartijdig.’

In de toelichting op artikel 1.4 valt onder meer het volgende te lezen:

‘De zaakbegeleider is in dienst bij het Instituut en fungeert als een procesbegeleider voor de aanvrager (lid 2). Dit betekent dat de zaakbegeleider de aanvrager bijvoorbeeld informeert over gang van zaken tijdens de procedure tot behandeling van zijn aanvraag en welke opties de aanvrager in dat kader heeft. De zaakbegeleider vervult zijn taak onpartijdig. Dit betekent dat de zaakbegeleider niet tot taak heeft om zich een oordeel te vormen over de aanvraag of om het Instituut over de behandeling daarvan te adviseren, maar dat hij ook niet optreedt als een belangenbehartiger van de aanvrager.

4. Art. 10 lid 1 TWG bepaalt dat het Instituut een procedure en een werkwijze vaststelt voor de behandeling van aanvragen. Het Instituut heeft daartoe de ‘Procedure en werkwijze van het Instituut Mijnbouwschade Groningen’ vastgesteld. Zie voor de tekst van de ‘Procedure en werkwijze van het Instituut Mijnbouwschade Groningen’: [shadedoormijnbouw.nl/over-het-imag/werkwijze](https://www.shadedoormijnbouw.nl/over-het-imag/werkwijze).

Het Instituut zal niet bij alle aanvragers om schadevergoeding een zaakbegeleider toewijzen, maar wel indien het van oordeel is dat het belang van de aanvrager daarmee is gediend. (...) De inschakeling van een zaakbegeleider zal in elk geval wél worden aangeboden indien het gaat om fysieke schade aan een woning (...). Indien de aanvrager evenwel geen behoefte heeft aan een zaakbegeleider, kan het Instituut afzien van de benoeming. (...)

Er is mij geen onderzoek bekend over het functioneren van de zaakbegeleiders. Zelf ben ik in maart 2020 een ochtend met een zaakbegeleider mee geweest, op bezoek bij een aantal aanvragers met schade aan hun woning of bedrijf. De manier waarop die zaakbegeleider te werk ging, stemde volledig overeen met de beschrijving zoals die in de toelichting op artikel 1.4 is te vinden. Hij gaf informatie over de procedure en beantwoordde vragen daarover. In de auto, onderweg van de ene naar de andere aanvrager, vertelde hij dat hij als regel direct na het indienen van een aanvraag een afspraak maakt om bij de aanvrager langs te gaan en daarna nog een keer contact zoekt als het rapport van de deskundige die de schade opneemt gereed is, en verder zo veel of weinig als de aanvrager dat nodig heeft. Het resultaat: 90% van zijn tijd besteedt hij aan 10% van de aanvragers die hij onder zijn hoede heeft.

2.2 Besluitvorming door gemeenten in het sociaal domein

Gemeenten zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo) en de Participatiewet. Doel van de Wmo is – kort gezegd – het compenseren van beperkingen van burgers, zodat die kunnen deelnemen aan het leven van alledag. Doel van de Participatiewet is om personen die niet in hun levensonderhoud kunnen voorzien financieel te ondersteunen. Samen met Fatima Aslimani, Arnt Mein, Marc Wever, Paulien de Winter en Heinrich Winter ben ik op dit moment betrokken bij een onderzoek in opdracht van de Raad voor Rechtsbijstand naar de gang van zaken bij besluitvorming en geschilbeslechting in het sociaal domein.⁵ Uit gesprekken bij zestien Nederlandse gemeenten komt duidelijk naar voren in hoeverre daar sprake is van passende ondersteuning.

Om voor een uitkering op grond van de Participatiewet in aanmerking te komen, moet vaststaan dat je niet zelf in je levensonderhoud kunt voorzien. De aanvraagprocedure is erop gericht daar duidelijkheid over te krijgen. Daartoe moet de aanvrager de gemeente tal van gegevens verschaffen. Op hoeveel hulp kan een aanvrager rekenen?

Aanvragen om bijstand worden in de meeste van de zestien gemeenten waar wij onderzoek deden digitaal ingediend, via werk.nl. Voor wie dat niet kan of wil, is er de telefoon, de balie bij de gemeente of het Klant Contact Centrum. Gemeenten verschillen in de mate van hulp die ze de aanvrager bieden. Sommige gemeenten leggen de verantwoordelijkheid volledig bij de aanvrager en spreken pas met hem als hij alle benodigde stukken heeft aangeleverd. Andere gemeenten bieden zo

5. Zie daarover de laatste in de sternoot genoemde publicatie.

nodig eerder ondersteuning. In Amersfoort wordt een gesprek gepland, los van de vraag of alle benodigde gegevens er al zijn. Het gesprek kan dan worden benut om te kijken wat er nog ontbreekt en hoe de aanvrager de ontbrekende stukken kan bemachtigen. In Purmerend wordt bijgesprongen als blijkt dat de aanvrager vastloopt bij het verzamelen van de stukken: 'Als het niet lukt, dan zeggen we: kom langs, dan doen we het samen.'

De cijfers over het aantal afwijzende beslissingen omdat de aanvrager onvoldoende gegevens heeft aangeleverd laten zien dat op het punt van ondersteuning nog veel winst is te boeken. Van alle aanvragen om bijstand wordt naar schatting 20 à 25% afgewezen of buiten behandeling gelaten omdat het de aanvrager niet lukt de gegevens te leveren die de gemeente wil hebben voor de beslissing over het recht op uitkering.

De noodzaak van passende ondersteuning stopt niet zodra iemand een uitkering heeft. Aan het ontvangen van bijstand zijn tal van verplichtingen verbonden, zoals het zoeken van werk en het informeren van de gemeente over alle feiten en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de hoogte van de uitkering. Ondersteuning zou vooral moeten komen van de bijstandsconsulenten, die het contact met de uitkeringsontvangers onderhouden. Tussen gemeenten bestaan grote verschillen in het aantal uitkeringsgerechtigden voor wie een consulent verantwoordelijk is en in de intensiteit van het contact. Uitersten in ons onderzoek waren Enschede, waar 'contactpersonen' zo'n 300 uitkeringsgerechtigden onder hun hoede hebben, en Amstelveen, waar een 'klantmanager' 90 zaken in behandeling heeft.

In veel gesprekken werd opgemerkt dat consulenten te veel klanten hebben voor regelmatig contact. Een respondent in Rotterdam: 'Klanten hebben geen vaste contactpersoon. Ze krijgen alleen een algemeen mailadres van het team waar ze onder vallen en een algemeen telefoonnummer.' In Purmerend is dat anders. Daar heeft een uitkeringsgerechtigde vanaf het moment dat hij zich bij de gemeente meldt, steeds met dezelfde casemanager te maken. Degene die zijn aanvraag in behandeling heeft genomen, is gedurende de hele periode dat hij een uitkering ontvangt zijn casemanager. Omdat de casemanagers al hun uitkeringsgerechtigden goed kennen, heeft de klant een vast aanspreekpunt en kan de casemanager de mate van ondersteuning afstemmen op de behoefte van de klant.

Behalve van de gemeente zelf, kan ondersteuning ook komen van personen en instanties van buiten de gemeente. Te denken valt aan het Juridisch Loket, sociale raadslieden en – in het kader van de Wmo – cliëntondersteuners. Veel gemeenten kennen daarnaast eigen initiatieven waar burgers terecht kunnen voor ondersteuning. In Groningen biedt 'WIJ', het sociaal wijkteam, hulp bij het indienen van aanvragen om bijstand, Nijmegen kent 'STIPS', waar burgers terecht kunnen voor advies over hun contact met de gemeente. Daarnaast zijn er de professionele rechtshulpverleners.

Uit onderzoek naar cliëntondersteuning in de Wmo blijkt dat de mogelijkheden daarvan minder worden benut dan zou kunnen. In de Wmo is geregeld dat degene die zich bij de gemeente meldt met een beperking, gratis gebruik kan maken van cliëntondersteuning. Artikel 2.3.2 lid 3 Wmo bepaalt daarover: 'Het college wijst de cliënt en zijn mantelzorger voor het onderzoek op de mogelijkheid gebruik te maken van gratis cliëntondersteuning.' Die bepaling impliceert dat de burger zelf cliëntondersteuning moet regelen, maar dat het gemeentebestuur zorgt dat die beschikbaar is en dat de burger daarvan op de hoogte is. Uit onderzoek blijkt dat van de burgers die zich bij de gemeente melden voor een Wmo-voorziening, 80% niet op de hoogte is van het bestaan van cliëntondersteuners. Van de groep die wel op de hoogte is, laat slechts 25% zich bij het gesprek naar aanleiding van hun verzoek om hulp bijstaan door een cliëntondersteuner.⁶ De betekenis van de externe cliëntondersteuning in de Wmo is dus maar zeer beperkt.

Uit ons onderzoek blijkt dat in de relatie tussen gemeenten en externe ondersteuners over en weer sprake is van ontevredenheid. De ondersteuners vinden dat ze hun werk in veel gevallen niet goed kunnen doen, gemeenten vinden dat de externe ondersteuners – en met name: de rechtsbijstandverleners – hun werk lang niet altijd goed doen. De klacht van gemeenten over rechtsbijstandverleners is dat bij veel van hen de kwaliteit onder de maat is en dat als ze bijstand verlenen in een bezwaarprocedure, het vaak onmogelijk is een informele oplossing te vinden voor het bezwaar. De kritiek van de externe ondersteuners is dat gemeenten slecht bereikbaar zijn, dat onduidelijk is welke ambtenaar je moet hebben als je de zaak van je cliënt wilt bespreken en dat, als je de juiste persoon eenmaal hebt gevonden, deze in veel gevallen niet openstaat voor overleg over het probleem van de burger.

2.3 Conclusie

Al met al is het beeld van ondersteuning van burgers niet bijzonder positief: de ondersteuning die de overheid biedt is soms royaal, soms karig, soms afwezig, de samenwerking tussen de overheid en externe ondersteuners laat vaak te wensen over. Er is dus zeker ruimte voor verbetering.

3 Europa

Een regeling van de verplichting tot ondersteuning door de overheid, zoals voorzien in de Awb, kan voor verbetering zorgen. Het komt dan wel aan op de invulling daarvan. Inspiratie kan worden geput uit de *Model Rules on EU Administrative Procedures* van het academische netwerk *ReNEUAL* (hierna: de *ReNEUAL Model Rules*), een voorstel voor een Europese wet betreffende algemene regels van bestuursrecht.⁷ In het eerder dit jaar uitgekomen rapport van de door de VAR, vereniging voor

6. Petek Feijten e.a., *Zicht op de WMO 2015. Ervaringen van melders, mantelzorgers en gespreksvoerders*, Den Haag: SCP 2017, p. 84-86.

7. *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure 2014 en 2015*. Beide zijn te vinden op renewal.eu. De versie van 2015 is in print gepubliceerd: P. Craig, H. Hofman, J.-P. Schneider & J. Ziller (red.), *Model Rules on EU Administrative Procedure*, Oxford: Oxford University Press 2017.

bestuursrecht, ingestelde Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht (hierna: rapport), wordt er uitgebreid aandacht aan besteed.⁸

Artikel III-7 van de ReNEUAL Model Rules bepaalt dat voor iedere procedure een ‘responsible official’ (in het rapport vertaald als: zaaksambtenaar) moet worden aangewezen. De bepaling luidt als volgt:

‘When an administrative procedure is initiated the public authority shall appoint a responsible official, who shall manage it subject to Article III-3(2)-(3), shall respect the rights in Article III-8(1) and shall keep an adequate file containing records of all information and documents produced.’

De bepalingen waar in Article III-7 naar wordt verwezen, luiden als volgt:

‘Article III-3(2)-(3) The responsible official as set out in Article III-7 has a duty to communicate any financial or familial interest in a decision to his or her superior and shall not take part in that decision.’

‘Article III-3(3) The responsible official has a duty to communicate any other possible conflict of interest to his or her superior, who should exclude the official from participating in the decision where the impartial and objective exercise of the official’s function is compromised.’

‘Article III-8(1) The parties shall have the following rights related to the management of the procedure: (a) to be given information on all questions related to the procedure in a fast, clear and understandable manner, (b) to communicate and to complete, where possible and appropriate, all procedural formalities at a distance and by electronic means, including videoconferencing, (c) to use any of the official languages of the EU in accordance with Article III-31, (d) to be notified of all procedural steps and decisions that may affect them in accordance with Article III-33, (e) to be represented by a lawyer or some other person of their choice having legal capacity, (f) to pay only charges that are reasonable and proportionate to the cost of the procedures in question.’

Uit het samenstel van bepalingen blijkt dat de zaaksambtenaar zich bij de uitoefening van zijn taak rekenschap geeft van mogelijke belangenverstrengelingsgevaaren en dat hij erop toeziet dat de rechten die burgers blijkens Article III-8(1) in een procedure hebben, worden gewaarborgd. Article III-7 laat enigszins in het midden hoe actief de zaaksambtenaar zich op dat punt moet opstellen. Het beperkt zich tot de opmerking dat de zaaksambtenaar ‘shall respect’ de rechten die in Article III-8(1) zijn neergelegd.

8. Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde* (VAR-reeks 165), Den Haag: Boom juridisch 2021. Zie voor een samenvattende beschouwing: R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, ‘Wie wenst en hoopt leeft al in de toekomst. Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde’, *NTB* 2021/138.

Het rapport schrijft over de zaaksambtenaar: ‘Deze is het gezicht van de procedure en bepaalt niet alleen de voortgang, maar ook de rechten van partijen met betrekking tot informatie over de (inhoud van de) procedure, taalkwesties, bijstand et cetera. De ambtenaar is ook verantwoordelijk voor een adequate dossiervorming in het belang van de verdediging en het rechterlijk toezicht.’⁹ Het rapport merkt op dat waar de Awb de verantwoordelijkheid van een goed verloop van de procedure bij het bestuursorgaan legt, die verantwoordelijkheid in de ReNEUAL Model Rules primair aan de individuele ambtenaar wordt toebedeeld. De keuze voor een ‘ambtsbenadering’ in plaats van voor een ‘orgaanbenadering’ spreekt de commissie aan, omdat deze zou aansluiten bij de beleving van de burger. De commissie pleit er dan ook voor een regeling van de zaaksambtenaar in de Awb op te nemen.¹⁰ Over de taak van de zaaksambtenaar zegt het rapport: ‘Deze is een persoonlijk aanspreekpunt voor de burger, verleent bijstand indien noodzakelijk, bewaakt de voortgang van de procedure en naleving van de procedurele rechten en is bijvoorbeeld ook verantwoordelijk voor de inhoud van het dossier.’¹¹ Daarmee lijkt het rapport – met name vanwege het ‘verleent bijstand indien noodzakelijk’ – te kiezen voor een extensieve interpretatie van de taak van de zaaksambtenaar zoals die in de ReNEUAL Model Rules is verwoord.

4 De Awb

De Awb is van groot belang voor burgers in hun contact met de overheid, maar in de bepalingen die zij bevat, wordt de burger nauwelijks genoemd. Het is daarom goed dat in de Awb binnenkort wordt bepaald dat een bestuursorgaan zorg draagt voor passende ondersteuning van de burger in het contact met dat bestuursorgaan.

De memorie van toelichting schetst de contouren van wat onder ‘passende ondersteuning’ moet worden verstaan en hoever die verplichting van de overheid strekt.¹² Gesproken wordt van een ‘zorgplicht’ voor het bestuur, en van een ‘aanspraak’ van de burger op ondersteuning. De concrete invulling is aan het bestuursorgaan. Wat van het bestuursorgaan kan worden geëist, verschilt per situatie en is in ieder geval afhankelijk van het soort dienstverlening en de doelgroep, aldus de memorie van toelichting. Als grootste gemene deler van de ondersteuning die de overheid moet bieden, wordt genoemd: ‘Helpen bij het snappen wat van hen [de burgers] wordt gevraagd.’ Dat duidt erop dat de verplichting van de overheid nooit verder hoeft te gaan dan het geven van uitleg en dat geen sprake kan zijn van het ‘overnemen’ van verantwoordelijkheden van de burger. Uit het vervolg van de memorie van toelichting kan echter worden opgemaakt dat dat onder omstandigheden wel het geval kan zijn.

‘(...) minimaal nodig is dat er ondersteuning bij bestuurlijk verkeer is, dit aantoonbaar en transparant is (bijvoorbeeld in bekend gemaakte beleidsregels of een handreiking op de website van het bestuursorgaan) en ingaat

9. Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, p. 137.

10. Zie (in positieve zin) daarover: Hanna Sevenster, ‘De reflectiewerking van het Unierecht’, *NTB* 2021/139.

11. Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, p. 173.

12. *Kamerstukken II* 2018/19, 35261, nr. 3.

op de betrokken doelgroepen (hierbinnen kan differentiatie in de rede liggen), de vaardigheden en inspanningen die van hen verwacht mogen worden (inzake bijvoorbeeld taal en denkniveau, lees- en schrijfvaardigheid, het kunnen bedienen van telefoon, computer, inschakelen van tolk of maatschappelijk werk). De ondersteuning moet zodanig zijn vormgegeven dat de doelgroep, waarop een dienst zich richt, normaal gesproken deze dienst kan afnemen, mede gelet op de beschikbare maatschappelijke voorzieningen en de eigen verantwoordelijkheid om aan bepaalde kwalificaties te voldoen.’

Het citaat uit de memorie van toelichting laat zien dat de ondersteuning onder omstandigheden meer moet inhouden dan het geven van voorlichting. Soms kan van de overheid worden gevergd dat ze een grotere inspanning levert, als dat nodig is voor het realiseren van de aanspraken van de doelgroep van bepaald overheidsbeleid.

Daarnaast kan uit de memorie van toelichting worden opgemaakt dat het begrip ‘ondersteuning’ breed moet worden opgevat. Ondersteuning kan gebeuren door een zaaksambtenaar in de zin van de ReNEUAL Model Rules of door een zaakbegeleider zoals het Instituut Mijnbouwschade Groningen die kent, maar ook door digitale ondersteuning. Daarbij kan zowel worden gedacht aan meer passieve ondersteuning (zoals een website waarop de aanvrager de behandeling van zijn aanvraag kan volgen en alle daarop betrekking hebbende stukken kan inzien) als meer actieve ondersteuning (zoals een website waarop burgers informatie kunnen inwinnen over hun aanspraken en verplichtingen en – desgewenst met ondersteuning – een aanvraagprocedure kunnen doorlopen).¹³

5 Conclusie

Wat hebben de rondgang langs wettelijke regels en een blik op het alledaagse contact tussen overheid en burger opgeleverd? In ieder geval dat Europa een van de – niet meer, niet minder – inspiratiebronnen is bij het vormgeven van passende ondersteuning van de burger. Burgers kunnen er veel aan hebben als er in hun contact met de overheid een zaaksambtenaar is die als aanspreekpunt fungeert, hun procedurele rechten waarborgt en bijstand verleent indien noodzakelijk – maar dat is niet het hele verhaal. De eis van *passende* ondersteuning kent tenminste twee andere dimensies. De eerste betreft de variëteit van ondersteuning. Behalve een ambtenaar als aanspreekpunt is van belang dat sprake is van adequate digitale ondersteuning, in de vorm van een digitaal dossier en van interactieve informatievoorziening. De tweede dimensie betreft de verhouding tussen interne en externe ondersteuning. Passende ondersteuning is niet altijd ondersteuning door de overheid zelf. Als er behoefte is aan meer ondersteuning dan van de overheid kan worden verlangd, aan een frisse blik, een second opinion of aan ondersteuning *tegen* de overheid, dan is van belang dat de overheid goed bereikbaar is voor die ondersteuning en bereid is tot overleg en samenwerking. De eis van passende ondersteuning ziet dan ook op de verhouding tussen de overheid en externe ondersteuners.

13. Zie over dat laatste: Michiel Scheltema, ‘Digitalisering vanuit burgerperspectief’, NTB 2021/104.

The gender pay equality paradox in law and in practice

Linda Senden^{*}

1 Jan's Leitmotiv

Saying 'Jan Jans' is saying 'effective judicial protection', 'access to court', '(horizontal) direct effect', 'consistent interpretation', 'state liability', 'proportionality' and so on. His name, expertise and reputation thus go hand in hand with a whole list of EU legal doctrines that we qualify today as 'classics of EU law' and that are of great importance with a view to securing judicial protection of rights that citizens derive from EU law before national courts. More generally, 'doorwerking' of EU law into national law, a word that is difficult to capture in English,¹ is a key focus in the work of Jan Jans.² His contribution to the study of this aspect of EU law and how EU law is intertwined with and impacts on the domestic legal orders of the Member States is and will remain of tremendous value to a broad audience of readers, practitioners, scholars and students alike. His legacy is also captured in the study book 'Europees Recht. Algemeen Deel',³ which I had the honour to be one of the co-editors of. I cherish many good memories on working with him in this enterprise, of his 'no-nonsense' and very collegial attitude in going about and of the many pleasant encounters we have had at many different occasions.

Jan, having taken your work as an inspiration, I wish to present you and other readers here with a narrative on the origin and locus of some classics of 'doorwerking', but raise some important shortcomings in practice of the individual rights-based approach that underlies these classics. It will not come as a surprise to you that the field in which this narrative unfolds is that of EU gender equality law, and more specifically that of pay inequality between men and women. For it was in this field of law that the European Court of Justice (CJEU) early on in the European integration process developed such classics as cornerstones of a strong individual rights-based approach towards securing EU rights by citizens in the Member States. While one might have expected on this basis a solid level of protection of gender equality in the EU being achieved by now, this approach appears to have fallen short however in practice, including in guaranteeing equal pay for

* Prof. mr. Linda Senden, Utrecht University, RENFORCE.

1. 'Implementation' may come closest, but still does not capture the full meaning of 'doorwerking'.
2. From the 191 (!) publications mentioned on his RUG profile page, I just mention here some more recent ones: MJM Verhoeven & JH Jans, 'Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking', in: RJGM Widdershoven & S Prechal (eds), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2017) p. 63-122 and JE van den Brink, W Den Ouden, S Prechal, RJGM Widdershoven, & JH Jans, 'Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S Prechal & RJGM Widdershoven (eds), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2017, p. 123-261.
3. WT Eijsbouts, JH Jans, A Prechal, AAM Schrauwen and LAJ Senden, *Europees Recht. Algemeen Deel* (Europa Law Publishing, 6th edn, 2020).

women.⁴ But let me start this narrative – which only scratches the surface, it must be admitted – at its very beginning..

2 Bricklaying the cornerstones

There was once a woman called Gabrielle Defrenne, a name that very few EU legal scholars will not be familiar with. In the late 1960s, she was an air hostess employed by the Belgian airline company Sabena Airlines but got fired at the age of 40, it being the company's policy to fire female air hostesses at that age. A dedicated lawyer, Eliane Vogel-Polsky, convinced her to fight against her dismissal and its financial consequences in court. For over a decade they litigated her case, not only before Belgian courts but also pushing the CJEU to rule three times on the interpretation of (then) Article 119 EEC-Treaty and now Article 157 Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). This provision has laid the foundation for equal pay for men and women, by stipulating that 'Each Member State shall ensure that the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value is applied'. The intention behind the introduction of this provision in the Treaty, on the instigation of France, was to ensure an economic level playing field in the Member States and to prevent social dumping, as France claimed it was paying men and women equally in contrast to the other founding States.

The CJEU firstly ruled on the interpretation of the concepts of pay and equal work.⁵ It next had to address the question whether Article 119 could be relied on in court vis-à-vis not only public authorities but also private parties, specifically social partners, which it responded to in the affirmative.⁶ In the last case, the Court very importantly ruled that this provision pursues not only an economic aim, but also a social one and stressed its fundamental rights nature.⁷ As such, this hard legal battle is thus not only part of the cradle of the direct effect doctrine in EU law, and in particular of the extent to which Treaty provisions may not only have vertical but also horizontal direct effect, but also of the Union's fundamental rights protection.

The *Defrenne* cases incited the European legislator to adopt two important Directives already in the mid-1970s; the first one in 1975 and being dedicated specifically to securing equal pay for men and women⁸ and the second one in 1976 and being

4. This contribution builds on an earlier published RENFORCE blogpost: Linda Senden and Rian Heshdahl, Closing the gender pay gap. Time for the Member States to put their money where their mouth is, <<http://blog.renforce.eu/index.php/ml/2021/05/18/closing-the-gender-pay-gap-time-for-the-member-states-and-all-stakeholders-to-finally-put-their-money-where-their-mouth-is/>> last accessed July 1, 2021.

5. Case 80/70, ECLI:EU:C:1971:55 (*Gabrielle Defrenne/Belgian State*).

6. Case 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 (*Gabrielle Defrenne/Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*).

7. Case 149/77, ECLI:EU:C:1978:130 (*Gabrielle Defrenne/Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*).

8. Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, *OJ L45*, 19.2.1975, 19-20.

geared towards realising equal treatment in access to employment, vocational training and promotion and employment conditions (Equal Treatment Directive).⁹ Importantly so, the latter Directive stipulated in particular – and still quite exceptional at the time – ‘that Member States shall introduce into their national legal systems such measures as are necessary to enable all persons who consider themselves wronged by failure to apply to them the principle of equal treatment [...] to pursue their claims by judicial process after possible recourse to other competent authorities’.¹⁰ So, it obliged Member States to provide for due access to court and judicial remedies in sex discrimination cases in employment.

In the 1980s then, this provision and the scope of protection it offers was put to the test in a case in Germany which was brought by two social workers, Sabine von Colson and Elisabeth Kamann. They had applied for a job at a prison which catered exclusively for male prisoners, but the Land Nordrhein-Westfalen who administered this prison refused to engage the two women for reasons relating to their sex. The officials responsible for recruitment tried to justify their non-hiring on grounds of problems and risks connected with the appointment of female candidates in such a prison, and instead appointed male candidates who were however less qualified. In the case before the German courts it was not disputed that this constituted prohibited discrimination on the grounds of sex, but the conflict centred on the question what compensation the women were entitled to; be it only the reimbursement of the travel costs made for the interview, a contract of employment or, in the alternative, to damages amounting to six months' salary?

In its dealing with the preliminary questions referred to it in this case, the CJEU gave birth to two other important legal doctrines, the first one being the duty of consistent interpretation and the second one being the requirement of effective sanctions.¹¹ It took as its lead for this the aforementioned provision of the Equal Treatment Directive on providing access to court and judicial protection that should be afforded to victims of sex discrimination in employment and the duty of loyal cooperation of Member States as now contained in Article 4(3) of the Treaty on European Union (TEU). The Court concluded that while it cannot be inferred from the Directive that a specific sanction must be imposed and that it thus fails to meet the requirements of being sufficiently clear and unconditional for having direct effect, the national courts are nonetheless under a duty to interpret national law in the light of the wording and the purpose of the Directive so as to achieve the prescribed result. It then also ruled that while the Directive leaves ‘Member States free to choose between the different solutions suitable for achieving its objective, it nevertheless requires that if a Member States chooses to penalize breaches of that prohibition by the award of compensation, then in order to ensure that it is effective and that it has a deterrent effect, that compensation must in any event be adequate in relation to the damage sustained and must therefore amount to

9. Then Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, *OJ L39*, 14.2.1976, 40-42.

10. Article 6.

11. Case 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Sabine von Colson and Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*).

more than purely nominal compensation such as, for example, the reimbursement only of the expenses incurred in connection with the application'.¹²

The Defrenne and Von Colson and Kamann rulings incited many other court cases in which it had to determine the exact scope of the doctrine of direct effect, the duty of consistent interpretation and the requirement of effective judicial protection and sanctions, including in a continuous line of other gender equality law cases. Suffice it here to mention the two Marshall cases that originated in the UK,¹³ and which yet again showed quite some stamina by the victim of sex discrimination to pursue her claim in court. Ms Marshall was employed by a Health Authority and dismissed by her employer at the age of 62 because of having attained the qualifying age for a State Pension, that age being different under national legislation for men and for women. In the first case, the CJEU considered an employer's general policy of termination of employment of this nature to constitute discrimination on grounds of sex contrary to the Equal Treatment Directive. In the second case, the question was to what level of compensation she was entitled to and specifically whether the upper limit for such compensation that was contained in UK law was lawful under the Directive. The Court ruled that such a prefixed upper limit is not in line with the requirement of effective and deterrent sanctions and that there must also be a possibility of award of interest. In this case the Court also clarified that an individual can rely on Article 6 of the Directive as against an authority of the State acting in its capacity as an employer.

3 The risen edifice

Clearly the CJEU has played a key role in the development of not only EU law 'doorwerking' classics in gender¹⁴ equality cases, but obviously also in developing the body of gender equality law. The above account has shown already that this also stimulated the European legislator to take action. Through time, many steps have taken on many different levels so as to enhance gender equality in the EU, by the Treaty drafters, in legislation as well as policymaking. This has culminated in the recognition in Article 2 of the European Union Treaty of gender equality as a core value on which the EU is founded and as one of its objectives to achieve in its Article 3. Article 23 of the Charter of Fundamental Rights stipulates that equality between women and men must be ensured in all areas, including employment, profession and remuneration. Article 8 of the Treaty on the Functioning of the EU is in line with this, stating that 'in all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women'.

The European legislator has adopted a whole series of Directives in the field, relating not only to pay and access to employment and employment conditions, but also to social security, access to goods and services, work-life balance, pregnancy and

12. Para 28.

13. Case 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*H Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*), and Case C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (*H Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*).

14. I use 'sex' and 'gender' as interchangeable concepts in this contribution; in earlier days sex discrimination was the more commonly used concept, but nowadays gender discrimination prevails.

maternity and self-employed workers.¹⁵ The establishment of the European Social Pillar is one of the latest initiatives within the framework of which gender equality is also put on the agenda and to be reinforced as a social right.¹⁶ So, an extensive body of equality law and policy has been established in the past decades by the EU and therewith also in the Member States.

4 Still an insufficiently safe shelter

Yet, it is a sad fact that in 2021 — more than 50 years after the *Defrenne I* case and 63 years since the entry into force of the EEC-Treaty — the proclaimed core value of gender equality has still not translated into the closure of the gender pay gap in daily practice. Despite the long history of European equal pay legislation, not a single country in the European Union has managed to secure equal pay for women and men.¹⁷ Women today are still paid less than their male counterparts and are facing perpetuating financial and economic inequalities. Currently, women in the EU earn 14.1% less per hour than their male counterparts,¹⁸ this referring to the so-called ‘explained’ (unadjusted) pay gap. The explained pay gap takes the different characteristics of women and men into account that lead to unequal pay, and refers to education level, skill-set, seniority, occupational sector, status and employment preference.¹⁹ These characteristics are nonetheless not free from discrimination. By contrast, the unexplained pay gap, as its name indicates, is not able to explain the reasons for a gender pay gap: why does a gap persist in cases of men and women demonstrating similar levels of education, work experience, age, training and so on? In the Netherlands, this unexplained pay gap is still about 5 to 6%. Discrimination can thus be an important factor underlying the unexplained pay gap.

Given the persisting gender pay gap, one cannot but conclude that the legal framework built through time has lacked effectiveness. Comparative research carried out across the EU countries over the past decades²⁰ consistently points to two major problems that provide explanations for the ineffective tackling of the gender pay gap. The first one concerns the fact that, as seen here above, the enforcement of EU gender equality law — and national law by consequence — relies predominantly on an individual-rights-based approach, which means that it is the victim of discrimination that needs to go to court to see justice done. There are serious limits to this approach, besides the fact that it only leads to a solution in the case at hand

15. See for a concise overview, S Burri, *EU Gender Equality Law – Update 2018* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018).

16. <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_nl>.

17. <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics>.

18. <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/2020_factsheet_on_the_gender_pay_gap.pdf>.

19. D Crimshaw, J Rubery, *The Adjusted Gender Pay Gap: A Critical Appraisal of Standard Decomposition Techniques*, 2002 <https://www.researchgate.net/profile/Damian-Grimshaw/publication/242507066_The_Adjusted_Gender_Pay_Gap_a_Critical_Appraisal_of_Standard-Decomposition_Techniques/links/0c96052dd25bfef37b000000/The-Adjusted-Gender-Pay-Gap-a-Critical-Appraisal-of-Standard-Decomposition-Techniques.pdf>. For the Netherlands, see <<https://www.cbs.nl/en-gb/news/2020/18/gender-pay-gap-still-narrowing>>.

20. For the most recent account, see S Burri, L Senden and A Timmer, *A comparative analysis of gender equality law in Europe 2019*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.

and is not geared towards resolving structural forms of discrimination. The mentioned research thus reveals that (alleged) victims of discrimination do not go to court because the law may not be clear to them, they may lack access to relevant information to build a case, and they may be deterred by the length and cost of proceedings, low levels of legal aid and compensation provided, a lack of trust in the judicial system, uncertainty about the outcome of the case and the risk of stigmatization and public victimization.²¹ The legal system is thus in many instances actually asking David to stand up against Goliath, which requires much courage and perseverance by claimants. The overall very low level of gender equality litigation across the EU confirms women's reluctance to go down this road and cases that get to court are only the tip of the iceberg of problems that exist in practice.²² Clearly, not all women are fighters like Ms Defrenne and Ms Marshall, but more importantly so, they should not be forced into that role.

The second problem goes hand-in-hand with the strong focus on the individual-rights-based approach. As unequal pay is primarily seen as a private matter that needs to be tackled by the person affected by it, there is an overall lack of institutional commitment on the part of public authorities, employers and social partners to take the action that is necessary to solve the structural discrimination engrained in the gender pay gap. Little action is taken to enhance knowledge and training, to ensure gender-neutral job classification and evaluation systems, to actively monitor the implementation of the equal pay rule and to provide for effective enforcement mechanisms, including sanctions. Overall, little attention and resources are dedicated to this.²³

Paradoxically, the edifice of gender equality protection that has solidified so much over time in the law as seen here above, still appears these days an insufficiently safe shelter for most victims of gender pay discrimination in practice. And while the Court's rulings in gender equality cases played a major role beyond the field of gender equality in developing EU law 'doorwerking' classics, it is a wry conclusion that this development still failed to achieve the goal of closing the gender pay gap in all the years that passed by.

5 Adding new wings to the edifice

The lesson to be learnt from the past 60 years is that there is also a political duty to realise the core value of gender equality upon which our European and national societies are proclaimed to be built, and a realization that we cannot leave this burden merely on the shoulders of victims of discrimination. We must stop seeing the courts as the first port of call for employees to solve their unequal pay problem, but shift our focus more to those who bear responsibility for the development and

21. Ibid. See in particular its Chapter 10, 133-148.

22. Ibid.

23. See P Foubert, *The enforcement of the principle of equal pay for equal work or work of equal value. A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017 and the Commission Staff working document, Evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on 'equal pay for equal work or work of equal value', SWD(2020) 51 final.

application of job classification and wage systems and those who can monitor, control and change such systems: employers, social partners, governments and public supervisory authorities. They can ensure both prevention and combatting of pay discrimination and bring about structural reform. A more comprehensive, collective and pro- and reactive legal approach in enforcement is required that stipulates duties of public authorities and other stakeholders, and employers more generally, to ensure effective implementation and enforcement of the equal pay principle.

The proposal for a directive which the European Commission presented on March 4, 2021²⁴ marks key steps in this direction, by focusing both on enhancing transparency and reinforcing enforcement mechanisms so as to strengthen the application of the equal pay principle. In fact, the proposal can be seen as asking the Member States along with employers and social partners to finally put their money where their mouth is and to pursue implementation of that principle in practice.

As such, the proposal not only reinforces the position of victims in court proceedings by providing a more extensive conceptual and procedural toolbox they can rely on, helping to address some of the deficiencies identified above,²⁵ but importantly it also imposes for the first time specific duties on employers to ensure gender neutral wage and job classification systems, to engage in a joint pay assessment, to report and to disclose pay information, to explain pay differences and — where there is no objective, gender-neutral reason for them — the measures taken to remedy such pay differences. This is coupled with the obligation for Member States to design a monitoring body that bears responsibility for the effective implementation of these duties and for ensuring that employers live up to them. The monitoring body shall inform and cooperate with the national equality body and the labour inspectorate. It should also be adequately resourced for this. Lastly, the national monitoring body is to report annually to the Commission.

The imposition to designate such a body is an essential step forward, yet its role and mandate is less far-reaching than what we see in many other domains (eg data protection and financial markets). There EU law not only obliged the establishment of national supervisory bodies, but also of EU supervisory agencies. In this regard, the proposal is silent on the potential — larger — role of the European Institute for Gender Equality in this regard or possibly the European Labour Authority. There are also some other important limitations in the proposal, regarding the scope of application (only to employers with over 250 employees); the evaluation of the Directive's impact (only after 8 years); as well as in comparison to steps taken in some states as to develop more advanced auditing and certification systems to ensure compliance with the equal pay principle (eg in Iceland, Finland, Germany, the UK and Sweden).²⁶

24. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms, COM(2021)93 final.

25. See Articles 6, 7, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 22 of the directive proposal.

26. *Ibid* fn 20, 46-53.

A final point of attention concerns the role of the social partners. The social partners play a significant role in the implementation of the equal pay rights and obligations set out in the proposed directive by concluding and enforcing collective agreements in the Member States, while at the same time respecting the national differences in social dialogue. The social partners represent autonomous agents and are tasked with detecting strengths and weaknesses of the implementation of this directive on a national, regional and local level, and establishing gender-neutral job evaluation and classification schemes, thereby harnessing also a minimum level of harmonisation across the EU. Yet, their role is not remarkably improved or strengthened in the new proposed directive, compared to the currently applicable Recast Directive.²⁷ Instead, the involvement of the social partners is utilised through enhanced pay transparency requirements, bargaining negotiations, the right to take collective action and capacity to develop gender-neutral job classification systems, but it still gives them much leeway. Nevertheless, to put things into perspective, the role and responsibilities of the social partners have a complementary function to the aforementioned proposed duties of employers and the Member States. The proposed directive here assumes a combined approach based on the implementation of substantive rights and obligations by collective agreements which respects the national differences of bargaining systems and social dialogue.

6 @Jan to conclude

Of course, with this narrative I did not intend to do away with the classics of EU law, to the contrary, we still need to further solidify the existing edifice so as to enhance the position of future Defrenne's in court. But it is also time to expand it at the same time and to reinforce the duties of other actors that have a key role to play in the achievement of the Union's core values, amongst which gender equality.

At the personal level, I hope that your interest in 'doorwerking' may in practice also occasionally translate in 'doorwerken' and that thus we will still have the opportunity of some future academic encounters. But above all, I hope you will enjoy the pleasures of your well-deserved retirement. I wish you all the best!

27. Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), *OJ L* 204, 26.7.2006, 23-36.

The Rise and Fall and Rise Again of Access to Justice in the Netherlands

Hanna Tolsma*

1 Inleiding

Jan zat (en zit) vol wijze woorden die hij tot enkele jaren terug als leidinggevende van de Groningse vakgroep, *managing by walking around*, graag kort maar krachtig deelde met iedereen die daar op zat te wachten. *No guts, no glory* is een *onliner* waar ik zelf regelmatig aan terugdenk. Als kersverse doctor leerde ik van Jan hoe een goed onderzoeksvoorstel te schrijven, dat het niet moeilijk is om internationaal te publiceren over het bestuursrecht en hoe leuk het is om met collega's samen te werken aan onderzoek. Hij bracht mij op het pad van het omgevingsrecht. En dat brengt mij bij het onderwerp van deze bijdrage: de toegang tot de rechter in Nederland en in het bijzonder het beroepsrecht van milieuorganisaties.

Op 1 oktober 2008 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak het beroepsrecht van algemene (ideële) belangenbehartigers aangescherpt.¹ Anders dan voorheen betreft de Afdeling de feitelijke werkzaamheden in de beoordeling van de belanghebbendheid. Die koerswijziging kreeg veel aandacht.² Ook Jan laat van zich horen: 'Volstrekt duidelijk is dat deze beperking haaks staat op de doelstellingen van het Verdrag van Aarhus en Richtlijn 2003/35.'³ Er verscheen een Groningse internationale publicatie, *'The Rise and Fall of Access to Justice in the Netherlands'*.⁴ Recent heeft een uitspraak van het Hof van Justitie (het *Varkens in Nood*-arrest) geleid tot een *rise again* van de toegang tot de rechter in Nederland.⁵ Althans tijdelijk, met de ruimhartige oplossing waar de Afdeling voor kiest.⁶ De wetgever is aan zet om de gecon-

* Hanna Tolsma is als hoogleraar Besluitvorming en rechtsbescherming in het omgevingsrecht verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde aan de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage is 30 juni 2021 afgerond.

1. ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3911; ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:3912; ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:3913, AB 2008/348, m.nt. Michiels, *JB* 2008/239, m.nt. Schlössels, *Gst.* 2008, 141, m.nt. De Lange, *TBR* 2008/192, m.nt. Nijmeijer, AA20090051, m.nt. Damen, *Men R* 2008/105, m.nt. Jans en De Graaf, *JM* 2008/130, m.nt. Tolsma.
2. K.J. de Graaf, J.H. Jans & H.D. Tolsma, 'Milieuorganisaties door de mangel. De wetgever gepasseerd?', *NJB* 2009/60, p. 80 e.v.; W. Konijnenbelt, 'Gemangelde milieuorganisaties?', *NJB* 2009/393; J.H. Jans, H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, 'Napleiten?', *NJB* 2009/394; B.J. Schueler, 'Het verschil tussen een milieuorganisatie en een procedeerclub', *Men R* 2008, p. 543.
3. HvJ EG 15 oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:631, *Men R* 2009/97, m.nt. Jans (*Djurgården*).
4. H.D. Tolsma, K.J. de Graaf & J.H. Jans, 'The Rise and Fall of Access to Justice in the Netherlands', *JEL* 2009, p. 309-321.
5. HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7, AB 2021/200, m.nt. Nijmeijer en Tolsma, *Men R* 2021/40, m.nt. Van 't Lam en Ravelli, *JB* 2021/28, m.nt. Schlössels en De Waele, *JM* 2021/33, m.nt. Douma.
6. ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, AB 2021/201, m.nt. Nijmeijer en Tolsma, *JB* 2021/87, m.nt. Schlössels; ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, AB 2021/202, m.nt. Nijmeijer en Tolsma.

stateerde gebreken in het Nederlandse bestuursprocesrecht te herstellen. Legio perspectieven en legio oplossingen zijn denkbaar.⁷

In dit stuk bespreek ik eerst het beroepsrecht van milieuorganisaties in het bestuursrecht (par. 2). Vervolgens beschrijf ik kort hoe de Afdeling met een ruimhartige toepassing van het *Varkens in Nood*-arrest gezorgd heeft voor de tijdelijke terugkeer van de getrapte actio popularis in het omgevingsrecht (par. 3). Ik sluit af met de stelling dat de wetgever een structurele terugkeer van de actio popularis in het omgevingsrecht moet overwegen (par. 4).

2 Het beroepsrecht van milieuorganisaties in het bestuursrecht

2.1 De eisen van artikel 1:2 Awb

Een milieuorganisatie is belanghebbende als voldaan is aan de eisen van artikel 1:2 lid 1 en 3 Awb. Ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen geldt dat als hun belangen worden beschouwd de algemene belangen die zij krachtens hun doelstelling en blijkens feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. De bestuursrechter is sinds de zogenoemde ‘1 oktober 2008-uitspraken’ scherper gaan letten of een milieuorganisatie aan deze eisen voldoet. Het louter in rechte opkomen (inspraak, bezwaar en beroep) betreft naar het oordeel van de Afdeling geen feitelijke werkzaamheden, omdat anders feitelijk sprake zou zijn van een actio popularis. En die actio popularis was nu juist door de wetgever afgeschaft in 2005.⁸

De invulling van de criteria van artikel 1:2 lid 3 Awb door de bestuursrechter heeft effect op het beroepsrecht van milieuorganisaties. Zoals destijds voorspelt door Jan, is er aardig wat juridische energie gaan zitten in de eis van feitelijke werkzaamheden.⁹ Opvallend is dat in een uitspraak van 31 maart 2011 de eisen wel zeer strikt werden ingevuld.¹⁰ De Moordrechtse Milieuvereniging de Zuidplaspolder werd niet aangemerkt als belanghebbende. De statutaire doelstelling benoemde niet de specifieke diersoorten waar de natuuronthefing op zag. Een kritische annotatie van Jan bereikte de rechtszaal waarop het bedrijfsongeluk werd rechtgezet.¹¹

7. Zie bijv. H.A.J. Gierveld, ‘Arrest Varkens in Nood: much ado about nothing’, *NTB* 2021/137, p. 306-317.

8. Aanpassingswet uniforme voorbereidingsprocedure Awb, *Stb.* 2005, 282. Zie voor een meer recente toepassing van deze lijn o.a. ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2620 en ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1139.

9. Zo is inmiddels bekend dat een algemene belangenbehartiger de status van belanghebbende verliest als geruime tijd geen feitelijke werkzaamheden meer worden verricht (zie ABRvS 19 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4736, AB 2015/73, m.nt. Tolsma). Werkzaamheden langer dan een jaar geleden kunnen bij die beoordeling relevant zijn omdat de continuïteit van de activiteiten ter beoordeling voorligt (ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3431, AB 2017/241, m.nt. Tolsma). De grens tussen wel of niet voldoende feitelijke werkzaamheden is soms schimmig: ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1813, AB 2016/407, m.nt. Tolsma.

10. ABRvS 31 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0258, *Men R* 2011/134, m.nt. Jans.

11. ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5108, *Men R* 2012/87, m.nt. Jans. En ook nu nog moet de Afdeling soms een dergelijke invulling van de eisen rechtzetten. Zie ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1082, AB 2021/109, m.nt. Plu & Tolsma.

‘Zoals professor Jan Jans in een noot bij deze uitspraak schreef: “Verlangt de Afdeling vanaf nu werkelijk dat bij ontheffingen op grond van de Ffw algemene belangenorganisaties in hun doelstelling specifieke soorten moeten noemen. En hoe specifiek moet dat dan? Is ‘modderkruiper’ voldoende of wil de Afdeling dat dit wordt uitgesplitst in ‘grote modderkruiper’ en ‘kleine modderkruiper’? Dit begint toch wel een beetje op ‘milieuorganisatie pesten’ te lijken.” Met plezier heb ik deze noot voorgedragen bij de beroepszaken die leiden tot de (tussen)uitspraken van 15 februari 2012 waarin de Afdeling gelukkig geheel terugkwam op de Moordrechtse uitspraak.’¹²

2.2 De eisen stellen te weinig voor

In de literatuur wordt ervoor gepleit om de drempel van het beroepsrecht voor de algemene belangenbehartiger te verhogen.¹³ Om de legitimiteit van het beroepsrecht te versterken zou er een representativiteitseis moeten komen voor deze clubs. Volgens De Poorter & Van Heusden zou de toegang tot de procedure slechts open mogen staan voor belangenorganisaties die daadwerkelijk voldoende massa en representativiteit bezitten. Geïnspireerd door het Duitse recht stellen zij een zelfstandige verzoekschriftprocedure voor waarbij de belangenorganisatie de hoogste bestuursrechter kan vragen haar procesbevoegdheid te erkennen. Dat zou de bestuursrechter kunnen doen als aan vier vereisten is voldaan: de omvang van de achterban moet voldoende groot zijn (50.000 mensen voor een nationale organisatie), een duidelijk plan van aanpak om het statutaire doel te bereiken, een overtuigend trackrecord (minstens 3 jaar actief) en voldoende expertise in huis om het doel te bereiken. Interessant is dat Stolk komt met een theoretisch kader dat meer inzicht biedt in wat representativiteit betekent, wat een representativiteitsvereiste moet bewerkstelligen en wat daarvoor nodig is.¹⁴ Zij constateert dat het idee dat een belangenorganisatie moet handelen op basis van de wensen van de achterban niet goed past bij algemene belangenbehartigers. Het draait juist om belangenbehartiging. De link met representatie van individuen ontbreekt. Eisen die zien op onafhankelijkheid en expertise passen meer bij ideële belangenbehartigers.

-
12. A.H. Jonkhof, ‘Toenemende inperking van rechtsbescherming voor milieugroeperingen’, *M en R* 2012/99.
 13. J.C.A. de Poorter & L.A. van Heusden, ‘Bovenindividuele belangenbehartiging. Naar een aanscherping van het beroepsrecht voor belangenorganisaties door een vereiste van representativiteit’, *JBplus* 2017, afl. 0 (special Lex Michiels). Zie ook J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 221 en B.J. van Ettekoven, ‘Bestuursrechtspraak voor Jan & Alleman? Op weg naar een stelsel van subjectieve rechtsbescherming’, in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 95-96. Teunissen is voor afschaffen, J.M.H.F. Teunissen, ‘De algemeenbelangorganisatie als vehikel voor salonpopulisme’, *Gst.* 2021/1 (en eerder J.M.H.F. Teunissen, ‘De algemeen belangorganisatie als bestuursrechtelijk (pseudo-) Openbaar Ministerie?’, *Gst.* 2003/17).
 14. R. Stolk, ‘Wie zijn zij...?! De representativiteit van procederende belangenorganisaties’, *NTB* 2020, p. 472-480.

2.3 De eisen zijn te streng

In de literatuur wordt gesteld dat de strenge jurisprudentie inzake artikel 1:2 lid 3 Awb in strijd is met het Verdrag van Aarhus.¹⁵ Het Verdrag is uitdrukkelijk gericht op het bevorderen van de rol van milieuorganisaties in inspraak- en juridische procedures. Uit artikel 2 lid 5 volgt dat non-gouvernementele organisaties die zich inzetten voor milieubescherming en 'voldoen aan de eisen van nationaal recht' aangemerkt worden als 'betrokken publiek' (belanghebbende). Op grond van artikel 9 lid 2 van het Verdrag staat voor het betrokken publiek toegang tot de rechter open. Een lidstaat kan eisen stellen aan de ontvankelijkheid van milieuorganisaties. Maar er zijn grenzen. In de Zweedse zaak *Djurgården* oordeelde het Hof dat een beperking in nationale wetgeving waarbij enkel milieuorganisaties met minstens tweeduizend leden toegang tot de rechter hebben, niet aanvaardbaar is.¹⁶ Gaat Nederland te ver? Jan geeft antwoord. Natuurlijk mag het Nederlandse recht eisen stellen aan de statutaire doelstelling en de feitelijke werkzaamheden. 'Maar de grenzen die het Europees recht en het Verdrag van Aarhus hierbij stellen zouden weleens dichterbij kunnen liggen dan de Afdeling denkt'.¹⁷ De beperking van de Afdeling dat 'het louter in rechte opkomen' niet geldt als 'feitelijke werkzaamheden' is in strijd met de letter van het Verdrag: 'aan het participeren in besluitvorming en het voeren van juridische procedures wordt in het Verdrag van Aarhus juist een zelfstandige betekenis en waarde toegekend'.¹⁸

3 Tijdelijk een terugkeer naar de getrapte *actio popularis*

Uit het *Varkens in Nood*-arrest volgt dat de constructies 'wel inspraak, geen beroepsrecht voor niet belanghebbenden' en 'geen beroepsrecht voor belanghebbenden, zonder deelname aan inspraak' uit ons bestuursprocesrecht in strijd zijn met het Verdrag van Aarhus.¹⁹ Met het oog op de rechtspraak kiest de Afdeling voor een ruimhartige toepassing van het arrest.²⁰ Bij alle omgevingsbesluiten die zijn voorbereid met de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afd. 3.4 Awb) krijgen belanghebbenden in beroep artikel 6:13 Awb niet tegengeworpen. Niet-belangheb-

15. M.H.W. Bodelier, 'Het Europese Hof zet de deur voor milieuorganisaties verder open', *Gst.* 2012/31; J.H.I. van Dijk, 'Nederlandse beperking beroepsrecht milieuorganisaties in strijd met m.e.r.-richtlijn', *Men R* 2013/36. Zie anders: J.C.A. de Poorter & L.A. van Heusden, 'Bovenindividuele belangenbehartiging. Naar een aanscherping van het beroepsrecht voor belangenorganisaties door een vereiste van representativiteit', *JBplus* 2017, afl. 0 (special Lex Michiels); W. Konijnenbelt, 'Gemangelde milieuorganisaties?', *NJB* 2009/393, p. 495-499.

16. Het vereiste van ruime toegang tot de rechter komt onder meer tot uitdrukking in C-115/09 (*Trianel*), C-240/09 (*Bruine beer-zaak*) en C-263/08 (*Djurgården*).

17. HvJ EU 12 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:289, *Men R* 2011/140, m.nt. J.H. Jans.

18. J.H. Jans, 'Vloeiende rechtsbescherming. Enkele opmerkingen over bestuursprocesrecht, de Crisis- en herstelwet en het Verdrag van Aarhus', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof.mr. N.J.S. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 336.

19. HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7, *Men R* 2021/40, m.nt. Van 't Lam en Ravelli, *JB* 2021/28, m.nt. Schlössels en De Waele, *JM* 2021/33, m.nt. Douma. Deze knelpunten zijn in de literatuur al eerder gesignaleerd. Zie o.a. B.J. Schueler, 'Hoe ver strekt de rechtsbescherming in het omgevingsrecht? Over subjectivering in het bestuursprocesrecht', *TO* 2005, p. 117; F. de Lange, 'Waarborgen in het milieurecht. Actuele ontwikkelingen in besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming. Verslag van de VMR-studiemiddag op 1 maart 2005', *Men R* 2005, p. 217 e.v.; HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:683, *AB* 2015/447, m.nt. Ch.W. Backes (*Commissie/Duitsland*).

20. ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786; ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953.

benden die wel zienswijzen hebben ingebracht in de voorbereidingsprocedure krijgen in beroep artikel 1:2 Awb niet tegengeworpen.

Met de ruimhartige uitleg van de Afdeling is de getrapte *actio popularis* terug in het omgevingsrecht. Ook als aan de eisen van artikel 1:2 lid 3 Awb niet is voldaan, heeft een milieuorganisatie die zienswijzen heeft ingebracht in de inspraakprocedure beroepsrecht. Wel geldt in beroep het relativiteitsvereiste. Artikel 8:69a Awb staat evenwel niet aan vernietiging in de weg als de milieuorganisatie opkomt voor algemene belangen die zij (gelet op haar (statutaire) doelstelling en door haar feitelijke werkzaamheden) behartigt en die geheel of ten dele samenvallen met de belangen die de norm beoogt te beschermen.²¹ En uit het arrest *Commissie/Duitsland* kan worden afgeleid dat het relativiteitsvereiste niet geldt voor milieuorganisaties voor zover het gaat om een beroep op het Europese milieurecht.

4 **Momentum voor een structurele Rise Again**

De wetgever is aan zet. Glashelder is dat het Verdrag van Aarhus geen *actio popularis* verlangd.²² Een optie is om het bestuursprocesrecht in Nederland zo in te richten dat aan de benedengrens van het Verdrag wordt voldaan. Mijn stelling is dat de wetgever het moment moet aangrijpen om de optie van een structurele terugkeer van de *actio popularis* te overwegen bij omgevingsbesluiten die worden voorbereid met afdeling 3.4 Awb. Het gaat dan niet alleen om milieuorganisaties die niet aan de eisen van artikel 1:2 Awb voldoen, maar ook om andere niet-belanghebbenden die deze omgevingsbesluiten aan de bestuursrechter willen voorleggen. De argumenten pro en contra zijn bekend uit de discussie die in het verleden uitgebreid is gevoerd over de *actio popularis*.²³ Ik licht hier enkele aspecten eruit.

4.1 **Dan verliest de procedure toch aan snelheid?**

Voor projectontwikkeling is van belang dat er zo snel mogelijk een onherroepelijk besluit is. Bestuursrechtelijke procedures zorgen volgens dit perspectief voor vertraging. Snelheid wordt in dit *frame* geplaatst tegenover bestuursrechtelijke rechtsbescherming. En procedures worden gezien als een probleem.²⁴ Om dit probleem op te lossen, sluiten initiatiefnemers in de praktijk soms deals met potentiële belanghebbenden. In ruil voor financiële compensatie, doet de burger afstand van rechtsmiddelen ten aanzien van bepaalde toekomstige besluiten.

21. Zie ABRvS 11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2706, r.o. 6.6 (overzichtsuitspraak relativiteitsvereiste in het omgevingsrecht).

22. Zie voor een uitleg op dit punt par. 5.1 in R. Benhadi, 'Nederlands bestuursprocesrecht op onderdelen in strijd met het Verdrag van Aarhus', *Jbplus* 2021, p. 95-118.

23. Zie uitgebreid: A.A.J. de Gier & J. Robbe, 'De *actio popularis* in het ruimtelijke ordeningsrecht en het milieurecht (I)', *Gst.* 1999/7109, 1; A.A.J. de Gier & J. Robbe, 'De *actio popularis* in het ruimtelijke ordeningsrecht en het milieurecht (slot)', *Gst.* 1999/7110, 2.

24. Zie E. Haverkamp & M.E. Hinskens-van Neck, 'Rechtsbescherming versus tijdige realisatie en de (on)mogelijkheden om bij bouwprojecten tot versnelling en slagkracht te komen', *TBR* 2021/3, par. 2.

Dergelijke deals met potentiële belanghebbenden zijn niet waterdicht, omdat het beroepsrecht van openbare orde is waarvan in onze rechtstaat geen afstand kan worden gedaan.²⁵ En in de planning moeten initiatiefnemers uiteraard gewoon rekening houden met deze bestuursrechtelijke procedures. ‘Dat is een niet onvoor-zien onderdeel van de zorgvuldige procedures in Nederland’, zoals de minister te-recht opmerkt in reactie op Kamervragen.²⁶

Duidelijk is dat initiatiefnemers niet zitten te wachten op meer potentiële beroeps-gerechtigden. De vraag is of de uitbreiding van het beroepsrecht voor niet-belang-hebbenden zorgt voor een toename van procedures. De ervaring met de getrapte actio popularis in het verleden biedt daarvoor in ieder geval geen aanknopingspun-ten. Uit empirisch onderzoek uit 1999 is bekend dat niet-belanghebbenden slechts in (zeer) geringe mate opkomen tegen vergunningen.²⁷ Interessant zou zijn om – met de tijdelijke terugkeer van de actio popularis – te onderzoeken of deze bevin-ding nog steeds actueel is.

4.2 Wat kost dat dan wel niet?

Waarom geldt voor het beroepsrecht in ons bestuursprocesrecht een belangvereiste? Dit heeft te maken met de kosten. Iemand die niet een bepaald, onderscheidend belang bij een zaak heeft, veroorzaakt immers dat anderen (wederpartijen, bestuurs-rechter) met die lasten worden geconfronteerd. Daar is geen goede rechtvaardiging voor.²⁸ Het afbakingsvraagstuk van artikel 1:2 Awb brengt evenwel ook kosten met zich mee. In de discussie over afschaffing van de actio popularis is destijds gewaarschuwd voor extra lasten veroorzaakt door de afbakening van de kring van belanghebbenden in het ruimtelijke ordeningsrecht en milieurecht. De opbrengst door afschaffing van de actio popularis werd gering ingeschat.²⁹

Wat kost het om die kring van belanghebbenden af te bakenen bij omgevingsbe-sluiten voorbereid met afdeling 3.4 Awb? Dat zou interessant zijn om te onderzoe-ken. Mijn beeld op basis van de jurisprudentie is dat de toepassing van het belang-hebbendenbegrip bij besluiten over activiteiten met effecten op de fysieke leefom-geving lastig is. De Afdeling heeft weliswaar in de jurisprudentie een beoordelings-kader geformuleerd voor de invulling van de eisen van artikel 1:2 Awb, maar dat biedt ruimte voor verschillende uitkomsten. Dat geldt niet alleen voor de invulling van de eisen voor milieuorganisaties. Het afbakingsvraagstuk speelt veeleer bij de burgers en rechtspersonen die op grond van artikel 1:2 lid 1 Awb willen opkomen voor de eigen belangen bij omgevingsbesluiten. Hier speelt de zogenoemde correctie

-
25. Zie E. Haverkamp & M.E. Hinskens-van Neck, ‘Rechtsbescherming versus tijdige realisatie en de (on)mogelijkheden om bij bouwprojecten tot versnelling en slagkracht te komen’, *TBR* 2021/3, par. 5.
26. Kamerbrief van 9 november 2020 ‘Vragen van het lid Koerhuis (VVD) over het bericht “Hoe bewoners van het Wijnhaveneiland zich voor veel geld laten afkopen door projectontwikkelaars”’.
27. A.A.J. de Gier & J. Robbe, ‘De actio popularis in het ruimtelijke ordeningsrecht en het milieurecht (I)’, *Gst.* 1999/7109, 1.
28. B.W.N. de Waard, *Leerstukken van bestuursprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 62.
29. A.A.J. de Gier & J. Robbe, ‘De actio popularis in het ruimtelijke ordeningsrecht en het milieurecht (slot)’, *Gst.* 1999/7110, 2.

‘gevolgen van enige betekenis’ een rol, die in de praktijk voor veel discussie zorgt.³⁰ Noemenswaardig is dat de Afdeling bij omgevingsbesluiten met effecten voor velen deze ontvankelijkheidstoets om proceseconomische redenen ook wel eens overslaat.³¹

4.3 Past dat wel in het bestuursprocesrecht?

Een getrapte *actio popularis* past niet bij het uitgangspunt van subjectieve rechtsbescherming dat dominant is in het bestuursprocesrecht. Volgens Jan is de primaire oriëntatie op de rechtsbeschermingsfunctie, met name in het licht van Europese ontwikkelingen, te ver doorgesloten en is een herbezinning noodzakelijk. Vroeger was het anders:

“Taak van de bestuursrechter was niet alleen om burgers rechtsbescherming te bieden, maar hij had tevens een controle functie op het bestuur. Ik vind dat nog steeds een goed uitgangspunt. In het bestuursrecht gaat het tenslotte altijd om het algemeen belang.”³²

Beroepsrecht voor eenieder wijkt af van artikel 8:1 Awb (‘Een belanghebbende kan tegen een besluit beroep instellen bij de bestuursrechter’). Kies je voor een systeem dat afwijkt van de Awb, dan moet je daar goede argumenten voor hebben. Zijn die er niet in het omgevingsrecht? Een ontwikkeling is dat er steeds meer aandacht is voor participatie. Dit vormt een pijler van de nieuwe Omgevingswet. Uit artikel 16.23 lid 1 Ow volgt dat zienswijzen openstaan voor eenieder bij besluiten voorbereid met afdeling 3.4 Awb. Idealiter vindt daaraan voorafgaand nog vroegtijdige participatie plaats met burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen.³³ Uit het *Varkens in Nood*-arrest volgt dat niet belanghebbenden die zienswijzen hebben ingebracht in de inspraakprocedure ook een beroepsrecht verdienen. Het ligt mijns inziens niet voor de hand dat de wetgever de inspraak gaat beperken tot enkel belanghebbenden. Dat staat immers haaks op de ontwikkeling van participatie.

4.4 Tot slot het burgerperspectief

Een betrokken burger die het niet eens is met een omgevingsbesluit, zoekt bij de rechter rechtsbescherming. Jonkhof vraagt oog voor het burgerperspectief: ‘Ik weet niet of bestuursorganen zich realiseren wat het effect is van het niet-ontvankelijk verklaren van een groep. Groepen voelen zich niet gehoord en zijn hierdoor teleurgesteld in de overheid.’³⁴ Noemenswaardig is ook het verslag van Grosveld in het

30. Zie mijn noot onder ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:499, AB 2021/194, m.nt. Tolsma.

31. Zie ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1263, AB 2019/352, m.nt. Tolsma en De Vries.

32. J.H. Jans, *Doorgesloten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak* (oratie Groningen), Groningen: Europa Law Publishing 2005.

33. Zie voor een overzicht: S.W. Derksen & H.W. Dekker, ‘Participatie onder de Omgevingswet: niet nieuw, wel anders geregeld (Deel I)’, *TBR* 2020/104; S.W. Derksen & H.W. Dekker, ‘Participatie onder de Omgevingswet: niet nieuw, wel anders geregeld (Deel II)’, *TBR* 2020/114.

34. A.H. Jonkhof, ‘Toenemende inperking van rechtsbescherming voor milieugroeperingen’, *M en R* 2012/99.

NJB, die zich wel belanghebbende voelt bij een omgevingsbesluit, maar dat gelet op de eisen van artikel 1:2 Awb niet is. Hij merkt op: ‘Het lijkt of alle toepassers en toetsers van de wet zich krampachtig aan de wettekst en vooral aan de “vaststaande” jurisprudentie vastklampen. Dat wekt de indruk dat (dit deel van) de wet vooral beoogt de overheid tegen de burger te beschermen. Zeker niet andersom.’³⁵

Dat beeld klopt vanuit een juridisch perspectief uiteraard niet. De vraag is of in situaties waarbij de afbakening van de kring van belanghebbenden lastig is, wij juristen nog goed kunnen uitleggen waarom iemand dan geen toegang verkrijgt. Een ander punt is dat procedures die enkel gaan over de ontvankelijkheid ten koste gaan van het vertrouwen in de rechtstaat en het draagvlak van bestuursrecht-spraak in de samenleving.³⁶ Met de maatschappelijke opgaves waar de overheid de komende jaren voor staat (energietransitie, klimaatadaptatie, kringlooplandbouw, gezonde leefomgeving) is dat vertrouwen hard nodig.

35. H. Grosveld, ‘Hoezo geen belanghebbende? Verslag van een rechtsgang Awb, observaties door een betrokken leek en een pleidooi voor een “feitelijk belang”’, *NJB* 2020, p. 3067-3070.

36. B.J. Schueler, *Het zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam University Press/Kluwer 2003, p. 26. Schueler legt uit: ‘Want of de niet-ontvankelijkheid wordt tot in hoogste instantie volgehouden en dan gaat de procedure inhoudelijk helemaal nergens over, of de rechter oordeelt dat het bestuursorgaan iemand ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard en dan moet de hele procedure van voor af aan opnieuw beginnen.’

WISSELWERKING

De Wob en de Eurowob: nog steeds een latrelatie

Ton Duijkersloot*

1 Inleiding

Hoofdthema van deze afscheidsbundel is grensoverschrijdende rechtsbeoefening, in het bijzonder de interactie tussen nationaal, Europees en internationaal recht. Een mooi voorbeeld hiervan is de bestudering van de verhouding tussen de Nederlandse wet die openbaarheid van bestuur regelt – op het moment van schrijven nog steeds de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), maar binnenkort de Wet open overheid (Woo) – en zijn Unierechtelijke tegenhanger, in Nederland vaak aangeduid als de Eurowob.¹ Een kleine vijftien jaar geleden heb ik deze verhouding aangeduid als een latrelatie: het zijn afzonderlijke openbaarheidsregimes, die evenwel in samenhang moeten worden toegepast.² In deze bijdrage staat centraal hoe deze relatie zich de afgelopen tijd heeft ontwikkeld. Algemene constatering vooraf kan zijn dat de Eurowob in de rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter bepaald geen hoofdrol speelt. Dat was zo – hetgeen bijvoorbeeld staatsraad Nico Verheij op de VAR-bijeenkomst ‘Naar een nieuwe Wob’ deed opmerken dat hij als bestuursrechter zelden met de Eurowob in aanraking komt³ – en is nog steeds zo. Desalniettemin zijn er de afgelopen jaren een aantal interessante uitspraken gedaan door de Nederlandse bestuursrechter. Hieraan besteed ik aandacht in paragraaf 3. Eerst worden in paragraaf 2 een paar inleidende opmerkingen gemaakt om het wezen van de latrelatie tussen Wob en EuroWob te schetsen.

2 Wob en Eurowob

2.1 Opzet

Voor wat betreft hun opzet vertonen de Wob en de Eurowob sterke overeenkomsten. Zij bevatten een algemeen recht op openbaarheid van documenten met daarbij een aantal absolute en relatieve weigeringsgronden voor het bestuur. Als het gaat om de uitwerking zijn wel verschillen te constateren. Zo bevat de Wob weigeringsgronden die in de Eurowob helemaal niet voorkomen, zoals (uiteraard) de bescherming van de eenheid van de Kroon, het belang dat de geadresseerde erbij heeft als

* Ton Duijkersloot is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en daar als onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (Renforce) en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL).

1. Verordening (EU) 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, *PbEU* 2001, L 145.
2. A.P.W. Duijkersloot, ‘Openbaarheid van documenten onder de Wob en de Eurowob: een LAT-relatie’, *JBplus* 2007, afl. 2, p. 24-37.
3. L.L. van der Laan, ‘Verslag VAR-bijeenkomst “Naar een nieuwe Wob”’, *NTB* 2012/40.

eerste kennis te kunnen nemen van de informatie en het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke of rechtspersonen. Ook de Eurowob kent uitzonderingsgronden die niet in de Wob voorkomen, met name de weigeringsgrond ter bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies. Uitzonderingsgronden die wel in beide regelingen voorkomen hebben soms een verschillend karakter, mede als gevolg van de uitleg ervan in de rechtspraak.⁴ Zo is bijvoorbeeld de bescherming van commerciële belangen (Eurowob) of bedrijfs- en fabricagegegevens (Wob) in de Eurowob een relatieve uitzonderingsgrond, terwijl dit belang in de Wob een absolute uitzonderingsgrond is.⁵ Zeker interessant is, mede in het licht van de recente discussies over de Rutte-doctrine, de zowel in de Wob als de Eurowob opgenomen uitzonderingsgrond die ruimte biedt voor de bescherming van besluitvormingsprocessen. Zoals de Wob in artikel 11 persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad beschermt, reguleert de Eurowob in artikel 4 lid 3 de toegang tot een document dat door een instelling is opgesteld voor intern gebruik of door een instelling is ontvangen, en dat betrekking heeft op een aangelegenheid waarover de instelling nog geen besluit heeft genomen. In de kern is de ratio achter deze uitzonderingsgronden dezelfde: het waarborgen van een vrije interne gedachteswisseling bij de voorbereiding van beleidsbeslissingen.⁶ In de Wob gaat het om een absolute uitzonderingsgrond, in de Eurowob is deze relatief: de toegang wordt geweigerd, indien de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt. Uit de rechtspraak blijkt evenwel dat dit verschil weer enigszins gerelativeerd moet worden: inderdaad is artikel 11 voor Nederlandse bestuursorganen een belangrijk toevluchts-oord om op informatieverzoeken van burgers en journalisten afwijzend te reageren. Het is zelfs kabinetsbeleid geworden om deze uitzonderingsgrond ook – in ieder geval in inhoudelijk opzicht – toe te passen in de relatie met de volksvertegenwoordiging (dit is immers wat de genoemde Rutte-doctrine in de kern inhoudt). In het Unierecht kan echter, via de in de rechtspraak ontwikkelde zgn. ‘algemene aanname doctrine’, een op het eerste gezicht minder strikte uitzonderingsgrond toch ook weer worden beperkt.⁷ Er is een aantal documentsoorten waarvan een instelling aan kan nemen dat deze niet openbaar gemaakt behoeven te worden en waar dus een hoger openbaar belang daaraan in de weg staat, zoals bij documenten die behoren tot een staatssteundossier of een dossier van een procedure op grond van artikel 101 VWEU en documenten uitgewisseld in het kader van een concentratiecontroleprocedure. Kortom, het verschil tussen de relatieve Eurowob-uitzonderingsgrond en de absolute Wob-uitzonderingsgrond is zo in de praktijk minder groot dan op het eerste gezicht lijkt.

4. Zie nader Duijkersloot 2007, p. 27.

5. In de Woo wordt deze uitzonderingsgrond relatief (art. 5.1 lid 2, onderdeel f). Voor milieu-informatie was dit overigens ook onder de Wob al het geval.

6. In het Unierecht wordt in dit verband gesproken over de ‘space to think’. Zie bijv. Y.C. Bijl, ‘De “space to think” in de Eurowob na De Capitani en ClientEarth’, *NtER* 2019, afl. 1/2, p. 2.

7. Zie o.m. HvJ EU 2 oktober 2010, C-139/07 P, ECLI:EU:C:2010:376 (*Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau*), HvJ EU 27 februari 2014, C-365/12 P, ECLI:EU:C:2014:112 (*Commissie/Enbw Energie Baden-Württemberg*), HvJ EU 28 juni 2012, C-477/10 P, ECLI:EU:C:2012:394 (*Commissie/Agrofert Holding*), HvJ EU 14 november 2013, C-514/11, ECLI:EU:C:2013:738 (*LPN en Finland/Commissie*), HvJ EU 21 september 2010, C-514/07 P, ECLI:EU:C:2010:5417 (*Zweden e.a./API en Commissie*) en HvJ EU 4 september 2018, C-57/16 P, ECLI:EU:C:2018:660 (*ClientEarth/Commissie*).

2.2 Toepassingsgebied

De verschillen in openbaarheidsniveau maken de vraag relevant wanneer de Wob van toepassing is en wanneer de Eurowob. Als we kijken naar artikel 2 lid 3 jo. artikel 1 sub a Eurowob, blijkt deze van toepassing op alle bij het Europees Parlement, de Raad en de Commissie berustende documenten. Dit wil dan zeggen documenten die door deze instellingen zijn opgesteld of ontvangen (bijvoorbeeld van een lidstaat) en zich in hun bezit bevinden, op alle werkerreinen van de Europese Unie. Daarnaast hebben inmiddels, conform de overweging in de considerans bij de Eurowob, bijna alle andere EU-organen en agentschappen de Eurowob (in ieder geval gedeeltelijk) op hun documenten van toepassing verklaard door middel van interne besluiten.⁸ De Wob is van toepassing op de in artikel 1a genoemde bestuursorganen: ministers, de bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties, bestuursorganen die onder de verantwoordelijkheid van de eerdergenoemde organen werkzaam zijn en andere bestuursorganen, voor zover niet bij algemene maatregel van bestuur uitgezonderd. Kortom: onder de Eurowob bestaat een recht op toegang op bij EU-instellingen aanwezige documenten en onder de Wob kan een verzoek worden gedaan om openbaarmaking van bij Nederlandse bestuursorganen aanwezige documenten.

Interessant wordt het als de documenten die bij nationale overheidsorganen aanwezig zijn afkomstig zijn van een EU-instelling of agentschap en vice versa. Voor deze situatie kent de Eurowob twee 'conflictregels'. Voor de eerstgenoemde situatie bepaalt artikel 5 Eurowob dat, als van de nationale overheid een document wordt gevraagd dat deze in haar bezit heeft maar van een instelling afkomstig is, het nationale overheidsorgaan de betrokken instelling raadpleegt om een besluit te kunnen nemen waardoor het doel van de Eurowob niet in gevaar komt. Dit hoeft alleen dan niet, als duidelijk is dat het document wel of niet wordt vrijgegeven. De laatstgenoemde situatie wordt geregeld door artikel 4 lid 4 en 5 Eurowob. Het vierde lid bepaalt dat wanneer het gaat om documenten van derden (bijv. particuliere organisaties of lidstaten), deze derden door de instelling worden geraadpleegd om te kunnen beoordelen of een uitzonderingsgrond van de Eurowob van toepassing is. Ook hier hoeft deze raadpleging, in dit geval door de instelling, niet plaats te vinden als duidelijk is dat het document wel of niet openbaar moet worden gemaakt. Het vijfde lid geeft daarenboven aan dat een lidstaat de instelling kan verzoeken, een van deze lidstaat afkomstig document niet zonder zijn voorafgaande toestemming openbaar te maken.

Over de uitleg van deze conflictregels hebben de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State (ABRvS) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in het verdere verleden een aantal uitspraken gedaan. Voor de ABRvS gaat het dan om de uitleg en toepassing van de in artikel 5 Eurowob geregelde situatie dat een van een Unie-instelling of agentschap afkomstig document zich bij een Nederlands bestuursorgaan bevindt. Zo heeft de ABRvS in de AKD-zaak meer dan tien jaar ge-

8. Zie voor een overzicht bijvoorbeeld: document van het algemeen secretariaat van de Raad, d.d. 15 november 2013, nr. 16331/13, online te raadplegen via: data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16331-2013-INIT/en/pdf.

leden uitgemaakt dat een Nederlands bestuursorgaan in de regel niet aan de consultatieplicht van een Europese instelling kan ontkomen door het verzoek om openbaarheid van een Europees document te weigeren op grond van een uitzonderingsgrond van de Wob.⁹ Volgens de Afdeling is dit niet mogelijk, als de uitzonderingsgrond van de Wob ruimte laat voor beoordeling en afweging en niet op voorhand duidelijk is of de uitzonderingsgronden van de Eurowob tot weigering van openbaarheid nopen. Zoals ik al eerder constateerde is van deze 'ruimte voor beoordeling en afweging' in ieder geval sprake bij alle relatieve uitzonderingsgronden van de Wob, maar soms ook bij de absolute uitzonderingsgronden. In die gevallen wordt de openbaarheid van het document vervolgens bepaald door de uitzonderingsgronden van de Eurowob. Indien op voorhand duidelijk is dat deze gronden tot weigering moeten leiden, mag het bestuursorgaan dat zelf vaststellen. Zo niet, dan moet de Europese instelling worden geconsulteerd.¹⁰ Recentere rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter doet de vraag rijzen hoe met deze AKD-rechtspraak wordt omgegaan. Daarom in de volgende paragraaf een bespreking van deze rechtspraak en een korte beoordeling ervan.

3 Recente rechtspraak

3.1 Advies inzake de Artikel 2 Fonds-uitkeringen

ABRvS 18 april 2018 (*Advies inzake de Artikel 2 Fonds-uitkeringen*) betrof een Wob-verzoek over een advies van de Landsadvocaat dat was opgesteld in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel Wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 met het oog op een vrijstelling van bepaalde periodieke uitkeringen aan specifieke groepen oorlogsslachtoffers.¹¹ Deze stukken waren opgevraagd omdat de verzoeker een zogenaamde Getto-uitkering – een uitkering uit Duitsland aan personen die in de Tweede Wereldoorlog in een joods getto hebben gewerkt – ontving die niet onder de vrijstelling viel. Verzoeker betoogde bij de Afdeling dat de rechtbank in eerste aanleg had miskend dat de Eurowob algemeen toepasbaar is en rechtstreekse werking heeft in de lidstaten. Uit de uitspraak van het Hof van Justitie *Raad/In 't Veld* uit 2014 zou volgen dat juridische adviezen verstrekt moeten worden in het kader van een verzoek op grond van de Eurowob.¹² De rechtseenheid binnen Europa zou ertoe moeten leiden dat de Eurowob en daaruit voortvloeiende rechtspraak ook in acht moeten worden genomen bij een verzoek op grond van de Wob bij Nederlandse bestuursorganen. De rechtbank had ten onrechte deze jurisprudentie niet toegepast en in het midden gelaten of toepassing van deze jurisprudentie tot een andere uitkomst zou leiden. De Afdeling werd verzocht prejudiciële vragen te stellen over de doorwerking van de Eurowob in het Nederlands recht.

9. ABRvS 9 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC9089, *JB* 2008, 124, m.nt. M. Overkleef-Verburg (AKD). Zie nader A.P.W. Duijkersloot, 'Nieuwe rechtspraak over de Eurowob: gevolgen voor het Nederlandse openbaarheidsrecht', *JBplus* 2009, p. 18-33.

10. Duijkersloot 2009, p. 24-25.

11. Wet vrijstelling uitkeringen Artikel 2-Fonds (*Kamerstukken* 34303).

12. HvJ EU 3 juli 2014, C-350/12 P, ECLI:EU:C:2014:2039 (*Raad/In 't Veld*).

De Afdeling wees dit verzoek zonder veel omhaal van woorden af. Uit artikel 1 onder a en artikel 2 lid 3 Eurowob blijkt, aldus de Afdeling, dat deze van toepassing is op documenten die onder het Europees Parlement, de Raad en de Commissie berusten, dat wil zeggen documenten die door deze instellingen zijn opgesteld of ontvangen en zich in hun bezit bevinden, op alle werkerreinen van de Europese Unie. Voor de in casu verzochte documenten was dit niet het geval. De rechtbank heeft de vraag of rechtstreekse toepassing van de regels uit de Eurowob tot een andere uitkomst zou leiden terecht buiten beschouwing gelaten. Aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen ziet de Afdeling, nu het Unierecht niet van toepassing is, niet. Deze Afdelingsuitspraak uit 2018 wordt vervolgens in enkele latere uitspraken die hieronder worden besproken – en die opvallenderwijs op een of andere manier allemaal te maken hebben met (dier)geneesmiddelen – aangehaald en herhaald.

3.2 MSD

In een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 13 maart 2020, door de Afdeling in hoger beroep beoordeeld op 28 april 2021, stond centraal een besluit van het agentschap College ter beoordeling van geneesmiddelen (Cbg), namens de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, op een Wob-verzoek van farmaceut Boehringer Ingelheim Animal om informatie over het door een andere farmaceut, MSD Animal Health (MSD), op de markt gebrachte diergeneesmiddel Bovilis BVD, een vaccin tegen het virus BVD (bovine virusdiarree) dat een infectieziekte bij rundvee kan veroorzaken.¹³ Het Cbg had medio 2017 een wijziging in de samenvatting van de productiekenmerken van het betreffende diergeneesmiddel goedgekeurd. Boehringer, een directe concurrent van MSD, had ook een BVD-vaccin op de markt gebracht, het diergeneesmiddel Bovela. Door de minister was besloten 58 documenten gedeeltelijk openbaar te maken.

In eerste aanleg had MSD bij de Rechtbank Oost-Brabant de Eurowob in stelling gebracht. MSD wierp op dat de minister bij de beoordeling van het door Boehringer ingediende Wob-verzoek ten onrechte niet de Commissie had geraadpleegd, zoals zou moeten op grond van artikel 5 van de Eurowob. De beoordeling moet weliswaar worden gedaan met inachtneming van de Wob, maar de minister moet ook oog hebben voor de Eurowob, vanwege de gelijkenissen tussen en de samenhang van de Eurowob en de Wob, en de jurisprudentie van het HvJ EU over de toepassing van de Eurowob, aldus MSD. Ter ondersteuning voerde MSD aan dat de Europese Commissie in 2014 aan MSD een vergunning had verleend voor het in de handel brengen van Bovilis BVD. In het kader van de aanvraagprocedure voor deze vergunning had MSD een aantal toxicologische onderzoeksrapporten bij het Europees Geneesmiddelenbureau (EMA) ingediend. De EMA had in 2015 aan MSD laten weten dat een derde had verzocht om toegang te krijgen tot deze vijf testrapporten. In november 2015 wees de EMA dit verzoek gedeeltelijk toe. Weliswaar was het beroep van MSD tegen dit besluit in februari 2018 door het Gerecht in Eerste Aanleg verworpen, maar Advocaat-Generaal (AG) Hogan had in zijn conclusie het standpunt

13. Rb. Oost-Brabant 13 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1570 en ABRvS 28 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:918 (MSD).

van MSD, dat met betrekking tot toxicologische studierapporten uit het registratiedossier van diergeneesmiddelen in beginsel vertrouwelijkheid en geheimhouding moesten gelden omdat openbaarmaking van die rapporten de commerciële belangen zou kunnen ondermijnen, onderschreven.¹⁴ Toepassing van de Eurowob en de rechtspraak van het Hof van Justitie zou volgens MSD moeten betekenen dat de door Boehringer nu verzochte informatie (gedeeltelijk) geheim moest blijven. Voor de rechtbank bepleitte MSD daarom aanhouding van de (beoordeling van de) openbaarmaking, in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie in de boven aangehaalde zaak C-178/18 P.

De rechtbank overwoog vervolgens eenvoudigweg, zich baserend op de boven besproken *Artikel 2 Fonds*-uitspraak van de Afdeling uit 2018, dat de Eurowob van toepassing is op documenten die onder het Europees Parlement, de Raad en de Commissie berusten, dat wil zeggen documenten die door deze instellingen zijn opgesteld of ontvangen en zich in hun bezit bevinden, op alle werkterreinen van de Europese Unie. Voor de documenten waar Boehringer om had verzocht, gold dit niet, zodat ook in dit geval de Eurowob niet van toepassing werd geacht. En, omdat het Unierecht niet van toepassing was, was er ook hier geen aanleiding om de beroepszaak aan te houden in afwachting van het arrest van het Hof van Justitie. Waarbij zij opgemerkt dat we inmiddels weten dat deze uitspraak MSD ook niets had opgeleverd. In de uitspraak van de Afdeling van 28 april jl. werd vervolgens aan deze kwestie geen woord meer gewijd.

3.3 Horus en Genetic

In oktober 2020 deed de Afdeling een tweetal uitspraken waarin de *Artikel 2 Fonds*-overweging terugkwam.¹⁵ Deze uitspraken betroffen verzoeken van farmaceut Théa om openbaarmaking van zgn. clinical overviews, die onderdeel uitmaakten van het registratiedossier dat bij het Cbg door twee concurrenten van Théa – Horus en Genetic – was ingediend ten behoeve van een aanvraag voor een handelsvergunning voor met het door Théa al op de markt gebrachte geneesmiddel Monoprost concurrerende medicijnen. Reden voor dit verzoek was dat volgens Théa die nieuwe medicijnen de volksgezondheid zouden schaden nu de veiligheid en werkzaamheid ervan niet zeker waren.

Door Théa werd bepleit dat de Eurowob van toepassing was. Het Cbg had immers bij het toepassen van de weigeringsgronden in de Wob acht geslagen op een richtsnoer van de EMA. Volgens Théa hadden de EMA en de Heads of Medicine Agencies in dit richtsnoer afgesproken te handelen in overeenstemming met de Eurowob. Deze zou dan ook het relevante wettelijke kader vormen en van belang zijn voor de af te wegen belangen bij de beoordeling van een Wob-verzoek. De Afdeling oordeelde evenwel van niet. Zij haalde de *Artikel 2 Fonds*-uitspraak uit 2018 aan en overwoog ook hier dat de door Théa verzochte documenten niet door het Europees Parlement, de Raad of de Commissie waren opgesteld en daar evenmin

14. Resp. Gerecht 5 februari 2018, nr. T-729/15, ECLI:EU:T:2018:67 en HvJ EU 22 januari 2020, C-178/18 P, ECLI:EU:C:2020:24 (*MSD Animal Health Innovation en Intervet international/EMA*).

15. ABRvS 14 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2417 (*Horus*) en ABRvS 14 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2418 (*Genetic*), JGR 2020/38, m.nt. J.A. Lisman.

berustten. De rechtbank had terecht geoordeeld dat de Eurowob niet van toepassing was.

3.4 Beoordeling

Deze rechtspraak lijkt op het eerste gezicht voor de hand liggend. Als het niet gaat om stukken die in het bezit zijn van EP, Commissie of Raad is de Eurowob niet van toepassing. Toch is deze redenering mijns inziens wat kort door de bocht. Ten eerste is de Eurowob niet alleen van toepassing op documenten die zich bij deze drie instellingen van de EU bevinden, maar ook bij met deze instellingen gelieerde agentschappen. De EMA is een voorbeeld van een agentschap dat onder het toepassingsgebied van de Eurowob valt.¹⁶ Ten tweede, en belangrijker nog, gaat het er niet alleen om of deze documenten zich bij een EU-instelling of agentschap bevinden, maar ook of documenten die bij een Nederlands bestuursorgaan op het bureau liggen van een EU-instelling of agentschap afkomstig zijn. In het laatste geval is ook de Eurowob van toepassing en gelden de in paragraaf 2 genoemde conflictregels. In de Afdelingsuitspraak uit 2018 lijkt wel duidelijk dat de documenten inderdaad niet van een EU-instelling of agentschap afkomstig waren. In de Afdelingsuitspraken uit 2020 en 2021 is dit mijns inziens nog maar de vraag. Het is op grond van de in de uitspraken te vinden informatie niet goed te achterhalen, maar het lijkt mij zeker denkbaar dat een deel van de gevraagde documenten van bijvoorbeeld de EMA afkomstig is. Voor zover dat het geval is, zou de EMA op grond van artikel 5 Eurowob moeten worden geraadpleegd, althans voor zover het gaat om een uitzonderingsgrond die ruimte laat voor beoordeling en afweging. Van dit laatste is in zowel de *MSD*-, de *Horus*- en de *Genetic*-uitspraak sprake, omdat daar artikel 10 lid 2 sub g Wob wordt toegepast.

4 Conclusie

Ik heb even gearzeld of ik aan het onderwerp Wob-Eurowob in de afscheidsbundel voor Jan Jans wel aandacht zou moeten besteden. Er zijn onderwerpen die meer raken aan de zaken waar hij zich de afgelopen tientallen jaren mee bezig heeft gehouden. Gelukkig hebben andere auteurs deze uitvoerig besproken. Ook heb ik even overwogen of ik iets zou moeten schrijven over financieel toezichtsrecht. Mijn eerste kennismaking met Jan dateert immers uit de tijd dat ik als promovendus bij het Europa Instituut aan de UvA bezig was met een proefschrift over Europees toezicht op verzekeraars. Aan de rol die Jan in die periode op bepaalde momenten heeft gespeeld denk ik overigens nog steeds met dankbaarheid en plezier terug. Toch denk ik dat de verhouding Wob-Eurowob – en binnenkort Woo-Eurowob – aandacht verdient. In ieder geval is het een mooi terrein waarop grensoverschrijdende rechtsbeoefening kan worden betracht. Het zou zelfs een plaats kunnen of moeten krijgen in het boek *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*.¹⁷ Iets voor de nieuwe druk misschien!

16. Vgl. bijv. C-175/18 P, ECLI:EU:C:2020:23.

17. Nu worden er op p. 251 slechts een paar regels aan gewijd, eindigend met de mededeling dat dit thema verder niet wordt besproken...

Het prijskaartje van niet-implementatie

Sacha Prechal*

Behalve voor de passen van de chachacha en de Weense wals, hebben Jan en ik in het verre verleden een zekere affiniteit gedeeld voor richtlijnen. Ieder in een andere uithoek van het – destijds – Europees gemeenschapsrecht. Voor het verschijnsel ‘richtlijn’ maakt het echter niet uit of men ze bestudeert in de context van het milieurecht of gelijke behandeling. Alle richtlijnen moeten worden omgezet in nationaal recht en vervolgens toegepast en gehandhaafd, kort gezegd: geïmplementeerd.¹ Zoals bekend, gaat dit proces niet altijd goed: richtlijnen worden regelmatig niet op tijd of juist omgezet en de toepassing en handhaving laten ook te wensen over. In zo’n geval kan de particulier of een (milieu)organisatie het bestaand gebrek aan de orde stellen bij de rechter die vervolgens via de prejudiciële procedure het probleem aan het Hof van Justitie kan voorleggen. Een andere optie is de inbreukprocedure die op grond van artikel 258 VWEU door de Commissie kan worden ingeleid.²

Milieurichtlijnen hebben van oudsher een belangrijk deel uitgemaakt van de door de Commissie gestarte inbreukprocedures, een trend die ook na de strategiewijziging van de Commissie-Juncker³ is doorgezet. Tussen 2015 en 2019 hadden van de gemiddeld 40 inbreukprocedures – opnieuw gemiddeld – 10 procedures betrekking op het milieurecht.⁴

De inbreukprocedure heeft een lange tijd geen tanden gehad. Het Hof stelde dan weliswaar vast dat een lidstaat door, bijvoorbeeld, een richtlijn niet tijdig te hebben omgezet, zijn verplichtingen die uit het Unierecht voortvloeien niet is nagekomen, maar daar bleef het ook bij. Het was vervolgens aan de lidstaat om de nodige maatregelen te nemen ter uitvoering van het arrest van het Hof. Hierin is verandering gebracht door het Verdrag van Maastricht. De Commissie kan sindsdien op grond van wat nu artikel 260 lid 2 VWEU is, een actie instellen wegens de niet naleving van een eerder arrest en daarbij kan zij het opleggen van een boete (officieel ‘forfaitaire som’) en/of een dwangsom vorderen. Van deze procedure, bij het

* Sacha Prechal is rechter in het Hof van Justitie van de Europese Unie en hoogleraar Europees recht aan de Universiteit Utrecht.

1. Over het begrip ‘implementatie’, zie – ook al in het verre verleden – J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, hfdst. 1, par. 5.
2. Of, hetgeen in zeldzame gevallen gebeurt, op grond van art. 259 VWEU, een lidstaat. Zie bijvoorbeeld de onlangs door de Tsjechische Republiek gestarte procedure tegen Polen vanwege de bruinkoolwinning in de mijn Turów, zaak C-121/21.
3. Mededeling van de Commissie, EU-wetgeving: betere resultaten door betere toepassing, *PbEU 2017*, C 18/2. De inzet van deze strategie is om ‘ambitieuzer in te zetten op belangrijke zaken en zich bescheidener op te stellen als het gaat om minder belangrijke zaken’. Overigens nam het aantal van voor het Hof ingeleide inbreukprocedures al sterk af onder de Commissie-Barroso.
4. Cijfers gebaseerd op de Jaarverslagen van het Hof van Justitie en de ‘Annual reports on monitoring of the application of EU law’ van de Commissie.

Hof als ‘*manquement sur manquement*’ bekend, wordt ook op het gebied van het milieurecht met een zekere regelmaat gebruikgemaakt.⁵ Tussen 2016 en 2020 heeft het Hof 9 arresten gewezen op het gebied van het milieurecht waarin in de meeste gevallen zowel een boete als een dwangsom werd opgelegd.⁶

Meer recentelijk zij er nog twee andere financiële dwang-/sanctiemiddelen bij gekomen teneinde de lidstaten wat effectiever ‘bij de les te kunnen houden’.

Het Verdrag van Lissabon heeft een nieuw lid aan artikel 260 VWEU toegevoegd op grond waarvan het Hof rechtstreeks een boete en/of een dwangsom kan opleggen in gevallen waarin de desbetreffende lidstaat heeft nagelaten aan de Commissie te melden welke maatregelen ter omzetting van een richtlijn zijn vastgesteld. Deze bepaling beoogt de al bestaande sanctieregeling van artikel 260 lid 2 VWEU te versterken en de lidstaten er nog krachtiger toe aan te zetten om de richtlijnen binnen de door de Uniewetgever vastgestelde termijnen in nationaal recht om te zetten. Hoewel de bepaling van kracht is sinds december 2009, heeft het tot 2019 geduurd voordat het eerste arrest werd gewezen waarin het Hof de bepaling nader interpreteerde.⁷ In deze arresten werd een aantal belangrijke kwesties opgehelderd. Ik beperk mij tot twee aspecten.⁸

Ten eerste rees de vraag of de verplichting tot mededeling puur formeel moest worden opgevat of dat deze verplichting eveneens een zekere materiële dimensie heeft. Anders gezegd: gaat het om het pure niet meedelen, zoals sommige lidstaten beweerden, of kunnen aan de meldingsplicht ook bepaalde inhoudelijke eisen worden gesteld? Tot op zekere hoogte is dit laatste inderdaad het geval. De lidstaten moeten voldoende duidelijke en nauwkeurige inlichtingen verstrekken over de omzettingsmaatregelen. Zij moeten per richtlijnbeepaling aangeven wat de corresponderende bepalingen van nationaal recht zijn, hetgeen doorgaans door middel van concordantietabellen zal gebeuren. Eveneens moet duidelijk zijn dat de omzettingsmaatregelen voor het gehele grondgebied van de betrokken lidstaat gelden. De mededeling van de maatregel moet de Commissie in staat stellen om te beoordelen of bepaalde omzettingsmaatregelen *kennelijk* ontbreken of niet het gehele grondgebied van de betrokken lidstaat dekken. Hoewel het in de procedure ex artikel 260 lid 3 VWEU niet gaat om de vraag of de richtlijn juist in omgezet,⁹ zal het onderscheid tussen ‘kennelijk’ onvolledig en ‘gewoon’ onjuist ongetwijfeld de

5. Voor een gedetailleerde bespreking zie Brian Jack, ‘Enforcing Member State Compliance with EU Environmental Law: A Critical Evaluation of the Use of Financial Penalties’, *Journal of Environmental Law* 2011, afl. 1, p. 73-95. De procedure van art. 260 lid 2 is overigens bij het Verdrag van Lissabon enigszins vereenvoudigd: het vereiste van een met redenen omkleed advies, uitgebracht door de Commissie, voordat de zaak aanhangig gemaakt kan worden bij het Hof is komen te vervallen waardoor de procedure iets sneller kan verlopen.

6. Zie bijvoorbeeld zaak C-261/18, *Commissie/Ierland (Windturbinepark in Derrybrien)*, ECLI:EU:C:2019:955.
7. Zaak C-543/17, *Commissie/België* (art. 260 lid 3 VWEU – Netwerken met hoge snelheid), ECLI:EU:C:2019:573, snel gevolgd door zaak C-549/18, *Commissie/Roemenië* (Strijd tegen het witwassen van geld), ECLI:EU:C:2020:563 en zaak C-550/18, *Commissie/Ierland* (Strijd tegen het witwassen van geld), ECLI:EU:C:2020:564.

8. Voor een bespreking van deze en andere aspecten zie recentelijk L. Prete & B. Smulders, ‘The age of maturity of infringement proceedings’, *CMLRev* 2021, afl. 2, p. 285-332, in het bijzonder par. 4.2.

9. Zie bijvoorbeeld zaak C-550/18, *Commissie/Ierland* (Strijd tegen het witwassen van geld), ECLI:EU:C:2020:564, r.o. 56.

nodige vragen doen rijzen, zoals in gevallen van evident ongeschikte omzettingsmaatregelen. Vooralsnog is in ieder geval van belang dat de lidstaten niet kunnen volstaan met het melden van onvolledige en/of onduidelijke maatregelen. Op deze wijze worden aan de meldingsplicht kwalitatieve eisen gesteld.

In de tweede plaats werden in de betrokken arresten enkel procedurele kwesties opgehelderd. De procedure ex artikel 260 lid 3 VWEU is accessoir aan de ‘gewone’ inbreukprocedure en moet de effectiviteit van deze laatste verzekeren. Net zoals bij de ‘gewone’ inbreukprocedure, beschikt de Commissie over een discretionaire bevoegdheid en zij hoeft niet te motiveren waarom zij een procedure ex artikel 260 lid 3 VWEU tegen een lidstaat inleidt. Anders dan in het geval van artikel 260 lid 2 VWEU, is het Hof wel gebonden aan de keuze van de Commissie, zowel wat betreft de aard van de financiële sanctie – boete, dwangsom, of beide¹⁰ – als het op te leggen maximumbedrag. De criteria voor de berekening van de financiële sanctie zijn dezelfde als in het geval van artikel 260 lid 2 VWEU: duur en ernst van de inbreuk en de financiële draagkracht van de lidstaat.¹¹ Voor wat de ernst van de inbreuk betreft wordt met name gelet op de gevolgen ervan voor de publieke en particuliere belangen. De berekening van de duur varieert. Voor de boeten wordt de implementatiedeadline als uitgangspunt genomen, hetgeen – uiteraard – verschilt met de procedure ex artikel 260 lid 2 VWEU waarbij de berekening van de duur van de inbreuk aanvangt met de datum van het eerste arrest van het Hof, gewezen in de ‘gewone’ inbreukprocedure. Voor de berekening van de duur ten behoeve van de vaststelling van de dwangsom wordt het verstrijken van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn als uitgangspunt genomen.

Artikel 260 lid 3 VWEU lijkt inderdaad een geschikt instrument om snelle en daadwerkelijke omzetting van richtlijnen te bevorderen. De vraag is echter of het Europese milieurecht hier veel profijt van zal hebben. Als men de bij het Hof ingeleide inbreukacties overziet, komt men onvermijdelijk tot de conclusie dat een groot deel van de zaken niet zozeer de omzetting van de richtlijnen betreft maar eerder de daadwerkelijke toepassing en handhaving. Het niet naleven van luchtkwaliteitsnormen, geen effectieve maatregelen treffen om stikstofdeposities te voorkomen c.q. bestrijden,¹² het niet opvangen van stedelijk afvalwater, de sluiting van stortplaatsen waarvoor geen vergunning is afgegeven, het niet verrichten van milieueffectenbeoordelingen etc. etc. zijn niet primair problemen van niet omzetting in nationaal recht. Voor dergelijke gevallen blijft de ‘gewone’ inbreukprocedure, al dan niet gecombineerd met een ‘*manquement sur manquement*’ de aangewezen

10. Net zoals in de procedure ex art. 260 lid 2 VWEU kan zowel een boete als een dwangsom opgelegd worden omdat deze sancties verschillende doeleinden nastreven.

11. De Commissie berekent de hoogte van de voorgestelde financiële sanctie aan de hand van door haar opgestelde richtsnoeren: Mededeling van 13 december 2005, ‘Uitvoering van artikel [260 VWEU]’ [SEC(2005) 1658], bijgewerkt door Mededeling van 13 december 2017, ‘Aanpassing van de gegevens die worden gebruikt voor de berekening van forfaitaire sommen en dwangsommen die de Commissie het Hof van Justitie voorstelt in niet-nakomingsprocedures’ [C(2017) 8720].

12. Blijkbaar na het arrest in gevoegde zaken C-293/17 en C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA e.a.*, ECLI:EU:C:2018:882, geen exclusief Nederlands probleem. Zie H. Schoukens, ‘Precedent arrest over stikstofbeleid duwt Vlaanderen richting vergunningenstop’, *De Juristenkrant* 10 maart 2021, p. 8-9.

weg. Een weg met pittige bewijslast voor de Commissie en een procedure die vaak lang duurt, soms mede omdat de lidstaten de Commissie aan het lijntje houden.¹³

De tweede innovatie, deze keer van jurisprudentiële aard, zou op zich wel van grote betekenis kunnen zijn voor de handhaving van het milieurecht, juist in situaties waarin concreet gedrag ernstige en onherstelbare schade aan het milieu dreigt te berokkenen. In een kortgedingprocedure, ingeleid door de Commissie tegen Polen, ter zake de houtkap in het Białowieska-oerbos, legde het Hof voorlopige maatregelen op, gecombineerd met een eventuele dwangsom.¹⁴

Naar aanleiding van een reeks aanwijzingen dat Polen het (voorlopige) houtkapverbod niet zal naleven, verzocht de Commissie het Hof om op grond van artikel 279 VWEU Polen een dwangsom op te leggen indien de laatste het gevorderde houtkapverbod naast zich neerlegt. Artikel 279 VWEU is zeer summier en bepaalt enkel dat het Hof in de aanhangige zaken de noodzakelijke voorlopige maatregelen kan gelasten. Welke maatregelen dit zijn laat de bepaling in het midden. De Poolse regering betwistte de bevoegdheid van het Hof om in het kader van een kortgeding een dwangsom op te leggen. De regering wees erop dat volgens het Verdrag een dwangsom enkel opgelegd kan worden onder toepassing van artikel 260 lid 2 of lid 3 VWEU.

Dit betoog mocht niet baten. Het Hof overwoog dat het op grond van artikel 279 VWEU bevoegd is om elke voorlopige maatregel te nemen die het noodzakelijk acht op te leggen om de volledige doeltreffendheid van zijn eindbeslissing te waarborgen. Daartoe kan onder bepaalde omstandigheden ook een dwangsom behoren. De laatste moet de betrokken lidstaat dwingen om de voorlopige maatregelen na te leven, die op hun beurt nodig zijn om de effectiviteit van de eindbeslissing te verzekeren. Anders gezegd: een einduitspraak over de noodzaak van bescherming van een natuurgebied nadat het bos gekapt is heeft weinig zin.

In de *Białowieska*-zaak heeft het Hof Polen niet onmiddellijk tot de betaling van een dwangsom veroordeeld. Hoewel het heeft vastgesteld dat de dwangsom € 100.000 per dag zal bedragen, werd de daadwerkelijke oplegging afhankelijk gesteld van de hervatting van de kortgedingprocedure door de Commissie: alleen indien de Commissie van oordeel zou zijn dat Polen het (voorlopige) houtkapverbod niet naleeft, kon zij zich opnieuw tot het Hof wenden. Indien het Hof zou vaststellen dat de voorlopige maatregelen inderdaad niet nageleefd zijn, zou het de lidstaat tot betaling van de dwangsom veroordelen.

Tot een dergelijke veroordeling is het niet gekomen; blijkbaar heeft Polen het in kort geding opgelegde kapverbod nageleefd. Dat geldt echter niet voor het arrest van 17 april 2018, in de *Białowieska*-zaak ten gronde, waarin vastgesteld is dat Polen

13. De in voetnoot 6 genoemde zaak van Derrybrien ving aan met een aanmaningsbrief en een met redenen omkleed advies in 2001, het eerste arrest was in 2008 gewezen en het tweede arrest in 2019 – een kleine 20 jaar dus.

14. Zaak C-441/17 R, *Commissie/Polen*, ECLI:EU:C:2017:877. Voor een uitvoerige bespreking zie P. Wenerås, 'Saving the forest and the rule of law: Commission v. Poland', *CMLRev* 2019, afl. 2, p. 541-558.

een reeks verplichtingen die uit de habitat- en vogelrichtlijn voortvloeien niet heeft nageleefd.¹⁵ In februari van dit jaar heeft de Commissie alsnog een procedure ex artikel 260 lid 2 VWEU ingeleid, teneinde financiële sancties te vragen wegens niet naleving van het eerdere arrest.¹⁶

De kortgedingbeschikking in de *Białowieska*-zaak is met veel instemming onthaald als een belangrijke versterking van de naleving van kortgedinguitspraken. Dat het opleggen van dwangsommen in kort geding juist in zaken waarin milieubescherming centraal staat van groot belang kan zijn wordt in de *Białowieska*-zaak zelf prachtig geïllustreerd. Echter, net zoals de andere in deze bijdrage besproken procedures, hangt de toepasselijkheid van artikel 279 VWEU met name af van de bereidwilligheid van de Commissie om een inbreukactie ten gronde te starten en parallel een verzoek om voorlopige maatregelen in te leiden. Daarnaast zal ook een eventueel verzoek om een dwangsom op te leggen van belang zijn. Hoewel het Hof ook ambtshalve tot het opleggen van een dwangsom kan besluiten, gaat het Hof met deze bevoegdheid zeer terughoudend om.

Niet alles hoeft echter af te hangen van de Commissie. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage – juni 2021 – heeft de Tsjechische Republiek, teneinde de naleving van de beschikking in zaak C-121/21R¹⁷ kracht bij te zetten, een verzoek bij het Hof ingediend om Polen te veroordelen tot een dwangsom van € 5.000.000 per dag voor het blijven exploiteren van de bruinkoolmijn Turów.

Als we de balans opmaken, dan kan worden vastgesteld dat de verschillende financiële sancties de effectieve omzetting, uitvoering en handhaving van het Europese milieurecht versterken. Men moet erover echter geen al te grote verwachtingen koesteren. De Commissie zit op de bestuurdersstoel en ondanks alle mooie en op zich begrijpelijke voornemens om bij voorkeur met name situaties aan te pakken die aanleiding geven tot bredere principekwesties of wanneer er geen doeltreffende rechtsbescherming beschikbaar is op nationaal niveau, is de prioriteitstelling door de Commissie soms ondoorgrondelijk.

Zaken die juist op het nationale niveau ingeleid worden blijven derhalve onontbeerlijk. Behalve de *Cricetus cricetus* die af en toe om de hoek komt kijken, valt op dat er op het nationale front een aantal thema's regelmatig terugkomen, zoals de toegang tot de rechter¹⁸ en de invulling van het begrip 'plannen en programma's' uit de MER-richtlijn.¹⁹ Uiteraard kunnen en zullen ook in nationale procedures financiële sancties en dwangsommen opgelegd worden. De eisen die het Unierecht hierbij stelt behoren in beginsel tot de procedurele autonomie van de lidstaten en

15. Zaak C-441/17, *Commissie/Polen*, ECLI:EU:C:2018:255.

16. Zie *February infringements package: key decisions*, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_441.

17. In haar beschikking van 21 mei 2021 heeft de vicepresident van het Hof Polen opgedragen de bruinkoolwinning onmiddellijk stil te leggen tot het arrest in de hoofdzaak is gewezen.

18. Recentelijk nog zaak C-826/18, *Stichting Varkens in Nood*, ECLI:EU:C:2021:7.

19. Zie onder meer zaak C-24/19, *A e.a. (Windturbines in Aalter en Nevele)*, ECLI:EU:C:2020:503.

worden beheerst door de beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming.²⁰

Een andere optie is een 'prijskaartje' op grond van de milieuaansprakelijkheidrichtlijn of eventueel staatsaansprakelijkheid wegens niet- of onjuiste implementatie van een richtlijn.

Aan al deze onderwerpen zou men meerdere feestbundels kunnen wijden, wat wellicht minder feestelijk zou zijn.



Foto: 2 criceti

In ieder geval moet men vaststellen dat procedures ingeleid door de Commissie enerzijds en door particulieren of ngo's op het nationale niveau anderzijds beide hard nodig zijn en dat ze complementair zijn. Net zoals bij de Weense wals linksom én rechtsoom draaien: om in evenwicht te blijven.

20. Zie bijvoorbeeld zaak C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, ECLI:EU:C:2019:1114, r.o. 33-34, een arrest waarin zelfs lijfswang niet uitgesloten wordt, nu een dwangsom opgelegd aan de overheid vaak een kwestie is van 'broekzak – vestzak'.

Gifvaten en de implementatiekloof

Ko de Ridder^{*}

1 Inleiding

How Great Expectations in Washington Are Dashed in Oakland; Or, Why It's Amazing that Federal Programs Work at All. Het is de beroemde ondertitel van een standaardwerk over implementatie.¹ Dat boek gaat over de vraag wat er in de uitvoering overblijft van de grootse plannen van een centrale overheid, door wetgevers vertaald in algemene regels, regels die vervolgens steeds verder verfijnd worden in gerechtelijke uitspraken. Er blijkt vaak een grote kloof te zijn tussen beleid en uitvoering, tussen wetgeving en wetstoepassing: de *implementation gap*.

Een jaar voordat Jan Jans er hoogleraar werd had de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen een congres georganiseerd met als thema: 'Alles in één keer goed'.² Het congres problematiseerde het gegeven dat bestudering van het bestuursrecht vooral over de rechterlijke interpretatie ervan leek te gaan en veel minder over de vraag of het bestuur wel uit de voeten kon met al die administratiefrechtelijke wetgeving. Het bestuursrecht krijgt immers vorm en betekenis in de alledaagse toepassing ervan door het openbaar bestuur, veel meer dan in de geschilbeslechting door de bestuursrechter. De centrale vraag was dan ook in hoeverre bestuursorganen erin slaagden het bestuursrecht adequaat te implementeren zonder dat een corrigerende rechter eraan te pas hoefde te komen. Een jaar na zijn benoeming in Groningen was Jan Jans een van de redacteuren van een Engelstalige publicatie naar aanleiding van het congres.³ Hij bleek zich het bestuursorganen-perspectief snel eigen te hebben gemaakt.

In datzelfde jaar verscheen ook de derde editie van het standaardwerk over Europees milieurecht van de hand van Jans & Vedder.⁴ In dat boek draait alles om jurisprudentie, *case law*. Ruim 550 rechterlijke uitspraken worden aangehaald. De bestuursorganen die het Europese milieurecht moeten implementeren komen op één plaats in het boek aan de orde, onder het kopje 'Implementation by Local and Regional Authorities' in het hoofdstuk over 'Implementation and Enforcement'. De Europese *implementation gap* is in aanleg nog weer een stuk groter dan de nationale implementatiekloof, zo valt uit dit hoofdstuk op te maken. Een groot deel van het hoofdstuk is gewijd aan de omzetting van Europees recht in nationaal recht. Pas

* Prof. dr. J. de Ridder is emeritus hoogleraar bestuurskunde aan de juridische faculteit van de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Pressman & Wildavsky 1973.
2. Herweijer, Marseille, Noordam & Winter (red.) 2005.
3. De Graaf, Jans, Marseille & De Ridder (red.) 2007.
4. Jans & Vedder 2007.

als die omzetting gelukt is komt de vraag aan de orde wat uitvoerders als lokale en regionale overheden ermee doen. De EU gaat niet over de implementatiestructuur, dat is een zaak van nationale overheden. 'As the Court has frequently stated, each Member State is free to attribute or delegate powers to its public authorities as it considers fit and to implement directives by means of measures adopted by regional or local authorities'.⁵ Het is niet onwaarschijnlijk dat dit uitgangspunt aanzienlijk bijdraagt aan een Europese implementatiekloof. Deze bijdrage gaat over één geval waarin die kloof zichtbaar wordt.

2 De casus

In april van het jaar 2019 werden de inwoners van de Achterhoekse gemeente Doetinchem opgeschrikt door berichten in de media dat er honderden tonnen giftig afval in lekkende vaten lagen op een van de bedrijfsterreinen binnen de gemeente. Het gemeentebestuur liet, na onderzoek ter plaatse, weten dat op het terrein van het bedrijf Rutgers Milieu 1200 ton blusschuim was opgeslagen in IBC's (containers van een kubieke meter) waarvan een deel zou kunnen lekken. Later bleek dat het blusschuim het giftige PFOS bevatte. De opslag van 1200 ton blusschuim op het terrein van Rutgers Milieu was volgens het gemeentebestuur illegaal; in de geldende milieuvergunning was opslag van blusschuim tot een maximum van tien ton vergund. Toen het gemeentebestuur met een last onder dwangsom Rutgers Milieu probeerde te dwingen de boel op te ruimen ging het bedrijf failliet en dat scheepte de gemeente op met een gifbelt en miljoenen aan reinigingskosten. In 2020 heeft de gemeenteraad laten uitzoeken hoe het zover had kunnen komen. Uit het onderzoeksverslag rijst het beeld op van een aaneenschakeling van fouten en onachtzaamheden van zowel de provincie en de gemeente als de omgevingsdienst; fouten en onachtzaamheden waarvan het bedrijf tien jaar lang gewiekst gebruik had gemaakt.⁶ Een van die onachtzaamheden is de wijze waarop de Europese regeling inzake het internationaal vervoer van afvalstoffen in deze casus werd toegepast.

3 De regulering

Het vervoer van afvalstoffen in de Europese Unie is gereguleerd in de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen (EVOA).⁷ Zelfs naar EU-maatstaven is het een knap ingewikkelde regeling, 'an extremely complicated piece of regulation', schrijven Jans & Vedder.⁸ Het doel van de regeling is alle vervoer van afvalstoffen tussen landen van de EU en tussen derde landen en de EU te registreren en te controleren en zo te voorkomen dat schadelijk afval in het milieu terechtkomt. De EVOA onderscheidt een aantal actoren in de afvalbranche, onder meer de 'producent' (degene wiens handelen afvalstoffen voortbrengt), de 'inzamelaar' (eenieder die afvalstoffen inzamelt), de 'makelaar' (eenieder die ten behoeve van anderen de verwijdering of nuttige toepassing van afvalstoffen organiseert) en ten slotte de 'ontvanger' (de onderneming waarnaar de afvalstoffen voor verwijdering of nuttige

5. Jans & Vedder 2007, p. 146.

6. Struiksma, De Ridder & Cazemier 2021.

7. Verordening (EG) 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad, van 14 juni 2006, betreffende de overbrenging van afvalstoffen, vaak kortweg aangeduid als de Basel Regulation.

8. Jans & Vedder 2006, p. 438.

toepassing worden overgebracht). De verordening bevat uitvoerige voorzieningen voor de registratie van producenten, inzamelaars, makelaars en ontvangers, voor de ‘kennisgeving’ van afzonderlijke afvaltransporten (‘overbrengingen’) en voor toezicht, controle en handhaving van de materiële bepalingen in de verordening. Over de institutionele arrangementen waarmee deze complexe materie geïmplementeerd dient te worden is de regeling daarentegen uiterst summier. De voornaamste bepaling is te vinden in artikel 53: ‘De lidstaten wijzen de voor de uitvoering van deze verordening bevoegde autoriteit of autoriteiten aan’. In Nederland is als centrale bevoegde autoriteit aangewezen de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT). Elke overbrenging behoeft de toestemming van de aangewezen autoriteit in het land van bestemming (art. 9 lid 1 EVOA). De ontvanger is verplicht de ontvangen afvalstoffen ‘op milieuhygiënisch verantwoorde wijze te verwijderen of nuttig toe te passen’. De autoriteit, in casu de ILT, dient zich er onder meer van te vergewissen dat de ontvanger de te ontvangen afvalstoffen conform de vergunning van de inrichting zal verwerken (art. 9 lid 8c). De Nederlandse overheid heeft de gemeentebesturen belast met de controle ter plaatse bij de ontvanger. De ILT stuurt steeds als een overbrenging is aangemeld een controleverzoek naar de omgevingsdienst binnen welks jurisdictie de verwerkende inrichting valt. De verklaring van de omgevingsdienst (namens het bevoegd gezag) dat de verwerking verantwoord zal geschieden is een van de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn wil de ILT toestemming geven voor het transport.

4 De praktijk van de afvalverwerking

De wijze waarop een bedrijf in de afvalbranche zijn geld verdient is het omgekeerde van het verdienmodel van een productiebedrijf. Een productiebedrijf koopt grondstoffen in, verwerkt die in producten en verdient geld aan de aldus toegevoegde waarde. Bij afvalverwerkingsbedrijven gaan de baten voor de kosten uit. Een afvalverwerkingsbedrijf krijgt voor het innemen van afval direct betaald, zelfs nog voordat het de verwerking of afvoer heeft geregeld. Het vervolgens verwerken van het ingenomen afval kost doorgaans alleen maar geld. De afvalbranche kenmerkt zich dan ook door een ingebouwde prikkel om zo goedkoop mogelijk van ingezameld afval af te komen. Dit kan ten koste gaan van een milieuverantwoorde manier van verwerken en verwijderen.⁹ De aan de afvalbranche inherente risico’s voor het milieu blijken onder meer uit het aantal faillissementen van afvalbedrijven. Tussen 2015 en 2020 waren dat er ten minste tweeëntwintig. Vaak lieten die bedrijven grote hoeveelheden onverwerkt afval achter die de (gemeentelijke) overheid dan moest opruimen. De kosten ervan werden zodoende afgewenteld op de gemeenschap en op de belastingbetaler.¹⁰ In een reactie op Kamervragen over dit onderwerp reageerde de staatssecretaris van I&W in 2020 dat structurele veranderingen nodig waren om de gesignaleerde risico’s in de afvalbranche aan te pakken en om te voorkomen dat de kosten ervan worden afgewenteld op de overheid.¹¹

9. Eindrapportage werkgroep Financiële Zekerheid Afvalbedrijven, Ministerie van I&W, november 2020.

10. Estrada & Huisman 2020.

11. Brief van de Staatssecretaris van I&W aan de Tweede Kamer d.d. 10 november 2020.

5 Omgekeerde osmose

Rond 2010 meende Rutgers Milieu, een kleine handelaar in afval (vnl. metaal en plastic), op het spoor te zijn gekomen van een innovatieve manier om blusschuim te verwerken. Blusschuim, gebruikt in zowel handschuimblussers als in grote brandbestrijdingsmiddelen, bestaat voor 94% uit water en voor 6% uit droge stof, waaronder in die tijd doorgaans PFOS. PFOS (perfluorooctaansulfonzuur) is een chemische verbinding uit de PFAS-groep. PFOS werd vanaf de jaren '60 op grote schaal aan brandblusschuim toegevoegd. Het vormt een zeer dunne film op de schuimlaag, schermt de brandhaard af en levert zo een aanmerkelijke bijdrage aan de effectiviteit van het blusmiddel. Allengs echter kwamen de schadelijke effecten van PFOS voor milieu en gezondheid steeds meer aan het licht en in 2006 werd in de EU een verbod van kracht voor het produceren van PFOS-houdend blusschuim.¹² Handbrandblussers, die verplicht in tal van fabrieken, kantoren en andere gebouwen hangen, hebben een levensduur van 10 à 15 jaar en moeten dan worden vervangen. De laatste brandblussers met PFOS zouden dus pas tegen 2021 worden weggedaan. De afgedankte blusapparatuur kwalificeert als afval. De gebruikelijke manier van verwerken van schuimblussers was het legen en demonteren van de apparaten. De metalen omhulsels werden als schroot verkocht en het blusschuim werd naar een gespecialiseerde verbrandingsoven in het buitenland vervoerd. Blusschuim mocht niet op het riool worden geloosd en al helemaal niet op het buitenwater. Echter, Rutgers Milieu had een machinaal procedé laten ontwikkelen, 'filteren met omgekeerde osmose', waarbij het water en de droge stof gescheiden werden. In een laboratoriumopstelling had het procedé 100% schoon water opgeleverd – er was ook geen PFOS in gevonden –, water dus dat zonder bezwaar op het riool geloosd zou kunnen worden. Het droge residu zou vervolgens veel gemakkelijker en goedkoper verbrand kunnen worden dan het onbehandelde blusschuim. Eind 2011 werd de filtermachine geïnstalleerd. Enkele maanden later vroeg het bedrijf een herziening van de vergunning aan. De herziene vergunning, die per 31 juli 2012 werd verleend, betrof onder meer een aanzienlijke uitbreiding van de opslagcapaciteit voor diverse soorten afval. Rutgers Milieu had echter over het hoofd gezien ook een verruiming van de capaciteit voor de opslag van blusschuim aan te vragen. De vergunde hoeveelheid bleef tien ton. Op een verzoek van de aanvrager om deze capaciteit alsnog te vergroten reageerde de behandelend ambtenaar van de provincie met de mededeling dat dat niet meer kon maar ook niet nodig was: het blusschuim afkomstig uit brandblussers was 'eigen afval' en kon als zodanig ongelimiteerd worden opgeslagen.¹³

De herziening vergunde voorts de verwerking van blusschuim met het filtrageprocedé van omgekeerde osmose alsook de lozing van het schone water op het riool. Vanaf 1 augustus kon de filtermachine in werking worden gesteld. Uit de aanvraag valt op te maken dat de machine volcontinu in bedrijf zou zijn en dat men voorne-

12. In Nederland staat PFOS sinds december 2013 op de RIVM-lijst van 'zeer zorgwekkende stoffen' (ZZS).

13. Dit was een blunder van de behandelend ambtenaar die voortkwam uit onbegrip omtrent de term 'eigen afval' in het Besluit omgevingsrecht, bijlage I, onderdeel C. De mededeling van de ambtenaar had echter geen rechtsgevolg, zo oordeelde een rechter in 2020: de toegestane opslag was en bleef beperkt tot de vergunde tien ton.

mens was veertig ton blusschuim per week ofwel tweeduizend ton per jaar te verwerken. Echter, uit de beschikbare gegevens blijkt dat de filtermachine nooit heeft gefunctioneerd. Ruim een jaar nadat de vergunning was verleend, op 24 juli 2013, vond een opleveringscontrole plaats. Een opleveringscontrole heeft onder meer tot doel vast te stellen of de inrichting functioneert overeenkomstig de aanvraag en of alle in de vergunning vereiste milieubeschermdende maatregelen zijn getroffen. Tijdens dat controlebezoek gaf de eigenaar van het bedrijf te kennen dat de filtermachine niet werkte en dat men bezig was met de reparatie/modificatie van de installatie. Ook bij latere controles was de filtermachine steeds niet in bedrijf en in 2017 was de machine verdwenen. Het is dus op het eerste gezicht niet zo verwonderlijk dat het blusschuim zich ophoopte en dat er in 2019 1200 ton bij het bedrijf werd aangetroffen. Toch blijft er nog een kwestie hangen: hoe kwam Rutgers Milieu aan brandblussers en hoeveel blusschuim heeft het bedrijf ingenomen?

6 Rutgers Milieu en de EVOA

Artikel 21 van de EVOA bepaalt dat de bevoegde autoriteiten kennisgevingen van overbrengingen waarmee zij hebben ingestemd openbaar kunnen maken. De ILT houdt, conform deze bepaling, een openbaar register van gemelde overbrengingen bij dat te raadplegen is op internet.¹⁴ In deze registratie komt Rutgers Milieu elf keer voor als de ontvanger van een overbrenging. De kennisgevingen van deze overbrengingen werden gedaan tussen mei 2012 en september 2019. Negen partijen afgedankt blusmateriaal waren afkomstig van een Belgische makelaar in afvalstoffen; twee partijen kwamen uit Luxemburg. Zeven van de overbrengingen betroffen de levering van 600 ton brandblussers, eenmaal ging het om 200 ton brandblussers, tweemaal om 600 ton blusschuim, en eenmaal om 600 ton brandbluspoeder. De contingenten brandblussers bestonden steeds uit een mix van poederblussers, koolzuurblussers en schuimblussers; uit de gegevens valt niet op te maken welk deel schuimblussers was. De twee geregistreerde overbrengingen van los blusschuim (1200 ton in totaal) bevatten alleen al een hoeveelheid gelijk aan die van de gif belt. Als daarenboven een derde van de brandblussers blusschuim bevatte (een redelijke schatting) dan zou Rutgers Milieu in totaal 2600 ton blusschuim hebben ingenomen. Onbekend is wat met het blusschuim is gedaan dat niet op het terrein werd opgeslagen. Het is niet uitgesloten dat Rutgers een deel van het ontvangen blusschuim overdeed aan andere verwerkers.

Zoals eerder aangegeven dient de aangewezen autoriteit zich ervan te vergewissen dat de ontvanger de afvalstoffen conform de vergunning van de betreffende inrichting zal verwerken. Rutgers Milieu had een vergunning voor het verwerkingsprocedé van omgekeerde osmose, een procedé dat in een aantal van de kennisgevingen met zoveel woorden wordt genoemd. De gepubliceerde kennisgevingen bevatten over deze toets de volgende tekst: ‘De aanvraag is voorgelegd aan het bevoegd gezag met de vraag of op de door de kennisgever opgegeven locatie sprake is van een vergunde inrichting met voldoende capaciteit voor de ontvangst, opslag of verwerking van de over te brengen afvalstoffen en of deze vergunning toereikend is voor deze handeling(en). Het bevoegd gezag heeft aangegeven dat voor de inrichting

14. tijdelijk.ilent.nl/onderwerpen/transport/afval_over_de_grens_evoa/beschikkingen_online.

een toereikende vergunning aanwezig is met voldoende capaciteit.’ Het bevoegd gezag was in dit geval de Omgevingsdienst Achterhoek (ODA) namens de gemeente Doetinchem. Kennelijk liet de ODA steeds weten dat de inrichting een vergunning had voor toereikende verwerking en dat klopte. Het probleem was dat de inrichting niet in staat was de vergunde verwerking in praktijk te brengen omdat de filtermachine nooit heeft gefunctioneerd. De ODA liet het bij de papieren toets en vond het niet nodig ter plaatse te controleren of er sprake was van een inrichting met voldoende capaciteit voor de verwerking van de over te brengen afvalstoffen. Dat wil zeggen, éénmaal, in oktober 2016, heeft een alerte ambtenaar van de ODA zich gerealiseerd dat de vergunde verwerking niet operationeel was. Hij liet Rutgers Milieu weten dat de ILT navraag had gedaan naar de verwerking van het blusschuim bij Rutgers Milieu en dat hij de ILT geen positief antwoord kon geven. In zijn brief aan Rutgers schreef hij: ‘Voor zover mij bekend werkt uw zuiveringsinstallatie niet en vindt er dan ook geen scheiding plaats.’ Rutgers Milieu antwoordde per mail: ‘In uw mail van 19 oktober jl. heeft u aangegeven dat het ingenomen schuimblusmiddel bij Rutgers Milieu BV niet wordt gescheiden in schuimmiddel en water. Daarin heeft u in principe gelijk in en daarmee klopt de werkelijke situatie op dit moment ook niet met de kennisgeving van EVOA’. De ODA stuurde daarop een negatief advies en de ILT heeft vervolgens niet ingestemd met deze overbrenging. In de jaren daarna volgden nog drie kennisgevingen van overbrenging van brandblussers die de ODA en de ILT weer wel hebben geaccepteerd. Alles bijeen heeft de ILT over een reeks van zeven jaar elf maal een kennisgeving voor overbrenging van blusschuim/brandblussers behandeld waarbij Rutgers Milieu de ontvanger was. Tienmaal is de overbrenging geaccordeerd terwijl de ontvanger al die tijd niet in staat was om het blusschuim volgens het vergunde procedé te verwerken. Zowel de ILT als de ODA handelde op papier conform de EVOA en toch werden de belangen die de EVOA beoogt te beschermen ernstig geschaad.

7 Conclusie

‘Een extreem ingewikkeld stuk regelgeving’, zo kwalificeerden Jans & Vedder de EVOA. In Nederland werd de implementatie van dat stuk regelgeving ten dele opgedragen aan verschillende lokale en regionale instanties. Dat lijkt vragen om een implementatiekloof. In de casus *Rutgers Milieu* hebben een provinciaal bestuur, een gemeentelijk bestuur en een omgevingsdienst zich met de regulering van de inrichting en de toepassing van de EVOA beziggehouden. In plaats van ‘alles in één keer goed’ ging zeven jaar lang vrijwel alles fout. How Great Expectations in Brussels Are Dashed in Doetinchem. Or, Why It’s Amazing that European Programs Work at All.

Aangehaalde literatuur

Estrada & Huisman 2020

A. Estrada & E. Huisman, 'Tovenaars met rommel', *De Groene Amsterdammer* 12 augustus 2020.

De Graaf, Jans, Marseille & De Ridder (red.) 2007

K.J. de Graaf, J.H. Jans, A.T. Marseille & J. de Ridder, *Quality of decisionmaking in public law. Studies in administrative decisionmaking in the Netherlands*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Herweijer, Marseille, Noordam & Winter 2005

M. Herweijer, A.T. Marseille, F.M. Noordam & H.B. Winter (red.), *Alles in één keer goed: juridische kwaliteit van bestuurlijke besluitvorming*, Deventer: Kluwer 2005.

Pressman & Wildavsky 1973

Jeffrey L. Pressman & Aaron Wildavsky, *Implementation: How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland; Or, Why It's Amazing that Federal Programs Work at All, This Being a Saga of the Economic Development Administration as Told by Two Sympathetic Observers Who Seek to Build Morals on a Foundation of Ruined Hopes*, Berkeley: University of California Press 1973.

Struiksma, De Ridder & Cazemier 2021

Niko Struiksma, Ko de Ridder & Jeanne Cazemier, *Onverwerkt Blusschuim, onderzoek naar het overheidshandelen in de casus Rutgers Milieu*, Groningen: Pro Facto 2021.

Burgerschap tussen markt en rechtsruimte

Annette Schrauwen*

1 Inleiding

Deze bijdrage richt zich op een thema dat ook een rol speelde in het eerste artikel dat ik schreef als nieuweling in de leerstoelgroep Europees recht aan de UvA: het vrij verkeer van personen in een ruimte zonder binnengrenzen, en de al dan niet geprivilegieerde positie van Unieburgers ten opzichte van de zogenoemde derde-landers.¹ Ik volgde daarmee de raad op van leerstoelhouder Jans. Hij moedigde me aan voort te bouwen op een deel van mijn proefschrift en een artikel voor *Legal Issues of European Integration* te schrijven. De positie van Unieburgers en hun reis- en verblijfsrecht was meer recent weer onderwerp van gesprek met Jan, namelijk in een bijeenkomst ‘en petit comité’ ter voorbereiding van de in 2020 verschenen nieuwe druk van *Europees Recht Algemeen Deel* (ERAD).² De vraag was of de rechten gekoppeld aan het Unieburgerschap behandeld zouden worden in het hoofdstuk over de interne markt, in een apart hoofdstuk, of in een hoofdstuk waarin daarnaast ook de rechtsruimte³ aan bod komt. In deze bijdrage vul ik dat gesprek van mijn kant nog wat aan en richt me op de vraag in hoeverre ontwikkelingen in (de rechtspraak over) de rechtsruimte en in (de rechtspraak over) het vrij verkeer van Unieburgers elkaar beïnvloeden. ERAD introduceert de rechtsruimte als bestaande uit drie ‘rechtsgebieden’: asiel en immigratie, civielrechtelijke samenwerking en strafrechtelijke samenwerking. Binnen de huidige generatie juridische auteurs heeft elk van die rechtsgebieden zijn specialisten, en is men niet geneigd te schrijven over een rechtsgebied dat buiten de eigen specialisatie valt.⁴ Dat is jammer, omdat de ontwikkeling in de interpretatie van begrippen en bepalingen in het Unierecht zich vaak niets aantrekt van grenzen tussen rechtsgebieden. Over de grenzen van rechtsgebieden heen kijken kan heel nuttig zijn, zo leerde ik van Jan. Daarom deze bijdrage als kleine amuse.⁵

* Annette Schrauwen is hoogleraar Europese integratie en burgerschap, Amsterdam Centre for European Law and Governance, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam.

1. A. Schrauwen, ‘People in the Community: a Recurring Fraction’, *Legal Issues of European Integration* 1998, afl. 2, p. 93-110.
2. W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal, A.A.M. Schrauwen & L.A.J. Senden (red.), *Europees Recht Algemeen Deel*, Zutphen: Europa Law Publishing 2020.
3. VWEU, Titel V, De ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, art. 67-89 VWEU.
4. Zie ook D. Thym, ‘A Bird’s Eye View on ECJ Judgments on Immigration, Asylum and Border Control Cases’, *EJML* 2019, afl. 2, p. 166-193, p. 167.
5. Uitgebreider over de interactie tussen Unieburgerschap en de rechtsruimte zie A. Schrauwen, ‘Citizenship and Non-Discrimination Rights in the Area of Freedom, Security and Justice’, in: S. Iglesias Sánchez & M. González Pascual (red.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, p. 394-412.

2 De status en rechten van Unieburgers in de rechtsruimte

De reis- en verblijfsrechten van Unieburgers en hun interpretatie zijn voor een groot deel ontwikkeld in het kader van de economische vrijheden, getuige ook de vrij hardnekkige kwalificatie ‘marktburgerschap’ die regelmatig opduikt in de literatuur.⁶ Waar burgers claimen dat zij gehinderd worden in de uitoefening van hun rechten betreft dat steeds vaker een situatie waarin ontwikkelingen binnen een van de drie rechtsgebieden in de rechtsruimte een rol spelen. Maar ook wanneer dat niet direct het geval is zien we in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof) over vrij verkeer van Unieburgers kruisverwijzingen naar de rechtsruimte en *vice versa*. Daniel Thym heeft aan de hand van een studie van 155 arresten op het gebied van grenscontrole, asiel en immigratie aangetoond dat er een horizontale cohesie bestaat in de interpretatie van bepaalde begrippen in deze (sub)deelgebieden.⁷ De horizontale cohesie geldt niet alleen voor het migratierecht, maar ook voor de andere deelgebieden van de rechtsruimte.

3 Vrij verkeer en migratierecht

Het asiel- en immigratierecht vertoont een zekere conceptuele overlapping met reis- en verblijfsrechten van (familieleden van) Unieburgers. De rechtspraak van het Hof op dit gebied bevat nogal wat kruisverwijzingen. Zo verwees het Hof in de zaak *Chakroun* over gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86/EG naar zaken met betrekking tot Unieburgers voor de interpretatie van het begrip ‘sociale bijstand’ en de mate waarin omstandigheden en tijd van gezinsvorming relevant zijn voor verblijfsrechten.⁸ In *Kachab* lijkt het Hof met betrekking tot het doel van de gezinsherenigingsrichtlijn ietwat af te wijken van eerdere rechtspraak waarin de nadruk werd gelegd op de bevordering van gezinshereniging ten behoeve van integratie in het gastland en meer belang te hechten aan het voorkomen dat betrokkene ten laste van de sociale bijstand van de gastlidstaat komt.⁹ Hetzelfde gebeurde eerder in zaken met betrekking tot de verblijfsrichtlijn waarin lange tijd het doel van het vergemakkelijken van het vrij verkeer vooropstond.¹⁰ In de zaak *X* verklaart het Hof dat het begrip ‘inkomsten’ uit de richtlijn langdurig ingezetenen 2003/109/EG analoog dient te worden uitgelegd aan het begrip ‘bestaansmiddelen’ uit de verblijfsrichtlijn, zolang dat daar ook middelen die ter beschikking worden gesteld door een derde onder kunnen vallen.¹¹ Maar anders dan onder de verblijfsrichtlijn, en analoog aan de interpretatie van het begrip ‘inkomsten’ uit de gezinsherenigingsrichtlijn, dienen deze inkomsten onder de richtlijn langdurig ingezetenen wel stabiel en

6. M. Everson, ‘The Legacy of the Market Citizen’, in: J. Shaw & G. More (red.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 73-89; N. Nic Shuibne, ‘The Resilience of EU Market Citizenship’, *CMLRev.* 2010, afl. 6, p. 1597-1628; M. van den Brink, ‘The Problem with Market Citizenship and the Beauty of Free Movement’, in: F. Ambtenbrink, G. Davies & D. Kochenov (red.), *The Internal Market and the Future of European Integration. Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 246-258.
7. Thym 2019.
8. Zaak C-578/08, *Chakroun*, ECLI:EU:C:2010:117, in punt 46 een verwijzing naar zaak C-291/05, *Eind* ECLI:EU:C:2007:771 en in punt 64 een verwijzing naar zaak C-127/08, *Metock*, ECLI:EU:C:2008:449; Richtlijn 2003/86/EG, *PbEU* 2003, L 251/12.
9. Zaak C-558/14, *Khachab*, ECLI:EU:C:2016:285, punt 39, vgl. met *Chakroun*, punt 43.
10. Zie bijvoorbeeld zaak C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358, punt 74, vgl. met *Metock*, punt 59.
11. Richtlijn 2003/109/EG, *PbEU* 2004, L 16/44; zaak C-706/18, *X*, ECLI:EU:C:2019:830, punt 34.

regelmatig te zijn.¹² Kruisverwijzingen geven soms parallelle ontwikkelingen aan, en soms juist punten van divergentie.

In de rechtspraak over bepalingen uit de verblijfsrichtlijn vindt men ook verwijzingen naar richtlijnen aangaande het asiel- en immigratiebeleid. In *Metock* impliceert het Hof onder verwijzing naar de gezinsherenigingsrichtlijn dat een interpretatie van het Unierecht die ertoe leidt dat Unieburgers minder rechten toekomen dan burgers met de nationaliteit van een derde land ‘paradoxaal’ is en eigenlijk ongewenst. Toch leek die situatie zich voor te doen na de uitspraak in de zaak *Zambrano*.¹³ Immers, het leek erop dat de rechten van het kind niet meewogen in een belangenafweging ten aanzien van verblijfsrechten van gezinsleden van minderjarige Unieburgers, terwijl de rechten van het kind expliciet werden meegewogen in een belangenweging ten aanzien van verblijfsrechten onder de gezinsherenigingsrichtlijn.¹⁴ In *Chavez-Vilchez* maakte het Hof de rechten van het kind wel expliciet onderdeel van de belangenafweging in *Zambrano*-situaties, maar verwees daarbij niet naar *O. en S., en L.* De advocaat-generaal in *Chavez-Vilchez* deed dat uitdrukkelijk wel. De interpretatie van verblijfsrechten voor Unieburgers en derdelanders lijkt zich hier via kruisbestuiving te ontwikkelen.

In enkele zaken met betrekking tot Unieburgers speelt de terugkeerrichtlijn een rol.¹⁵ Het gaat om situaties waarin de nationale wetgever sommige procedurele bepalingen van de terugkeerrichtlijn van toepassing heeft verklaard op Unieburgers. In *Petrea* verklaarde het Hof dat het tot de procedurele autonomie van de lidstaten behoort om bevoegde autoriteiten aan te wijzen en procedurele bepalingen vast te stellen omtrent de behandeling van Unieburgers die ondanks een jegens hen genomen verwijderingsbesluit en inreisverbod op hun grondgebied verblijven.¹⁶ Immers, de verblijfsrichtlijn bevat daaromtrent geen bepalingen en geen enkele andere bepaling van Unierecht belet dit. Lidstaten kunnen zich laten leiden door de bepalingen van de terugkeerrichtlijn, zolang zij maar de eventuele relevante gunstigere regels voor Unieburgers uit de verblijfsrichtlijn respecteren.¹⁷

België had in 2017 bij wet de mogelijkheid ingevoerd maatregelen te nemen om te voorkomen dat Unieburgers jegens wie een verwijderingsbesluit is vastgesteld om redenen van openbare orde of openbare veiligheid zouden onderduiken. De maatregelen waren geïnspireerd op de terugkeerrichtlijn. Zo kon een verblijfplaats worden aangewezen en betrokkene kon voor maximaal acht maanden in bewaring worden gesteld met het oog op verwijdering. In *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.* werd gevraagd naar verenigbaarheid met het Unierecht.¹⁸ Omdat de verblijfsrichtlijn geen relevante bepalingen bevat zijn lidstaten vrij zich bij uitvoeringsmaatregelen te laten leiden door de terugkeerrichtlijn, aldus het Hof. Uitvoeringsmaatregelen moeten echter wel in overeenstemming zijn met het vrij

12. Idem, punt 41.

13. Zaak C-34/09, *Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124.

14. Gevoegde zaken C-356/11 en C-357/11, *O. en S., en L.*, ECLI:EU:C:2012:776, punt 76.

15. Richtlijn 2008/115/EU, *PbEU* 2008, L 348/98.

16. Zaak C-148/16, *Petrea*, ECLI:EU:C:2017:684.

17. Idem, punten 51-54.

18. Zaak C-718/19, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, ECLI:EU:C:2021:505.

verkeer van Unieburgers. Het Hof stelt dat de maatregelen naar hun aard een beperking van het recht op vrij verkeer vormen en dus gerechtvaardigd en evenredig moeten zijn. En dan volgen een aantal opmerkelijke argumenten. Het Hof herhaalt meerdere malen en onder verwijzing naar artikel 45 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie het fundamentele en persoonlijke karakter van het recht op vrij verkeer dat rechtstreeks aan alle Unieburgers wordt toegekend.¹⁹ ‘Gelet op de fundamentele status van Unieburgers’, aldus het Hof, mogen de maatregelen die hun worden opgelegd ‘niet ongunstiger zijn dan de nationaal-rechtelijke maatregelen die (...) worden opgelegd aan derdelanders’ tegen wie een terugkeerprocedure loopt op grond van openbare orde of openbare veiligheid.²⁰ Het Hof geeft vervolgens aan dat dezelfde maximale bewaringsduur voor Unieburgers en derdelanders verder gaat dan nodig, omdat tussen lidstaten de beginselen van loyale samenwerking en wederzijds vertrouwen gelden. Praktische moeilijkheden zijn bij terugkeer van Unieburgers naar de lidstaat van nationaliteit nauwelijks aan de orde. Hieruit maak ik op dat Unieburgers zich niet alleen vanwege hun status in een andere positie bevinden dan derdelanders, maar ook vanwege de samenwerking die plaatsvindt binnen de Europese Unie.

4 Vrij verkeer en justitiële samenwerking in burgerlijke zaken

Arresten over het vrij verkeer van Unieburgers en justitiële samenwerking in burgerlijke zaken bevatten slechts enkele kruisverwijzingen. In *BUAK* verwijst het Hof naar de autonome definitie van het begrip ‘sociale zekerheid’ en naar Verordening (EG) 883/2004 om te concluderen dat betaling van vakantiegeld niet onder het begrip ‘sociale zekerheid’ van de verordening betreffende beslissingen in burgerlijke en handelszaken valt.²¹ Ondanks weinig kruisverwijzingen is er wel op een andere wijze wederzijdse beïnvloeding. Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken faciliteert het vrij verkeer van Unieburgers, maar beknot het ook wel eens. Dit laten de volgende twee voorbeelden zien. In beide gevallen wordt het recht op vrij verkeer van een Unieburger beïnvloed door Verordening Brussel II-bis.²² Eén zaak (*JD*) staat op de website van het Hof gerangschikt onder het onderwerp justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, de andere onder burgerschap van de Unie (*ZW*).²³

In *Child and Family Agency/JD*, vroeg de Ierse jeugdzorg om uithuisplaatsing van een kind dat in Ierland was geboren vlak nadat de moeder van het Verenigd Koninkrijk naar Ierland was verhuisd. De moeder was verhuisd omdat de Britse autoriteiten hadden aangekondigd haar kind uit huis te plaatsen in afwachting van een adoptieprocedure. De Ierse jeugdzorg vroeg ook om de zaak te verwijzen naar de Britse rechter, onder toepassing van de Brussel II-bis Verordening. Volgens deze verordening zijn de gerechten van de gewone verblijfplaats van het kind bevoegd om te

19. Idem, punten 53-56.

20. Idem, punt 57.

21. Zaak C-579/17, *Bauarbeiter-Urlaubs-u. Abfertigungskasse*, ECLI:EU:C:2019:162; Verordening (EU) 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2012, L 351/1.

22. Verordening (EG) 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, *PbEU* 2003, L 338/1.

23. Zaak C-428/15, *Child and Family Agency/JD*, ECLI:EU:C:2016:819; zaak C-454/19, *ZW*, ECLI:EU:C:2020:947.

beslissen over zaken op het gebied van de ouderlijke verantwoordelijkheid. Daarvan kan worden afgeweken, wanneer een ander gerecht dan dat van de gewone verblijfplaats van het kind 'beter in staat is' de zaak te behandelen.²⁴ Het uitgangspunt is dat het belang van het kind voorop moet staan. De Ierse rechter vroeg het Hof onder andere of een besluit tot verwijzing ook rekening moest houden met het recht op vrij verkeer van het kind en van de moeder.²⁵ Het Hof antwoordde dat een nadelige uitwerking op het vrij verkeer van het kind een factor is waar rekening mee moet worden gehouden, maar dat het vrij verkeer van de moeder of andere betrokken personen niet hoeft mee te wegen, tenzij dat weer gevolgen heeft voor het belang van het kind. Ook speelt het motief van de moeder om haar recht van vrij verkeer uit te oefenen en naar Ierland te verhuizen geen rol in het besluit te verwijzen.²⁶ Kortom, in deze zaak is het recht op vrij verkeer van de moeder volledig ondergeschikt aan het belang van het kind.

In *ZW* ging het om een Duitse strafbepaling die een onderscheid maakte in strafmaat tussen kinderontvoering binnen Duitsland en internationale kinderontvoering. Voor Unieburgers die een kind vanuit Duitsland ontvoeren naar een andere lidstaat gold de strengere strafmaat van internationale kinderontvoering. Omdat het voor Unieburgers waarschijnlijker is dan voor Duitsers dat ze het kind overbrengen naar een andere lidstaat, namelijk de lidstaat van herkomst, is het verschil in strafmaat een beperking onder artikel 21 VWEU.²⁷ De Duitse regering stelt dat het belang van het kind vereist dat in zaken van kinderontvoering het kind zo spoedig mogelijk terugkeert naar de gewone verblijfplaats. Omdat erkenning van Duitse rechterlijke beslissingen tot praktische moeilijkheden kan leiden bij internationale kinderontvoering is een verschil in strafmaat gerechtvaardigd. Het Hof accepteert de rechtvaardigingsgrond, maar vindt dat het onderscheid in de Duitse strafbepaling verder gaat dan nodig. Het argument van praktische moeilijkheden 'komt er immers op neer dat de lidstaten worden gelijkgesteld met derde landen, hetgeen zou indruisen tegen de regels en de geest van verordening nr. 2201/2003'.²⁸ Het beginsel van wederzijdse erkenning en het beginsel van wederzijds vertrouwen, die de basis van de Brussel II-bis Verordening vormen, maken dat het verschil in strafmaat tussen kinderontvoering naar een andere lidstaat en kinderontvoering binnen Duitsland in strijd is met het vrij verkeer van Unieburgers onder artikel 21 VWEU. Samenwerking tussen lidstaten plaatst Unieburgers in een betere positie dan derdelanders.

5 Vrij verkeer en justitiële samenwerking in strafzaken

De band tussen de verdragsartikelen in het hoofdstuk justitiële samenwerking in strafzaken en het vrij verkeer van Unieburgers werd door het Hof impliciet gelegd in de interpretatie van artikel 28 lid 2 en 3 van de verblijfsrichtlijn over verhoogde bescherming van Unieburgers tegen verwijdering op grond van openbare orde of openbare veiligheid. In *Tsakouridis* verwees het Hof naar een kaderbesluit met be-

24. Verordening (EG) 2201/2003, art. 15.

25. Zaak C-428/15, punt 62.

26. *Idem*, punten 63-66.

27. Zaak C-454/19, punt 35.

28. *Idem*, punt 48.

trekking tot straffen op het gebied van illegale drugshandel²⁹ en in *P.I.* naar zowel een richtlijn ter bestrijding van seksueel misbruik van kinderen als naar artikel 83 lid 1 VWEU voor de interpretatie van de begrippen ‘ernstige redenen van openbare orde of openbare veiligheid’ en ‘dwingende redenen van openbare veiligheid’ uit artikel 28 van de verblijfsrichtlijn.³⁰

In het kader van het Europees aanhoudingsbevel (EAB) speelde meermaals de vraag of lidstaten overlevering van op hun grondgebied verblijvende Unieburgers moesten weigeren wanneer overlevering van eigen burgers werd geweigerd. In *Lopes Da Silva Jorge* stelt het Hof dat lidstaten Unieburgers die in hun samenleving geïntegreerd zijn in beginsel niet anders mogen behandelen dan eigen onderdanen waar het gaat om overlevering met het oog op tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf.³¹ Ook met betrekking tot uitlevering naar derde landen komen Unieburgerschap en samenwerking in strafzaken samen. In *Petruhhin* lag de vraag voor of lidstaten aan Unieburgers dezelfde bescherming moesten verlenen als nationale burgers genieten op grond van een uitleveringsverdrag met een derde land. Het Hof antwoordde dat een verschil in behandeling in beginsel een beperking van het vrij verkeer onder artikel 21 VWEU is.³² Deze dient objectief gerechtvaardigd te zijn en evenredig. Het doel van de beperking is het tegengaan van straffeloosheid, gezien het beginsel van *aut dedere, aut judicare*: staten hebben veelal de mogelijkheid hun eigen burgers te vervolgen voor ernstig strafbare feiten die buiten hun grondgebied zijn gepleegd. Vaak ontbreekt die mogelijkheid ten aanzien van burgers van andere lidstaten van de Unie. Het Hof erkent het tegengaan van straffeloosheid als een objectieve rechtvaardiging. In het kader van de evenredigheidstoetsing refereert het Hof aan de samenwerking tussen de lidstaten op het gebied van strafrecht, het beginsel van wederzijdse erkenning en het bestaan van talrijke andere instrumenten die samenwerking beogen te vergemakkelijken. Lidstaten dienen voorkeur te geven aan samenwerking met de lidstaat van nationaliteit van betrokkene, om deze de gelegenheid te geven een EAB uit te vaardigen met een verzoek om overlevering met het oog op rechtsvervolgning.³³ Dit is ook het geval indien betrokkene zowel de nationaliteit van een lidstaat heeft als de nationaliteit van het derde land dat om uitlevering verzoekt.³⁴ De uitwisseling van informatie tussen lidstaten is erop gericht ‘Unieburgers te beschermen tegen maatregelen die hun het in artikel 21 VWEU neergelegde recht van vrij verkeer en verblijf zouden kunnen ontnemen, en tegelijkertijd

29. Zaak C-145/09, *Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:708, punt 47; Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, *PbEU* 2004, L 335/8.

30. Zaak C-348/09, *P.I.*, ECLI:EU:C:2012:300, punten 25-28. Richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad, *PbEU* 2011, L 335/1. Zie hierover ook L. Azoulai & S. Coutts, ‘Restricting Union Citizens’ Residence Rights on Grounds of Public Security: Where Union Citizenship and the AFSJ Meet: *P.I.*’, *CMLRev.* 2013, afl. 2, p. 553.

31. Zaak C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, ECLI:EU:C:2012:517, punt 40; Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEU* 2002, L 190/1.

32. Zaak C-182/15, *Petruhhin*, ECLI:EU:C:2016:630, punt 38.

33. *Idem*, punten 47-48.

34. Zaak C-398/19, *BY*, ECLI:EU:C:2020:1032.

straffeloosheid ten aanzien van strafbare feiten tegen te gaan'.³⁵ Het is vervolgens aan de lidstaat van nationaliteit om te beoordelen of vervolging opportuun is en om eventueel het derde land te verzoeken het strafdossier toe te zenden. Daartoe dient de lidstaat die is aangezocht door het derde land een redelijke termijn te stellen. Indien de lidstaat van nationaliteit de termijn laat verlopen zonder een EAB uit te vaardigen kan worden overgegaan tot uitlevering aan het derde land. Uitlevering uitstellen tot de lidstaat van nationaliteit formeel verklaart geen EAB uit te vaardigen zou volgens het Hof 'namelijk verder gaan dan het aanwenden van mechanismen voor samenwerking en wederzijdse bijstand die op strafrechtelijk gebied uit hoofde van het Unierecht bestaan en de uitleveringsprocedure onnodig vertragen'.³⁶

Waar het gaat om uitlevering aan een derde land met het oog op tenuitvoerlegging van een straf of maatregel geldt voor Unieburgers die permanent verblijven in de gastlidstaat en geïntegreerd zijn in diens samenleving dat zij net als nationale burgers hun straf moeten kunnen uitzitten in de gastlidstaat. Verblijft de Unieburger niet permanent in de gastlidstaat, dan geldt het toepasselijke nationale of internationale recht.³⁷ Ook hier beïnvloedt het bestaan van samenwerkingsmechanismen tussen lidstaten de positie van Unieburgers.

6 Tot slot

In zijn studie naar de cohesie in het Europees migratierecht, geeft Thym aan dat horizontale cohesie een uitdrukking is van de autonomie van het Europees recht: de Europese interpretatie van begrippen maakt ook uniforme interpretatie in de EU mogelijk, en daarmee ook een autonomie van het Europese recht ten opzichte van nationale wetten en administratieve praktijken.³⁸ Maar net als bij de interpretatie van de bepalingen van de vier vrijheden wil cohesie – 'convergentie' in ERAD-terminen³⁹ – niet zeggen dat interpretatie in alle gevallen volledig synchroon is.

De kruisverwijzing naar rechtsinstrumenten onder de verschillende rechtsgebieden voor de interpretatie van Unierechtelijke begrippen lijkt op het gebied van migratierecht en strafrecht vaker voor te komen dan op het gebied van justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Gezien de gedeeltelijke conceptuele overlapping ligt dat ook wel voor de hand. Zowel migratierecht als vrij verkeer van Unieburgers betreft het reis- en verblijfsrecht, zowel samenwerking in strafzaken als beëindiging van verblijfsrechten van Unieburgers om redenen van openbare orde vraagt om beoordeling van strafbare feiten en sancties. Een zekere cohesie in de interpretatie van begrippen valt waar te nemen, maar zoals het voorbeeld van de interpretatie van het begrip 'inkomsten' uit de zaak X aangeeft is er ook reden om te divergeren naargelang de context van vrij verkeer van Unieburgers of verblijfsrechten van derdelanders.⁴⁰

35. Idem, punt 50.

36. Idem, punt 54.

37. Zaak C-247/17, *Raugevicius*, ECLI:EU:C:2018:898, punten 47-48.

38. Thym 2019, p. 177-179.

39. Eijsbouts, Jans, Prechal, Schrauwen & Senden (red.) 2020, p. 129-130.

40. Zie hierboven, noot 11.

Hebben Unieburgers een geprivilegieerde positie? Het Hof koppelt in *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.* de fundamentele status van Unieburgers expliciet aan de eis dat maatregelen die worden opgelegd aan Unieburgers niet ongunstiger mogen zijn dan maatregelen die worden opgelegd aan derdelanders.⁴¹ Dat maakt de positie van Unieburgers niet meteen beter dan die van derdelanders, maar geeft wel de ondergrens van rechtsbescherming aan. Een aanzet tot een overkoepelende ontwikkeling in de rechtspraak is de wijze waarop vormen en mechanismen van samenwerking tussen lidstaten op zowel het gebied van burgerlijke zaken als strafzaken meewegen in de evenredigheidstoetsing van nationale maatregelen, ook als deze maatregelen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren. In de hierboven gegeven voorbeelden maakt de context van de rechtsruimte dat praktische moeilijkheden niet mee kunnen wegen in de behandeling van Unieburgers, waardoor ze in een gunstigere positie verkeren dan derdelanders. En de plaats van het Unieburgerschap? Wat mij betreft vooralsnog tussen markt en rechtsruimte.

41. Zie hierboven, noot 18.

Van Costanzo naar Tiel

De bestuurlijke bevoegdheid om met hoger recht strijdige nationale wetten buiten toepassing te laten

Maartje Verhoeven en Rob Widdershoven *

1 Inleiding

De interactie tussen nationaal, Europees en internationaal recht is een centraal thema in het wetenschappelijk oeuvre van Jan Jans. Een van de onderwerpen waarvoor hij in dit kader altijd een warme belangstelling heeft gehad, is de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde via de door het Hof van Justitie gecreëerde instrumenten van rechtstreekse werking, conforme uitlegging en overheidsaansprakelijkheid. Niet voor niets is Jan auteur van hoofdstuk 3 (Doorwerking via conforme uitlegging en rechtstreekse werking/Europeanisation via Consistent Interpretation and Direct Effect) en 7 (Overheidsaansprakelijkheid/State Liability) van de handboeken *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* en *Europeanisation of Public Law*.¹ Van beide boeken was Jan een van de initiatiefnemers en – zo weten wij uit betrouwbare bron – gangmaker achter elke nieuwe druk. Bovendien is zijn inhoudelijke visie nog steeds goed zichtbaar ook in de laatste drukken van beide boeken.

Deze visie ziet men in hoofdstuk 3, waarin rechtstreekse werking en conforme uitlegging al sinds jaar en dag zijn gekoppeld aan het beginsel van voorrang,² een koppeling die het Hof van Justitie pas recentelijk expliciet heeft gemaakt in de zaak *Poplawski II*.³ Die visie is ook zichtbaar bij de bespreking van de *Costanzo*-verplichting,⁴ de verplichting van bestuursorganen om rechtstreeks werkend Unierecht zelfstandig toe te passen en daarmee strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten. Die verplichting wordt door Jan uiteraard vakkundig besproken, maar tegelijkertijd ook van kritische kanttekeningen voorzien. Zo wijst hij erop dat deze verplichting in de praktijk een ‘wassen neus’ is, omdat bestuursorganen zelden of nooit zelfstandig de nationale omzettingwet opzijzetten.⁵ Bovendien zou een te enthousiaste toepassing van de plicht door decentrale bestuursorganen tot ‘wanor-

* M.J.M. Verhoeven is rechter bij de rechtbank Gelderland. R.J.G.M. Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht.

1. In de laatste druk van beide boeken samen met M.J.M. Verhoeven. Vgl. J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2015, en S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.
2. J.H. Jans & M.J.M. Verhoeven, ‘Doorwerking via conforme uitlegging en rechtstreekse werking’, in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 63-122, i.h.b. p. 63.
3. HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, AB 2020/37, m.nt. S. Haket (*Poplawski II*).
4. Jans & Verhoeven 2017, p. 103-107.
5. Jans & Verhoeven 2017, p. 107.

delijke situaties' leiden en tot bezwaren vanuit de optiek van rechtseenheid en rechtsgelijkheid.⁶

Voor deze kritiek is het Hof van Justitie tot nu toe niet gevoelig geweest. Integendeel, in de zaak *Boyle* heeft het Hof de *Costanzo*-verplichting juist van een fundamentele rechtsbasis voorzien.⁷ Bovendien lijkt de verplichting school te maken buiten het terrein van het Unierecht, in die zin dat de laatste jaren in de Nederlandse rechtspraak steeds vaker wordt erkend dat bestuursorganen ook de bevoegdheid of verplichting hebben om nationale wet- en regelgeving in strijd met rechtstreeks werkend internationaal recht of hoger nationaal recht buiten toepassing te laten.

In deze bijdrage worden deze recente ontwikkelingen in kaart gebracht. Eerst geven wij een korte update van de *Costanzo*-verplichting (par. 2). Daarna gaan we nader in op de bestuurlijke bevoegdheid om wet- en regelgeving in strijd met internationaal recht buiten toepassing te laten (par. 3) en op de bevoegdheid om hetzelfde te doen met betrekking tot lagere regelgeving in strijd met hoger nationaal recht (par. 4). Deze bestuurlijke bevoegdheden worden vervolgens beoordeeld in het licht van de kritiek van Jan (par. 5).⁸

2 Van *Costanzo* naar *Boyle*

De *Costanzo*-verplichting is vernoemd naar de zaak *Fratelli Costanzo*.⁹ Deze zaak betrof de aanbesteding door de gemeente Milaan, die conform de Italiaanse aanbestedingswet, maar in strijd een rechtstreeks werkende bepaling van de toen geldende EU-aanbestedingsrichtlijn was verlopen. Prejudicieel wierp de Italiaanse rechter de vraag op of een overheidsinstantie, daaronder begrepen een gemeentelijke instantie, evenals de nationale rechter, verplicht is de aanbestedingsrichtlijn toe te passen en bepalingen van het nationale recht die daarmee in strijd zijn, buiten toepassing te laten. Het Hof van Justitie oordeelde dat dat het geval is, waarbij het de bestuurlijke verplichting tot het buiten toepassing laten van de met een rechtstreeks werkende richtlijn bepaling strijdige nationale wet, afleidde uit de toen al erkende rechterlijke bevoegdheid tot buiten toepassing laten. Het zou – aldus het Hof – immers 'in tegenspraak zijn' met het oordeel dat particulieren het recht hebben zich voor de nationale rechter tegen het bestuur te beroepen op een rechtstreeks werkende richtlijn bepaling als 'desalniettemin de mening werd gehuldigd' dat het bestuur 'niet verplicht is bepalingen van de richtlijn toe te passen en bepalingen van nationaal recht die daarmee in strijd zijn, buiten toepassing te laten'.

In latere rechtspraak, meer in het bijzonder in de zaak *CIF*,¹⁰ heeft het Hof de reikwijdte van de *Costanzo*-verplichting verruimd naar rechtstreeks werkende bepalingen van het Verdrag. In de al genoemde zaak *Boyle* heeft het Hof bepaald dat de bestuurlijke verplichting van *Costanzo* en *CIF* uiteindelijk hun basis vinden in het beginsel van voorrang. Dat beginsel zou zich, aldus het Hof, ertegen verzetten dat

6. Jans & Verhoeven 2017, p. 106.

7. HvJ EU 4 december 2018, C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979, AB 2019/417, m.nt. R.G.J.M. Widdershoven, SEW 2019/129, m.nt. M.J.M. Verhoeven (*Boyle*).

8. Deze bijdrage is deels gebaseerd op de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*Wheermolen*), punt 5.4-5.10.

9. HvJ EU 22 juni 1989, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256 (*Fratelli Costanzo*). Onder meer herhaald in HvJ EU 14 oktober 2010, C-243/09, ECLI:EU:C:2010:609 (*Fuß*).

10. HvJ EU 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*CIF*).

een nationaal orgaan dat bij wet is ingesteld om de handhaving van Unierecht op een specifiek terrein te waarborgen, niet bevoegd is om een bepaling van nationaal recht die in strijd is met het Unierecht buiten toepassing te laten.¹¹ Kort en goed, op grond van het Unierecht moeten nationale bestuursorganen bevoegd zijn om nationaal recht in strijd met het Unierecht buiten toepassing te laten.

3 Via de *Sinterklaasoptocht*...

Op grond van artikel 94 Grondwet vinden binnen het Koninkrijk geldende voorschriften geen toepassing als zij strijdig zijn met eenieder verbindende bepalingen van internationaal recht. De bepaling laat in het midden welk orgaan ervoor moet zorgen dat die voorschriften geen toepassing vinden en in eerste instantie denkt men daarbij aan de rechter. De wetgever heeft echter diverse malen gesteld dat artikel 94 Grondwet zich ook tot bestuurlijke instanties richt.¹² Ook de doctrine gaat er vrij algemeen van uit dat het bestuur op grond van artikel 94 bevoegd is wettelijke voorschriften, inclusief de wet in formele zin, te toetsen aan eenieder verbindende bepalingen van internationaal recht.¹³ Daarbij wordt verwezen naar de normenhierarchie, waaruit voortvloeit dat het bestuur verplicht is het recht na te leven en dus ook om met het internationaal recht strijdige wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten. Het bestuur is immers niet alleen ‘verantwoordelijk voor de juiste toepassing van het recht’, maar ook ‘voor de toepassing van het juiste recht’.¹⁴ Verder acht men het ongerijmd als een bestuursorgaan de wet moet toepassen in de wetenschap dat die toepassing een verdragsrecht schendt, waarna de rechter dit probleem door vernietiging van het besluit pas mag herstellen.¹⁵

Ook volgens de Afdeling bestuursrechtspraak zijn bestuursorganen op grond van artikel 94 Grondwet bevoegd en verplicht om wettelijke voorschriften, inclusief formeel-wettelijke voorschriften, die in strijd zijn met eenieder verbindende bepalingen van internationaal recht, buiten toepassing te laten.¹⁶ Dat kan in uitzonderingsgevallen anders liggen. In haar uitspraak van 12 november 2014, inzake de *Sinterklaasoptocht*, overweegt de Afdeling als volgt:¹⁷

‘Uit artikel 94 van de Grondwet en de jurisprudentie van de Afdeling hieromtrent volgt, dat niet uitsluitend de rechter, maar in voorkomende

11. HvJ EU 4 december 2018, C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 (*Boyle*).
12. *Kamerstukken II* 1992/93, 22855, nr. 3, p. 8 (Goedkeuring Verdrag inzake de rechten van het kind); *Kamerstukken II* 1984/85, 18950 (R 1281), nr. 3, p. 7 (Goedkeuring Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen).
13. Vgl. J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), 2004, p. 346, noot 115, onder verwijzing naar diverse andere auteurs; M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, p. 358; R.J.B. Schutgens in zijn noot onder ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, *JB* 2014/245. Volgens J.J. Sillen, ‘Toetsing van wetgeving door het bestuur’, in: R.J.N. Schlössels, *In de regel*, Deventer: Kluwer 2012, p. 331-345, i.h.b. p. 342-344, zou de bestuurlijke bevoegdheid om formele wetten in strijd met internationaal recht buiten toepassing te laten, beperkt moeten zijn tot ‘kennelijk onverbindendheden’.
14. Vgl. de noot van N. Verheij onder HvJ EU 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, *JB* 2004/113 (*CIF*).
15. Aldus Schutgens 2014; Fleuren 2004, p. 347.
16. Zie behalve de hierna vermelde rechtspraak, ook ABRvS 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8342; ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1278.
17. ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117 (*Sinterklaasoptocht*).

gevallen ook bestuursorganen een ieder verbindende verdragsbepalingen moeten toepassen. Dit kan ertoe leiden dat ook bestuursorganen de be-
grenzingen voortvloeiend uit een bepaalde regeling van Nederlands recht
buiten toepassing moeten laten. Dit kan zich voordoen in het geval
waarin een bestuursorgaan bij zijn beoordeling in beginsel slechts de li-
mitatief in de desbetreffende wet of regeling opgenomen gronden of
omstandigheden mag betrekken. (...) Een ander voorbeeld is de uitspraak
van de Afdeling van 22 oktober 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:3788), waarin
werd overwogen dat het niet toekennen van onder meer een kindgebonden
budget in de zeer bijzondere omstandigheden van dat concrete geval in
strijd werd geacht met het discriminatieverbod van artikel 14 van het
EVRM in samenhang met het in artikel 8 van het EVRM besloten liggende
recht op respect voor het familie- en gezinsleven en dat artikel 9, tweede
lid, van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen derhalve
buiten toepassing moest blijven.’

De bestuurlijke toetsingsverplichting is echter niet absoluut, zo blijkt uit dezelfde
uitspraak, waarin de Afdeling overweegt dat ‘de aard van een geschil, de positie
van de bij een geschil betrokken partijen en de daarbij betrokken belangen, alsmede
de toepasselijke wettelijke regeling met zich kunnen brengen dat een bestuursor-
gaan niet bevoegd is te toetsen aan een eenieder verbindende verdragsbepaling’.
Uit de jurisprudentie blijkt dat het dan om twee situaties kan gaan:¹⁸ de situatie
dat de gestelde schending van de eenieder verbindende bepaling van internationaal
recht niet voortvloeit uit het door een bestuursorgaan te nemen besluit, maar uit
het handelen van derden gebruikmakend van dat besluit,¹⁹ en de situatie dat tegen
de bestuurlijke toetsingsbevoegdheid bezwaren van constitutionele aard bestaan.²⁰
In beide situaties leidt de omstandigheid dat het bestuur niet toetsingsbevoegd is
ertoe dat de eventuele schending van de eenieder verbindende verdragsbepaling
niet kan worden vastgesteld door de bestuursrechter en zijn appellanten voor
rechterlijke beoordeling hiervan aangewezen op de civiele of strafrechter.

4 ... naar Tiel

Uit het voorgaande is gebleken dat bestuursorganen bevoegd en verplicht zijn om
nationale, (formeel-)wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten als zij in
strijd zijn met rechtstreeks werkend Unie- of internationaal recht. De volgende
vraag is of deze bestuurlijke verplichting ook geldt voor nationale lagere regelgeving
in strijd met hoger nationaal recht. In de schaarse literatuur wordt deze vraag be-
vestigend beantwoord.²¹ Ter onderbouwing worden vergelijkbare argumenten ge-
noemd als hierboven zijn genoemd voor de bestuurlijke toetsingsbevoegdheid aan
eenieder verbindende bepalingen van internationaal recht: de normenhiërarchie
en de ongerijmdheid om de rechter wel toetsingsbevoegd te achten en het bestuur
niet.

18. Uitvoeriger, conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*Wheermolen*), punt 5.5.

19. ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2938.

20. ABRvS 27 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2851 (*SGP-kieslijst*).

21. Sillen 2012, p. 334-336; Schutgens 2014; Verheij 2004.

De rechtspraak over de vraag is ook schaars en betreft drie zaken van de Afdeling, de zaak *Quick Airways*, de zaak *Bloemen & Bloemstukjes* en de zaak *Tiel*.²² In *Quick Airways* was in bezwaar tegen factuurbesluiten in verband met de behandeling van vergunningsaanvragen onder meer aangevoerd dat de gehanteerde uurtarieven uit de Regelingen tarieven luchtvaart 2002 en 2003 onverbindend waren. In bezwaar had de staatssecretaris deze grond niet-ontvankelijk verklaard op grond van (thans) artikel 8:3 lid 1 Awb, een besluit dat door de rechtbank in stand was gelaten. In hoger beroep overweegt de Afdeling ambtshalve als volgt.²³

‘Hoewel de rechtbank terecht heeft vastgesteld dat de Regeling 2002 en de Regeling 2003 algemeen verbindende voorschriften zijn, heeft zij naar het oordeel van de Afdeling ten onrechte geoordeeld dat het bezwaar van appellante voor zover dat gericht was tegen deze regelingen terecht niet-ontvankelijk is verklaard. De Awb noch enig andere rechtsregel staat eraan in de weg dat een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op bezwaar tegen een daarvoor vatbaar besluit beoordeelt of een niet door de formele wetgever gegeven algemeen verbindend voorschrift tot toepassing waarvan dat besluit mede strekt, verbindend is. De staatssecretaris heeft dan ook ten onrechte het bezwaar van appellante voor zover dit zag op de hoogte van de gehanteerde uurtarieven niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank heeft dit niet onderkend.’

In de zaak *Bloemen & Bloemstukjes* lijkt de Afdeling een andere lijn te volgen. De feiten van de zaak zijn tamelijk ingewikkeld, maar uiteindelijk lag bij de Afdeling de vraag voor of het college van B en W van Leidschendam-Voorburg terecht in bezwaar zijn eigen Brancheringslijst (een algemeen verbindend voorschrift) onverbindend had verklaard en de daarop gebaseerde vergunning voor een bloemist had ingetrokken. Over deze onverbindendverklaring oordeelt de Afdeling als volgt.²⁴

‘Het college heeft bij besluit op bezwaar van 6 mei 2013 de Brancheringslijst 2010 voor de categorie “Bloemen/bloemstukjes” ten onrechte onverbindend verklaard. De bevoegdheid een algemeen verbindend voorschrift onverbindend te verklaren is voorbehouden aan de bestuursrechter. Indien het college achteraf meende dat de Brancheringslijst 2010 voor die categorie onjuist was, had het gebruik kunnen maken van zijn bevoegdheid die lijst te wijzigen of in te trekken. Nu het college dit niet heeft gedaan, moet worden geoordeeld dat ten tijde van het besluit op bezwaar van 6 mei 2013 de Brancheringslijst gold en had het hiervan bij het nemen van het besluit moeten uitgaan, hetgeen inhoudt dat er ruimte was voor twee marktstandplaatshouders in de categorie “Bloemen/Bloemstukjes”.

22. ABRvS 15 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2275 (*Quick Airways*); ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4470 (*Bloemen & Bloemstukjes*); ABRvS 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:590 (*Tiel*).

23. ABRvS 15 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2275.

24. ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4470.

Als gezegd lijkt er spanning te bestaan tussen *Quick Airways* en *Bloemen & Bloemstukjes*.²⁵ In *Quick Airways* stelt de Afdeling dat geen enkele rechtsregel eraan in de weg staat dat een bestuursorgaan (exceptief) beoordeelt of een algemeen verbindend voorschrift tot toepassing waarvan dat bestreden besluit mede strekt, verbindend is; in *Bloemen & Bloemstukjes* acht de Afdeling het niet toegestaan dat het bestuursorgaan een eigen algemeen verbindend voorschrift onverbindend verklaart. Toch denken wij dat die spanning wel meevalt. Dat een bestuursorgaan wel kan beoordelen of een algemeen verbindend voorschrift verbindend is, maar dat voorschrift niet onverbindend kan verklaren, is gelet op de betekenis van onverbindendverklaring logisch. Bij onverbindendverklaring is een wettelijk voorschrift (generiek) ongeldig, omdat geen rechtmatige toepassing ervan denkbaar is.²⁶ Een beslissing met een dergelijke strekking kan alleen door een rechter worden genomen en niet door een bestuursorgaan. Bovendien – en dat is misschien nog belangrijker – heeft een bestuursorgaan voor een ‘eigen’ algemeen verbindend voorschrift als in *Bloemen & Bloemstukjes* een effectief middel waarmee het dat algemeen verbindend voorschrift uit de rechtsorde kan verwijderen, namelijk de wijziging of intrekking ervan. Om redenen van rechtszekerheid is dat de geëigende weg.

Wat er van het voorgaande zij, dat *Quick Airways* nog steeds geldend recht is, blijkt uit de recente uitspraak van de Afdeling van 17 maart 2021, in de zaak *Tiel*. Daarin was de vraag aan de orde of het college van burgemeester en wethouders van Tiel de Nota Bodembeheer Regio Rivierenland mocht toetsen aan het Besluit Bodemkwaliteit en zo nodig buiten toepassing moest laten, omdat deze nota voor ander bodemvreemd materiaal dan asbest een open norm bevat en daarmee in strijd zou zijn met artikel 44 lid 1 Besluit Bodemkwaliteit. De Afdeling overweegt aldus.

‘In (...) de uitspraak van de Afdeling van 15 november 2006, nr. 200600888/1 (ECLI:NL:RVS:2006:AZ2275), is overwogen dat de Awb noch enige andere rechtsregel er aan in de weg staat dat een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op bezwaar tegen een daarvoor vatbaar besluit beoordeelt of een niet door de formele wetgever gegeven algemeen verbindend voorschrift tot toepassing waarvan het besluit mede strekt, verbindend is te achten, dan wel buiten toepassing moet worden gelaten. Dat standpunt brengt met zich dat het college in dit geval bevoegd is om te beoordelen of de normen voor bodemvreemd materiaal en asbest in de nota bodembeheer strijdig zijn met artikel 44 van het Bbk en deze normen zo nodig onverbindend te achten, dan wel buiten toepassing te laten.’

In deze overweging wordt *Quick Airways* met zoveel woorden bevestigd. Daarmee staat vast dat bestuursorganen bevoegd zijn om bij het nemen van een besluit (exceptief) te beoordelen of het algemeen verbindend voorschrift waarop dat besluit is gebaseerd, in strijd is met hoger recht. Is dat het geval dan kunnen ze dat voorschrift buiten toepassing laten.

25. In die zin Sillen in zijn noot onder ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4470, *Gst.* 2015/28, en Wolswinkel in zijn noot onder de uitspraak in AB 2015/395.

26. R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009, p. 9-10.

5 Over recht en werkelijkheid

Uit het voorgaande blijkt dat bestuursorganen verplicht kunnen zijn om algemeen verbindende voorschriften, inclusief formele wetgeving, buiten toepassing te laten als zij in strijd zijn met rechtstreeks werkend Unierecht (*Costanzo*, *Boyle*) of internationaal recht (*Sinterklaasoptocht*). Dezelfde bevoegdheid geldt voor lagere regelgeving in strijd met hoger nationaal recht (*Quick Airways*, *Tiel*). De vraag is op welke wijze bestuursorganen van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Zoals in par. 1 vermeld heeft Jan Jans in verband met de toepassing van de *Costanzo*-verplichting erop gewezen, dat het buiten toepassing laten van nationale wetten wegens mogelijke strijd met een richtlijn door ‘allerlei decentrale bestuursorganen’ kan leiden tot ‘wanordelijke situaties’, met ‘alle bezwaren van dien uit het oogpunt van rechtseenheid en rechtsgelijkheid’.²⁷ Uit onderzoek is verder gebleken dat bestuursorganen in Nederland, maar ook daarbuiten, vrijwel nooit zelfstandig een nationale wet opzijzetten, maar hiertoe pas overgaan als de rechter heeft geoordeeld dat die wet in strijd is met rechtstreeks werkend Unierecht.²⁸ Daarom is in de literatuur bepleit om de *Costanzo*-verplichting te beperken tot door de rechter – de nationale rechter of het Hof van Justitie – al vastgestelde of klaarblijkelijke gebreken. Een vergelijkbare beperking van ‘kennelijke onverbindendheden’ is door Sillen verdedigd met betrekking tot de bevoegdheid van bestuursorganen om formele wetten buiten toepassing te laten wegens strijd met een eenieder verbindend internationaal recht.²⁹

De zaak *Boyle* leert dat het Hof van Justitie voor dit pleidooi niet gevoelig is gebleken. Evenmin denken wij dat de Afdeling de wens van Sillen zal verhoren. Dat neemt niet weg dat bestuursorganen er volgens ons over het algemeen goed aan doen om terughoudendheid te betrachten bij de toetsing van (formeel-)wettelijke voorschriften aan EU-recht, internationaal recht en hoger nationaal recht. Zo’n toetsing vereist een afweging van de argumenten pro en contra (on)verbindendheid, waarvoor het rechterlijke proces beduidend geschikter is dan het bestuurlijke proces. Voor de toetsing aan eenieder verbindende bepalingen van internationaal recht kan daaraan nog worden toegevoegd, dat het uiteindelijk de rechter is die bepaalt of een verdragsbepaling eenieder verbindend is. Bovendien kan toetsing van lagere aan hogere voorschriften door decentrale bestuursorganen, evenals bij de *Costanzo*-verplichting, leiden tot rechtsverscheidenheid en dus rechtsongelijkheid, omdat het ene decentrale orgaan over de verbindendheid van een wettelijke voorschrift anders kan denken dan het andere.

Vanwege deze redenen hebben regering en decentrale overheden over de toepassing van de *Costanzo*-verplichting een gedragslijn afgesproken, volgens welke een decentrale overheid, die van oordeel is dat de centrale wetgever een EU-richtlijn verkeerd heeft omgezet, eerst het voor die omzetting verantwoordelijke ministerie consulteert ten einde tot een ‘eensluitende oplossing’ te komen.³⁰ Het volgen van de gedragslijn

27. Jans & Verhoeven 2017, p. 106.

28. Vgl. M.J.M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation*, Antwerpen: Intersentia 2011, over Nederland, Duitsland en Frankrijk.

29. Sillen 2012, p. 342-344.

30. Brief van de Minister van Justitie van 8 juli 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 21109, nr. 136-137. De gedragslijn is tot stand gekomen in overleg met de VNG, IPO en Unie van de Waterschappen en is in lijn met een advies van de Raad van State.

is niet verplicht, maar lijkt ons – en dat is ook de opvatting van Jan Jans³¹ – wel verstandig. Een vergelijkbare lijn zou wat ons betreft ook kunnen worden gevolgd als een decentrale overheid van mening is dat een centrale wettelijke regeling in strijd is met eenieder verbindende bepalingen van internationaal recht of met hoger nationaal recht.

6 Slot

Jan Jans is een van de *founding persons* van het Europees bestuursrecht in Nederland. Beiden hebben wij de doorwerking van Unierecht in belangrijke mate van hem geleerd. Dat komt omdat hij de vaardigheid heeft om complexe zaken zo eenvoudig uit te leggen en op te schrijven dat ze opeens niet meer complex zijn. Dat gold destijds voor *Securitel*, dat geldt nog steeds voor de rechtstreekse werking van *Kraaijeveld*, voor de *twilight zone* van *Inter-Environnement Wallonie*, voor de ‘ongemakkelijke’ relatie tussen *Wells* en *Boxtel* en voor heel veel meer.³²

Deze bijdrage is door ons opgehangen aan de opvatting van Jan over een belangrijk doorwerkingsthema, de *Costanzo*-verplichting van bestuursorganen om met EU-recht strijdig nationaal recht zelfstandig buiten toepassing te laten. Voor wat betreft de rechtsontwikkeling over deze verplichting zijn Jans wensen niet helemaal verhoord, omdat het Hof op de toepassing ervan geen beperkingen heeft aangebracht, zoals hij had gewenst, maar de verplichting juist school heeft gemaakt buiten het terrein van het Unierecht. Inmiddels hebben naar nationaal recht bestuursorganen ook de verplichting om nationale wet- en regelgeving in strijd met rechtstreeks werkend internationaal recht of hoger nationaal recht buiten toepassing te laten. De werkelijkheid van de *Costanzo*-verplichting is echter terughoudend en dat lijkt ons wel in lijn met Jans opvattingen.

Jan, of je het voorgaande nog heel belangrijk vindt, weten we eigenlijk niet. Je hebt immers al een beetje afscheid genomen van de wetenschap. Dat is jammer voor de wetenschap, maar daardoor kun je je wel wijden aan andere mooie zaken van het leven. Dat heb je natuurlijk dubbel en dwars verdiend. Het ga je goed!!

31. Jans & Verhoeven 2017, p. 106.

32. Wie niet weet waarnaar al deze aanduidingen verwijzen, leze Jans & Verhoeven 2017.

A Cross-Channel Level Playing Field?

The provisions of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement on environment and climate

Jochem Wiers*

1 Introduction

The referendum on the UK's withdrawal from the EU was an extraordinary event and the process of negotiating both a withdrawal agreement and an agreement on the new relationship between the EU and the UK was intense and difficult. At the Netherlands Ministry of Foreign Affairs, I had the privilege to lead a designated taskforce set up to defend the broad and large Dutch interests in the UK's withdrawal, the new relationship and the preparations to ensure the Netherlands were ready for the new situation. The main difficulties in the negotiations on the withdrawal agreement (citizens' rights, financial settlement, Irish border) and on the new relationship (level playing field or LPF, fisheries, governance) are well known, have been extensively covered by the media and can also be traced back in the diaries of the EU's lead negotiator Michel Barnier.¹ In this contribution, I want to have another look at what was finally agreed on by the parties on the level playing field, in particular with regard to environment and climate.

Trade and environment are two subjects close to my heart ever since I wrote a PhD on them and I believe the same goes for Professor Jan Jans.² I knew him a little bit having attended a couple of his classes as a student. Then I applied for a PhD position and came to see him in Amsterdam with the PhD project I had started to work on at the EUI in Florence under Claus-Dieter Ehlermann's supervision. I still remember vividly the first words he spoke to me during the interview: 'So, Mr Wiers, to what do I owe the pleasure of seeing you?' It sounded a bit like 'What are you doing here?' and I was slightly perplexed as he had invited me for the interview and I had travelled all the way from Italy for it. I guess I was not so used anymore to his directness, which seems typical for people from Groningen (full disclosure: I was born there myself)... Anyhow, the interview went well. And in the following years I greatly benefitted from Jan's down to earth but always razor sharp analyses and questions. I finished the PhD thanks to his and Friedl Weiss' supervision. Discussions among faculty were always very stimulating, especially when both Jan with his rational and pragmatist outlook and Tom Eijsbouts with his philosophical and constitutional approach were there.

* Jochem Wiers, Head, Taskforce Brexit, Netherlands Ministry of Foreign Affairs; Professor by special appointment, Rijksuniversiteit Groningen. Thanks to Thomas Beukers for commenting on a draft.

1. Michel Barnier, *La grande illusion, journal secret du Brexit (2016-2020)*, Paris, Gallimard 2021.

2. Jochem Wiers, *Trade and Environment in the EC and the WTO*, Groningen, Europa Law Publishing 2002.

2 **The Level Playing Field provisions in the EU-UK Trade and Cooperation Agreement**

Title XI of the Trade and Cooperation Agreement (TCA) on level playing field was one of the most difficult texts to draft, as the negotiating parties were very far apart in what they were aiming for. The UK under PM Johnson basically said it just wanted a 'Canada-style' Free Trade Agreement (FTA) with the EU, with no role for EU rules or the European Court of Justice whatsoever. Time and again, it assured the EU that it was not planning to lower any standards but that there was no reason to spell that out in an FTA as that would limit the UK's new found sovereignty. The UK government under PM Johnson made it clear from the outset that it would not align to EU standards:

‘Although we will remain committed to world-class environmental, product and labour standards, the laws and regulations to deliver them will potentially diverge from those of the EU. That is the point of our exit and our ability to enable this is central to our future democracy’³

During the renegotiation that focused on the Northern Ireland Protocol, Johnson and his chief negotiator David Frost were also able to make some changes to the text of the Political Declaration on the future relationship both parties had earlier agreed on under PM May. However, once the negotiations proper on the future relationship started in March of 2020, Johnson made it clear that his government did not feel bound by that declaration as far as its phrasing on level playing field was concerned.

The EU, on the other hand, had said from the outset that duty-free and quota-free trade in goods across the board could only be agreed if it went together with far-reaching level playing field guarantees. The EU argued that the size and proximity of the UK market and the fact that UK operators were already present in and familiar with the EU market made it clear that the LPF provisions had to go far beyond what had been agreed with Canada, South-Korea or Japan. The profound differences of opinion between the negotiating parties related to both substantial provisions and issues of enforcement and governance.

In the end, after extremely difficult negotiations, the following elements relevant to environmental protection and climate change were agreed by the parties. Title XI on level playing field starts with a short introductory Chapter with general principles and objectives, *inter alia* sustainable development, the ambition of climate neutrality in 2050 and the precautionary approach. There are short Chapters on competition and taxation and more elaborate chapters on subsidies, state owned enterprises, and social and labour standards which are not dwelled upon here. Chapter 7 on Environment and Climate starts by defining ‘environmental levels of protection’ (referring to *inter alia* industrial emissions, conservation, waste) and ‘climate level of protection’ (referring to the EU’s and the UK’s 2030 targets), includ-

3. Letter from Prime Minister Johnson to European Council President Tusk (19 August 2019): <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/826166/20190819_PM_letter_to_His_Excellency_Mr_Donald_Tusk.pdf>.

ing the parties' systems of carbon pricing. It then lays out (in Article 391.2) the non-regression commitment:

A Party shall not weaken or reduce, in a manner affecting trade or investment between the Parties, its environmental levels of protection or its climate level of protection below the levels that are in place at the end of the transition period, including by failing to effectively enforce its environmental law or climate level of protection.

Parties commit to respecting internationally recognised environmental principles, such as the integration principle, the preventative action principle, and the polluter pays principle (Article 393). In addition to the non-regression commitment in Chapter 7, Chapter 8 contains a range of international environmental and climate agreements both parties commit to, among which are the Paris climate agreement, the Convention on Biological Diversity and CITES, as well as a range of objectives related to sustainable development, such as sustainable forestry, marine conservation and responsible supply chain management.

3 Enforcement and dispute settlement

Parties must ensure that domestic authorities are competent to enforce the relevant law with regard to environment and climate and that administrative or judicial proceedings are available to natural and legal persons with a sufficient interest to bring actions against violations of such law and to seek effective remedies (Article 394). As far as disputes between the parties are concerned, the general dispute settlement provisions of the TCA (in Part Six) are not applicable to the non-regression commitment. In the event of a dispute on environmental or climate protection, parties will have exclusive recourse to the special dispute settlement provisions in this Title XI.

For environmental and climate protection, Chapter 9 is arguably the most important part of this Title as it contains dispute settlement provisions as well as the possibilities parties have to unilaterally redress intrusions of the level playing field. The parties may request consultations on any matter arising from Chapter 7 (environment and climate) and Chapter 8 (relevant international agreements), as well as Chapter 6 (labour and social standards, not discussed here). On issues covered by Chapter 7 (environment and climate) as well as Chapter 6, if consultations do not yield a satisfactory result a party may request a panel of experts to be convened to examine the matter. Such a panel is composed of experts from a list of panellists agreed by the parties beforehand. To the panel of experts, the same procedural rules apply that apply to arbitration panels in the general part of the TCA (Article 409.19). The panel of experts issues an interim report and a final report on the matter setting out its determinations as to whether the respondent Party has conformed with its obligations under the relevant Chapter. Its finding is not binding however:

For greater certainty, the Parties share the understanding that if the Panel makes recommendations in its report, the respondent Party does not need to follow these recommendations in ensuring conformity with this Agreement (Article 409.9).

If the Panel finds that one party has not conformed with its obligations under these chapters, the parties must discuss appropriate measures to be implemented taking into account the report of the Panel (Article 409.16). Moreover, the respondent Party has to inform its domestic advisory groups and the complaining Party of its decision on any measures to be implemented. The Specialised Committee on Level Playing Field monitors the follow-up to the report of the panel of experts. When the Parties disagree on the existence of, or the consistency with the relevant provisions of any measure taken to address the non-conformity, the complaining Party may request the original panel of experts to decide on the matter. That decision however is still not binding, so the respondent Party still has the choice not to follow it. In such cases, the complaining Party is not left empty-handed: it may take temporary compensatory measures in accordance with the relevant provisions in the general dispute settlement part of the TCA (Article 410.3, referring to Article 749).

The Level Playing Field provisions in the TCA also provide for a new possibility to redress disturbances to the environmental and climate level playing field. If material impacts on trade or investment between the Parties arise as a result of significant divergences between the Parties, either Party may take appropriate rebalancing measures to address the situation. It should be noted that rebalancing measures do not presuppose a violation of any substantive obligation of the TCA. As noted by Mariani and Sacerdoti, it remains open whether rebalancing should be considered a kind of sanction, a countermeasure, or rather a ‘compensation’ as the UK government has defined it.⁴ Rebalancing measures must be necessary and proportionate in order to remedy the situation and priority is to be given to measures that will least disturb the functioning of the TCA. Furthermore, a Party’s assessment of those impacts shall be based on reliable evidence and ‘not merely on conjecture or remote possibility’ (Article 411.2). The Party intending to take rebalancing measures notifies the other Party and they immediately enter into consultations. If no mutually acceptable solution is found, the concerned Party may adopt rebalancing measures unless the other Party asks an arbitration tribunal whether the notified rebalancing measures are consistent with the requirements mentioned above: necessity, proportionality and least disturbing to the functioning of the TCA. If the arbitration tribunal does not deliver its ruling within 30 days, the concerned Party may adopt the rebalancing measures no sooner than three days and the other Party may take proportionate countermeasures.

4. Paolo Mariani and Giorgio Sacerdoti, *Trade in Goods and Level Playing Field*, DCU Brexit Institute Working Paper No. 7-2021 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3797021> referring to UK Government, UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Summary (n 24) para 86.

If the arbitration tribunal finds the rebalancing measures consistent with the above-mentioned requirements, the concerned Party may adopt the rebalancing measures. If on the other hand the tribunal finds the rebalancing measures to be inconsistent with these requirements, the concerned Party must notify the other Party how it intends to comply with the ruling of the tribunal, i.e. by withdrawing or amending its rebalancing measures. Should the other Party consider that the amended rebalancing measures still do not comply with the tribunal's finding, it can ask the tribunal to decide on their consistency with these requirements. And in case the Party taking the rebalancing measures does not comply with a finding of inconsistency, the other Party may take temporary remedial measures in accordance with the general dispute settlement provisions in Part six of the TCA. Such remedial measures will have no suspensive effect on the application of the original notified remedial measures taken, however.

In order to assess and, if need be, address any issues arising from this new possibility of rebalancing, the TCA provides that no sooner than four years from the entry into force of the agreement, either Party may request a review of the operation of the entire Heading on trade, which in addition to the Title on level playing field also comprises *inter alia* trade in goods and services, intellectual property, public procurement, energy cooperation. Other Headings from the economic part of the TCA may be added to the review. A Party may also request a review sooner than after 4 years if it considers that rebalancing measures have been taken frequently by either or both Parties, or if a measure with material impact on trade or investment has been applied (by the other Party) for a period of at least a year. This possibility of an earlier review is meant for measures seen to disturb the level playing field but not challenged or not found by an arbitration tribunal to be strictly unnecessary. The review addresses whether the TCA delivers an appropriate balance of rights and obligations between the Parties, in particular with regard to the operation of the Heading on trade, and whether there is a need for any modification of the Agreement. If one of the Parties considers that following the review there is a need for an amendment of the TCA, the Parties try to negotiate and conclude an agreement making the necessary amendments. If these negotiations do not lead to agreement within one year, the Parties may agree to continue negotiations or either Party may terminate this Heading or any Heading that was added to the review. If a Party terminates this Heading, Heading Three on road transport will be terminated and Heading Two on aviation will also be terminated unless the Parties agree to integrate the relevant parts on level playing field into that Heading.

Put succinctly, the EU and the UK have committed in the TCA not to lower their environmental or climate levels of protection. They can ask a panel of experts to find whether the other Party acts in conformity with its obligations. However, the other Party can persist in its behaviour and the complaining Party may then take temporary compensatory measures. Moreover, there is the possibility of rebalancing measures: if either the EU or the UK deems that there are serious impacts on trade or investment as a result of significant divergences in terms of the environmental or climate level playing field between the two Parties, it may take rebalancing measures. Such measures will probably be disputed before an arbitration tribunal. Should the tribunal find that the rebalancing measures are not necessary, proportionate or least trade-disturbing, the other Party can take remedial measures. Finally,

either Party may ask for a review of the entire Heading on trade of the TCA when it thinks the level playing field is too uneven. Such a review may result in negotiations about modifications to the TCA or ultimately in termination of the Headings on trade, road transport and aviation.

4 **Conclusion: Balancing the Playing Field or Continuous Trade Wars?**

Non-regression clauses are not new in EU agreements, but the ones in the TCA go beyond those in recent other EU FTA's. Moreover, the TCA provisions on dispute settlement that are applicable to the non-regression requirement are new. These provisions, from compensatory measures if an expert panel's finding is ignored, to rebalancing and countermeasures and review and termination, illustrate how difficult it was to bridge the huge gap between the Parties' expectations and wishes on level playing field commitments. This is the first time the EU has had to conclude an agreement with the objective of managing divergence instead of convergence. All of these provisions will have to be tested to see whether they lead to either a workable set of arrangements with the occasional discussion on how the playing field can be kept reasonably level, or an ever-escalating trade war with measures and countermeasures ultimately leading to the termination of the trade agreement. The most likely scenario is somewhere in between: a gradual divergence of standards with the occasional flare-up.

The very different expectations the EU and the UK had of this part of the TCA can be traced back to a deeper divide: the UK government seems to rely heavily on a 'classic free trade' view which argues that LPF provisions are first and foremost unwanted potential free trade barriers. The EU on the other hand has since it introduced its 'new trade strategy' in 2015 gradually increased its stress on a more values based trade policy, of which a level playing field forms an important part.⁵ On the basis of the first experiences both with the Withdrawal Agreement and especially its Protocol on Ireland and Northern Ireland and with the TCA, especially on fisheries, there is a real risk that the profoundly different perspectives between the EU and the UK on what they have agreed will be played out in a confrontational manner. This would be harmful both to their trade relationship, their wider relationship and their common strength and values in a world that is becoming more complicated and not necessarily less hostile. To end on a positive note, as Gillis suggests, the presence of level playing field obligations in recent FTA's and the underlying ideological basis of those obligations might represent a reshaping of the liberal trade regime's boundaries and a transformation of the meaning of free trade (and what it should mean) for the 21st century.⁶ Let's hope therefore that cool heads prevail on both sides of the Channel to make the TCA and especially the level playing field Chapters work. In any event, it is likely that the EU's experiences with these provisions, both positive and negative, will guide its further

5. On the level playing field in the EU's 'new generation' FTA's and the background of the 'free trade v. LPF' discussion, see Matilda Gillis, *Let's Play? An examination of the 'level playing field' in EU Free Trade Agreements* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3753436>.

6. Cf Gillis (note 5) 27.

handling of environmental and climate issues as well as of wider level playing field issues with other third countries.

TOEKOMST

Globalisering van het omgevingsrecht?

Chris Backes*

1 Inleiding

Het waren met name de publicaties van Jan Jans die mij, toen ik eind van de jaren tachtig naar Nederland kwam, overtuigden dat rechtsvergelijking in het omgevingsrecht, toen nog milieurecht, niet alleen enerverend is, maar ook veel winst en inspiratie oplevert. De kiem voor rechtsvergelijking was al in mijn studie in Duitsland (en later in Nijmegen) gelegd, maar het waren vooral de boeiende geschriften van Jan die als lichtend voorbeeld dienden. Dat begon met het boek *Grensoverschrijdend milieurecht* uit 1987¹ en is ook in het 'latere en late werk' van Jan zo gebleven,² waaronder zelfs publicaties in het Duits te vinden zijn.³ De gedachtewisseling binnen het Avosetta-netwerk, een exclusieve club van vooraanstaande milieurechtjuristen uit verschillende EU-landen, zal veel aan het wederzijdse begrip van de nationale milieurechtelijke antwoorden op Europese uitdagingen hebben bijgedragen. Dat rechtsvergelijking binnen het sterk EU-rechtelijk bepaalde omgevings- en milieurecht ook thans zeer verrijkend en nodig is, ervaar ik dagelijks. In deze korte bijdrage wil ik op enkele ontwikkelingen in het omgevingsrecht van enkele buurlanden ingaan die in Nederland nog weinig zijn opgemerkt.

2 De wereld is geglobaliseerd, alleen het omgevingsrecht niet?

De afgelopen decennia is de globalisering van onze samenleving, in het bijzonder van onze economie, met rasse schreden doorgegaan en toegenomen, met uitzondering van het 'coronajaar' 2020, waarin een vermindering van de handelsomvang was te zien.⁴ De (toename van) de Nederlandse welvaart berust steeds sterker op import en export van goederen van en naar andere landen en werelddelen. Daarmee nemen ook de milieugevolgen die ons handelen en onze economie in andere landen veroorzaken toe. Met die 'extraterritoriale' milieugevolgen wordt bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van en de randvoorwaarden voor in Nederland plaatsvindende en aan de Nederlandse jurisdictie onderworpen (productie)activiteiten weinig

* Chris Backes is hoogleraar Omgevingsrecht aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL), Utrecht University.

1. J.H. Jans, *Grensoverschrijdend milieurecht, Een onderzoek naar verplichtingen tot toepassing van het non-discriminatiebeginsel en het beginsel van gelijke rechtstoegang bij dreigende milieuerontreiniging in het Nederlands-Westduitse grensgebied*, Groningen: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
2. Zie J.H. Jans, R. Macrory & A.M. Moreno Molina (red.), *National Courts and EU Environmental Law* (Avosetta-serie deel 10), Groningen: Europa Law Publishing 2013.
3. J.H. Jans, 'Der Zugang zu Gerichten und Pluralismus in Umweltrecht', in: O. Dilling & T. Markus (red.), *Ex Rerum Natura Ius? – Sachzwang und Problemwahrnehmung im Umweltrecht*, Baden-Baden: Nomos 2014, p. 175-201.
4. Zie bijvoorbeeld CBS, Globaliseringsdashboard, dashboards.cbs.nl/v3/Globaliserings_Dashboard/#shiny-tab-ontwikkeling, laatst geraadpleegd op 28 juni 2021.

rekening gehouden. Hier en daar gebeurt dat, tot op zekere hoogte, wel. Zo is het Europese recht dat grensoverschrijdende export van afvalstoffen reguleert er mede op gericht om mens en milieu in andere werelddelen te beschermen,⁵ een extraterritoriale beschermingsdoelstelling dus. Ook het Europese en nationale recht ter beperking van broeikasgasemissies is er niet op gericht om klimaatverandering in Nederland af te remmen, maar de opwarming van het klimaat in de hele wereld te beperken. Bij de vormgeving en uitvoering van het juridisch kader voor de beperking van broeikasgasemissies door publiekrechtelijke maatregelen wordt dan echter al snel weer een nationale focus gelegd die – vanuit een globaal beschermingsmotief – niet altijd even doeltreffend is. Zo houdt de, op zich zeer lovenswaardige, verplichting uit het *Urgenda*-arrest om de uitstoot van broeikasgassen in Nederland verder te beperken weinig tot geen rekening met de vraag of door de – publiekrechtelijke – maatregelen om aan die verplichting te voldoen de globale uitstoot van broeikasgassen vermindert (of mogelijk juist toeneemt). Als een kolen-centrale in Nederland gesloten wordt om de Nederlandse uitstoot te verminderen, maar daarvoor energie uit fossiele bronnen uit andere landen geïmporteerd zou worden, dan zou dat een voor de Nederlandse belastingbetaler dure oplossing zijn die het milieu niet helpt en het doel van het beperken van de mondiale klimaatverandering niet bevordert. Dit is een voorbeeld van een probleem waar het *Urgenda*-arrest geen rekening mee houdt.

Een recent ‘(school?)voorbeeld’ waarin juist wel een juridisch kader wordt ontwikkeld voor de mondiale voetafdruk van een (mede) Nederlands bedrijf is het vonnis van de rechtbank Den Haag inzake *Milieudefensie tegen Shell*. In dit vonnis veroordeelt de rechtbank de Royal Dutch Shell Group om alle aan dit concern toe te rekenen emissies tot 2030 met minstens 45% (ten opzichte van 2019) te verminderen. Deze reductieverplichting ziet op de gehele energieportefeuille van de Shell-groep en op het gezamenlijk volume van alle emissies, waar ook ter wereld uitgestoten. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de directe emissies van het concern zelf (‘scope 1’ genoemd), de indirecte emissies van derden (leveranciers) van wie bijvoorbeeld elektriciteit wordt ingekocht (‘scope 2’ genoemd) en de overige emissies die ontstaan door activiteiten van eindgebruikers die producten van Shell kopen en gebruiken (‘scope 3’ genoemd). Voor de scope 1-emissies geldt een resultaatsverplichting, voor de scope 2- en 3-emissies een ‘zwaarwegende inspanningsverplichting’ om te komen tot emissiereductie. Dit vonnis is, terecht, ‘baanbrekend’⁶ en ‘revolutionair’⁷ genoemd. Het gaat echter over de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van een privaatrechtelijk concern tegenover een privaatrechtelijke milieuevening, niet over publiekrechtelijke verplichtingen van emittenten.

Het Nederlandse publiekrechtelijke instrumentarium om de milieugevolgen van de Nederlandse productie en consumptie te beheersen en te verminderen, in het bijzonder het omgevingsrecht, is gericht op de bescherming (en ontwikkeling) van de Nederlandse leefomgeving. Men leze bijvoorbeeld art. 1.3 van de, ooit wellicht

5. Zie bijvoorbeeld Verordening (EG) 1013/2006 (EVOA), preambule, overweging 28.

6. ‘Milieudefensie wint baanbrekende rechtszaak van Shell over CO2-uitstoot’, *NRC Handelsblad* 21 mei 2021.

7. Koen Haegens, ‘De zaak-Shell: niet de overheid, maar de rechter temt de markt’, *de Volkskrant* 28 mei 2021.

in werking tredende, Omgevingswet: De wet is, ‘met het oog op duurzame ontwikkeling, de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu, gericht op (...) een goede omgevingskwaliteit en het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften’. ‘Het land’ is Nederland en ‘het leefmilieu’ is het leefmilieu in Nederland. Ook de ‘maatschappelijke behoeften’ zijn (alleen) de behoeften van de Nederlandse maatschappij. De doelstelling van het Nederlandse omgevingsrecht, dus (de som van) het milieu-, natuurbeschermings-, water- en ruimtelijke ordeningsrecht (in brede zin) is en blijft dus nationaal. Terwijl de maatschappij en vooral de economie zijn geglobaliseerd en daarmee ook de milieugevolgen van onze productie en consumptie, is het omgevingsrecht dat niet. Het is niet alleen de vraag of dat ethisch verantwoord is, maar ook of de export van de milieugevolgen van onze productie en consumptie op lange termijn in ‘ons’ eigen belang is.

Recent heeft een deel van deze vraag in enkele buurlanden geleid tot bindende wetgeving waarmee wordt gepoogd om de verantwoordelijkheid van binnenlandse ondernemingen voor alle milieugevolgen van hun productie en handel, waar ook ter wereld, te benadrukken. Ik ga hierna op twee voorbeelden in. Het eerste is de al iets langer bestaande Franse ‘Waakzaamheidswet’. Het tweede is het recente Duitse ‘Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz’, vaak ook korter ‘Lieferkettengesetz’ genoemd.

3 **De Franse ‘Waakzaamheidswet’: globale verantwoordelijkheid van Franse bedrijven voor veroorzaakte milieugevolgen**

In 2017 werd in Frankrijk een wet vastgesteld die (grotere) ondernemingen tot ‘waakzaamheid’ verplicht (Loi de Vigilance).⁸ De wet bevat een aanpassing van het Franse Wetboek van Koophandel (Code de commerce), door toevoeging van artikel L. 225-102-4. De Wet op de waakzaamheid introduceert voor alle grote Franse bedrijven – met meer dan 5000 werknemers in Frankrijk of meer dan 10.000 wereldwijd – een zorgvuldigheidsverplichting gericht op het voorkomen van risico's en ernstige schendingen van grondrechten en voor gezondheid, persoonlijke veiligheid en milieu in verband met bedrijfsactiviteiten. Het schenden van deze verplichting wordt gesanctioneerd met een ‘herstel- en aansprakelijkheidsmechanisme’. In overleg met belanghebbenden en vakbonden moeten de onder deze wet vallende bedrijven een plan opstellen waarin wordt nagegaan of door het bedrijf mensenrechten of milieunormen worden geschonden en of een risico op deze schendingen bestaat. Dit plan richt zich op de eigen activiteiten van het bedrijf, op activiteiten van door het bedrijf gecontroleerde dochterondernemingen, alsmede aannemers en leveranciers van het bedrijf. Het plan moet de risico's voor dergelijke mensenrechten en het milieu die voortvloeien uit de activiteiten van de onderneming in kaart brengen en moet ook passende maatregelen bevatten om deze risico's te mitigeren. De wet verplicht bedrijven om regelmatig de situatie in hun toeleveringsketens en bij hun dochterondernemingen te beoordelen met betrekking tot de in

8. LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1).

hun plan geïdentificeerde risico's. De plannen en verslagen over de uitvoering van de plannen moeten openbaar worden gemaakt, zodat een publieke discussie over de risico's en de genomen maatregelen kan ontstaan.

De Franse wet is dus niet gericht op vermindering van de ecologische voetafdruk van Franse bedrijven die verder gaat dan de toch al bestaande wettelijke verplichtingen van die bedrijven zelf, de door hun gecontroleerde dochterondernemingen en hun aannemers en leveranciers waarop zij invloed hebben. Een vermindering van de negatieve milieugevolgen zou hooguit een indirect effect kunnen zijn van de wet doordat overtredingen van milieunormen door ondernemingen zelf of hun toeleveranciers en handelspartners mogelijk minder vaak voorkomen. Dat laatste is wel een doelstelling van de wet. De wet is innovatief, of, als men zo wil 'baanbrekend', omdat het een bewustwording, verantwoording en aansprakelijkheid van Franse bedrijven bewerkstelligt voor de milieugevolgen die hun handelen wereldwijd veroorzaakt. Dat is, in mijn ogen, een belangrijke stap van globalisering van het juridisch kader voor de binnenlandse bedrijvigheid. Een zwak punt in deze wet lijken de uitvoering en handhaving te zijn.⁹ De verplichtingen zijn onderdeel van het Wetboek van Koophandel en zijn in essentie privaatrechtelijk van aard. Er is geen publiekrechtelijke instantie die met toezicht en handhaving is belast. Juridische handhaving kan alleen afgedwongen worden door 'geïnteresseerde' partijen, waaronder verenigingen (ngo's), maar ook vakbonden en zelfs gemeenten. Dergelijke partijen kunnen de rechtbank verzoeken om de onderneming te bevelen aan haar verplichtingen te voldoen¹⁰ en om de schade te vergoeden die veroorzaakt is door het niet voldoen aan de verplichtingen.¹¹ Tot januari 2021 was het nog niet tot een dergelijke actie gekomen.¹² Een wellicht veel krachtiger handhavingsinstrument is de publieke discussie die op grond van de plannen en rapporten kan worden aangezwengeld en de daarmee potentieel verbonden reputatieschade voor bedrijven en het dreigen met een dergelijke juridische procedure. Dat laatste lijkt al enkele keren te hebben plaatsgevonden met als resultaat verbeterde plannen en kritischere rapporten.¹³

9. Zie hierover bijv. Sherpa, Creating a Public Authority to Enforce the Duty of Vigilance Law: A Step Backward?, business-humanrights.org/en/latest-news/sherpa-publishes-critical-analysis-on-potential-creation-of-public-authority-to-enforce-french-duty-of-vigilance-law/, laatst geraadpleegd op 27 juni 2021.

10. Art. L. 225-102-4 II Wetboek van Koophandel.

11. Art. L. 225-102-5 Wetboek van Koophandel.

12. Aldus C. Lavite, The French Loi de Vigilance: Prospects and Limitations of a Pioneer Mandatory Corporate Due Diligence, *VerfBlog* 16 juni 2020, verfassungsblog.de/the-french-loi-de-vigilance-prospects-and-limitations-of-a-pioneer-mandatory-corporate-due-diligence, doi: 10.17176/20200616-124112, laatst geraadpleegd op 21 juni 2021 alsmede C. Clerq, The French 'Duty of Vigilance' Law: Lessons for an EU Directive on Due Diligence in Multinational Supply Chains, *ETUI Research Paper*, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3765288, laatst geraadpleegd op 24 juni 2021, p. 3.

13. C. Clerq, The French 'Duty of Vigilance' Law: Lessons for an EU Directive on Due Diligence in Multinational Supply Chains, *ETUI Research Paper*, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3765288, laatst geraadpleegd op 24 juni 2021, p. 3.

4 **De Duitse ‘Wet betreffende zorgvuldigheidsverplichtingen in de handelsketen’ (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz): basis voor een mondiale milieuverantwoordelijkheid van de binnenlandse productie en handel?**

Zeer recent is ook in Duitsland een wet aangenomen die, in beperkte mate, de mondiale verantwoordelijkheid van Duitse ondernemingen voor alle met hun productie en handel verbonden milieugevolgen regelt. Op 11 juni 2021 heeft de Bundestag een ‘Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten’, kort Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (hierna: LkSG) aangenomen.¹⁴ Zeer snel werd het wetsvoorstel op 25 juni 2021 ook in de Bundesrat aangenomen. De wet verplicht ingevolge § 3 ondernemingen met meer dan 1000 werknemers (vanaf 2024, in 2023 nog slechts ondernemingen met meer dan 3000 werknemers) om ‘in hun handelsketens’ zorgvuldig om te gaan met mensenrechten en milieu. Onder in Duitsland gevestigde ondernemingen worden ook buitenlandse ondernemingen met Duitse vestigingen (van meer dan 1000, respectievelijk 3000 werknemers) verstaan en andersom worden tot een Duitse onderneming ook buitenlandse (delen van) ondernemingen gerekend die onder de controle van een in Duitsland gevestigde onderneming staan.

De verplichtingen voor deze ondernemingen bestaan onder meer uit het vaststellen van een verklaring over hun strategie om mensenrechtenschendingen in hun handelsketens te voorkomen en het maken van een risicoanalyse voor waar risico’s bestaan dat mensenrechten worden geschonden of milieurechtelijke verplichtingen niet worden nagekomen. Een belangrijke beperking van de verplichtingen van de wet is te vinden in de definitie van de begrippen ‘milieurechtelijke verplichting’ en ‘milieurisico’. Daaronder vallen uitsluitend verplichtingen die in § 2 lid 3 en lid 4 LkSG nader zijn omschreven. Daarbij gaat het (lang) niet om alle milieurechtelijke verplichtingen van een bedrijf, handelspartner of toeleverancier maar, kort gezegd, alleen om verplichtingen die potentieel de gezondheid en het leven van betrokkenen in gevaar brengen en dus tot schending van hun mensenrechten kunnen leiden, in het bijzonder verboden gebruik van kwik, beperkingen in de omgang met bepaalde andere chemische stoffen en met afvalstoffen. Worden mensenrechtenschendingen of overtreding van ‘milieurelevante verplichtingen’ geconstateerd dan moeten maatregelen worden genomen om de schendingen en overtredingen te doen beëindigen (§ 7 LkSG). Worden risico’s geïdentificeerd, dan moeten ‘passende (*angemessene*)’ maatregelen worden genomen om die risico’s uit te sluiten of ten minste te verminderen (§§ 3-5 LkSG). Al deze verplichtingen gelden voor de bedrijven zelf en voor ‘rechtstreekse toeleveranciers’. Voor middelbare toeleveranciers gelden deze verplichtingen slechts als een onderneming ‘gesubstantieerde kennis’ over een mogelijke schending van mensenrechten of van milieurechtelijke verplichtingen verkrijgt. Voor de middelbare toeleveranciers hoeft dus, zonder een concrete aanleiding, niet bij voorbaat een risicoanalyse te worden gemaakt. Elk jaar moeten het beleid met betrekking tot het voorkomen van mensen-

14. Deze naam is pas tijdens de parlementaire behandeling vastgelegd. Het ontwerp kende nog de kortere titel ‘Lieferkettengesetz’.

rechtenschendingen en overtreding van milieunormen, de risicoanalyses en de getroffen of te treffen maatregelen worden gepubliceerd.

Schendingen van de verplichtingen van het LkSG hebben geen (extra) civielrechtelijke aansprakelijkheid tot gevolg. Anders dan de Franse wet is er wel een federaal agentschap als bevoegd orgaan aangewezen ter controle en handhaving van de verplichtingen. Overtredingen kunnen met dwangsommen en boetes (tot € 100.000 of tot € 800.000 afhankelijk van de aard van de overtreding) gehandhaafd worden. Bovendien worden ondernemingen waaraan wegens overtreding van de wet een boete is opgelegd van minstens € 175.000 voor maximaal 3 jaar uitgesloten van publieke aanbestedingen.

Ook het Duitse LkSG leidt dus voor het eerst, net als de Franse Loi de Vigilance, tot een globale bewustwording en verantwoordelijkheid van Duitse ondernemingen voor (sommige) milieurechtelijke gevolgen van hun productie en handel. De strekking van de wet is in dit opzicht echter veel beperkter dan die van de Franse wet. Het Duitse LkSG heeft duidelijk vooral de bescherming van mensenrechten tot doel. Het ontwerp van de wet is ook afkomstig van het Ministerie van Ontwikkelingssamenwerking en werd in het parlementair debat ook alleen door de Ministers van Ontwikkelingssamenwerking en Arbeid en Sociale Zaken verdedigd, niet door de Minister van Milieu. Anders dan in Frankrijk gaat het in Duitsland om publiekrechtelijke verplichtingen die door overheidsinstanties gecontroleerd en gehandhaafd moeten worden. Maar ook voor Duitsland geldt dat het LkSG niet tot doel heeft om de ecologische voetafdruk van de productie en handel van Duitse ondernemingen te verminderen, maar dat dit hooguit – tot op zekere hoogte – een indirect effect kan zijn.

5 Recente Nederlandse en Europese wetgevingsinitiatieven

5.1 Het initiatiefvoorstel voor een Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen

Ook in Nederland is recent de discussie over een wettelijk kader dat Nederlandse ondernemingen verplicht globaal en in hun hele handelsketen te letten op de nakoming van milieurechtelijke normen in een stroomversnelling gekomen. Tot nu toe is internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen een vrijwillige zaak met een faciliterende overheid, onder andere door subsidies. Daar is op zich niets mis mee, maar de vraag is of dit efficiënt genoeg is. Uit onderzoek bleek dat bedrijven niet uit zichzelf duurzaam internationaal ondernemen. Volgens de indieners van het hierna te bespreken wetsvoorstel hebben de convenanten over internationaal duurzaam ondernemen 'slechts 1,6% van de ondernemingen bereikt'.¹⁵ De SER heeft in 2020 gepleit voor een wettelijke regeling, het liefst op EU-niveau, maar als dat niet voldoende lukt ook op nationaal niveau.¹⁶ Enkele dagen voor de Tweede Kamerverkiezingen is daarom op 11 maart 2021 door vier (vroegere) Kamer-

15. *Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 2, p. 2 e.v. (MvT).*

16. Sociaal Economische Raad (2020), *Samen naar duurzame ketenimpact, Toekomstbestendig beleid voor internationaal MVO*, Den Haag, p. 36 e.v.

leden een initiatiefvoorstel voor een Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen bij de Tweede Kamer ingediend.¹⁷ Dit voorstel kent, als men het vergelijkt met de Franse en de Duitse aanpak, een breed toepassingsbereik. Zo bevat het een niet nader gespecificeerde ‘zorgplicht’ (zie art. 1.2) voor alle ondernemingen en een meer gespecificeerde verplichting tot ‘gepaste zorgvuldigheid’ voor ondernemingen die aan twee van de volgende drie criteria voldoen: minstens 250 werknemers, een netto-omzet van € 40 miljoen en/of een balanstotaal van € 20 miljoen. Dat lijkt een ruimer toepassingsbereik dan in Frankrijk of Duitsland. Ook in het Nederlandse voorstel wordt gewerkt met een verplichting om internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen structureel in het managementsysteem te verankeren, een risicoanalyse van de eigen activiteiten van de onderneming en die van haar ‘zakenrelaties’¹⁸ te verrichten en een verplichting om maatregelen (gebaseerd op een plan van aanpak) te nemen om de gevonden risico’s of manco’s weg te werken (zie art. 2.3). Daarbij valt op dat er geen expliciete maatstaf voor de zorgvuldigheid met betrekking tot het milieu in de wet staat. Slechts voor zover het gaat om het eigen handelen van het bedrijf, dus niet om de zakenrelaties in de keten, bepaalt artikel 2.4 van het wetsvoorstel dat bedrijven hun eigen activiteiten dienen te beëindigen als deze ‘nadelige gevolgen voor (...) het milieu veroorzaken’. Deze opmerkelijke bepaling is niet nader toegelicht. Er ontbreekt ook een definitie van ‘nadelige gevolgen voor het milieu’. De meeste bedrijven veroorzaken bij hun activiteiten (talrijke) nadelige gevolgen voor het milieu; of het nu gaat om emissies naar lucht en water, het ontstaan van afvalstoffen, verbruik van (fossiele) energie, het verzegelen van bodems en vele andere milieugevolgen. Uit de definitie van het begrip ‘gepaste zorgvuldigheid’ in artikel 1.1 van het wetsvoorstel lijkt voort te vloeien dat het alleen om milieugevolgen in het buitenland en niet om milieugevolgen in Nederland gaat. Dat maakt dit begrip echter niet makkelijker toepasbaar. De Franse en de Duitse wet zijn wat dat betreft duidelijker, ook al lijkt hun strekking deels veel beperkter. Net als de Franse en Duitse wet spoort het Nederlandse wetsvoorstel de ondernemingen niet aan om plannen te maken en uit te voeren om hun wereldwijde milieu-impact te verminderen. Het lijkt ‘slechts’ te gaan om het niet schenden van geldende verplichtingen, maar ook dit is, door de vage formulering van artikel 2.3 en 2.4 van het wetsvoorstel, onduidelijk.

Overeenkomstig het Duitse LkSG, en anders dan in de Franse wet, gaat het in het Nederlandse wetsvoorstel om een publiekrechtelijke verplichting die door een publiekrechtelijke autoriteit gemonitord en gehandhaafd dient te worden. Wie dat moet doen wordt in het wetsvoorstel nog niet bepaald. ‘De toezichthouder’ kan bij overtreding een last onder dwangsom of een boete opleggen. Opvallend is dat, vergeleken met de Duitse wet, de maximale hoogte van de boetes ruim een factor vijf lager is. Afhankelijk van de aard van de overtreding zijn dat € 20.500 of € 82.000 (vierde- of vijfde-categorie-boetes).

17. Voorstel van wet van de leden Voordewind, Alkaya, Van den Hul en Van den Nieuwenhuijzen houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketens om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel (Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen), *Kamerstukken II 2020/21*, 35761, nr. 2.

18. De term ‘zakenrelaties’ wordt in art. 1.1 uitermate ruim gedefinieerd. De vraag is of dit een concrete toepassing van de wet niet in de weg staat.

5.2 De resolutie van het Europees Parlement voor een EU-richtlijn inzake verplichte zorgvuldigheid van mensenrechten, milieu en goed bestuur

Ook op EU-niveau is in dezelfde periode een initiatief voor een EU-regeling gestart. Op 10 maart 2021 heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen en de Commissie opgeroepen om een richtlijnvoorstel uit te werken inzake verplichte zorgvuldigheidsvereisten in de toeleveringsketen.¹⁹ Een dergelijk voorstel wordt al in de zomer van 2021 verwacht. Volgens het als bijlage bij de resolutie gevoegde idee voor zo'n voorstel zou de richtlijn de uit de Franse en Duitse wet bekende hoofdelementen (expliciete formulering 'zorgvuldigheidsstrategieën' voor maatschappelijk verantwoord ondernemen door bedrijven, risicoanalyse, plannen van aanpak bij gebreken of risico's, transparantie van maatregelen, geschilbeslechtsingsmechanisme enz.) moeten bevatten. Ook het voorstel van het Europese Parlement voorziet in publiekrechtelijke verplichtingen waarop toezicht door bevoegde instanties in de lidstaten moet worden gehouden en die met publiekrechtelijke sancties gehandhaafd moeten kunnen worden. Uitdrukkelijk wenst het Parlement ook, anders dan bijvoorbeeld de Duitse wet, daarenboven een aansprakelijkheidsregeling. Wat opvalt is dat het voorstel van het Europese Parlement, net als het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel, ook het begrip 'zakenrelatie' gebruikt, maar dat begrip veel helderder afbakent dan het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel. Voorts wordt ook een definitie gegeven van het door een onderneming te voorkomen 'potentieel of daadwerkelijk negatief effect op het milieu'. Daaruit blijkt dat het ook in het EU-voorstel in eerste instantie gaat om 'elke schending van internationaal erkende milieunormen en milieunormen van de Unie'. Het EU-voorstel gaat echter een zeer beduidende stap verder door daaraan toe te voegen dat de verplichtingen van de bedrijven betreffende het voorkomen van milieueffecten zouden moeten worden geconcretiseerd door een aan de richtlijn toe te voegen bijlage, die 'in overeenstemming [is] met de doelstellingen van de Unie op het gebied van milieubescherming en beperking van de klimaatverandering'. Daarmee lijken de verplichtingen tot milieubescherming niet slechts te volstaan in het nakomen van geldende milieurechtelijke normen, maar lijkt ook een stap te worden gezet om bedrijven op hun verantwoordelijkheden te (kunnen) wijzen voor het bereiken van de doelstellingen op milieugebied en vooral op het terrein van het beperken van klimaatverandering. Dat komt overeen met overweging 12 van de resolutie waarin door het Parlement wordt aangegeven dat de zorgvuldigheidsstrategieën van de bedrijven 'moeten aansluiten op de SDG's en de beleidsdoelstellingen van de Unie op het gebied van mensenrechten en het milieu, met inbegrip van de Europese Green Deal en de toezegging om de uitstoot van broeikasgassen tegen 2030 met ten minste 55% te verminderen'. Ik zal op dit laatste aspect nog terugkomen.

19. Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2021 met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen (2020/2129(INL)).

6 Gezamenlijk leren?

Het wetgevingsproces in de EU verzekert dat, ten minste tot op zekere hoogte, gezamenlijk geleerd wordt van de discussies die in het nationale wetgevingsproces van de lidstaten werden gevoerd en van de ervaringen die met eerdere nationale wetgeving zijn opgedaan. Het is opvallend dat dit weinig lijkt te gebeuren in de nationale discoursen zelf. In de toelichting op het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel is nauwelijks een verwijzing naar buitenlandse voorbeelden of naar de parallel gevoerde Europese discussie te vinden. Dat is des te opmerkelijker als een van de initiatiefnemers van het EU-voorstel een Nederlandse PvdA-politica is.²⁰ Blijkbaar is de gedachtewisseling tussen de Nederlandse volksvertegenwoordigers in het Europees Parlement en in de Tweede Kamer niet erg intensief, zelfs niet als het vertegenwoordigers betreft die tot dezelfde partij behoren. Het is te hopen dat bij de discussie over een toekomstige Nederlandse Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in het nieuwe Nederlandse parlement meer vergelijkende reflectie en kruisbestuiving plaatsvinden. Het in maart ingediende wetsvoorstel heeft dat nodig. Ook in Duitsland lijkt de bereidheid om over de grens te kijken bij het ontwikkelen van wetgeving met een sterk Europees en internationaal element niet bijzonder groot. Op zijn website beveelt de Duitse Minister van Ontwikkelings-samenwerking aan om de recent vastgestelde Duitse wet gewoon als ‘Blaupause’ te gebruiken voor een Europese regeling en zoveel mogelijk een-op-een ‘omhoog te kopiëren’.²¹ Dat getuigt van een weinig open discours over het optimale model voor een EU-regeling.

Een belangrijk aspect komt in de levendige discussie omtrent wetgeving voor globaal maatschappelijk verantwoord ondernemen nog niet aan bod. De meeste wetten en wetsvoorstellen zijn, wat het thema milieubescherming betreft, gericht op de verplichting van bedrijven om in de keten zoveel mogelijk te verzekeren dat geldende milieurechtelijke verplichtingen niet worden geschonden. In het vonnis in de zaak *Milieudefensie tegen Shell* heeft de rechtbank Den Haag bepaald dat grote bedrijven met een aanzienlijke impact van hun handelen en van de onder hun invloedssfeer agerende handelspartners op het klimaat een eigen, maatschappelijke, maar ook juridische verantwoordelijkheid en zorgvuldigheidsverplichting hebben, los van de bestaande publiekrechtelijke milieunormen die voor hun handelen gelden. De hier besproken wetten, wetsvoorstellen of ideeën voor (Europese) wetsvoorstellen dateren allemaal van, soms net, vóór de uitspraak van de Haagse rechtbank. Nederland zou aan de Europese discussie over dit thema actief kunnen en moeten bijdragen door voorstellen te doen over hoe deze zelfstandige juridische en maatschappelijke zorgvuldigheidsverplichting van (grote) bedrijven ingang kan vinden in de ‘zorgvuldigheidsstrategieën’ die bedrijven op grond van wetgeving over verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in de toekomst dienen op te stellen en uit te voeren. Van grote bedrijven met substantiële broeikasgasemissies binnen de door hen te beïnvloeden keten wordt meer verwacht dan dat zij zich bij hun eigen bedrijfsactiviteiten aan publiekrechtelijke uitstootnormen

20. Het gaat om Lara Wolters.

21. Bundesministerium fuer wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Das Lieferkettengesetz ist da, [bmz.de/de/entwicklungspolitik/lieferkettengesetz](https://www.bmz.de/de/entwicklungspolitik/lieferkettengesetz), laatst geraadpleegd op 29 juni 2021.

houden. Dat is de juridische boodschap uit het arrest in de zaak *Milieudefensie tegen Shell*. Deze boodschap moet ingang vinden in de te ontwikkelen wettelijke stelsels voor globaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Dat zou een zeer relevante en vooruitstrevende Nederlandse bijdrage zijn aan de wedstrijd van wetgevers op dit terrein. In het licht van de omvang en urgentie van de transities die de maatschappij in de komende decennia moet bewerkstelligen lijkt mij een dergelijke verknoping van de gedachtelijn uit het *Milieudefensie/Shell*-vonnis met de publiekrechtelijke verplichtingen tot globaal maatschappelijk verantwoord ondernemen noodzakelijk.

Milieuzaken, overheidsongehoorzaamheid en de rol van ngo's: een reis door de tijd en mogelijkheden

Annalies Outhuijse en Shannon Bothof*

1 Inleiding

Als student-assistent en promovendus van Jan ontkom je niet aan algemene lessen over Europees recht en krijg je legio kansen om je in het Europees recht te verdiepen.

Wij hebben ervoor gekozen om Jans werk te eren aan de hand van een Europees arrest van eind 2019: *Deutsche Umwelthilfe*.¹ In deze uitspraak beantwoordt de grote kamer van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) de prejudiciële vraag of lijfswang *mag* of zelfs *moet* worden toegepast tegen individuele overheidsfunctionarissen om zo een onwillige overheid te dwingen om Europese milieuwetgeving na te leven. In deze zaak komen mooie Europese concepten voor die Jan jarenlang aan studenten en collega's heeft gedoceerd: procedurele autonomie, conforme interpretatie, rechtstreekse werking, prejudiciële vragen en de toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest). Daarnaast komen diverse onderwerpen aan de orde die wij herkennen uit het academische werk van Jan: het afdwingen van milieurechten door niet-gouvernementele organisaties (hierna: ngo's), juridische instrumenten tegen niet-naleving van Europees recht en in het algemeen de doorwerking van het Europees recht in de nationale rechtsstelsels.

In deze bijdrage staan wij stil bij de eerste twee onderwerpen uit het werk van Jan en dat doen wij als volgt. Om de achtergrond te schetsen beginnen wij in paragraaf 2 met een bondige bespreking van het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest. Vervolgens maken wij in paragraaf 3 een koppeling tussen Jans werk en de huidige stand van zaken voor de twee onderwerpen. Zo bespreken we in paragraaf 3.1 de trend van *environmental public interest litigation* en de belangrijke rol die ngo's tegenwoordig hebben bij het afdwingen van milieurechten, zowel in binnen- als buitenland. Een koppeling van Jans werk met de huidige Duitse rechtspraktijk toont ons bijvoorbeeld hoe ngo's zijn geëvolueerd van buitenstaander tot volledige procespartij. In paragraaf 3.2 gaan we vervolgens in op overheidsongehoorzaamheid en de mogelijkheden die het Europees recht biedt bij niet-naleving van het Europees recht, met als nieuwste toevoeging op basis van het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest: lijfswang. Wij eindigen

* Annalies Outhuijse is advocaat bij Stibbe binnen de praktijkgroep bestuursrecht. Eerder heeft zij een proefschrift geschreven op het gebied van het mededingingstoezicht bij de Rijksuniversiteit Groningen. Shannon Bothof is student bij de Global Campus of Human Rights (EMA 'The European Master's Programme in Human Rights and Democratisation'). Hiervoor was zij student-stagiair bij Stibbe. De bijdrage is afgerond op 1 juli 2021.

1. Onze bijdrage bouwt voort en heeft overlap met HvJ EU 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:1114, AB 2020/427, m.nt. A. Outhuijse en S.B. Bothof (*Deutsche Umwelthilfe*).

onze bijdrage met enkele afsluitende opmerkingen, waarbij wij kort een blik op de toekomst werpen.

2 De inhoud van het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest

Deze zaak kent een lange voorgeschiedenis.² In 2012 heeft de *Deutsche Umwelthilfe*, een Duitse milieuorganisatie, een zaak aangespannen tegen de *Freistaat Bayern* (deelstaat Beieren, Duitsland). Aanleiding was de aanhoudende weigering van de deelstaat om, ter uitvoering van Richtlijn 2008/50/EG betreffende de luchtkwaliteit, de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de grenswaarden voor stikstofdioxide (NO₂) in München in acht werden genomen.

In datzelfde jaar is de *Freistaat Bayern* voor het eerst veroordeeld tot aanpassing van zijn actieplan voor de luchtkwaliteit voor München en is daarna op straffe van een dwangsom veroordeeld om zijn verplichtingen na te komen. De aanpassing van het actieplan werd vervolgens meermaals geweigerd. In reactie hierop vorderde de *Deutsche Umwelthilfe* niet alleen een nieuwe dwangsom van € 4000, maar ook oplegging van lijfswang jegens de minister van Milieu en Consumentenbescherming of de minister-president. Dit laatste werd afgewezen en leidde tot hoger beroep en de prejudiciële vraag aan het Europese Hof.

Volgens de verwijzende rechter is het niet duidelijk of het op grond van het Duitse recht is toegestaan om lijfswang aan overheidsfunctionarissen op te leggen. De prejudiciële vraag luidt of, gelet op het voorgaande, het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat een nationale rechter het recht – en zo nodig de plicht – heeft om lijfswang op te leggen aan functionarissen van de bevoegde nationale overheid om deze te dwingen om haar verplichtingen na te leven om een luchtkwaliteitsplan in de zin van artikel 23 Richtlijn 2008/50/EG met een bepaalde vereiste inhoud te wijzigen, wanneer de overheid reeds definitief hiertoe is veroordeeld.

Het Hof begint zijn arrest met de opmerking dat, krachtens het beginsel van procedurele autonomie, de gedwongen uitvoering van rechterlijke uitspraken bij gebreke aan harmonisatie van de nationale regelingen een interne zaak is van de lidstaten. In de tweede plaats moet er volgens het Hof aan worden herinnerd dat het niet naleven van rechterlijke beslissingen door de overheid leidt tot schending van artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) en artikel 47 Handvest (het recht op een doeltreffende voorziening in rechte). Er moet in dat licht worden gezien of op basis van de methode van conforme interpretatie, en indien dat niet mogelijk is, de methode van het buiten toepassing laten van nationale bepalingen wegens strijdigheid met het Europees recht, tot eerbiediging van die rechten kan worden gekomen.

Het Hof merkt daarbij op dat artikel 47 Handvest niet absoluut is en kan worden ingeperkt indien de eerbiediging van dat artikel vervolgens leidt tot schending van andere grondrechten of de nationale grondwet (zie artikel 52 Handvest). Het recht op vrijheid en veiligheid ex artikel 6 Handvest en het evenredigheidsbeginsel dienen

2. Zie hierover *ibid.*

te worden gewogen in het licht van de vereisten van artikel 52 lid 1 Handvest. Een dwangmiddel als lijfswang betekent een beperking van eerdergenoemd recht en daar mag enkel inbreuk op worden gemaakt indien er een onderliggende rechtsgrond is te vinden in het nationale recht en deze voldoende toegankelijk en nauwkeurig is en de toepassing ervan voldoende voorzienbaar is, aldus het Hof. Het Hof eindigt zijn uitspraak met het volgende: Indien de gestelde voorwaarden vervuld zijn, is het geen bevoegdheid maar zelfs een verplichting van de verwijzende rechter om tot lijfswang van de regeringsfunctionarissen te gelasten. Indien een dergelijke rechtsgrond daarentegen ontbreekt in het nationale recht, machtigt het Unierecht de rechterlijke instantie niet om een dergelijke maatregel te nemen.

3 Twee arrest-onderdelen belicht vanuit Jans werk

3.1 De trend van environmental public interest litigation en de rol van ngo's: van buitenstaander naar volledige procespartij

Het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest laat zien dat ngo's tegenwoordig ook in Duitsland een volwaardige procespartij zijn. Het is immers de Duitse milieuorganisatie *Deutsche Umwelthilfe* die de zaak heeft aangespannen. Het werk van Jan laat echter zien dat dit niet altijd het geval was.³ Bijzondere aandacht daarbij verdient het *Trianel*-arrest.⁴ Zoals Jan heeft beschreven, moesten milieuorganisaties ten tijde van dit arrest aantonen dat besluiten die zij aan rechterlijke toetsing wilden onderwerpen, in strijd waren met voorschriften 'die individuele rechten verlenen'. Het probleem met deze voorwaarde is natuurlijk dat vele bepalingen in de milieuwetgeving, met name inzake natuurbescherming en luchtkwaliteit, geen 'individuele rechten' verlenen, maar zijn vastgesteld om het publiek in het algemeen te beschermen. Dit maakte de gang naar de rechter voor ngo's onmogelijk. Deze 'individuele rechten'-voorwaarde is in de zaak *Trianel* succesvol aangevochten, omdat zij niet in overeenstemming was met het Verdrag van Aarhus en de Uitvoeringsrichtlijn van Aarhus op Europees niveau. Als gevolg van deze zaak werd de Duitse wetgeving aangepast en werd de toegang voor ngo's mogelijk gemaakt. Een mooie vorm van 'the royal road of front-door lawmaking' zoals Jan dat zou noemen met daarbij een belangrijke rol weggelegd voor het Europees recht.⁵

Zoals het arrest *Deutsche Umwelthilfe* illustreert, speelt de vraag of milieuorganisaties toegang hebben tot de rechter geen noemenswaardige rol meer. De ngo's zijn gepromoveerd van buitenstaander naar volwaardige procespartij. Dit past binnen een bredere ontwikkeling die te zien is in recente jaren, namelijk de ontwikkeling

3. Zie onder meer: J.H. Jans & A. Outhuijse, "'Front-Door' versus 'Back-Door' Lawmaking: A Case Study Concerning German Responses to the Challenges of the Aarhus Convention", in: S. Comtois & K.J. de Graaf (red.), *On law making and public trust*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016, p. 21-30.

4. HvJ EU 11 mei 2011, C-115/09, ECLI:EU:C:2011:289 (*Trianel*).

5. Jans & Outhuijse 2016, p. 21-30. Front-door lawmaking: als het nationale recht niet in lijn is met internationale verplichtingen, neemt de wetgever zijn verantwoordelijkheid en treedt op. Het nationale recht wordt aangepast om te voldoen aan het internationale recht.

van *environmental public interest litigation* wereldwijd.⁶ Een ontwikkeling die in belangrijke mate is ingegeven door de *Urgenda*-uitspraken – een Hollandse productie.⁷

Lang voordat de eerste *Urgenda*-uitspraak het licht zag constateerde Jan in een van zijn werken dat milieuorganisaties in Nederland een belangrijkere rol spelen in juridische procedures dan milieuorganisaties in andere landen. Jan noemde als redenen: rechtbanken zijn in Nederland meer toegankelijk, kosten zijn hier relatief laag en er is geen vereiste om door een advocaat te worden vertegenwoordigd.⁸ Ook andere auteurs hebben meer recent bij de vraag stilgestaan waarom Nederlandse milieuorganisaties zo'n belangrijke rol hebben bij milieugeschillen en hoe dit een wereldwijde invloed heeft.⁹ Noemenswaardig is onder meer het werk van Otto Spijkers, die een antwoord op deze vraag geeft vanuit een Europees en internationaal perspectief.¹⁰

Voor beantwoording van de vraag wijst Spijkers op artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Zoals hij beschrijft geeft dit artikel eenieder de mogelijkheid een stichting op te richten om vervolgens een rechtsvordering in te stellen, gericht op de bescherming van een algemeen belang, tegen de Staat der Nederlanden, of tegen particulieren zoals een in Nederland gevestigde multinational.¹¹ De Nederlandse Staat geniet geen immuniteit tegen dergelijke vorderingen in tegenstelling tot vele andere staten in de wereld. Volgens Spijkers verklaart deze bepaling waarom de Nederlandse rechter baanbrekende uitspraken kan doen over zaken van algemeen belang, waaronder het klimaat. De bekendheid en invloed die de uitspraken genereren worden verklaard door het belang dat wetenschappers en beroepsbeoefenaren van het internationaal recht aan de uitspraken toekenden. Zo werd de eerste

6. Wereldwijd spelen er momenteel 2000 milieu- en klimaatzaken. Een recent Nederlands voorbeeld is de zaak *Greenpeace tegen Nederland* over klimaatverplichtingen en beleidsvrijheid in coronatijd. Maar ook op internationaal vlak wordt er veel geprocedeerd tegen overheden die onvoldoende actie ondernemen tegen de gevaren van klimaatverandering. Zo is *Friends of the Irish Environment* op 23 oktober 2017 een juridische procedure gestart tegen de Ierse regering wegens het nalaten van het nemen van de noodzakelijke maatregelen om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen. Ander voorbeeld is de 'class action'-rechtszaak die *ENvironnement JEUnesse* startte tegen de Canadese regering in november 2018. De organisatie betoogt dat alle burgers van Quebec die jonger zijn dan 35 jaar in het bijzonder door klimaatverandering getroffen worden en dat het niet nemen van emissiereductiemaatregelen door de Canadese regering een schending van hun mensenrechten vormt. Net als in Nederland, worden in andere landen ook successen geboekt. In een *Urgenda*-achtige uitspraak werd de Franse Staat eerder dit jaar aansprakelijk gehouden voor het niet-nakomen van de gemaakte afspraken over de uitstoot van broeikasgassen. In Duitsland is recent de Duitse klimaatwet ongrondwettelijk verklaard door het Duitse Constitutioneel Hof. De regering moet voor eind volgend jaar preciezer omschrijven hoe ze haar klimaatdoelen gaat behalen. Daarmee geeft het Hof een groep jonge klagers, die zich beroepen op hun 'recht op de toekomst', grotendeels gelijk.
7. Zie achtereenvolgens Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145; Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).
8. J.H. Jans & A.T. Marseille, 'The Role of NGOs in Environmental Litigation against Public Authorities: Some Observations on Judicial Review and Access to Court in the Netherlands', *Journal of Environmental Law* 2010, afl. 3, p. 373-390.
9. Zie de beschreven zaken bij noot 6.
10. O. Spijkers, 'Public Interest Litigation Before Domestic Courts in The Netherlands on the Basis of International Law: Article 3:305a Dutch Civil Code', *European Journal of International Law Talk* 2020, beschikbaar via: ejiltalk.org/public-interest-litigation-before-domestic-courts-in-the-netherlands-on-the-basis-of-international-law-article-3305a-dutch-civil-code.
11. *Ibid.*

Urgenda-uitspraak onmiddellijk aangekondigd als ‘een nieuwe klassieker’¹² of ‘de belangrijkste rechterlijke beslissing (...) ter wereld tot nu toe’.¹³

Het is de vraag of het Nederlandse recht deze heldenstatus kan behouden. Zoals Spijkers ook beschrijft, per 1 januari 2020 zijn de ontvankelijkheidsvereisten voor belangenorganisaties in artikel 3:305a BW namelijk aangescherpt, onder andere op het punt van representativiteit.¹⁴ In het tweede lid van artikel 3:305a BW is als vereiste opgenomen dat de stichting die een collectieve actie instelt voldoende representatief is gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vordering. Op voorhand moet duidelijk zijn dat zij kwantitatief gezien voor een voldoende groot deel van de groep getroffen gedupeerden opkomt.¹⁵ Dit is een forse wijziging omdat voorheen elke stichting een rechtsvordering kon instellen ter bescherming van het algemeen belang. Onze verwachting is dat dit qua daadkracht geen groot effect zal hebben voor juridische procedures door milieuorganisaties. Het representativiteitsvereiste is namelijk niet altijd van toepassing op organisaties zonder winstoogmerk die een rechtsvordering instellen met een ideële doelstelling, en indien de organisatie geen financiële schadevergoeding eist maar slechts een verklaring van recht (zoals het geval was in *Urgenda*). Zie artikel 3:305a lid 6 BW.¹⁶ Dit kan in de toekomst echter veranderen. Naar aanleiding van de discussie over *te* activistische rechters – onder meer aangezwengeld door de *Urgenda*-uitspraak – gaan er namelijk stemmen op om de reikwijdte van artikel 3:305a BW verder te beperken en het representativiteitsvereiste ook te laten gelden voor organisaties zonder winstoogmerk die een rechtsvordering willen instellen met een ideële doelstelling.¹⁷

12. Zie o.a. A. Nollkaemper & L. Burgers, ‘A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the *Urgenda* Case’, *European Journal of International Law Talk* 2020, beschikbaar via: ejiltalk.org/a-new-classic-in-climate-change-litigation-the-dutch-supreme-court-decision-in-the-urgenda-case/.
13. Zie o.a. ‘Dutch supreme court upholds landmark ruling demanding climate action. Court rules Dutch government has duty to protect citizens’ rights in face of climate change’, theguardian.com, 20 december 2020.
14. De ontvankelijkheidseisen voor collectieve vorderingen van belangenorganisaties zijn aangescherpt wat betreft *good governance*, financiering en representativiteit (art. 3:305a lid 2 en 3 BW). Een uitzondering geldt echter voor de gevallen waarin het stellen van deze eisen disproportioneel zou zijn (art. 3:305a lid 6 BW). Deze wijzigingen zijn onder meer ingegeven door de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) waardoor het mogelijk werd dat een collectieve actie strekt tot het voldoen van schadevergoeding. Ter voorkoming van misbruik (bijvoorbeeld door lichtvaardig gebruik van de procedure of uitsluitend met het doel de wederpartij te schaden) zijn nadere ontvankelijkheidseisen ingevoerd door de wetgever. Zie hierover: *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 15-21.
15. Zie Spijkers 2020 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 19. Deze eis voorkomt dat een stichting of vereniging een rechtsvordering kan instellen zonder de vereiste ondersteuning van een achterban.
16. Art. 3:305a lid 6 BW geeft de ruimte om de ontvankelijkheidseisen niet te toetsen wanneer dit vanwege een bepaald ideëel doel of vanwege de aard van de vordering – van de rechtspersoon of de persoon voor wiens belangen wordt opgekomen – niet gerechtvaardigd wordt geacht. Het is aan de rechter om te beoordelen of een belangenorganisatie in de praktijk in aanmerking komt voor deze uitzondering, waardoor niet aan de ontvankelijkheidseisen uit de leden 2, 3 en 5 behoeft te worden getoetst. Dit laat onverlet dat deze organisatie nog steeds aan de eisen uit de andere leden van art. 3:305a BW moet voldoen.
17. *Aanhangsel Handelingen II* 2019/20, nr. 2971. Zie ook: A.E.M. Leijten, ‘Morrelen aan de rechtstaat – Over het concept-verkiezingsprogramma van de VVD, verkeerde diagnoses en hoe nu verder’, *NTM/NJCM-bull.* 2021, afl. 1, p. 24-30.

In de literatuur worden echter ook alternatieven opgeworpen om het pleit over te activistische rechters te beslechten. Noemenswaardig in deze context is de annotatie die Laurien Nijenhuis schreef bij een recent gewezen Franse uitspraak.¹⁸ In deze *Urgenda*-achtige uitspraak werd de Franse Staat aansprakelijk gesteld voor het niet-nakomen van de gemaakte afspraken over de uitstoot van broeikasgassen. Zoals zij het benoemt: vanuit Nederlands perspectief is de gekozen wettelijke grondslag interessant. De Parijse rechtbank baseert haar aansprakelijkheidsoordeel namelijk grotendeels op nationale bepalingen, in tegenstelling tot *Urgenda*, waar de aansprakelijkheid berustte op artikelen 2 en 8 EVRM. Nijenhuis stelt dat het voordeel van het toepassen van nationale klimaatnormen het voornaamste kritiekpunt in de discussie over te activistische rechters – het gebrek aan toepassing van normen opgesteld door de democratisch gelegitimeerde Nederlandse wetgever – gedeeltelijk kan wegnemen.

Wij verwachten dat deze discussie hernieuwde aandacht zal krijgen door de recent gewezen uitspraak van de rechtbank Den Haag (*Milieudefensie/Royal Dutch Shell*), waarbij de rechtbank Shell beveelt om de CO₂-uitstoot eind 2030 terug te brengen tot netto 45% ten opzichte van het niveau van 2019.¹⁹ Dit vergaande bevel om de CO₂-reductie fors te versnellen (dat niet alleen geldt voor de Shell-groep, maar ook voor haar toeleveranciers en afnemers) is een invulling van de zorgvuldigheidsnorm die mede is gebaseerd op het Europees en internationaal recht waaronder het EVRM. Wij vragen ons af of een extra Nederlandse bepaling de discussie over te activistische rechters zal beëindigen. Wij menen dat Europese en internationale bepalingen waar de Nederlandse Staat zichzelf aan gebonden heeft voldoende grond bieden en dat we er juist bij gebaat zijn om zaken van algemeen belang, zoals het klimaat, op internationaal niveau te reguleren. Mocht een nationale bepaling echter verdere stappen in de richting van het beperken van de toegang tot de rechter voor ngo's kunnen voorkomen, dan is dat wat ons betreft wenselijk. Al blijft de beste manier om uitspraken als *Urgenda* te voorkomen, dat de wetgever zelf de moeilijke beslissingen neemt om effectieve naleving van Europees en internationaal recht te waarborgen, beter dan dat ngo's rechters moeten dwingen tot uitspraken over naleving van klimaat- en milieuwetgeving.²⁰ *Front-door lawmaking* dus.

Deze beschreven ontwikkelingen zijn beperkt tot procedures bij de civiele rechter. De toegang tot de bestuursrechter is voor milieuorganisaties evenmin een rustig bezit. Zoals Jan al beschreef in 2009 en nu nog geldt, worden milieuorganisaties geregeld gezien als lastige beroepsklagers die door 'misbruik' te maken van hun

18. Tribunal Administratif de Paris 3 februari 2021, zaaknr. 1904967,1904968,1904972,1904976/4-1, AB 2021/146, m.nt. L.M. Nijenhuis.

19. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

20. Zie over de terugtred van de wetgever en de betekenis daarvan voor de rol van de rechter onder meer: R.A.J. van Gestel, 'De rechtsstaat in discussie', *RegelMaat* 2020/4.6, p. 261-274; R.A.J. van Gestel & M. Loth, 'De legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming', *AA* 2020, p. 885-890; L. van Heusden, 'Rechterlijke toetsing van de evidence base van AVV: over het waarom, wanneer en hoe', *NTB* 2020/207, p. 497-503; J.C.A. de Poorter, 'Is Nederland verworden tot een dikastocratie?', *NTB* 2020/49, p. 1-11; R.A.J. van Gestel & M. Loth, 'Voorbij de trias politica. Over de constitutionele betekenis van "public interest litigation"', *AA* 2019, p. 647-655; R.A.J. van Gestel, 'Leidt terugtred van de wetgever tot een opmars van rechterlijke rechtsvorming en afbraak van democratische waarden?', *RegelMaat* 2019/3, p. 231-244.

rechtsbeschermingsmogelijkheden noodzakelijke maatregelen dwarszitten en daarmee economische ontwikkeling vertragen.²¹ Er is dan ook wel de vraag gesteld of de toegang niet moet worden beperkt, bijvoorbeeld door ook in het bestuursrecht een representativiteitsvereiste voor procederende belangenorganisaties te introduceren.²² Verder kwam bij een VMR Themamiddag in 2018 reeds naar voren dat de uitleg en invulling van het belanghebbende-vereiste een grote invloed hebben op de procesmogelijkheden van milieuorganisaties.²³ Op het eerste gezicht lijkt het belanghebbende-vereiste voor ontvankelijkheid van milieuorganisaties bij de bestuursrechter helder en overzichtelijk. Milieuorganisaties moeten, gelet op hun statutaire doelstellingen en feitelijke werkzaamheden, een eigen direct en actueel belang hebben bij de uitkomst van de procedure. Maar hoe deze vereisten worden uitgelegd, en welke aanvullende eisen worden gesteld verschilt per instantie, en is bovendien tamelijk casuïstisch, aldus Bleeker en Stolk.²⁴

Wij eindigen deze paragraaf op een positieve noot voor milieuorganisaties. Op 14 januari 2021 oordeelde het Europese Hof namelijk dat artikel 6:13 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) in strijd is met het Verdrag van Aarhus.²⁵ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) bevestigde dit en oordeelde op 14 april 2021 dat belanghebbenden, waaronder milieuorganisaties, die géén zienswijze op een ontwerpbesluit naar voren hebben gebracht zich voortaan alsnog succesvol tot de bestuursrechter kunnen wenden.²⁶ Ook is recent besloten door de Afdeling dat beroepsprocedures in sommige gevallen zelfs openstaan voor niet-belanghebbenden die eerder in een procedure een zienswijze hebben ingediend.²⁷ Wederom een belangrijke rol voor het Europees recht, maar nog geen 'front-door lawmaking'.

Uit het bovenstaande blijkt dat ngo's als procespartij een belangrijke ontwikkeling hebben doorgemaakt, zeker in Duitsland. De rol van ngo's lijkt te zijn verschoven van 'buitenstaander' omdat er geen toegang tot de rechter was voor ngo's naar 'volwaardige procespartij waar rekening mee moet worden gehouden'. Dit laatste is in feite nog zacht uitgedrukt. Het arrest *Deutsche Umwelthilfe* illustreert hoe onmisbaar die rol van ngo's is bij afdwinging van milieurechten, zeker in het geval van overheidsongehoorzaamheid. Ook illustreert het arrest dat uitspraken niet altijd het effect sorteren dat we ervan verwachten. Hierover meer in de volgende paragraaf.

21. K.J. de Graaf, H.D. Tolsma & J.H. Jans, 'Milieuorganisaties door de mangel. De wetgever gepasseerd?', *NJB* 2009, p. 80-87.

22. Zie in deze context: R. Stolk, 'Wie zijn zij...?! De representativiteit van procedurele belangenorganisaties', *NTB* 2020/204, p. 1-12.

23. T.R. Bleeker & R. Stolk, 'Toegang tot de rechter: strategisch procederen – Verslag van een VMR Themamiddag', *M en R* 2018, p. 383-387.

24. *Ibid.*

25. HvJ EU 14 januari 2021, C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7.

26. ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786.

27. ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953.

3.2 Overheidsongehoorzaamheid ten aanzien van Europees recht

Het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest is een typisch voorbeeld van openlijke overheidsongehoorzaamheid. Zoals de Bayerische overheidsfunctionarissen zonder gêne zeiden: 'Ik heb het Europees recht niet nageleefd en ik ga het ook niet naleven.'

Zoals Jan heeft beschreven in zijn werk, zijn er diverse opties vanuit het Europees recht om op te treden bij overheidsongehoorzaamheid.²⁸ Zo is er de *Franovich*-aansprakelijkheid gebaseerd op artikel 4(3) Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) in het geval dat een individu schade lijdt door schending van Europeesrechtelijke verplichtingen door een overheidsorgaan.²⁹ Ander voorbeeld is de inbreukprocedure van de Europese Commissie van artikel 258 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) die kan leiden tot een veroordeling door het Europese Hof met daarbij hoge dwangsommen of een boete.³⁰ Een dergelijke actie is reeds gestart tegen de Duitse overheid ter naleving van de NO₂-grenswaarden. De Commissie heeft op 11 oktober 2018 het Hof gevraagd om vaststelling dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen uit artikel 13 lid 1 juncto bijlage XI van Richtlijn 2008/50/EG niet is nagekomen doordat sinds 2010 de jaargrenswaarde voor NO₂ in 26 zones (waaronder München) stelselmatig en aanhoudend is overschreden.³¹ Op 3 juni 2021 heeft het Hof Duitsland veroordeeld conform het verzoek van de Commissie. Duitsland dient tijdig passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de periode van overschrijding in de betrokken 26 zones zo kort mogelijk wordt gehouden. Afgewacht moet worden of dit zal leiden tot daadwerkelijke naleving. Er is voorlopig nog geen boete opgelegd.

Zijn deze instrumenten echt nodig? Het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest alleen al leidt tot een bevestigend antwoord. Daarnaast is breder zichtbaar dat rechterlijke uitspraken niet direct het effect sorteren dat we ervan verwachten. Een recent Nederlands voorbeeld is de zaak waarbij de Immigratie en Naturalisatie Dienst weigerde een deel van de door de rechter opgelegde dwangsommen te betalen en beslag moest worden gelegd op de bankrekeningen van de Nederlandse Staat.³² Dit is overigens niet beperkt tot de uitvoerende macht van de overheid, ook bij nationale rechters is dit zichtbaar. Zie bijvoorbeeld het *PSPP-Urteil* van vorig jaar, waarin het *Bundesverfassungsgericht* bindende werking ontzegde aan het arrest van het Hof van Justitie van 11 december 2018 (C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 (*Weiss e.a.*)).³³ Voorbeelden van overheidsongehoorzaamheid zijn echter niet enkel recent zichtbaar. Voor langer geleden kan bijvoorbeeld worden gewezen op de Tsjechische uitspraak uit 2012, waarbij het Tsjechische Constitutionele Hof oordeelde dat het Europese Hof met zijn arrest in zaak C-399/09 (*Landtová*) *ultra vires* handelde en vervolgens

28. J.H. Jans e.a., *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007 en opvolgende edities.

29. Zie in deze context: J.H. Jans & K.J. de Graaf, 'Liability of Public Authorities in Cases of Non-Enforcement of Environmental Standards', *Pace Environmental Law Review* 2007/2, p. 377-398.

30. Zie in het algemeen W.T. Eijsbouts e.a. (red.), *Europees Recht – Algemeen Deel*, Zutphen: Europa Law Publishing 2020.

31. HvJ EU 3 juni 2021, C-635/18, ECLI:EU:C:2021:437 (*Commissie/Duitsland*).

32. Rb. Zeeland West-Brabant 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:5251.

33. BVerfG 5 mei 2020, ECLI:DE:BVERFG:2020:RS20200505.2BVR085915 (*PSPP-urteil*). Zie hierover R. Barents, 'Het Hof van Justitie en nationale constitutionele rechters', *SEW* 2021/1, p. 2-11.

het Tsjechische nationale recht voorrang gaf boven het EU-recht.³⁴ Ook vanuit de vorige eeuw kennen we bekende voorbeelden als we bijvoorbeeld denken aan *Reinheitsgebot* en *Spaanse aardbeien* (jaren 80 en 90).³⁵ Hoewel we door de media een ander beeld krijgen, laat Jans werk zien dat overheidsongheoorzaamheid – ten aanzien van Europees recht – van alle tijden is.³⁶ Toch dient er aandacht te zijn voor dit probleem, omdat de houding van de Duitse overheidsorganen in München past binnen een bredere ontwikkeling die wij zien, namelijk de ontwikkeling dat het gezag van en vertrouwen in de rechterlijke macht op dit moment geen gegeven zijn – dit is niet beperkt tot Europese rechters maar ziet wel vaak op Europees recht.

We benoemden hierboven al de discussie over te activistische rechters die is ontstaan na de *Urgenda*-uitspraak. Ook bij andere Europese milieuonderwerpen, zoals stikstof, was het niet onverwacht dat de vraag op zou komen of de rechter zich te veel bemoeit met de uitvoerende macht.³⁷ Ook als de rechter de fouten van de wetgever probeert te repareren, speelt al snel de vraag of de rechter op de stoel van de wetgever is gaan zitten.³⁸ Jan noemde dit in eerdere publicaties de ‘kwalijske’ *back-door lawmaking*.³⁹ Deze discussie over de verhouding tussen de drie machten is breder te voeren en past in de algemene discussie wat de staat van onze rechtsstaat is. Zo stelde René Niessen – advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden – recent de vraag of de Nederlandse rechtsstaat misschien een periodieke beurt of een afkeuring nodig heeft. Hij beschreef in ieder geval dat er voldoende reden voor discussie is en dat het verstandig is voor elk van de drie staatsmachten om daarover na te denken.⁴⁰ Marc Fierstra – raadsheer in de Hoge Raad en waarnemend voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak – stelde in juni 2021 ook het functioneren van de rechtsstaat aan de kaak, waarbij hij benadrukte dat de rechterlijke macht echt volledig onafhankelijk van de politiek moet kunnen opereren.⁴¹ Dat deze zorg niet ongegrond is, blijkt uit de politieke ideeën van eerder dit jaar om de macht van de rechters in te perken – dit als gevolg van de discussie over te activistische rechters. Voor een uitgebreide beschrijving wijzen wij op het recente artikel van Ingrid Leijten over hoe het VVD-verkiezingsprogramma de

34. Arrest 31 januari 2012, XVII, Pl ÚS 5/12; HvJ EU 22 juni 2011, ECLI:EU:C:2011:415 (*Landtová*). Zie meer uitgebreid over deze uitspraak: ‘Playing With Matches: The Czech Constitutional Court’s Ultra Vires Revolution’, *verfassungsblog.de*, 22 februari 2012. Duitsland kent ook een langere geschiedenis. Zie onder meer BVerfG 12 oktober 1993, 2 BvR 2134 (*Maastricht Urteil*) en BVerfG 30 juni 2009, 2 BvE 2/08 (*Lissabon Urteil*).

35. HvJ EU 12 maart 1987, C-178/84 (*Reinheitsgebot*); HvJ EU 9 december 1997, C-265/95 (*Spaanse aardbeien*).

36. Zie Jans e.a. 2007; De Graaf & Jans 2016.

37. Zie in deze context ook dit boek van G. Corstens & R. Kuiper, *De rechter grijpt de macht*, Amsterdam: Uitgeverij Prometheus 2020.

38. Zie o.a. L. Bergkamp, ‘Rechtsvinding in de moderne rechtsstaat’, *NJB* 2016, afl. 3, p. 193-194.

39. Jans & Outhuijse 2016, p. 21-30. Bij deze methode is de hoofdrolspeler in tegenstelling tot de front-door lawmaking niet de wetgever maar de rechter. De rechter legt het nationale recht zodanig uit dat het in overeenstemming is met internationale verplichtingen of laat nationaal recht buiten toepassing. Zie ook: J.H. Jans, ‘Harmonization of National Procedural Law Via the Back Door? Preliminary Comments on the ECJ’s Judgment in *Janecek* in a Comparative Context’, in: M. Bulterman e.a. (red.), *Views of European law from the mountain*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 267-275.

40. R.E.C.M. Niessen, ‘Naar een onderhoudsbeurt voor de rechtsstaat’, *FTV* 2021/5, p. 4-5.

41. B. Mesters, ‘Rechter Marc Fierstra: “Politici moeten geen invloed hebben op onze onafhankelijkheid”’, *volkskrant.nl*, 4 juni 2021.

rechterlijke macht wilde beperken door onder meer te zorgen dat rechters wetten niet langer buiten toepassing kunnen verklaren wegens strijd met het EVRM, maar slechts het parlement kunnen 'adviseren wetten versneld aan te passen' en dat het parlement bij ratificering duidelijk kan 'toelichten hoe internationale verdragen worden geïnterpreteerd'.⁴² Naast kritiek op te activistische rechters hangt het beperkte gezag samen met de recent wederom opgestarte discussie over het fundament van onze rechtspraak. Zo wierp Marc Chavannes — journalist van De Correspondent — in maart 2021 de vraag op of de benoeming van rechters in Nederland echt onafhankelijker is dan in Polen of Hongarije en ook was er een kritisch Europees rapport over de onafhankelijkheid van de Nederlandse rechtspraak.⁴³ Ook hieruit blijkt dat het gezag van en vertrouwen in de rechterlijke macht op dit moment geen gegeven zijn.

Op dit moment is er in Nederland echter nog geen grootschalig probleem te signaleren en hebben rechterlijke uitspraken nog het effect dat wij daarvan mogen verwachten. Mocht het in de toekomst komen tot een grotere frequentie van niet-naleving van rechterlijke uitspraken, dan is het wenselijk om zwaarder geschut ter beschikking te hebben. Het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest biedt een eerste uitbreiding van het bevoegdhedenarsenaal: als het nationale recht hierin voorziet, is er een verplichting van de nationale rechter om tot lijfswang te gelasten van regeringsfunctionarissen in geval van niet-naleving.⁴⁴ Het Nederlandse recht voorziet hierin. Conform artikel 587 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mag gijzeling echter enkel als *ultimum remedium* worden toegepast. Maar wij kennen dus de mogelijkheid om (demissionair) premier Rutte of een andere bewindspersoon een tijdje te gijzelen ter nakoming van een rechterlijke uitspraak.⁴⁵ In de literatuur worden ook alternatieve mogelijkheden verkend voor overheidsongheoorzaamheid — als alternatief naast de toepassing van de gebruikelijke dwangsom. Zo noemt Marjan Peeters in haar annotatie bij het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest de optie om bestuurders tijdelijk (gedeeltelijk) te ontheffen uit hun functie, waarbij de rechter een zaakwaarnemer benoemt die de door de rechter voorgeschreven maatregel neemt.⁴⁶ Deze optie die haar oorsprong kent in het Amerikaanse recht is enkel een optie als de uitspraak eenduidig is, de opties tot nakoming van de uitspraak beperkt zijn en geen bijzondere beleidsafwegingen vragen en de juistheid daarvan buiten kijf staat, zoals in het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest het geval was.

42. Leijten 2021. Anderzijds is ook de grote roep om meer bescherming door de rechter zichtbaar, als we bijvoorbeeld kijken naar de recent aangenomen motie voor het schrappen van het verbod op rechterlijke constitutionele toetsing, *Kamerstukken II 2020/21*, 28362, nr. 47.

43. 'De benoeming van rechters in Nederland is niet onafhankelijker dan in Polen of Hongarije', *decorrespondent.nl*, 3 maart 2021.

44. Er dient wel aan in par. 2 genoemde omstandigheden te zijn voldaan en dit geldt enkel als andere instrumenten voor doorwerking van Europees recht geen soelaas bieden, zoals het buiten toepassing laten van het nationale recht en de conforme interpretatie.

45. Zie hier ook over: T. Barkhuysen, 'Lijfswang tegen autoriteiten die weigeren milieumaatregelen te nemen', *NJB 2020/123*, afl. 2.

46. HvJ EU 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:1114, *M en R 2020/21*, m.nt. M. Peeters (*Deutsche Umwelthilfe*).

De vraag is echter of meer juridische mogelijkheden om op te treden bij overheidsongehoorzaamheid de onderliggende discussie die nu speelt over de strijd tussen de drie machten oplost. Deze discussie vraagt om een uitgebreidere probleemanalyse. Deze bijdrage is daar niet de juiste plaats voor. We spreken enkel de verwachting uit dat in de nabije toekomst het niet zo ver zal komen dat we moeten overwegen om een of meer bewindslieden te gijzelen. De dwangsom werkt in Nederland voorlopig nog goed (onder andere omdat dit leidt tot daadwerkelijk vermogensverlies bij de Nederlandse overheid, in tegenstelling tot Duitsland) en in praktijk is dit niet eens nodig omdat we ervan uitgaan dat de overheid de hoffelijke houding aanneemt en de uitspraak naleeft. De rechter gaat ook van dit goed vertrouwen uit. Zo kunnen we wijzen op de recente procedure bij de rechtbank Den Haag waarin gevorderde dwangsommen tegen de Staat werden afgewezen.⁴⁷ De Haagse rechtbank overweegt dat er wel een zekere onwelwillende houding bij de Staat te bespeuren is, maar dat zij ervan uit gaat 'dat de Staat de veroordelingen zal nakomen, zoals in een rechtsstaat gebruikelijk is'. De recent aangekondigde en schijnbaar benodigde actie van *Urgenda* – het vragen om oplegging van een dwangsom – om ervoor te zorgen dat de overheid het vonnis van 24 juni 2015 door middel van structurele maatregelen nakomt past minder goed in dit beeld.⁴⁸ Maar het nakomen van dit vonnis ligt dan ook iets complexer dan in andere zaken het geval is, zoals bij het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest.

4 Afsluitende opmerkingen

In deze bijdrage hebben wij op basis van het *Deutsche Umwelthilfe*-arrest stilgestaan bij twee onderwerpen die in Jans werk vaak terugkeren: toegang tot de rechter voor ngo's en overheidsongehoorzaamheid ten aanzien van Europees recht. Beide onderwerpen zijn aan verandering onderhevig (geweest). Zoals wij bespraken, lijkt de rol van ngo's in Duitsland te zijn verschoven van 'buitenstaander', omdat er geen toegang tot de rechter was bij veel milieuzaken, naar 'volwaardige procespartij waar rekening mee moet worden gehouden'. Wat betreft overheidsongehoorzaamheid hebben we gezien dat dit van alle tijden is, maar dat de onderliggende discussie over het functioneren van de (Europese) rechtstaat steeds luider wordt.

Wat betekent dit voor de toekomst? Zullen we in de toekomst een Europese toezichthouder aantreffen om zo een onwillige overheid te dwingen tot naleving van de gestelde milieudoelen? Zal de natuur eigen rechten krijgen, zoals dat buiten Europa al het geval is? En zullen ngo's een prominente rol blijven vervullen? Het voelt als een absurde gedachte dat we moeten nadenken over dwangmiddelen bij niet-naleving van uitspraken. Maar anderzijds, misschien is het absurd dat we eraan gewend zijn geraakt dat uitspraken automatisch effect sorteren.

Milieuzaken en de rechtsstaat: hoe nu verder? Daar hebben wij op dit moment geen eenduidig antwoord op en dit voert wat ons betreft ook te ver voor deze bijdrage. Dát milieuzaken en de rechtsstaat op goede voet verder moeten is een ding wat zeker is. Het is wat ons betreft verstandig om ons daar allemaal eens op te be-

47. Rb. Den Haag 14 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3894.

48. 'Urgenda terug naar de rechter om nakoming vonnis', *urgenda.nl*, 29 juni 2021.

zinnen, zoals Jan jarenlang voor ons gedaan heeft. Wij nemen graag het stokje over.

Lang leve het Europese milieurecht

Hanna Sevenster*

1 Inleiding

An offer you can't refuse. Dat was voor mij het verzoek om bij te dragen aan het liber amicorum voor Jan Jans. Jan beschouw ik op wetenschappelijk vlak als mijn voorganger. Mijn grote voorganger, je kunt het slechter treffen met voorgangers. Het feit dat hij met emeritaat gaat heeft dan ook enerzijds iets pijnlijks, een teken van de vergankelijkheid der dingen en de beperkte houdbaarheid van de werkzame mens. Anderzijds, Jan zal de laatste zijn om daar moeilijk over te doen. Hij is een nuchter mens en heeft nooit zijn werk alles laten domineren, hoe leuk hij het ook vond. Ook dat maakte hem tot een grote voorganger. Ik ben Jan vooral de eerste decennia van mijn loopbaan veel tegengekomen en ben hem dankbaar voor de prettige samenwerking. Ik ben ook nog altijd trots op het feit dat ik hem mocht opvolgen bij het Centrum voor Milieurecht toen hij zoals hij dat noemde 'terugging naar het algemeen deel'.

Hoe verschillend wij in sommige opzichten ook zijn, Jan en ik hebben ook dingen gemeen. Wij hebben allebei vanuit het algemene Europese recht (in onze tijd achtereenvolgens het EEG-recht, het EG-recht en het Unierecht) het Europese milieurecht omarmd als bijzonder rechtsterrein. Natuurlijk vanuit een belangstelling voor de bescherming van het milieu zelf, maar zeker ook omdat het een zeer boeiend deelrechten van het Unierecht is. In zijn oratie bij het aanvaarden van het hoogleraarschap Europees milieurecht bij het Centrum voor Milieurecht in 1992 heeft Jan dit al toegelicht.¹ Je komt bij de bestudering van het Europese milieurecht onder meer in aanraking met institutionele vraagstukken, leerstukken rond harmonisatie en implementatie, vrij verkeer, mededinging en rechtsbescherming. Er zijn op dit terrein soms ook unieke arresten. Ik noem het arrest *Commissie/Denemarken* (statiegeld) waarin het Hof in de evenredigheidstoets voor nationale maatregelen in het kader van vrij verkeer een element van evenwichtigheid lijkt te introduceren.² En het arrest *Leybucht*,³ waarin het Hof een jurisprudentiële uitzondering creëerde op de bindende bepalingen van de Vogelrichtlijn als dat nodig was om dwingende redenen van groot openbaar belang (in casu bescherming tegen overstroming).⁴

* Hanna Sevenster is lid van de Raad van State, staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

1. J.H. Jans, *Over grenzen van het Europese milieurecht* (oratie Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
2. Arrest 302/86, ECLI:EU:C:1988:421, ook wel evenredigheid 'stricto sensu' genoemd. Het bleef evenwel tot nu toe bij deze witte raaf.
3. Arrest C-57/89, *Commissie/Duitsland (Leybucht)*, ECLI:EU:C:1991:89.
4. Deze uitzondering is later gecodificeerd in art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn 92/43/EG over de instandhouding van de natuurlijke habitats en wilde flora en fauna, *PbEU* 1992, L 206/7.

Daarnaast valt op dat veel interessante en belangrijke ontwikkelingen in het Unierecht zich voor het eerst manifesteren op het terrein van het milieurecht, zoals Jos Janssen en ik in 2007 beschreven.⁵ Als voorbeelden uit dat artikel noem ik de ontwikkeling van het subsidiariteitsbeginsel, de uitgebreide rechtspraak over de juiste rechtsbasis van EU-wetgeving, het leerstuk van 'gevaarzetting' vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijnen, hoge boetes en dwangsommen voor lidstaten die te laat implementeren en uitzonderingen op het vrij verkeer van goederen voor discriminerende maatregelen.

Het leek mij daarom passend in deze bijdrage een (sindsdien nieuw) leerstuk te behandelen dat ook ontwikkeld is op het terrein van het milieurecht (zie par. 2). Ik probeer daarbij minder dan de toegestane 3000 woorden te gebruiken, omdat Jan en ik ook dat gemeen hebben: we zijn allebei het liefst kort van stof.

2 Grenzen aan vernietiging

Het leerstuk dat ik wil behandelen heeft zijn oorsprong in de rechtspraak van het Hof van Justitie over de SMB-richtlijn.⁶ Deze richtlijn verplicht lidstaten om plannen en programma's die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben vóór de vaststelling ervan te onderwerpen aan een milieubeoordeling. Onder deze plannen en programma's kunnen ook regelgevende maatregelen vallen. De vraag die speelde in de desbetreffende arresten was welke gevolgen de nationale rechter moet verbinden aan het ontbreken van een dergelijke milieubeoordeling. Normaal gesproken is dat op grond van de rechtspraak van het Hof: opschorting of nietigverklaring van de maatregel, maar wat als dat op zichzelf nadelige gevolgen voor het milieu heeft? Kan de nationale rechter dan de rechtsgevolgen van de nationale maatregelen handhaven, net als het Hof dat soms doet bij vernietiging van EU-besluiten of wetgeving?⁷

In het eerste arrest ging het om een Waals besluit dat was vastgesteld ter uitvoering van een eerder arrest van het Hof waarin België was veroordeeld voor het niet nakomen van de Nitraatrichtlijn.⁸ Als de rechter dit besluit buiten werking zou stellen wegens het ontbreken van een milieubeoordeling, dan was België wat betreft de uitvoering van de Nitraatrichtlijn nog verder van huis. In het arrest staat het Hof onder zeer strenge voorwaarden toe dat de gevolgen van de schending van de SMB-richtlijn worden opgeschort totdat de zaak gerepareerd is.⁹ Het Hof doet dit omdat er anders een rechtvacuüm zou ontstaan met betrekking tot de uitvoering van de Nitraatrichtlijn (punt 54). Het wijst er daarbij op dat de reden voor de uitzondering niet van economische aard is maar vanwege milieubescherming, een van de we-

5. J.M.P. Janssen & H.G. Sevenster, 'Het Europees recht als proeftuin', in: *Het milieurecht als proeftuin, 20 jaar Centrum voor Milieurecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 203-218.

6. Richtlijn 2001/42/EG over de milieubeoordeling van bepaalde plannen en programma's, *PbEU* 2001, L 197/30.

7. Zie daarover de rechtspraak geciteerd in het arrest C-409/06, *Winner Wetten*, ECLI:EU:C:2010:503, punten 64-66. In de omstandigheden van die zaak wijst het Hof eenzelfde mechanisme voor nationale maatregelen in strijd met het Unierecht om redenen van rechtszekerheid nog van de hand, punten 67-68.

8. Arrest C-221/03, *Commissie/België*, ECLI:EU:C:2005:573. Nitraatrichtlijn 91/676/EEG over de bescherming van water tegen verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen, *PbEU* 1991, L 375/1.

9. Arrest C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*, ECLI:EU:C:2012:103.

zenlijke doelstellingen van de Unie met een zowel sectoroverschrijdend als fundamenteel karakter (punt 57). Er moet dan ook voor de toepassing van de uitzondering ten eerste sprake zijn van een rechtsvacuüm doordat een (andere) milieurichtlijn niet kan worden uitgevoerd als de maatregelen vervallen. Verder stelt het Hof aanvullende voorwaarden om de uitzondering te beperken, tot gevallen waarin een rechtsvacuüm niet anderszins kan worden vermeden en alleen zolang dit absoluut noodzakelijk is om in de tussentijd de juiste maatregelen – dus ter uitvoering van de Nitraatrichtlijn maar mét milieubeoordeling – vast te stellen (punten 59-62). In zijn – heerlijk korte – noot getiteld ‘Grenzen aan vernietiging’¹⁰ wijst Jan erop dat de crux van dit arrest zit in het feit dat de vernietiging wegens strijd met de SMB-richtlijn contraproductief zou zijn voor het doel van milieubescherming dat deze richtlijn heeft.¹¹

Dit geldt ook voor de vervolgarresten *AFNE*, *Belgische kerncentrales* en *Nevele*.¹² Ook hier speelde een gebrek in de nationale wetgeving wegens strijd met de SMB-richtlijn. In de zaak *AFNE* was de nationale wetgeving ter uitvoering van de SMB-richtlijn zelf, maar in strijd daarmee vastgesteld.¹³ Op grond daarvan kon naar Frans recht de nietigverklaring worden gevraagd van alle maatregelen die op deze – gebrekkige – grondslag al waren vastgesteld. Het Hof herhaalt de mogelijkheid van uitzondering als er nadelige gevolgen voor het milieu uit zouden voortvloeien en benadrukt dat deze mogelijkheid niet beperkt is tot gevallen waarin de Nitraatrichtlijn moet worden uitgevoerd (zoals in het eerste arrest aan de orde was). Maar het moet wel om milieubescherming gaan. Het Hof wijst erop dat het in deze rechtspraak de beginselen van legaliteit en voorrang van het Unierecht in overeenstemming heeft willen brengen met de dwingende vereisten van bescherming van het milieu (punt 36). Interessant is dat het Hof in antwoord op de tweede vraag aangeeft dat een nationale rechter deze uitzonderingen niet mag toepassen als niet geheel zeker is dat de voorwaarden vervuld worden. Hiermee geeft het Hof voor de hoogste rechters tevens een verzwaarde verwijzingsplicht ten opzichte van de gewone *Cilfit*-doctrine.¹⁴ Waar volgens de *Cilfit*-rechtspraak geen plicht tot verwijzing bestaat als er *redelijkerwijs geen ruimte* is voor twijfel,¹⁵ oordeelt het Hof dat de uitzondering op de voorrang van het Unierecht alleen mag worden toegepast zonder prejudiciële vragen te stellen als de rechter ervan overtuigd is dat er redelijkerwijs geen enkele twijfel bestaat of aan de voorwaarden wordt voldaan en dit ook uitvoerig aantoon (punt 53).¹⁶

10. Beter goed gejat...

11. *M en R* 2013/110.

12. Arrest C-379/15, *Association France Nature Environnement*, ECLI:EU:C:2016:603; arrest C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie (kerncentrales)*, ECLI:EU:C:2019:622, en arrest C-24/19, *A e.a. (Nevele)*, ECLI:EU:C:2020:503. Dat België het moeilijk heeft met de SMB-richtlijn blijkt uit het feit dat behalve *AFNE* alle zaken over Belgische regelgeving gaan.

13. In strijd met art. 6 lid 3 van de SMB-richtlijn was bij de vaststelling van de uitvoeringsmaatregel geen onderscheid gemaakt tussen de vaststellende instantie en de adviserende instantie.

14. Arrest 283/81, *Cilfit*, ECLI:EU:C:1982:335.

15. Een op zichzelf al tamelijk strenge maatstaf die in de praktijk niet zo strikt wordt toegepast, zie conclusie A-G Bobek van 15 april 2021 in zaak C-561/19, ECLI:EU:C:2021:291 waarin hij – net als verschillende A-G's voor hem – pleit voor een versoepeling van de *Cilfit*-standaard. Mogelijk is het pleidooi ditmaal niet tevergeefs.

16. In punt 51 spreekt het Hof van een plicht tot verwijzing bij 'de minste twijfel'.

In het arrest *Belgische kerncentrales* staat centraal of het ontbreken van een milieubeoordeling en tevens het ontbreken van een passende beoordeling¹⁷ moeten leiden tot opschorting of nietigverklaring als daarmee de bevoorradsingszekerheid van de elektriciteit van de lidstaat in gevaar zou komen. Het Hof accepteert die mogelijkheid en laat het aan de nationale rechter om te bepalen of dit reële en ernstige risico bestaat (punt 197). Het Hof wijdt hierbij opvallend genoeg geen woorden aan de eerste voorwaarde voor toepassing van zo'n uitzondering, namelijk dat de maatregel zelf dient ter uitvoering van Unierecht zodat er een 'rechtsvacuüm' in die uitvoering zou ontstaan. In die zin lijkt dit arrest eerder een variant van de eerder genoemde *Leybucht*-rechtspraak waarin het Hof een dwingende reden van groot openbaar belang boven de bepalingen van een richtlijn liet prevaleren. Deze uitzondering lijkt dus te bestaan náást uitzonderingen die nodig zijn om een vacuüm te voorkomen. In het arrest *Nevele* lees ik hiervan bevestiging. Daar ging het ook om de elektriciteitsbevoorrading maar dan met windturbines mede ter uitvoering van de Richtlijn hernieuwbare energiebronnen.¹⁸ Ook deze Vlaamse regeling is in strijd met de SMB-richtlijn zonder milieubeoordeling vastgesteld. In punt 91 geeft het Hof allereerst aan dat de verwezenlijking van deze richtlijn in dit geval niet noodzakelijkerwijs in gevaar wordt gebracht als (enkel) de voorziene windturbines niet door gaan.¹⁹ Het Hof geeft in dit arrest onder verwijzing naar de *Belgische kerncentrales*-zaak aan dat 'voorts' als het reële en ernstige risico bestaat dat de elektriciteitsbevoorrading in een lidstaat in gevaar komt de uitzondering kan worden toegepast (punt 92). Uit de overwegingen van het Hof over dit risico volgt dat ook hiervan niet snel sprake zal zijn, zeker niet als het gaat om enkele windturbines.

De besproken arresten hadden betrekking op milieuzaken. Het Hof heeft het leerstuk uiteindelijk doorgetrokken naar gebieden buiten het milieurecht. Althans, het Hof laat die mogelijkheid open maar maakt ook duidelijk dat de vlieger in die gevallen niet kan opgaan.²⁰ In het arrest *Belgisch Syndicaat van Chiropraxie* gaat het om maatregelen in strijd met Btw-richtlijn 2006/112/EG.²¹ Het Hof laat de mogelijkheid – in theorie – open dat dwingende redenen van rechtszekerheid (net als dwingende redenen van milieubescherming) een uitzondering kunnen rechtvaardigen maar wijst erop dat de gewraakte nationale maatregelen al sneuvelen op de voorwaarde dat zij nodig zijn ter uitvoering van (ander) Unierecht (punt 62). In het arrest *UH* ging het om met Richtlijn 2001/82/EG strijdige nationale bepalingen.²² Het Hof is kort over de mogelijkheid voor de verwijzende rechter de rechtsgevolgen daarvan in stand te laten omdat de maatregelen wel verenigbaar zouden zijn met de beoogde opvolger van deze richtlijn, een rechtstreeks werkende verordening. Het Hof benadrukt dat het enkel aan het Hof is om bij wijze van uitzondering en om dwingende redenen van rechtszekerheid een voorlopige opschorting toe te

17. Verplicht voor projecten op grond van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn 92/43/EEG, zie noot 4.

18. Richtlijn 2009/28/EG over het gebruik van energie uit hernieuwbare energiebronnen, *PbEU* 2009, L 140/16.

19. Daarbij accepteerend dat de uitvoering van deze richtlijn als milieurichtlijn in beginsel grond zou kunnen vormen voor het in stand laten van rechtsgevolgen.

20. Net als in het arrest *Winner Wetten*, zie voetnoot 7.

21. *PbEU* 2006, L 347/1.

22. Richtlijn 2001/82/EG inzake Communautair wetboek voor geneesmiddelen voor diergeneeskundig gebruik, *PbEU* 2001, L 311/1.

staan van het effect dat een regel van Unierecht op het daarmee strijdige nationale recht heeft (punt 36). De nationale rechter kan dus niet zelf oordelen dat het onevenredig is om gevolgen te verbinden aan het gebrek in de omzetting omdat het te duur zou zijn of omdat de omzetting in de toekomst overbodig zou zijn (punt 37). Het Hof komt hier niet eens toe aan de vraag of aan de voorwaarden voor de uitzondering zou kunnen worden voldaan.

3 Tot slot: lang leve het Europese milieurecht

De interessante en actuele rechtspraak over de ‘grenzen aan vernietiging’ is begonnen en verder ontwikkeld op het terrein van het Europese milieurecht. Het Hof heeft daarin het belang van milieubescherming boven de uniforme toepassing van het Unierecht gesteld, zij het onder strikte voorwaarden. De hierboven besproken arresten laten zien dat ook andere dwingende redenen, van rechtszekerheid of bevoorradingszekerheid, grenzen aan vernietiging kunnen stellen. Het Hof laat echter duidelijk merken dat hiervan niet snel sprake zal kunnen zijn en dat geldt overigens ook binnen het milieurecht. Afgaand op de toon in de besproken arresten lijkt alleen de uitvoering van de Nitraatrichtlijn waarmee het allemaal begonnen is, enige kans van slagen te hebben gehad om een tijdelijke opschorting van de gevolgen van strijd met het Unierecht in de vorm van het in stand laten van de rechtsgevolgen van de strijdige nationale wetgeving te rechtvaardigen. Inmiddels is de Belgische rechter alweer met een volgende episode in de SMB-saga geconfronteerd. Om de gevolgen van het *Nevele*-arrest voor de elektriciteitsopwekking te verzachten heeft de Vlaamse wetgever de gevolgen van de bepalingen over windturbines die zonder milieubeoordeling tot stand waren gekomen tijdelijk gehandhaafd.²³ Drie verzoeken tot schorsing van het betreffende Decreet zijn afgewezen door het Grondwettelijk Hof. Volgens de uitspraak is aan de voorwaarden uit de rechtspraak van het Hof van Justitie voldaan.²⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak zag voor het in stand laten van de rechtsgevolgen van de bepalingen over windturbines in het Nederlandse Activiteitenbesluit geen grond.²⁵

Het Europees milieurecht zal ook in de toekomst boeiend en belangrijk blijven. Het belang van het Europese recht in brede zin voor milieuvraagstukken is daarbij de laatste jaren spectaculair naar voren gekomen, met name voor Nederland. Het land dat zich toen Jan en ik begonnen met de bestudering van het Europese milieurecht nog als gidsland profileerde. Naast de civiele uitspraken in de *Urgenda*- en *Shell*-zaken²⁶ wijs ik op de arresten van het Hof van Justitie in de *PAS*-zaken, *Stichting Varkens in Nood*, *LPG* en het al besproken arrest *Nevele*.²⁷ Dit bleken arresten te zijn die het hele land opschudden of in ieder geval bestuursrechtelijk Nederland – ook

23. *Belgisch Staatsblad* van 24 juli 2020.

24. Arrest 30/21 van 25 februari 2021.

25. Uitspraak van 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395, r.o. 63.1.

26. Geënt op het EVRM, een andere tak van Europees recht, in samenhang met EU-beleid en internationaal recht. *Urgenda*-arrest, ECLI:NL:HR:2019:2006, en vonnis Rechtbank Den Haag in *Klimaatzaak tegen Royal Dutch Shell*, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

27. Arresten C-293 en 294/17, *PAS*, ECLI:EU:C:2018:882; arrest C-826/18, *Stichting Varkens in Nood*, ECLI:EU:C:2021:7; arrest C-120/19, *X (LPG)*, ECLI:EU:C:2021:398.

buiten het milieurecht – flink bezighouden.²⁸ Nu Nederland al lang geen gidsland meer is bekruipt mij wel eens de gedachte dat wij er zonder het Europese recht wat betreft de stand van natuur en milieu nog veel slechter aan toe zouden zijn. Ik denk dat Jan en ik ook daarom altijd een zwak voor het Europees milieurecht zullen houden. Ik stel mij zo voor dat hij na zijn pensioen deze ontwikkelingen met een meer of minder schuin oog zal blijven volgen. Beste Jan, het ga je goed! Ik hoop dat je nog lang met Jacqueline kunt genieten van een wereld, waarin klimaat- en milieubeleid (weer) leidend worden in plaats van restpost.

28. Einduitspraak PAS van 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, uitspraken naar aanleiding van het arrest *Stichting Varkens in Nood* van 14 april en 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786 en ECLI:NL:RVS:2021:953.

Transboundary environmental law scholarship: towards a focus on planet Earth

Jonathan Verschuuren^{*}

1 Introduction

Jan Jans has dedicated his working life to transboundary environmental issues. The very first professional meeting I attended after I had just begun my work as a PhD candidate at Tilburg University was a seminar by the Netherlands Environmental Law Association (Vereniging voor Milieurecht) on 24 November 1989. The topic of this seminar was ‘Transboundary environmental legislation. European, international and national legal issues’ and Jan Jans had written one of the two essays that were presented and discussed during this meeting.¹ Jan was also present at the end of my four-year stint as PhD candidate as he was a member of the jury in 1993. He interrogated me sharply on the role of the European Community in the achievement of a constitutional right on a healthy environment.

Since 1989, our understanding of human impact on the environment has changed tremendously. The emergence of Earth system science as a transdisciplinary endeavour aimed at understanding the structure and functioning of the Earth as a complex, adaptive system has enabled us to better understand how all processes on the planet are connected and interact, how human activities affect those processes, and what linear and non-linear responses can be expected.² Nine planetary boundaries were developed to help decision-makers understand what the most important limits of our planet are.³ The crucial question that is on the mind of legal scholars now is: what does this mean for law? Although most environmental law, like all law, still is very much confined both to a certain country and to a certain discipline, this does not make much sense anymore. In order to remain within the planetary boundaries and to keep our planet a safe environment for humans we need to develop truly transboundary environmental law, or perhaps even Earth system law.⁴

* Prof Dr JM Verschuuren is Professor of International and European Environmental Law – Tilburg Sustainability Center and Tilburg Law School; Extraordinary professor North West University, Potchefstroom, South Africa; Marie Skłodowska-Curie Alumna – Australian Centre for Climate and Environmental Law, University of Sydney.

1. AV van den Berg, JH Jans, *Grensoverschrijdende milieuwetgeving. Europeesrechtelijke, internationaalrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
2. Will Steffen et al, ‘The emergence and evolution of Earth System Science’ (2020) 1 *Nature Reviews Earth & Environment* 54-63.
3. J Rockström et al, ‘Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity’ (2009) 14 *Ecology and Society* 32.
4. Rakhyun E Kim, Louis J Kotzé, ‘Planetary boundaries at the intersection of Earth system law, science and governance: A state-of-the-art review’ (2021) 30 *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 3-15.

Protecting the Earth system as a whole is hampered by the way in which we have organized our laws. Our laws are making it difficult to adopt a planetary approach to address environmental issues in two ways. First, the boundaries between the domestic legal systems make it difficult to have an integrated and aggressive approach to combatting environmental problems. Second, our environmental laws and policies currently tend to operate in silos as they address one particular problem at a time (climate change, biodiversity loss, air pollution etc.), despite the fact that these problems are all interrelated. If we are to remain within the *planetary* boundaries, we need to break down these *legal* boundaries.

This contribution aims to show ways forward by getting rid of these two types of legal boundaries. How are we trying to do this for arguably the two largest environmental problems: climate change and biodiversity loss? First, I will show how in the field of climate change law, boundaries of states are becoming less relevant (section 2).⁵ Second, I will show how the boundary between the fields of climate change law and biodiversity law could be made less obstructive (section 3).⁶

2 Addressing climate change: towards an Earth system approach

The planetary boundary on climate change probably is the boundary that has received most legal recognition and attention of all planetary boundaries. It is hard to imagine international climate change law *not* taking an Earth system perspective as the climate system is a global system that is affected by the combined impact of anthropogenic greenhouse gas emissions across the globe. In their 2015 *Science* article on the nine planetary boundaries, Steffen and others have defined a dual climate change boundary: an atmospheric CO₂ concentration between 350 and 450 parts per million (ppm), and an increase in top-of-atmosphere radiative forcing of between +1.0 and +1.5 watt per square meter on the Earth's surface (W m²) relative to preindustrial levels.⁷ In June 2021, the level was 419 ppm.⁸ The last time I checked, when writing another contribution in October 2019, the level was 408.⁹ So up 11 ppm in only 1.5 years even when the world was largely in lockdown due to the Covid-19 pandemic... The total radiative forcing for 2011 relative to 1750 was +2.29 W m², according to the IPCC's AR5.¹⁰ It can therefore be concluded that the CO₂ concentration boundary is approaching the outer limit of 450 ppm, whereas the radiative forcing boundary has already been transgressed.

5. This section uses parts of J Verschuuren, 'Climate Change', in: Duncan French and Louis Kotzé (eds), *Research Handbook on Law, Governance and Planetary Boundaries*, Cheltenham: Edward Elgar 2021, 246-260.

6. This section uses parts of J Verschuuren, 'Regime interlinkages: examining the connection between transnational climate change and biodiversity law', in: Veerle Heyvaert and Leslie-Anne Duvic-Paoli (eds), *Research Handbook on Transnational Environmental Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2020, 178-197.

7. Will Steffen et al, 'Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet' (2015) 347(1259855) *Science* 4.

8. According to data from the Mauna Loa Observatory, Hawaii (NOAA), reported at <<https://www.co2.earth/>> accessed 15 June 2021.

9. Cf Verschuuren (note 5) 248.

10. IPCC, 'Summary for Policymakers' in Thomas F Stocker et al (eds), 'Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change', IPCC 2013, 3, 13.

The Paris Agreement requires the contracting states to hold the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels, and to pursue efforts to limit temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels,¹¹ thus setting a legally binding planetary target. Although the Paris Agreement does not refer to the concept of planetary boundaries or even to the planet as such, the preamble does mention the ‘importance of ensuring the integrity of all ecosystems, including oceans, and the protection of biodiversity, recognized by some cultures as Mother Earth’.¹² The Paris Agreement thus seems to acknowledge, to a limited extent at least, the need to view the international community’s approach to climate change as part of a larger obligation on humanity to respect the integrity of the planet as a whole.

Many countries have laid down the Paris Agreement targets in domestic laws. Germany, for example, adopted the Federal Climate Change Act in 2019.¹³ The *Bundes Klimaschutzgesetz* (KSG) explicitly refers to the Paris Agreement target of keeping the global average temperature rise between 1.5 and 2 degrees,¹⁴ and greenhouse gas emissions reduction targets of 55 percent by 2030 and 100 percent by 2050.¹⁵ Similar to for example the United Kingdom and France,¹⁶ Germany also has an independent committee of experts, the *Expertenrat für Klimafragen*, which plays an important role in the implementation and monitoring of the KSG.¹⁷ The KSG requires all public officials in the country, at all levels of government, to take the federal climate change goals into account in all of their decisions.¹⁸

These domestic laws, despite not explicitly referring to the Earth system or planetary boundaries per se, are geared towards remaining within the planetary boundary on climate change. What is also striking is that many countries have instituted a non-political expert committee that plays an important role in monitoring progress towards achieving the long-term climate goals. This seems an important prerequisite for avoiding short-term political interference that is often seen to impede the achievement of the longer term goals. Such an expert-driven approach might possibly also resonate very well with a science-based approach that is pursued by the planetary boundaries, translating as this might do, objectively determined scientific determinations into laws, policies and governance initiatives aimed at addressing the climate change boundary.

The judiciary is increasingly relying on planetary boundaries’ reasoning as well. The Dutch Supreme Court, in its famous *Urgenda* judgment, specifically referred to the remaining global carbon budget below the planetary boundaries of 450 and

11. Art 2(1)(a) Paris Agreement. See further Halldór Thorgeirsson, ‘Objective (Article 2.1)’, in: Daniel Klein, Maria Pia Carazo, Meinhard Doelle, Jane Bulmer and Andrew Higham (eds), *The Paris Agreement on Climate Change. Analysis and Commentary*, Oxford: OUP 2017, 123-130.

12. Preamble para 13 Paris Agreement.

13. Gesetz zur Einführung eines Bundes-Klimaschutzgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 12. Dezember 2019, *Bundesgesetzblatt I*, No 48 (17 December 2019).

14. Section 1 KSG.

15. Sections 3(1) and 1 respectively.

16. Cf Verschuuren (note 5) 254-256.

17. Sections 11 and 12 KSG.

18. Section 13 KSG.

430 ppm (for 2 degrees and 1.5 degrees respectively), from which it follows that immediate action is required.¹⁹ The Supreme Court used this as one of the reasons to reject the State's view that its own actions are useless when other states also do not also take action. According to the Supreme Court, every reduction, no matter how small, immediately increases the remaining global carbon budget.²⁰ In their case against the global multinational energy corporation Shell,²¹ a group of environmental NGOs led by Friends of the Earth Netherlands argued that Shell is one of the world's biggest industrial contributors to global climate change.²² In their summons, the NGOs repeatedly referred to the planetary boundary of 450 ppm, as did Shell in its reply.²³ Shell defended itself in a similar fashion as the Netherlands State did in the Urgenda case, by stating that climate change is not caused by Shell's emissions, but by the combined emissions of all emitters;²⁴ Shell's emissions are accordingly negligible on a global scale.²⁵ The Dutch District Court did not follow Shell's reasoning. Instead, it argued that the duty of care under Dutch tort law entails that Shell, being a major emitter globally, reduces its emissions to achieve the goals laid down in the Paris Agreement on a realistic pathway, which means that by 2030 the company will have reduced its global emissions by 45% in 2030, compared to 2019.²⁶

3 Dealing with biodiversity loss and climate change simultaneously

Across the globe, biodiversity has been declining at an alarming rate for several decades, mainly due to habitat loss, pollution and alien invasive species. Global climate change adds further significant threats to already vulnerable species of wild flora and fauna. Ecosystems are changing, leading to species trying to adapt by shifting ranges or shifting migration patterns. Populations of flora and fauna are heavily affected by increasingly frequent and more severe extreme weather events. At the same time, biodiversity plays an essential role in climate change mitigation and adaptation. Healthy forests and other forms of vegetation, soils and oceans are indispensable in any climate change mitigation policy for their carbon uptake. We also depend on healthy soils and vegetation for many of our adaptation challenges, for instance to protect our coasts and our food production. The crossroads of biodiversity law and climate change law therefore provides an excellent case study to illustrate the increased likelihood of regime interactions – with a potential for disruptive impacts – and the growing need for transnational legal and regulatory orchestration in an era of globalized and systemic environmental risks.

19. The Supreme Court 20 December 2019, case 19/00135 (*The State of The Netherlands/Urgenda Foundation*), para 4.6, available (in English) <<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2019:2007>> accessed 15 June 2021.

20. *Ibid* at para 5.7.8.

21. District Court The Hague 26 May 2021, case C/09/571932 / HA ZA 19-379 (*Milieudefensie (Friends of the Earth Netherlands)/Royal Dutch Shell PLC*), available (in English) <<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>> accessed 15 June 2021.

22. Summons of 5 April 2019 at 151-153 <<https://milieudefensie.nl/klimaatzaakshell/tijdlijn-klimaatzaak-tegen-shell>> accessed 15 June 2021.

23. Reply of 13 November 2019, available through the above url (note 22).

24. *Ibid* at para 541.

25. *Ibid* at para 545.

26. See above note 21.

It is generally accepted that a high level of human intervention into ecosystems is needed to help biodiversity adapt to the changing climate and to simultaneously increase natural carbon uptake by vegetation and soils. A wide range of interventions needs to be considered, in particular:²⁷

- ecosystem restoration or (re-)creation to establish more resilient habitats or corridors and buffer zones to facilitate migration of species to more suitable areas and to increase carbon uptake;
- reforestation to increase carbon uptake and increase resilience and habitat for forest species;
- adjusted land use management and agricultural practices to increase soil carbon sequestration and create healthier, more biodiverse soils that are more resilient to droughts and extreme weather events;
- adjusted management of wetlands and coastal zones to create more resilient habitats for wetland and coastal species, increase sequestration, and provide better protection against extreme weather events and floods;
- assisted relocation of species that cannot survive in their current natural habitat and, if necessary, the creation of new habitats to host these relocated species;
- *ex situ* conservation of species and genetic resources for later relocation to new climate zones, and genetic modification to make plants and perhaps also animals more resilient to new climatic circumstances.

As both the climate system and the biosphere are global systems operating at a planetary level,²⁸ it is clear that all these interventions need to be carried out at all levels of governance, from the global to the local. International law probably is best suited to coordinate the transnational efforts, although domestic law certainly has a role to play as well. My assessment shows that there are several instances where climate and biodiversity regimes interact, although these interactions are very limited.²⁹ It is mostly the CBD and the Ramsar Conventions that are very much focused on climate change adaptation and mitigation, whereas the UNFCCC is largely silent on biodiversity,³⁰ although things have changed for the better somewhat with the adoption of the Paris Agreement.³¹ Some commentators have concluded that there is 'potential to reap synergies between the climate and biodiversity

27. See for example Arie Trouwborst, 'Climate change adaptation and biodiversity law', in: Jonathan Verschuuren (ed), *Research Handbook on Climate Change Adaptation Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 298-301; Jonathan Verschuuren, 'Climate Change: Rethinking Restoration in the European Union's Birds and Habitats Directive' (2010) 4 *Ecological Restoration* 431, 434-435; Brendan G Mackey et al, 'Climate Change, Biodiversity Conservation, and the role of Protected Areas: An Australian Perspective' (2008) 9 *Biodiversity* 11, 13.

28. Climate change and biodiversity loss are two of the nine planetary boundaries recognized in Earth system science, Rockström et al, note 3 above.

29. Verschuuren (note 6), 181-194.

30. Maljean-Dubois and Wemaëre even state that 'the UNFCCC behaves sometimes like an autistic convention hermetic to external concerns', Sandrine Maljean-Dubois and Matthieu Wemaëre, 'Biodiversity and Climate Change', in: Elisa Morgera and Jona Razzaque (eds), *Biodiversity and Nature Protection Law III*, Cheltenham: Edward Elgar 2016, 306.

31. With references to biodiversity in the preamble ('Noting the importance of ensuring the integrity of all ecosystems, including oceans, and the protection of biodiversity, recognized by some cultures as Mother Earth (...)'), and in the provisions on sinks (Art. 5) and on the sustainable development mechanism (Art. 6).

regimes through collective interaction management'.³² I will now discuss how such synergy could be achieved.

The literature distinguishes several forms of inter-regime collaborations. The first, and most light-touch form is coherent interpretation of legal terms across areas.³³ This can be pursued at all levels, including at the domestic level. Domestically – or at the EU-level for that matter – states might even go beyond coherent interpretation and explicitly integrate biodiversity and climate change commitments in both biodiversity and climate change regimes.³⁴ A second, still rather light form of collaboration among climate change and biodiversity regimes is through cross-sectoral funding. General environmental funds, as well as specific funds under both regimes could finance projects with a dual aim, or require project proposals to be adjusted in order to achieve joint biodiversity-climate change goals. The Green Climate Fund is already doing this, but there definitely is room for a broader roll-out of this model by other financial institutions such as the Global Environment Facility and the World Bank, and under such funds as the LDN Fund.³⁵

The third, and most frequently discussed, form of inter-regime collaborations consists of inter-agency initiatives or the clustering of biodiversity and climate change-related conventions. In 2001, a Joint Liaison Group (JLG) was established in which officials of the scientific subsidiary bodies, executive secretaries, and secretariats of the CBD, the UNFCCC and the UNCCD work together.³⁶ Officials of the Ramsar Convention joined later, following the adoption of a resolution by Wetlands Convention parties asking contracting parties, other governments, secretariats and scientific and technical subsidiary bodies of the environment-related agreements, to improve collaboration and information exchange on wetlands and climate change at the international level through capacity building, resource mobilization, and collaborative work programs.³⁷ Although initial assessments of the results of the JLG were rather pessimistic,³⁸ slowly but surely, interest in the pursuit of climate change-biodiversity co-benefits seems to be increasing. In 2017, the UNCCD COP, for example, adopted a decision inviting parties to ensure that their land degradation neutrality targets and the activities to achieve these targets 'create leverage and synergies with their countries' climate and biodiversity agendas, ideally through joint programming of the three Rio conventions, at the national level and with the full engagement of relevant stakeholders'.³⁹ Another decision invites UNCCD Parties 'to consider the use of locally adapted sustainable land management practices as an effective means of achieving land-based national ob-

32. Harro van Asselt, *The Fragmentation of Global Climate Governance: Consequences and Management of Regime Interactions*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, 258.

33. Arie Trouwborst, 'Climate change adaptation and biodiversity law', in: Jonathan Verschuuren (ed), *Research Handbook on Climate Change Adaptation Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 308.

34. *Ibid.*, 311.

35. Cf Maljean-Dubois and Wemaëre (note 30) 303.

36. Nils Goeteyn and Frank Maes, 'The Clustering of Multilateral Agreements: Can the Clustering of the Chemical-related Conventions Be Applied to the Biodiversity and Climate Change Conventions?', in: Frank Maes et al (eds), *Biodiversity and Climate Change: Linkages at International, National and Local Levels*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 149.

37. Ramsar Convention COP 11 (2012), Resolution XI.14 'Climate change and wetlands: implications for the Ramsar Convention on Wetlands', para 34.

38. Cf Maljean-Dubois and Wemaëre (note 30) 302 and Van Asselt (note 32) 235.

39. Decision 3/COP13 UNCCD, ICCD/COP(13)/21/Add.1 (23 October 2017), para 1(a).

jectives related to addressing (i) desertification/land degradation and drought and achieving land degradation neutrality; and (ii) climate change mitigation and adaptation, taking into consideration possible synergistic national actions related to the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Convention on Biological Diversity'.⁴⁰

It is good to see that parties use the overlapping mandates of the various relevant conventions to pursue synergies. In a 2015 legal memo released by the Ramsar Standing Committee, the committee concludes that climate change issues related to wetlands fall within the Ramsar Convention's mandate, and that the UNFCCC and Ramsar bodies are capable of assuming co-beneficial commitments.⁴¹

At the international level, it is especially in the areas of (technical) standard setting, monitoring and reporting that collaborations are desirable, so as to be able to build common experience and expertise.⁴² The Parties to the Ramsar Convention acknowledged this already in 2012. A Resolution on climate change and wetlands shows the extent to which international law instruments aimed at climate change and biodiversity, respectively, have become intertwined. The Resolution refers to a wide range of decisions on the subject of wetlands adopted under the UNFCCC, CBD, CMS, African-Eurasian Migratory Waterbird Agreement and others. The Resolution requests its Scientific and Technical Review Panel to work together with international organizations to prepare advice on sustainable management of carbon stocks which enhances wetland biodiversity and the delivery of ecosystem services, and to 'collaborate with relevant international organizations and conventions, within their respective mandates, to further investigate the potential contribution of wetland ecosystems to climate change mitigation and adaptation (...)'.⁴³ Some argue that there is a role for UN Environment Program (UNEP) to coordinate such clustering activities, but its weak institutional position may prevent this from happening.⁴⁴

A fourth, more advanced, form of inter-regime collaborations would consist of a formal integration of legal texts, such as the integration of biodiversity-related norms into the REDD+ regime under the UNFCCC,⁴⁵ or even the adoption of a joint protocol under both the UNFCCC and the CBD with the aim to explicitly link the two regimes.⁴⁶ The latter is not without precedent after the adoption in 1988 of a joint protocol linking two conventions in the area of liability for nuclear damage so as to ascertain that parties to one convention could rely on the mechanism es-

40. Decision 3/COP13 UNCCD, ICCD/COP(13)/21/Add.1 (23 October 2017), para 6.

41. Ramsar Standing Committee, Legal Memo re: Legal Issues Relating to Climate Change and the Mandate of the Ramsar Convention (SC49-04, 26 May 2015).

42. Cf Van Asselt (note 32) 259.

43. COP 11 (2012), Resolution XI.14, para 35.

44. Cf Goeteyn and Maes (note 36) 172; Maljean-Dubois and Wemaëre (note 30) 302; Van Asselt (note 32) 150.

45. Margaret A Young, 'REDD+ and Interacting Legal Regimes', in: Christina Voigt (ed), *Research Handbook on REDD+*, Cheltenham: Edward Elgar 2016, 124.

46. For instance on adaptation of biodiversity to climate change, see Arie Trouwborst, 'International Nature Conservation Law and the Adaptation of Biodiversity to Climate Change: a Mismatch?' (2009) 21 *Journal of Environmental Law* 442.

tablished under the other convention, should this be necessary.⁴⁷ Dissimilar membership might impede such far-reaching mergers, but similar experiences with chemicals-related conventions show that it is possible to overcome these barriers.⁴⁸

4 Conclusion

Research into ‘transboundary environmental law’ is rapidly changing, as is environmental law itself. Insights from Earth system science have taught us that we need a planetary approach. Such an approach does not make international law, EU law and domestic law redundant. It does, however, require lawyers working within these legal spheres to look beyond the usual boundaries of legal systems and policy areas. This contribution attempted to show that both at an international and domestic level, key players already seem to take a planetary focus when discussing climate change. Climate change, however, is only one of nine planetary boundaries. Our mission for the coming years is to also develop a planetary approach to remain within the other boundaries as well: nitrogen and phosphate flows, ocean acidification, freshwater consumption and the global hydrological cycle, land system change, chemical pollution and the release of novel entities, loss of biosphere integrity, stratospheric ozone depletion and atmospheric aerosol loading.

Another major hurdle to take is to look for regime interlinkages across policy fields. The assessment of current instruments under climate law and biodiversity law shows that at the international and the EU level, both regimes are increasingly working together. Progress, however, is terribly slow and there are still areas where both regimes do not speak to each other or are in conflict. Faster and more intense forms of inter-regime collaborations and interactions are needed to fully achieve climate change adaptation, mitigation and biodiversity conservation goals. Inter-regime interactions need to be both broad and deep, ranging from agency collaborations to adopting coordinated or even integrated legal texts. This needs to happen not just at the international level, but also at the EU level and at domestic level. The same can be argued for interlinkages between the other planetary boundaries as well. These challenges are too complex and too interrelated to be addressed without paying attention to transnational regime interlinkages. How exactly such transnational interlinkages should be designed to have the greatest impact still is unclear. Further research and scholarship is needed fill this gap.

47. Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention of 21 September 1988, 1672 UNTS 302.

48. Cf Goeteyn and Maes (note 36) 171.

Remarks regarding the Notion of favourable Conservation Status in the Habitats Directive

Agustín García Ureta^{*}

1 Introduction

1. Directive 92/43/EEC on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora (hereinafter HD, or the Directive) has been in force for nearly three decades.¹ During this already lengthy lapse much attention has been focused on the deployment of the Natura 2000 network. Indeed, the achievement of a ‘coherent’ network of protected areas,² a notion nowhere explained in the HD, is in many respects a formidable task no other supra or international organisation has so far attempted to achieve. As other environmental directives, the HD contains multiple science-related notions that are ‘autonomous’ from the legal systems of the Member States. Both the HD and the European Court of Justice (CJEU) case law have carried out a deep ‘Europeanisation’ of biodiversity national law, a topic to which professor Jans has devoted a great deal of attention in his academic research. This continuous process imposes a common understanding of obligations, including achieving a Favourable Conservation Status (FCS) of habitats and species. Nevertheless, its actual application is not trouble free as reflected in the case law. The purpose of this contribution is to examine some of its features in the light of the HD’s wording but also the CJEU case law particularly on the protection of priority species.

2 The meaning of FCS and its application *ratione temporis*

1. Unlike Directive 2009/147 (formerly Directive 79/409, hereinafter WBD) the HD does not include a reference to the non-regression principle.³ The WBD expresses this principle by indicating that the application of measures taken pursuant to this directive ‘may not lead to *deterioration in the present situation* as regards the conservation of the species of birds’.⁴ However, the notion of FCS does indeed provide a

* Professor of law, University of the Basque Country.

1. See L Krämer, ‘El Papel de la Directiva de Hábitats en la Protección de la Biodiversidad en la Unión Europea’ in A García-Ureta (ed), *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de 20 años* (Thomson Reuters, 2012), 19-44. A Cliquet, ‘EU Nature Conservation Law: fit for Purpose’ in M Peeters and M Elioantonio, *Research handbook on EU Environmental Law* (Elgar, London, 2020) 265-279. N de Sadeleer and C-H Born, *Droit International et Communautaire de la Biodiversité* (Dalloz, Paris, 2003) 481-562. A García-Ureta, *EU Biodiversity Law* (Europa Law Publishing, Groningen, 2020) 220-384. J-H Jans, ‘The Habitats Directive’ (2000) *Journal of Environmental Law* 385-390.

2. Article 3(1) HD.

3. On this principle, see M Prieur, ‘The principle of non-regression’ in L Krämer and E Orlando, *Principles of Environmental Law* (Elgar, London, 2018) 251-259. M Vordermayer-Riemer, *Non-Regression in International Environmental Law* (Intersentia, Cambridge, 2020) 431-462.

4. Article 13, emphasis added. Arguably, the French (‘ne peut conduire à une dégradation’), Spanish (‘no podrá llevar a un deterioro’), or Portuguese (‘não pode conduzir a uma degradação’) versions of the HD are stricter than the English (‘may not lead’) and German versions (‘darf in Bezug auf die Erhaltung aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten nicht’).

similar threshold. First, according to Article 1(i) HD, the ‘conservation status’ of a species means the sum of the influences acting on the species concerned that may affect the long-term distribution and abundance of their populations within the European territory of the Member States. Although the HD provides separate definitions of FCS for habitats and species, they are clearly intertwined. FCS for habitats requires that their natural range and areas they cover within that range are stable or increasing, and the specific structure and functions which are necessary for their long-term maintenance exist and are likely to continue to exist for the foreseeable future, and the conservation status of their typical species is favourable, as defined in the Directive: population dynamics data on the species concerned indicate that it is maintaining itself on a long-term basis as a viable component of its natural habitats, and the natural range of the species is neither being reduced nor likely to be reduced for the foreseeable future, and there is, and will probably continue to be, a sufficiently large habitat to maintain its populations on a long-term basis.

2. The FCS is contemplating the evolution of habitats and species in the long term, albeit it does not provide any conclusive clues as to the time frame. However, some precision is derived from its definition insofar as it refers to the ‘*foreseeable future*’. In other words, there must be a non-distant possibility of determining what the evolution of habitats and species will be like.⁵ Therefore, even though the definition of FCS does not provide any time reference (years or decades) and the HD (and Natura 2000) is of indefinite duration, this cannot justify an examination solely in the very long term.

3 FCS and its application *ratione loci*

1. A second feature⁶ concerns the *ratione loci* application of FCS.⁶ The European Commission has argued that ‘[w]hereas each site *shall contribute* to the attainment of favourable conservation status (FCS) this *overall objective* can only be defined *and achieved* at the level of the natural range of a species or a habitat type (...). A broad conservation objective aiming at achieving FCS can therefore *only be considered* at an appropriate level, such as for example the national, biogeographical or European level’. According to the Commission, ‘the general objective of achieving FCS for all habitat types and species listed in Annexes I and II to the Habitats Directive needs to be translated into site-level conservation objectives. It is important to distinguish between conservation objectives of individual sites and the overall objective of achieving FCS’.⁷

5. The Commission has acknowledged that the HD ‘does not set a date for the attainment of favourable conservation status. Neither is there a similar specification in relation to the overall objective of the Birds Directive. There is clearly a duty to put in place the necessary conservation measures for SACs to contribute to achieving FCS. In practice the conservation measures on a given site should have a clear reference to the site’s conservation objectives. To be credible the conservation measures must normally be identified, established and applicable at the time of SAC designation’. Commission note on setting conservation objectives for Natura 2000 sites, available at: https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/commission_note/commission_note2_EN.pdf.

6. The territorial scope of the HD is the European territory of the Member States to which the Treaty applies, Article 2(1).

7. ‘Managing Natura 2000 sites – The provisions of Article 6 of the “Habitats” Directive 92/43/EEC’, 16-17.

2. The Commission's distinction between contribution and achievement is noteworthy. Following its reasoning, it seems that the latter obligation would not strictly be required at every site, provided each site contributes to the 'overall objective' of FCS. However, this (somewhat contradictory) understanding of the application of FCS fits neither with the wording nor with the systematic structure of Article 2(1) and (2) HD. The Directive does certainly set out an overall aim, ie, to contribute towards ensuring biodiversity through the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora in the European territory of the Member States to which the Treaty applies.⁸ However, it requires the Member States to adopt measures designed to maintain or restore, at FCS, natural habitats and species of wild fauna and flora of Community interest.⁹ This latter obligation supports the overall aim but far from being a global objective, it must be specified in the different rules transposing and applying the HD, including Natura 2000 sites and species protection. In contrast to the Commission's opinion, it can be argued that the HD does not set out a distinction between, on the one hand, biogeographic regions and on the other, more particular sites. FCS is to be achieved at every level where the HD applies, be they sites, and certainly biogeographical regions, particularly if the latter extend over several States. The reason for this statement lies in the fact that each site supports the network. Although FCS is not necessarily the result of the automatic aggregation of the status of each and every site, each site determines in one way or another whether FCS is being achieved.

4 FCS in particular HD provisions

1. Although FCS is worded in broad terms there are certain differences regarding its application in the HD. Whilst measures guaranteeing its attainment must be specified in management plans and, in any case, conservation rules applicable in special conservation areas (SCAs),¹⁰ their drafting largely rests in the hands of the Member States.¹¹ The notion of conservation measures points to those setting out priorities and, if feasible, facilitating a right balance between conservation objectives and the whole range of activities affecting a Natura 2000 site, in general any kind of interventions in the natural world. It should be observed that management plans may detail different degrees of protection (zoning) depending on the sensitiveness of the sites and ultimately to achieve FCS.¹² In view of the lack of more elaborated description in Article 6(1) HD, review of Member States' compliance with FCS ap-

8. Article 2(1) HD. On the notion of conservation objectives see I Stahl, 'The Concept of "Conservation Objectives": a Need for a Better Definition?' in C Hubert-Born, A Cliquet, H Schoukens, D Misonne and G Van Hoorick, *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context* (Routledge, London, 2015) 56-70.

9. Article 2(2) HD.

10. Article 6(1) does not apply to SPAs.

11. A García-Ureta and I Lazkano Brotos, 'Instruments for Active Site Management under Natura 2000: Balancing Between Stakeholders and Nature Conservation?' in Born, *supra* note 8, 71-92.

12. The European Commission has indicated: 'the general objective of achieving FCS for all species and Habitat types listed in Annexes I and II of the Habitats Directive needs to be translated into site-level conservation objectives which define the condition to be achieved by species and habitat types within the respective sites in order to maximise the contribution of the sites to achieving FCS at the national, biogeographical or European level'. Commission note on setting conservation objectives for Natura 2000 sites; available at: https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/commission_note/commission_note2_EN.pdf.

pears to be complex. The Commission has not yet launched any infringement procedures challenging Member States' conservation rules or management plans owing to their lack of respect of FCS.

2. FCS must also be contemplated in the case of alterations and deteriorations of Natura 2000 sites be they special protection areas for birds (SPAs), sites of Community importance (SCIs) or SCAs,¹³ and in environmental assessment procedures (EIA) under Article 6(3) as the triggering of this procedure depends on plans and projects affecting Natura 2000 sites' conservation objectives.¹⁴ This latter criterion constitutes a central reference for carrying out an EIA and also for the appraisal of the effects derived from the implementation of plans or projects. It is for this reason that the public authority in charge of the assessment is under a duty to verify whether they may undermine FCS. Lack of certainty regarding this matter must necessarily be contemplated in the light of the precautionary principle.¹⁵ As in the case of Article 6(1) HD, the CJEU has not yet settled an elaborated canon regarding the role of FCS in Article 6(2) and (3). Lawsuits brought before the CJEU have focused on certain activities affecting species but FCS has not been central in reaching the conclusion that the Directive was being breached.¹⁶ A similar conclusion can be made about Article 6(3) as the CJEU has basically set out the basic requirements of this procedure, the range of activities subject to EIA,¹⁷ or the position of mitigation or compensation measures. FCS has not been a conclusive feature in analysing the justifications that may allow a project or plan to be implemented despite the negative conclusions of its EIA or when carrying out a balance of interests between, on the one hand, matters requiring a present or even an immediate solution (eg public health or public safety, serious damage, in particular to crops)¹⁸ and, on the other, the protection of a species population within favourable margins avoiding a likely regression (eg a minimum number of specimens necessary to ensure the long-term viability of the species).

5 FCS and species protection

1. Unlike the previous provisions in the HD, the protection of priority species offers rich and complex criteria regarding FCS. As is known, Article 12 HD includes strict prohibitions regarding Annex IV species that may be exempted by the Member States under limited circumstances set out in Article 16.¹⁹ The former provision

13. Article 6(2) HD.

14. F Haumont, 'L'Évaluation Appropriée des Incidences, Illustration du Rôle du Juge Européen dans la Mise en Oeuvre de Natura 2000' in C-H Born and F Haumont, *Natura 2000 et le Juge* (Bruylant, Brussels, 2014), 43-59. A García-Ureta, 'Environmental Assessment under the Habitats Directive: Something other than a Procedure?' (2018) *Journal of Property, Planning and Environmental Law* 113-125.

15. See Article 12 HD.

16. See, for instance, case C-504/14, *Commission v Greece*; case C-103/00, *Commission v Greece*.

17. See A García-Ureta, 'Nitrogen Depositions, Agriculture Undertakings and Natura 2000. Comments on Joined Cases C-293/17 and C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA*, Judgment of the Court of Justice of the European Union of 7 November 2018' (2019) *Environmental Liability* 126-136.

18. Art 16(1)(b) and (c) HD, respectively.

19. Art 12 HD. H Schoukens and K Bastmeijer, 'Species Protection in the European Union: How Strict is Strict?' in Born, *supra* note 8, 121-146.

does not mention FCS when enumerating the different bans. Therefore, as the CJEU has held, the implementation of the protection system laid down in Article 12(1)(a) to (c) HD is not subject to the condition that a given activity causes a risk of an adverse effect on the conservation status of the animal species concerned.²⁰ Otherwise, it would have the effect of depriving the derogating provisions and the restrictive conditions in Article 16 of their practical effect.²¹ Likewise, the protection afforded by Article 12(1) HD does not cease to apply to species which have achieved a FCS.²² Nevertheless, the CJEU has also indicated that as regards the relevance of the conservation status of an animal species in the context of Article 12(1)(a) and (c) HD, it must be observed that the need to carry out an assessment of the situation at the level of ‘individual members of the species concerned’ flows from the very wording of that provision, which requires the Member States to prohibit certain acts affecting ‘specimens’ or ‘eggs’ of the animal species. Yet, the CJEU has acknowledged that the definition of the ‘conservation status of a species’ under Article 1(i) HD refers expressly to ‘abundance of ... populations [of a species]’ and not to the particular situation of an individual member or specimen of that species, with the result that that conservation status is determined or assessed in particular with regard to the populations of the species concerned’.²³

2. Unlike the application of the different prohibitions in Article 12, the HD makes the grant of derogations conditional on the maintenance of the FCS of the species concerned not being prejudiced.²⁴ Hence, FCS is a necessary pre-condition.²⁵ It is within this context that the CJEU has set out certain guarantees for the proper appraisal of that criterion. In addition, the HD requires a balance of interests that may be difficult to evaluate: on the one hand matters requiring a present or even an immediate solution (eg, public health or public safety, serious damage, in particular to crops)²⁶ and, on the other, the protection of a species population within favourable margins avoiding a likely regression (eg, a minimum number of specimens necessary to ensure the long-term viability of the species).

3. The CJEU has dealt with two cases affecting the same Member State (Finland) and species (wolves) in which the role of FCS has been central.²⁷ Broadly speaking, the CJEU has endorsed a strict approach to the question of whether the FCS could be nevertheless be achieved despite the application of a derogation. Reviewing

20. Joined Cases C-473/19 and C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen (C-473/19), Naturskyddsföreningen i Härnyda, Göteborgs Ornitologiska Förening (C-474/19) v Länsstyrelsen i Västra Götalands län, BAB (C-473/19), UTB (C-474/19)* para 57.

21. Joined Cases C-473/19 and C-474/19, para 60.

22. Joined Cases C-473/19 and C-474/19, para 66.

23. Joined Cases C-473/19 and C-474/19, para 55.

24. Art 16 HD. Joined Cases C-473/19 and C-474/19, para 58.

25. Case C-508/04, *Commission v Austria*, para 115.

26. Art 16(1)(b) and (c) HD, respectively.

27. Case C-342/05, *Commission v Finland*. Case C-674/17, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola Pohjois-Savo – Kainuury*. See J Darpö and Y Epstei, ‘Under Fire from all Directions: Swedish Wolf Management Hunting Scrutinized by Brussels and at Home’ in Born, *supra* note 8, 348-372. S Borgström, ‘Legitimacy Issues in Finnish Wolf Conservation’ (2012) *Journal of Environmental Law* 451-476. J Darpö, ‘The Last Say?: Comment on CJEU’s Judgement in the Tapiola Case (C-674/17)’ (2020) *Journal for European Environmental & Planning Law* 117-130. A Trouwborst and F Fleurke, ‘Killing Wolves Legally: Exploring the Scope for Lethal Wolf Management under European Nature Conservation Law’ (2019) *Journal of International Wildlife Law & Policy* 231-273.

these disputes is problematic as they require proper examination of factors such as (1) the population of the species concerned and its evolution; (2) the area affected by the derogation; and (3) the precautionary principle as the guardian of the whole system of derogations. In the first Finnish *wolves* case the CJEU concluded that it could not be excluded that the killing of a limited number of individuals would have no impact on the objective of maintaining the wolf population at an FCS in its natural range. According to the CJEU, such an exception would be ‘neutral’ for the species in question.²⁸ Nevertheless, it held that permits authorising the hunting of a fixed number of wolves in a well-defined geographical area without (a) relying on an assessment of the conservation status of the species, (b) providing a clear and sufficient statement of reasons as to the absence of a satisfactory alternative and (c) specifically identifying the wolves causing serious damage which could be killed were contrary to Article 16 HD. Therefore, a justification of a neutral effect on FCS by reason of an exemption requires a substantial degree of scientific proof on the part of the national authorities.

4. The second case was more elaborated in terms of FCS. The CJEU held that a derogation must be based on criteria described in such a manner as to ensure the long-term preservation of the ‘dynamics and social stability’ of the species in question.²⁹ Whilst the first term (‘population dynamics’) is indeed mentioned in the definition of FCS, ‘social stability’ is nowhere cited and the CJEU did not provide further guidance. Population dynamics also depends on other factors, such as the natural range of a species and in particular the number of specimens that may be hunted. As regards the former aspect, the CJEU did not depart in the *second Finnish wolves* case from the definition of FCS and held that the assessment of a derogation on the territory of a local population must ‘determine its impact on the conservation status of the population concerned *on a larger scale*’.³⁰ This finding is logical as the conservation status of a population at national or biogeographical level depends on the cumulative impact of different derogations affecting local areas. In other words, the local-national-biogeographical liaison manifests that such three levels depend on each other. In doing so, the CJEU also seeks to avoid a patchwork of derogations which, in isolation, could have a limited impact on FCS, although this would not be the case if they were considered cumulatively.

5. In contrast to the *first Finnish wolves* case, a change of tone can be observed in the CJEU’s reasoning as it tightened the conditions for determining whether FCS is respected. The analysis of Article 16 HD involved a greater degree of complexity, raising the burden of proof to satisfy by the national authorities and correspondingly the standard of review by the judiciary. According to the CJEU, the number of specimens affected by a derogation cannot entail ‘the risk of a *significant negative impact* on the structure of the population in question, *even if it is not, in itself, detrimental* to the maintenance of the populations of species concerned’ at a FCS in their natural range.³¹ Unlike FCS, this criterion, nowhere mentioned in the HD, involves a *likelihood* of effects qualified by a *degree* of detriment. However, the judgment

28. Case C-342/05, para 29.

29. Case C-674/17, para 57.

30. Case C-674/17, para 59.

31. Case C-674/17, para 72, emphasis added.

avoids laying down the relationship between FCS and this new criterion, albeit it appears that the latter is a pre-condition. It remains to be seen whether it may help to clarify that of FCS or whether FCS is to be substituted by a more general criterion based on risk.

6. There is another factor that plays a major role in the application of FCS, namely the precautionary principle, which the CJEU has already highlighted in relation to the EIA mechanism under Article 6(3).³² Whilst the CJEU maintained the thesis in the second *Finnish wolves* case that it was possible that the killing of a limited number of specimens could have no effect on the objective envisaged in Article 16(1) HD, it however held that, in accordance with the precautionary principle, if, after examining the best scientific data available, there remained uncertainty as to whether or not a derogation could be detrimental to the maintenance or restoration of populations of an endangered species at a FCS, the Member State had to refrain from granting or implementing that derogation.³³ Thus, the question for the CJEU changed from assessing whether FCS, was, on the balance of probability likely to be maintained, to whether, on the balance of probabilities, there was any uncertainty present in scientific assessments as to the maintenance of FCS. It is noteworthy that in this shifting emphasis, the reference to the precautionary principle was repeated twice in the ruling, firstly before recalling what was held in the first *Finnish wolves* case on the possibility of killing a limited number of specimens and maintaining a FCS, and secondly after the above quotation. In other words, the CJEU has made it clear that this principle pervades the whole mechanism for granting derogations and that any reasonable uncertainty as to achieving FCS requires the turning down of an exception under Article 16 HD.

6 Concluding remarks

1. The attainment of FCS affects the whole structure of the HD. The long-term reference enshrined in its definition does not, however, let the deferment of measures to achieve it. Therefore, it must be contemplated in the deployment and management of Natura 2000 sites but also in the case of the exceptions granted to evade the application of a prohibition in the case of priority species. The criteria set out by the CJEU for the assessment of this matter are complex and very demanding in terms of the scientific grounds sustaining a decision. This is reinforced by the application of the precautionary principle that acts as a safety clause in cases of uncertainty.

32. Case C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee and Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels v Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*.

33. Case C-674/17, paras 66 and 69.

Procedural environmental rights: observations on the Escazú Agreement as compared with the Aarhus Convention

Jerzy Jendroška*

1 Introduction

Critical analysis of the approach to regulating procedural environmental rights in the *acquis* have prominently featured in the writings of Jan Jans. The key legal instrument providing a benchmark for the *acquis* in this respect is the UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, adopted in Aarhus, Denmark in 1998 ('Aarhus Convention'). A similar legal instrument, called Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean, was recently adopted by the representatives of the Member States of the United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC) in the town of Escazú outside San José, Costa Rica ('Escazú Agreement').

Without attempting to provide a comprehensive comparison, the current account provides some observations regarding the role of both treaties within their respective historical and political contexts, and regarding the process and outcomes of negotiations in terms of their legal nature, structure and scope of application. The observations are based on personal experience of the author who was involved in both processes.¹

2 Context and conduct of negotiations

The Escazú Agreement was initiated and negotiated in a totally different context than the Aarhus Convention. Apart from the obvious cultural, geographical and economical differences, there were also other less obvious differences having perhaps even more significant impact on the conduct of negotiations. Many of them have been already scientifically researched and described in the academic literature.²

It seems worthwhile to complement them with some personal observations.

The Aarhus Convention was negotiated when the ideas of liberal democracy seemed to be prevailing in many parts of the world and the general mood in Europe was very favourable towards participatory democracy, including citizens' environmental

* Jerzy Jendroška Ph.D (dr hab), Professor of Law at Opole University and Managing Partner at Jendroška Jerzmański Bar and Partners. Environmental Lawyers (JJB), member of the Aarhus Convention Compliance Committee (since 2005), arbitrator at the Permanent Court of Arbitrage in the Hague (2001-2016), member of the Implementation Committee of the Espoo Convention (2004-2017).

1. Vice-Chair of the Aarhus Convention negotiations (1996-1998) and legal advisor to ECLAC Secretariat on Escazú Agreement negotiations (2015-2018).

2. See for example Emily Barritt, 'Global Values, Transnational Expression: From Aarhus to Escazú', (2019) 11 *Transnational Environmental Law Institute Research Paper* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3371093> accessed 28 August 2019.

rights.³ The general mood in Europe has changed since then, and it is doubtful whether the Aarhus Convention, which was a ‘child of its time’, would be possible now, in times when in many countries of Europe autocratic populism is prevailing. Another important feature is the fact that the adoption of the Aarhus Convention coincided with the transition of a significant number of countries in the UNECE region from a centrally-controlled communist system with state-owned economy to multi-party, pluralistic societies with market economy. The goal to assist emerging democracies played a role in the relationships among the UNECE Member States, and in the availability of resources to support involvement of representatives of governments and civil society from these countries in the negotiations.

The historical and political context in the LAC Region is much more diversified than the situation in Europe existing at the time of negotiating the Aarhus Convention. There is no sharp division between well-developed ‘advance democracies’ and much less developed ‘emerging democracies’ which during the negotiation of the Aarhus Convention created a bit of a situation of ‘teachers’ and ‘pupils’.

On the other hand, the adoption of the Escazú Agreement seems to be possible because in many countries of the LAC region (at least at the time of initiating the process) there were enough governments committed to promoting participatory democracy in general, and therefore sympathetic also to extending citizens’ environmental rights. In this respect the historical and political context of both treaties may be considered similar to some extent.

When talking about the context worth mentioning are the divergences in the legal systems. The basic divergency in ECLAC was between the legal system in Latin American countries and the legal system based on common law featuring in Caribbean countries. In UNECE this divergence seems to be bigger. It includes not only differences between common law and continental legal systems but also specificities of legal system in the countries of the former Soviet Union or of the Scandinavian legal systems. These divergences were to some extent compensated by the existence in some areas of the *acquis communautaire* (ie legal acts of the European Community) aimed at harmonising the law in its Member States. However in the areas not covered by the Community law the divergences were great and not fully recognised. The organisational framework for the negotiations towards the Escazú Agreement was established in Santiago in 2014 in the so called Santiago Decision.⁴ A Negotiating Committee was established and so-called Presiding Officers were appointed.⁵ The mandate for the committee envisaged concluding negotiations by December 2016 which has proven overly optimistic bearing in mind the experience with negotiating the Aarhus Convention (see below). Thus, instead of five originally planned meetings, it was necessary for the Negotiating Committee to extend the negotiations for another year and to convene altogether nine meetings in person and six virtual intersessional meetings. The meetings in person were held in different locations⁶ and the final session was held in Escazú. The meetings were chaired by persons

3. J Jendroška, ‘Citizen’s Rights in European Environmental Law: Stock-Taking of Key Challenges and Current Developments in Relation to Public Access to Information, Participation and Access to Justice’ (2012) 9.1 *JEEPL* 90.

4. Decision adopted at the fourth meeting of the focal points appointed by the Governments of the signatory countries of the Declaration, held in Santiago, Chile, from November 4-6 2014.

5. Comprising Chile and Costa-Rica as co-chairs and Argentina, Mexico, Peru, Saint Vincent and the Grenadines and Trinidad and Tobago as vice-chairs.

6. Panama City, Montevideo, Santo Domingo, Brasilia, Buenos Aires, Santiago de Chile (3 sessions).

nominated by the host countries which resulted in a slightly different style of chairing at each meeting.

The above arrangements were maybe not unique but were quite specific. While having two co-chairs is not an unknown practice in global negotiations, they are usually nominated following the clear divergence of interests or at least standard division between developed and developing countries. This did not seem to be the case for the Escazú Agreement.

The arrangements for the Escazú Agreement negotiations were also totally different from the Aarhus Convention negotiations. In the Aarhus process, following the usual practice in UNECE negotiations, there was just one chair person who chaired all the negotiating sessions, thus providing a consistent style of chairing instead of the different styles of chairing employed (sometimes in fact quite successfully) during the Escazú negotiations. The Aarhus Convention negotiations were conducted between June 1996 and March 1998 and included ten negotiating sessions (nine in Geneva and one in Rome) as it was originally scheduled.

Both Escazú and Aarhus negotiations started, following the standard international practice, with the preparation of the initial draft document. The technical document called Preliminary document for the Escazú Agreement was prepared by ECLAC as requested in the Santiago Decision. The Preliminary document was based on the outcomes of the process to date and the background documents providing the results of the research done by ECLAC. In the preparation of the Preliminary document consideration was given to the input and comments from the group of experts established by ECLAC, and – as agreed in the Santiago Decision – to the input submitted by the signatory countries and the public.

The provisions suggested in the Preliminary document of the regional instrument were accompanied with clear references to national legislation and policies or international and regional agreements, as applicable, in order to illustrate how the issues have been addressed in national, regional and international law. Based on that document, the Presiding Officers included the language proposals in a compiled text (negotiating text). After each meeting of the Negotiating Committee, the developments of the negotiation were recorded in the new versions of the compiled text (eight in total).

In case of the Aarhus process a small group of experts was convened by the UNECE Secretariat (so called ‘Friends of the Secretariat’)⁷ to prepare draft elements for the convention.⁸

What differentiates the Escazú process from the Aarhus process is the fact that the former was well informed by the research done by ECLAC Secretariat regarding respective both international and national laws, practices and institutions of the

7. The group consisted of representatives of governments from various regions (Norway, Russian Federation, Poland, Germany) and representatives of other stakeholders (ICEL, REC and NGOs Coalition).

8. J Ebbesson, H Gaugitsch, J Jendroska, S Stec and F Marshall, *Aarhus Convention Implementation Guide* (second edition, United Nations 2013) 16.

33 countries of Latin America and the Caribbean.⁹ In the Aarhus process a systematic and comprehensive research was not available. Practically the only available research was done in relation to access to environmental information within a study commissioned by the European Commission and reflected in a book,¹⁰ but there were no comprehensive studies on public participation and not even any general overview of the situation regarding access to justice. And in this respect the differences were so great that even long after the adoption of the Aarhus Convention it was observed that ‘as a result comparable proceedings may produce very different outcomes’.¹¹

3 Legal nature of the instrument and its scope

In the Escazú Agreement, as opposed to the Aarhus Convention which right from the beginning was meant to be a binding act, the legal nature of the instrument was a contentious issue and remained a matter of debate for a long time. The Santiago Decision deliberately left it open for the negotiation process and indeed it was a recurring topic at each meeting. The major issue was whether it should be a binding or non-binding instrument, but also a name of the instrument was not known.

The situation was complicated by the fact that the countries somehow agreed that the instrument would be adopted by consensus meaning that it should take a legal form acceptable to all negotiating countries. Many countries (in particular Chile and Costa-Rica) right from the beginning advocated for a binding instrument, while some were originally hesitant and a few countries (like for example Mexico or Columbia) were quite opposed to a binding instrument for a long time. Eventually, at the very end of the negotiations, all countries agreed to have a binding instrument.

As far as geographical scope is concerned it must be noted that the Escazú Agreement is open (see Article 21) only to the 33 countries listed in Annex 1 to the Agreement while the Aarhus Convention is not only open to any UNECE country but its Article 19.3 makes it open to accession by any UN Member State.

The subjective scope of application of a Principle X instrument is determined by defining those subject to right granted by the instrument and those subject to obligations stemming from the instrument. In this respect there are quite important differences between the Escazú Agreement and the Aarhus Convention.

The text of the Escazú Agreement seems to be less clear as far as the subject of rights granted therein are concerned than it is the case in the Aarhus Convention. It is not always sufficiently clear in the Escazú Agreement that it is about the rights of the public. In the definition of ‘access rights’ only in case of participation it is clearly about the public. In case of access to information and access to justice the subjects of respective rights are not clearly spelled out. While in the operative

9. ECLAC, ‘Access to Information, Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean: Situation, Outlook and Examples of Good Practice’ (2013); and ECLAC ‘Acceso a la Información, la Participación y la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe: Hacia el Logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible’ UN Doc LC/TS.2017/83 (2018).

10. R Hallo (ed), *Access to environmental information in Europe* (Kluwer 1996).

11. JH Jans and HB Wedder, *European Environmental Law After Lisbon* (Groningen, Europa Law Publishing 2012) 229-230.

provisions regarding access to information there is a clear mention of ‘public’s right of access to environmental information’, in case of access to justice only in paragraph 4 of Article 8 there is a clear reference to the public by putting on Parties some obligations to ‘facilitate access to justice in environmental matters for the public’. The rest of the operative provisions in Article 8 seem to have a wider ambit, which reflects the fact that during the negotiations access to justice was mentioned also in relation to environmental prosecutors, environmental inspectors etc!

In case of the wording of the Aarhus Convention it is clear that access to the justice pillar, similarly to access to information and public participation pillars, is focused on assuring proper access to environmental justice for the public (and not for any other subjects) although subjects of rights are being determined in various provisions in a slightly different way.¹²

In this context worth mentioning is the fact that the Escazú Agreement does not differentiate between ‘the public’ and ‘the public concerned’ as it is in Aarhus Convention. While in the Preliminary Document some rights were granted to ‘the public’ and some to the ‘directly affected public’, in the final text of the Escazú Agreement the latter concept eventually appears only sporadically. A much more prominent role is granted to another subset of ‘the public’ – namely to ‘persons or groups in vulnerable situations’ and indigenous peoples. Neither of these concepts appear in the Aarhus Convention but both are considered to be very pertinent to the situation in the ECLAC Region.¹³ While some commentators seem to identify both concepts as almost equal under the Escazú Agreement and consider indigenous peoples as examples of ‘vulnerable populations’,¹⁴ the situation seems to be less clear taking into account the respective international documents and the legislative history of both concepts during the Agreement’s negotiations.¹⁵ The limited scope of this account does not allow for any further analysis in this respect but the provisions of the Escazú Agreement introducing special legal regimes for the above particular subsets of ‘the public’ definitely merit a separate research.

Another peculiarity of the Escazú Agreement as compared with the Aarhus Convention is the fact that in the former there is no special treatment of environmental NGOs except within the context of ‘human rights defenders’ and in the capacity building provisions. In the Aarhus Convention the role of environmental NGOs is prominently underlined already in the Preamble,¹⁶ and then in the operative provisions, in particular in access to the justice pillar. In fact in Europe their role is seen not only in the context of environmental protection but even wider: by contributing to ‘fostering a more participatory democracy and substantive legitimacy’.¹⁷

12. J Jendroška, ‘Public Participation in Environmental Decision-Making: Interactions Between the Convention and EU Law and Other Key Legal Issues in its Implementation in the Light of the Opinions of the Aarhus convention Compliance Committee’ in M Pallemerts (ed), *The Aarhus Convention at Ten: Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law* (Europa Law Publishing 2001) 123 – 33.

13. Cf E Barritt (n 2) 16-17.

14. See for example G Parola, *A new Aarhus for Latin-American Countries: the Escazú Agreement 2018 – Towards an Environmental Democracy in Latin America and the Caribbean*, *Environmental Liability* (2017) 3, page 107.

15. S Stec and J Jendroška, ‘The Escazú Agreement and the Regional Approach to Rio Principle 10: Process and Innovation’, (2019) 3 *Journal of Environmental Law*.

16. ‘Recognizing further the importance of the respective roles that individual citizens, non-governmental organizations and the private sector can play in environmental protection’.

17. J Jans, ‘EU Environmental Policy and the Civil Society’, in: J Jans (ed), *The European Convention and the Future of European Environmental Law* (Europa Law Publishing 2003) 55.

The deficiencies in the implementation of the Aarhus Convention in this respect were pointed out by many commentators, including Jan Jans, who criticised insufficient legal framework for consulting environmental NGOs in the decision-making processes at the Community level¹⁸ and arrangements regarding possibilities to challenge acts and omissions of the Community institutions.¹⁹ On the other hand, Jan Jans already in 2003 indicated that also ‘individuals are deprived of any direct legal protection’ and that the Court of Justice ‘has failed adequately to appreciate that the old remedies, designed to protect private interests, are inadequate to protect public goods, such as the environment’.²⁰ There is a chance that the situation will change soon, because as a result of finding the European Union to be in non-compliance with the access to justice provisions of the Aarhus Convention by the Aarhus Convention Compliance Committee,²¹ a political agreement has been recently reached to amend the applicable legal framework in order to provide improved and extended access to justice for the environmental NGOs, and to allow also individual members of the public acting together in the public interest to challenge the decisions of the European institutions affecting the environment.²²

The Escazú Agreement seems to assign to ‘human rights defenders in environmental matters’ the role similar to environmental NGOs in the Aarhus Convention – which is reflected already in the Preamble.²³ Furthermore, there is a special article devoted to their rights (Article 9) which elaborates general obligations in Article 4 aiming to ensure that access rights are freely exercised (paragraph 2) and that there is a proper recognition for persons, associations, etc, promoting environmental protection (paragraph 6). While the need for a special recognition of ‘human rights defenders in environmental matters’ in the ECLAC Region is underlined by the commentators²⁴ there seems to be no attempt to explain the difference between them and environmental NGOs under the Aarhus Convention. Furthermore, the recent debate regarding Rights of Nature, while currently quite vivid in Europe,²⁵ in ECLAC Region seem to also be having a practical aspect with the law-suit brought to a Brazilian court seeking recognition of the lagoon ‘Lagoa da Conceição’ as a subject of rights.²⁶ The question is whether the environmental NGO that took the case to

18. Ibid 57-58.

19. J Jans, ‘Did Baron von Munchhausen ever Visit Aarhus?’, in: R Macrory (ed), *Reflections on 30 years of EU Environmental law* (Europa law Publishing 2006) 477-485.

20. J Jans, ‘The Rule of Law and European Environmental policy’ in: L Kraemer (ed), *Recht und Um-Welt* (Europa Law Publishing 2003) 312.

21. See S Bechtel, ‘Access to justice on EU level: The long road to implement the Aarhus Convention’ (2021) 19.2 *Opole Studies in Administration and Law*.

22. Press Release, Political agreement on the Aarhus Regulation: Commission welcomes increased public scrutiny of EU acts related to the environment < https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3610>.

23. Recognizing also the important work of the public and of human rights defenders in environmental matters for strengthening democracy, access rights and sustainable development and their fundamental contributions in this regard.

24. Cf G Parola (n 14) 113-114 and E Barrit (n 2) 17.

25. See for example J Darpo, ‘Can Nature Get it Right? A Study on Rights of Nature in the European Context’ < <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>> or M Carducci et al, ‘Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature, European Economic and Social Committee’ < <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature>>.

26. F Cavedon-Capdeville and V Brotetto, ‘The rights of nature before the courts: the case of Lagoa da Conceição in Brazil’, *CIDCE Newsletter* July 2021 < <https://cidce.org/en/the-rights-of-nature-before>>.

court on behalf of the lagoon would be considered as one of ‘human rights defenders in environmental matters’ under the Escazú Agreement. As it is indicated in the literature, the answer is not so clear and indeed a guidance in this respect would be needed.²⁷

Finally, worth mentioning is the fact that while the Aarhus Convention, to some extent against the mainstream legal doctrine in some European countries,²⁸ covers clearly also foreign public without discrimination,²⁹ the Escazú Agreement, despite making non-discrimination one of its guiding principles in its Article 3, provides rights only to domestic public (not even to the public of other Parties to the Agreement). This limitation may be considered as one of the major shortcomings of the Escazú Agreement.³⁰

4 Structure, main features of the legal regimes and legislative technique

The structure of the Escazú Agreement does not differ substantially from the structure of the Aarhus Convention. Notably, it includes an objective that has similarities to Article 1 of the Aarhus Convention. This is followed by definitions, general provisions, provisions related to each of the three pillars (information, participation and justice), and institutional and procedural provisions.

In certain respects however the Escazú Agreement goes beyond the Aarhus Convention. The Agreement has additional provisions related to principles, human rights defenders, capacity-building, cooperation, national implementation, and a voluntary fund. Some of them are quite innovative.³¹

As far as definitions are concerned, worth noting is the fact that – as compared with the definitions originally proposed in the Preliminary Document – the definitions eventually included into the final text of the Escazú Agreement are quite different. There are only five definitions as compared with eight definitions originally proposed and they have been significantly amended. Worth noting is the fact that those definitions which relate to terms defined in the Aarhus Convention, while originally already deviated a bit from these included in the Aarhus Convention,³² in the final version of the instrument are even more different (for example the definition of environmental information is much shorter and more general than the one in the Aarhus Convention). As compared with the Aarhus Convention, there is no definition of ‘Party’ (which does not seem to have any importance in

the-courts-the-case-of-lagoa-da-conceicao-in-brazil/?utm_source=CIDCE+NEWSLETTER&utm_campaign=927258f195-EMAIL_CAMPAIGN_2020_11_15_01_55_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_88863b1ec3-927258f195-45276333>.

27. Cf S Stec and J Jendroška (n 15) 8.

28. See J Jans’ reflections on the concept of ‘Jedermann’ in German legal doctrine, cf J Jans (n 20) 303

29. J Jendroška, ‘Public Participation in Environmental Decision-Making. Interactions Between the Convention and EU Law and Other Key Legal Issues in its Implementation in the Light of the Opinions of the Aarhus Convention Compliance Committee’, in: M Pallemerts (ed), *The Aarhus Convention at Ten. Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law*, (Europa Law Publishing, Groningen 2011) 129-131.

30. Cf S Stec and J Jendroška (n 15) 11.

31. *Ibid* 5.

32. JZ Madrid, ‘Definitions of the Aarhus Convention v the Proposal for a new LAC Instrument’ in J Jendroška and M Bar (eds), *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice* (Intersentia 2017) 39-57.

practice) and instead of the definition of 'public concerned' there is a definition of 'persons or groups in vulnerable situations' which is quite innovative.³³

Similarly like in the Aarhus Convention, the access to the information pillar in the Escazú Agreement is divided into two articles: Article 5 deals with passive disclosure, while Article 6 deals with active disclosure. In regulating passive disclosure (ie upon request) both instruments follow a traditional structure of so-called Freedom of Information Laws which regulate rights to require information from the authorities, categories of information that might be exempted from disclosure and the procedure of disclosing the information.

The main difference between the Escazú Agreement and the Aarhus Convention is that while the latter provides quite a detailed international legal standard as to the scope of environmental information and categories of information that might be exempted from disclosure, the Escazú Agreement provides only a very general definition of environmental information and instead of providing a detailed regime of exceptions allows to refuse information 'in accordance with domestic legislation'. The above difference probably stems from the fact that the Escazú Agreement was drafted in the situation where most LAC countries had already well-developed general regimes of access to information (and thus reluctant to introduce a detailed international regime for access to environmental information) which was not the case in UNECE region where only few countries in the 90s had such general access to information laws.

The Escazú Agreement regulates the public participation pillar only in one article (Article 7) without really differentiating the legal regimes depending on the level of decision-making as it is the case in Articles 6, 7 and 8 of the Aarhus Convention. Furthermore the Escazú Agreement does not contain any list of activities subject to public participation while Aarhus Convention in Annex 1 lists 20 categories of specific activities subject to public participation procedure under its Article 6.

The access to the justice pillar is, similarly to the Aarhus Convention, dealt with in just one article (Article 8) but designed in a totally different way than article 9 in the Aarhus Convention. The latter addresses separately in paragraphs 1, 2 and 3 the review procedures relating to access to information, to public participation and to other acts and omissions contravening national law relating to the environment, providing a distinctive and relatively precise international standard for their main features concerning standing and scope of review. It also regulates in paragraphs 4 and 5 the minimum standards applicable to all such review procedures, as well as measures to facilitate access to justice. Article 8 of the Escazú agreement does not differentiate between various types of review and provides a general framework for the entire access to the justice pillar. Worth noting is that while providing some specific norms of significant importance for public interest environmental litigation (for example, dynamic burden of proof, clear reference to precautionary principle) rather than providing a clear international standard it includes some 'qualifiers' which might be interpreted as provisions leaving much discretion to the State Parties in its implementation (access to justice 'in the framework of its domestic legislation' and 'considering its circumstances').

33. Cf S Stec and J Jendroška (n 15) 8.

5 **Conclusions**

The Escazú Agreement and the Aarhus Convention represent regional variations of the Principle 10 norms transformed into binding legal obligations. Both are results of long processes of negotiations held with the participation of representatives of civil society. There are a number of obvious similarities between them but also quite a number of significant differences which to some extent reflect not only the obvious differences between the UNECE and LAC regions but also the political and historical context.

Much more detailed examination is needed to compare the legal regimes of access to information, public participation and access to justice stipulated in both instruments. It is obvious however that in case of the Escazú Agreement much will depend on its interpretation during practical implementation. As for the Aarhus Convention the key role in this respect was played by the strong compliance mechanism with the independent Compliance Committee. It remains to be seen if the Parties to the Escazú Agreement will be brave enough to create such a strong international compliance mechanism or would rather rely on the domestic redress mechanism, in which case even more importance would be placed on the readiness of national judges in the LAC region to use it in practice.

Het wetenschappelijke oeuvre van Jan Jans staat in het teken van grensoverschrijdende rechtsbeoefening. Jan is van het Europees recht, het nationaal recht, het bestuursrecht, het milieurecht en het internationaal recht – maar vooral van de interactie tussen die rechtsgebieden. Bij de totstandkoming van dat bijzonder rijke oeuvre heeft Jan met talloze anderen samengewerkt. In Groningen, in Amsterdam en daarna opnieuw in Groningen, maar ook in Edinburgh en op legio andere plaatsen in en buiten Europa. In dit vriendenboek zijn 39 bijdragen opgenomen van 44 auteurs met wie Jan de afgelopen decennia heeft samengewerkt.

Die – geheel in de geest van Jan – beknopte bijdragen betreffen het grensvlak van nationaal, Europees en/of internationaal recht en de wisselwerking daartussen.

ISBN 978-94-6251-276-4



9

789462 512764