

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 ondoorgroendelijk.

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'.