

Clara van Dam*

50 | Guidance documenten van de Europese Commissie en de Algemene wet bestuursrecht

@C_vanDam – Guidance documenten van de Europese Commissie kunnen bij de implementatie van Unierecht een belangrijke rol spelen, maar ook spanningen oproepen in het licht van rechtsbeginselen. Is regulering van de toepassing van guidance documenten nodig en kan de Algemene wet bestuursrecht daar een rol bij spelen? #guidance #Europeanisering #regulering

1. Introductie

Tijdens de afgelopen vijftientig jaar is het Nederlandse bestuursrecht in toenemende mate geëuropeaniseerd.¹ Europeaniseringsprocessen verlopen niet alleen door de toepassing van bindende Unierechtelijke regels, zoals verordeningen en richtlijnen, maar ook via de toepassing van niet juridisch verbindende regels. Niet juridisch verbindende regels zijn onder meer te vinden in zogenaamde ‘guidance documenten’ van de Europese Commissie die beogen de lidstaten bij te staan bij de toepassing en uitvoering van het Unierecht in de nationale rechtsorde.² Guidance documenten verschijnen in vele verschillende vormen zoals werkdocumenten, mededelingen, aanbevelingen, richtsnoeren, interpretatienota’s en zelfs in de vorm van brieven gericht aan de lidstaten.³

Wie de tekst van de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht leest, komt geen regels tegen die zien op de toepassing van deze Unierechtelijke schaduw-

* Mr. J.C.A. van Dam is promovendus bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Zij dankt Jacobine van den Brink en Willemien den Ouden voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

¹ R.J.G.M. Widdershoven, ‘Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: stand van zaken en toekomstperspectief’, in: B. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: 75 jaar VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 9.

² In de literatuur wordt aan guidance documenten gerefereerd bijv. als een vorm van ‘post-legislative rulemaking’ of als een vorm van ‘post-legislative guidance’, zie resp. L. Senden, ‘Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control’, *European Law Journal* 2013, p. 60 en J. Scott, ‘In legal limbo: post-legislative guidance as a challenge for European administrative law’, *Common Market Law Review* 2011, p. 329. Ook worden guidance documenten geschaard onder de noemer ‘soft law’, zie bijv. O. Stefan, *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid, and the Court of Justice of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2013, p. 27-28.

³ Zie voor een overzicht van de vele vormen van ‘unilaterale administratieve regelgeving’ H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A. Türk, *Administrative law and policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 544-566.

regulering.⁴ De invloed van guidance documenten op de nationale wetgevings- en bestuurspraktijk alsmede op de nationale rechtspraak kan echter verstrekkend zijn.⁵ En, alhoewel guidance documenten beogen bij te dragen aan een meer consistente, transparante en voorzienbare implementatie van het Unierecht, kan de wijze waarop met guidance documenten bij de implementatie van het Unierecht wordt omgegaan, leiden tot juridische vragen en problemen.⁶

Deze bijdrage onderzoekt of zou moeten worden nagedacht over regulering van de toepassing van guidance documenten in de Nederlandse rechtsorde en of mogelijk de Awb daar een rol bij zou kunnen of moeten spelen.

Om op deze vraag een antwoord te kunnen geven, bespreek ik eerst het fenomeen guidance documenten en onderzoek ik of in de Awb reeds aanknopingspunten zijn te vinden voor de wijze waarop met guidance documenten dient te worden omgegaan (paragraaf 2 en 3). Vervolgens belicht ik de eisen die reeds op EU niveau aan de toepassing van guidance documenten worden gesteld (paragraaf vier). Paragraaf vijf bespreekt het gevarieerde beeld dat een onderzoek naar de doorwerking van guidance documenten op drie verschillende rechtsterreinen laat zien en de juridische implicaties en vragen die dit beeld oproept. Paragraaf zes onderzoekt of en in hoeverre de nationale rechter op de drie rechtsterreinen helderheid schept in de wijze waarop met guidance moet worden omgegaan.

Tot slot werp ik een blik op de toekomst: ik concludeer dat de verschillende rollen die guidance documenten in de praktijk kunnen aannemen, uitnodigen tot regulering van de toepassing van guidance documenten door de wetgever, bestuur en rechter. De vraag is echter of de Algemene wet bestuursrecht daar een rol bij zou kunnen spelen.

⁴ Senden spreekt over de ‘schaduwgebieden van Europese regulering’, zie L.A.J. Senden, ‘Schaduwgebieden van Europese regulering’, *RegelMaat* 2015/5:3, p. 338-353.

⁵ Zie over de doorwerking van Europese administratieve soft law in de Nederlandse wetgeving en rechtspraak J. Luijendijk & L.A.J. Senden, ‘De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde’, *Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2011, nr. 7, zie over de doorwerking in de Nederlandse rechtspraak J.E. van den Brink & J.C.A. van Dam, ‘Nederlandse bestuursrechter en unierechtelijke ‘beleidsregels’’, *JBplus* 2014, nr. 1 en voor een rechtsvergelijkende studie op het terrein van het mededingingsrecht Z. Georgieva, ‘The judicial reception of competition soft law in the Netherlands and the UK’, *European Competition Journal* 2016, p. 54-86.

⁶ Zie daarover op het terrein van Europese subsidies bijv. J.E. van den Brink, ‘The Significance of European Administrative Soft Law for the Implementation of ESI Funds in the Member States’, *European Structural and Investment Funds Journal* 2016, p. 2-11; zie ook J.C.A. van Dam, ‘De doorwerking van Europese administratieve soft law: in strijd met Nederlandse legaliteit?’, *Netherlands Administrative Law Library* 2013. Zie voor een bespreking van de implicaties en richtsnoeren en aanbevelingen van de European Supervisory Authorities in Nederlandse praktijk T. Barkhuysen, L. Westendorp & S. Ramsanjhal, ‘De rechtspositie van financiële instellingen ten aanzien van richtsnoeren en aanbevelingen van European Supervisory Authorities: Europese pseudowetgeving?’, *Ondernemingsrecht* 2017/144, par. 5.

2. Guidance documenten als implementatiehulpmiddel

Guidance documenten van de Europese Commissie beogen de lidstaten bij te staan bij de implementatie van het Unierecht. Kenmerkend voor guidance documenten is het informele karakter.⁷ De Verdragen voorzien niet in een algemene expliciete basis of procedure voor de aanname van guidance documenten,⁸ er bestaat geen verplichting om guidance documenten te publiceren⁹ en de vorm van guidance documenten is onbepaald.¹⁰ En tot slot, guidance documenten beschikken niet over juridische verbindendheid.¹¹

Het informele karakter maakt guidance documenten een aantrekkelijk instrument, zowel voor de Europese Commissie als voor de lidstaten.¹² Door de Europese Commissie worden guidance documenten gezien als een effectief instrument om een (in de ogen van de Commissie) ‘correcte’ implementatie van het Unierecht te bevorderen.¹³ Voor de lidstaten dienen guidance documenten als implementatiehulpmiddel. De documenten kunnen richting geven, bijvoorbeeld als bepalingen in verordeningen en richtlijnen onduidelijk zijn, complex of voor meerdere interpretaties vatbaar.¹⁴

Met de toenemende aandacht voor de correcte toepassing en uitvoering van het Europese recht, is het groeiend aantal guidance documenten niet verwonderlijk.¹⁵ Senden signaleert de (recente) tendens tot aanname van guidance

⁷ Die informele kenmerken worden zichtbaar wanneer men guidance documenten vergelijkt met de formele, bindende instrumenten neergelegd in de Verdragen (zie art. 288 VWEU). Zie J. Pauwelyn, ‘Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions’, in: J. Pauwelyn, R.A. Wessel & J. Wouters, *An Introduction to Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 15-22.

⁸ Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 543, 549. Zie ook Luijendijk & Senden 2011, p. 319.

⁹ Zie art. 297 VWEU en Senden 2013, p. 68.

¹⁰ Zie voor een overzicht van de vele vormen van ‘unilaterale administratieve regelgeving’ Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 544-566.

¹¹ Art. 288 VWEU kent alleen bindende kracht toekent aan verordeningen, richtlijnen en besluiten. Ten aanzien van de aanbeveling en het advies noemt het artikel expliciet dat ze niet verbindend zijn.

¹² Zie daarover J.C.A. van Dam, ‘Commission Guidance as Informal Implementation Tool: Fit for the Future?’, in: B. Steunenberg, W. Voermans & S. Van den Bogaert, *Fit for the Future? : reflections from Leiden on the functioning of the EU*, The Hague: Eleven International Publishing 2016, par. 4.3.1.

¹³ Zie M. Ballesteros, R. Mehdi e.a., *Tools for Ensuring Implementation and Application of EU Law and Evaluation of their Effectiveness*, Brussels: European Parliament – Directorate General for Internal Policies - Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs 2013, p. 46.

¹⁴ Zie bijv. R. Baratta, ‘Complexity of EU Law in the Domestic Implementing Process’, *The Theory and Practice of Legislation*, 2014, p. 301.

¹⁵ De toenemende aandacht voor de implementatie van het Unierecht blijkt bijv. uit het REFIT programma, zie bijv. de Mededeling ‘Better Regulation for better results - An EU agenda’. COM(2015)215 final, 19 May 2015, p. 10-13.

documenten die zich richten tot de lidstaten en beogen de nationale autoriteiten te sturen bij het gebruik van hun discretionaire bevoegdheden als een nieuwe subcategorie van zachte bestuurlijke regelgeving.¹⁶ Zij onderscheidde eerder al andere vormen van zachte bestuurlijke regelgeving van de Europese Commissie, namelijk interpretatieve regels en decisoire regels.¹⁷

Ondanks het informele karakter, kunnen guidance documenten zoals gezegd verstrekkende gevolgen hebben in de nationale rechtsorde. Dit maakt dat (veel) guidance documenten kunnen worden gezien als een vorm van Europese soft law: het gaat om niet bindende gedragsregels die in de praktijk toch praktische en juridische effecten kunnen genereren.¹⁸

Om de rol en effecten van de toepassing van guidance documenten in de nationale rechtsorde in kaart te kunnen brengen, is het zinvol om de guidance documenten gericht aan de lidstaten (verder) onder te verdelen in verschillen categorieën. Op basis van een inventarisatie en analyse van de guidance documenten op het terrein van Europese landbouwsubsidies maakte ik een onderscheid tussen verschillende ‘types’ guidance die door de Europese Commissie op dit terrein worden aangenomen.¹⁹ Deze types guidance reflecteren verschillende functies die individuele richtsnoeren in guidance documenten vervullen. Deze onderverdeling heb ik vervolgens getest en toegepast op andere beleids-terreinen.

De eerste categorie wordt gevormd door interpretatieve guidance, waarin de Europese Commissie aangeeft hoe een bindende Unierechtelijke bepaling volgens haar dient te worden uitgelegd.²⁰ In de tweede plaats kunnen richtsnoeren worden onderscheiden die verdere uitleg geven aan een onderliggende hard

¹⁶ Senden 2015, p. 34.

¹⁷ Bij decisoire regels gaat het om regels die invulling geven aan de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid van de Europese Commissie.¹⁷ Interpretatieve regels beogen aan te geven op welke wijze het Unierecht volgens de Europese Commissie moet worden begrepen of toegepast.¹⁷ Zie L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford: Hard Legal Publishing 2004, p. 140.

¹⁸ Senden 2004, p. 104. Niet alle guidance documenten vallen echter onder de noemer soft law, aangezien niet alle vormen van guidance gedragsregels bevatten, maar guidance geven in de vorm van informatie of technische instructies. Zie ook Van Dam 2017, p. 81.

¹⁹ Zie voor een uitgebreide bespreking van deze categorieën J.C.A. Van Dam, ‘Guidance documents of the European Commission: a typology to trace the effects in the national legal order’, *Review of European Administrative Law* 2017, p. 75-91.

²⁰ Deze regels vallen ook in de categorie van interpretatieve regels zoals onderscheiden door Senden. Zie voor een voorbeeld de uitleg van het begrip ‘verstoren’ in art. 12 van de Habitatrichtlijn in het ‘Species guidance document’ behorende bij de Habitatrichtlijn. Dit document is te raadplegen via http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/index_en.htm (bezocht op 13 augustus 2018).

law bepaling, zonder interpretatieve elementen aan die bepaling toe te voegen.²¹ De derde categorie bestaat uit guidance waarin aanbevelingen worden gedaan over de geschikte implementatiemethode die – volgens de Commissie – in lijn is met Unierechtelijke vereisten.²² Voorts kunnen richtsnoeren ook een hoog technisch karakter hebben, bijvoorbeeld wanneer aanwijzingen worden gegeven over passende/geschikte technische methoden en technieken.²³ Tot slot kunnen richtsnoeren ook dienen om good practices (goede praktijken) ontwikkeld in de lidstaten weer te geven en te communiceren.²⁴

3. Guidance documenten in de nationale praktijk: wat zegt de Awb?

In bovenstaande paragraaf is besproken dat guidance documenten op het nationale niveau de rol als implementatiehulpmiddel kunnen vervullen. In de Algemene wet bestuursrecht hebben guidance documenten van de Europese Commissie echter geen plaats. Kunnen in de Algemene wet bestuursrecht desalniettemin aanknopingspunten worden gevonden voor de wijze waarop met guidance documenten dient te worden omgegaan?

De meest voor de hand liggende vraag is of guidance documenten kunnen worden beschouwd als een beleidsregel in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb. Tussen guidance documenten en beleidsregels bestaat echter een belangrijk verschil. Beleidsregels worden uitgevaardigd door een bestuursorgaan ten aanzien van de uitoefening van een eigen (discretionaire) bevoegdheid.²⁵ Guidance documenten, daarentegen, worden aangenomen door de Europese Commissie met het oog op de uitoefening van aan bestuursorganen toekomende bevoegdheden in het kader van de implementatie van het Unierecht.²⁶

²¹ Zie bijv. de toelichting in sectie 3 van het Handboek aanpak schijnhuwelijken dat het toepasselijke juridische kader uiteenzet. Zie p. 15-31 van SWD(2014)284 final, te raadplegen via www.eur-lex.eu (bezoekt op 13 augustus 2018).

²² Zie bijv. de guidance op het terrein van Europese subsidies ten aanzien van het verrichten van ‘on-the-spot controles’ neergelegd in document DSCG/2014/32, te raadplegen via de Wikicap website van het Joint Research Centre <https://marswiki.jrc.ec.europa.eu/wikicap> (bezoekt op 13 augustus 2018).

²³ Deze vorm van technische guidance is te vinden op het terrein van Europese subsidies, zie daarvoor de bovengenoemde Wikicap website. Technische guidance documenten zijn ook te vinden op andere terreinen, bijv. in relatie tot de Verordening 1907/2006 die ziet op de bescherming van chemische stoffen. Zie <https://echa.europa.eu/nl/guidance-documents/guidance-on-reach> (bezoekt op 13 augustus 2018).

²⁴ Zie bijv. de ‘good practice’ voorbeelden ten aanzien van het management van Natura 2000 sites. De good practices zijn te vinden op http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/best_practice_en.htm (bezoekt op 13 augustus 2018).

²⁵ Zie art. 1:4(4) Awb. Zie voor een bespreking van beleidsregels als een vorm van ‘bestuursrechtelijke soft law’ de bijdrage van Bröring in deze bundel.

²⁶ Ditzelfde geldt (dus) ook voor de in art. 10:22 van de Awb neergelegde figuur van instructies: daar gaat het om instructies aan een aan het bestuursorgaan ondergeschikt persoon of college.

Meer gelijkenis vertonen guidance documenten met de – niet in de Awb neergelegde – rechtsfiguur van Nederlandse richtlijnen. Daar gaat het namelijk om regels uitgevaardigd door orgaan A die beogen instructies te geven aan de uitoefening van een aan bestuursorgaan B toekomende bevoegdheid.²⁷ Net als richtlijnen vormen guidance documenten ‘vreemde instructies’ van een ander orgaan, in dit geval van de Europese Commissie. Voorts is, net als bij guidance documenten, bij richtlijnen het uitgangspunt dat bestuursorganen niet door de richtlijnen worden gebonden: de richtlijnen zijn immers niet door henzelf uitgevaardigd.²⁸ Hoogstens kan binding ontstaan via formele rechtsbeginselen zoals motivering en zorgvuldigheid.²⁹

Toch bestaat tussen Nederlandse richtlijnen en Unierechtelijke guidance documenten ook een belangrijk verschil. Voor guidance documenten wordt namelijk, anders dan het geval is voor richtlijnen, de bindende werking ook bepaald door verwachtingen geformuleerd op het niveau van de Europese Unie.

4. Europese verwachtingen ten aanzien van de toepassing van guidance documenten in de nationale rechtsorde

Guidance documenten zijn, zoals gezegd, niet juridisch verbindend.³⁰ Dit betekent dat de lidstaten in beginsel vrij zijn om guidance documenten al dan niet toe te passen bij de implementatie van het Unierecht.³¹ Toch is deze vrijheid relatief. Op het niveau van de Europese Unie worden verwachtingen geformuleerd ten aanzien van de wijze waarop nationale autoriteiten en/of de nationale rechter met guidance documenten moeten omgaan. Deze verwachtingen kunnen ervoor zorgen dat van guidance documenten de jure of de facto een bindende werking uitgaat.³²

Een feitelijk en/of juridisch bindende werking voor nationale autoriteiten

Verwachtingen ten aanzien van de wijze waarop nationale autoriteiten met guidance documenten dienen om te gaan kunnen, in de eerste plaats, worden

²⁷ Zie over richtlijnen H.E. Bröring, *Richtlijnen. Over de juridische betekenis van circulaires, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen*, Deventer: Kluwer 1993.

²⁸ Bröring 1993, p. 353-355. H.E. Bröring, ‘Bestuursrechtelijke ‘soft law’. Of: lang leve de beleidsregel, maar niet de beleidsregel alleen’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel*, Deventer: Kluwer 2012, p. 180-181.

²⁹ Dit is het geval voor deskundigenrichtlijnen. Zie Bröring 1993, p. 180.

³⁰ Zo volgt uit art. 288 VWEU.

³¹ De implementatie van het Unierecht is de verantwoordelijkheid van de lidstaten, zoals is bepaald in art. 291(2) VWEU.

³² Vlg. Stefan ‘the effects of soft law sometimes appear binding, from a legal or even an extra-legal point of view’; zie Stefan 2013, p. 17.

geformuleerd in onderliggende Unierechtelijke wetgeving en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Zo komt het voor dat in secundaire wetgeving de bepaling wordt opgenomen dat de nationale autoriteiten (zoveel mogelijk) rekening houden met guidance documenten van de Europese Commissie. Een voorbeeld is artikel 19 van de Kaderrichtlijn telecommunicatie (richtlijn 2002/21/EG) dat bepaalt dat lidstaten bij de uitvoering van hun taken zoveel mogelijk rekening houden met aanbevelingen van de Europese Commissie.³³ In dat geval lijkt het Hof van Justitie een ‘comply-or-explain’ principe te hanteren: de nationale autoriteiten kunnen slechts onder motivering van hun standpunt afwijken van de richtsnoeren van de Europese Commissie.³⁴

De verwachtingen kunnen ook nog meer worden ‘opgeschroefd’, zoals blijkt uit de IJssel-Vliet rechtspraak van het Hof van Justitie. Uit die rechtspraak volgt dat richtsnoeren van de Europese Commissie op het terrein van het staatssteunrecht een bindende werking kunnen verkrijgen voor de lidstaten.³⁵ De bindende werking vloeit volgens het Hof van Justitie voort uit de samenwerkingsplicht neergelegd in artikel 108(1) VWEU en uit aanvaarding van de in de richtsnoeren neergelegde regels door de lidstaten.³⁶ De lidstaat is dan volgens het Hof van Justitie ‘gehouden de richtsnoeren van de Europese Commissie toe te passen’.³⁷ Een dergelijke bindende werking van richtsnoeren is tot nog toe alleen aangenomen op het terrein van het staatssteunrecht, en kan mogelijk worden verklaard in het licht van de exclusieve bevoegdheid van de Europese

³³ Zie voor een ander voorbeeld art. 16 van Verordening 1095/2010 dat ziet op richtsnoeren en aanbevelingen die zijn aangenomen door de Europese Autoriteit voor effecten en markten.

³⁴ Zie HvJ EU 15 september 2016, ECLI:EU:C:2016:692 (KPN v ACM), r.o. 37 en 38 waarin het HvJ EU overweegt dat uit art. 19(2) van de Kaderrichtlijn telecommunicatie volgt dat de nationale regelgevende instanties in beginsel de aanwijzingen van een op basis van dat artikel aangenomen aanbeveling van de Commissie dienen op te volgen en slechts onder motivering van hun standpunt van de aanbeveling kunnen afwijken. Het HvJ EU volgt een vergelijkbare redenering ten aanzien van conclusies van het comité waar de nationale douaneautoriteiten zoveel mogelijk rekening mee dienen te houden. Zie HvJ EU 11 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:312 (Friesland Coberco Dairy Foods BV v Inspecteur van de Belastingdienst), par. 27, 32. Zie daarover verder J.C.A. van Dam, ‘Het Hof van Justitie spreekt zicht uit over de bindende werking van een aanbeveling van de Europese Commissie’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2017, p. 84-90. en Luijendijk & Senden 2011, p. 331.

³⁵ Zie over de bindende werking voor de lidstaten Stefan 2013, p. 188-189.

³⁶ HvJ EU, 15 oktober 1996, ECLI:EU:C:1996:383 (IJssel-Vliet v Minister van Economische Zaken), par 44. Zie daarover uitgebreid J.E. Van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 283-286 en Stefan 2013, p. 188-189.

³⁷ HvJ EU, 15 oktober 1996, ECLI:EU:C:1996:383 (IJssel-Vliet v Minister van Economische Zaken), par 49.

Commissie om de verenigbaarheid van staatssteunmaatregelen te beoordelen.³⁸

In de derde plaats, en wellicht meer impliciet, kunnen verwachtingen ten aanzien van de wijze waarop nationale autoriteiten dienen om te gaan met guidance documenten worden geformuleerd door de Europese Commissie wanneer zij haar taak vervult als 'hoedster van de Verdragen'.³⁹ Bij de uitoefening van die taak kan de Commissie gebruik maken van guidance documenten als 'toezichtsinstrument'.⁴⁰ De documenten kunnen bijvoorbeeld een rol spelen bij de beslissing tot het starten van een infractieprocedure of bij de beslissing tot het opleggen van een financiële correctie (bijvoorbeeld op het terrein van Europese subsidies).⁴¹ Ook komt het voor dat de Commissie 'guidelines compliance tables' bijhoudt, waarin wordt aangegeven of een lidstaat het Unierecht conform de richtsnoeren heeft geïmplementeerd.⁴² Van het gebruik van guidance documenten als toezichtsinstrument gaat, impliciet of expliciet, de verwachting uit dat de lidstaten in overeenstemming met guidance documenten handelen, of op zijn minst de guidance documenten in aanmerking nemen.

Uit het bovenstaande volgt dat ondanks het niet bindende karakter van guidance documenten op het niveau van de Europese Unie verwachtingen worden geformuleerd aan de wijze waarop de nationale autoriteiten omgaan met guidance documenten van de Europese Commissie. Dat zorgt er in de praktijk voor dat van guidance documenten in mindere of meerdere mate een bindende werking kan uitgaan voor de nationale autoriteiten die betrokken zijn bij de implementatie van het Unierecht. Die bindende werking kan een feitelijk of juridisch karakter hebben, en contrasteert met het niet bindende karakter dat

³⁸ Vgl. Stefan 2013, p. 190-191 en Van den Brink & Van Dam 2014, p. 11.

³⁹ O.g.v. art. 17 VEU ziet de Europese Commissie toe op een juiste toepassing van het Verdrag.

⁴⁰ Andersen bespreekt de rol van niet bindende richtsnoeren als een 'enforcement tool': S. Andersen, *The enforcement of EU law. The Role of the European Commission*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 213. Hofmann, Rowe en Türk beschouwen bestuurlijke regels als een vorm van 'administrative supervision', zie Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 756.

⁴¹ Het risico dat bij niet toepassing van guidance een niet-nakomingsprocedure wordt geopend of de mogelijkheid dat een financiële correctie wordt opgelegd is volgens het Hof van Justitie van de EU een 'feitelijk gevolg en geen dwingend rechtsgevolg'. Zie HvJ EU 20 mei 2010, ECLI:EU:T:2010:214 (Duitsland v Commissie), r.o. 151 en HvJ EU 1 december 2005, ECLI:EU:C:2005:727, (Italië v Commissie) r.o. 30). Zie hierover Andersen 2012, p. 214 en Luijendijk & Senden 2011, p. 321.

⁴² Dit is bijv. het geval voor de 'ESMA guidelines', zie daarover M. van Rijsbergen, 'On the Enforceability of EU Agencies' Soft Law at the National Level: The Case of the European Securities and Markets Authority', *Utrecht Law Review* 2014, 10(5), p. 116-131, p. 124.

vaak wordt benadrukt, soms zelfs in dik gedrukte letters, in de tekst van de guidance documenten zelf.⁴³

Een verplicht interpretatiehulpmiddel voor de nationale rechter

Niet alleen worden verwachtingen geformuleerd ten aanzien van de wijze waarop de nationale autoriteiten met guidance documenten dienen om te gaan, ook de nationale rechter krijgt ‘instructies’ hoe met guidance documenten om te gaan bij beoordeling van geschillen waarbij het Unierecht moet worden geïnterpreteerd of toegepast.⁴⁴ Die instructies werden reeds geformuleerd in het Grimaldi arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie op 13 december 1989.⁴⁵ In dat arrest overweegt het Hof van Justitie dat de nationale rechterlijke instanties gehouden zijn de aanbevelingen van de Europese Commissie ‘in aanmerking te nemen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen, met name wanneer deze duidelijkheid kunnen verschaffen over de uitlegging van andere nationale of communautaire bepalingen’.⁴⁶

In de literatuur is de Grimaldi verplichting uitgelegd als een verplicht interpretatiehulpmiddel.⁴⁷ Die verplichting gaat echter niet zover als een verplichting tot conforme interpretatie: het is een inspanningsverplichting, niet een resultaatsverplichting.⁴⁸ De ‘Grimaldi formule’ is in latere rechtspraak herhaald ten aanzien van andere aanbevelingen van de Europese Commissie.⁴⁹ Een indicatie dat de Grimaldi formule ook van toepassing is op andere guidance documenten dan aanbevelingen, kan worden gevonden in het Baltlanta arrest. In die zaak acht het Hof van Justitie de Grimaldi rechtspraak naar analogie van toepassing op richtsnoeren (en dus niet een aanbeveling) op het terrein van structuurfondsen.⁵⁰

⁴³ Een voorbeeld is de dikgedrukte tekst op p. 5 van het Handboek dat ziet op de aanpak van schijnhuwelijken (SWD(2014)284 final): ‘The Handbook is neither legally binding nor exhaustive. It is without prejudice to existing EU law and its future development. It is also without prejudice to the authoritative interpretation of EU law which may be given by the Court of Justice.’

⁴⁴ Zie over de rol van de nationale rechter als ‘guardians of the European legal order’ en over het (fictieve) onderscheid tussen interpretatie en toepassing H. Van Harten, ‘(Re)search and Discover: Shared Judicial Authority in the European Union Legal Order’, *Review of European Administrative Law* 2014, p. 14.

⁴⁵ HvJEU 13 december 1989, ECLI:EU:C:1989:646 (Grimaldi).

⁴⁶ HvJEU 13 december 1989, ECLI:EU:C:1989:646 (Grimaldi), par. 19.

⁴⁷ Zie bijv. Luijendijk & Senden 2011, p. 336 en ook Van den Brink & Van Dam 2014, p. 13.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ HvJEU 18 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:146 (Alassini e.a./SpA), r.o. 40; HvJ EG 24 april 2008, ECLI:EU:C:2008:244 (Arcor), r.o. 94; HvJ EG 11 september 2003, ECLI:EU:C:2003:451 (Altair Chimica), r.o. 41.

⁵⁰ HvJ EU 3 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2134 (Baltlanta), r.o. 64. Barkuysen, Westendorp en Ramsanjhal achten de discussie over de toepassing van de Grimaldi

In de hierboven aangehaalde ACM vs KPN zaak heeft het Hof van Justitie de Grimaldi formule verder aangescherpt.⁵¹ In die zaak overweegt het Hof van Justitie dat de nationale rechter slechts op specifieke gronden kan afwijken van een aanbeveling behorende bij de Kaderrichtlijn telecomcommunicatie.⁵² Deze overweging dient waarschijnlijk te worden gelezen in het licht van de specifieke juridische context.⁵³ Het gaat namelijk om een aanbeveling die is aangenomen op basis van artikel 19 van de Kaderrichtlijn telecomcommunicatie en waarmee de nationale regelgevende instanties, volgens datzelfde artikel, zoveel mogelijk rekening dienen te houden.⁵⁴ Het is echter niet uit te sluiten dat een vergelijkbare strikte invulling van guidance documenten zal worden aangenomen op andere, vergelijkbare rechtsterreinen.

5. Guidance documenten in de Nederlandse wetgevings- en bestuurspraktijk

Bovenstaande paragraaf laat zien dat van guidance documenten een bindende werking kan uitgaan naar nationale autoriteiten en dat de documenten – op zijn minst – de rol aannemen als verplicht interpretatiehulpmiddel voor de nationale rechter.⁵⁵ Het is aldus mogelijk dat de documenten op het nationale niveau – in enige mate – als bindend hulpmiddel worden gehanteerd. Deze paragraaf onderzoekt de rol en implicaties van guidance documenten in de nationale wetgevings- en bestuurspraktijk, de volgende paragraaf onderzoekt welke rol guidance documenten spelen in de bestuursrechtspraak.⁵⁶

Guidance als implementatiehulpmiddel in de praktijk: een gevarieerd beeld

Om een algemeen beeld te krijgen van de wijze waarop guidance documenten doorwerken in de nationale rechtsorde is het zinvol om de doorwerking van

rechtspraak op andere guidance documenten dan aanbevelingen beslecht. Zie Barkhuysen, Westendorp en Ramsanjhal 2017, par. 4.3.

⁵¹ Zie HvJ EU 15 september 2016, ECLI:EU:C:2016:692 (KPN v ACM), par. 42, 43. Zie de tweede alinea van paragraaf 3.1.

⁵² Het gaat om de Aanbeveling van de Commissie van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU (*PbEU* 2009 L 337/37). De aanbeveling is aangenomen op grond van art. 19 lid 1 van de Kaderrichtlijn telecomcommunicatie (richtlijn 2002/21/EG).

⁵³ Zie over de relevantie van de specifieke context in deze zaak Van Dam 2017, p. 87- 89.

⁵⁴ Zie daarover HvJ EU 15 september 2016, ECLI:EU:C:2016:692 (KPN v ACM), par. 37.

⁵⁵ Zie over de betekenis van guidance documenten op het terrein van structuurfondsen in de implementatie van het Unierecht Van den Brink 2016.

⁵⁶ Vanwege de beperkte omvang van deze bijdrage zal niet ook nader worden ingegaan op de rol van guidance documenten aan de hand van de verschillende types guidance. In het promotieonderzoek wordt nader ingegaan op de doorwerking van de verschillende types guidance zoals onderscheiden in par. 2 van deze bijdrage.

guidance documenten op verschillende terreinen te bestuderen. Deze paragraaf bespreekt, in grote lijnen, de bevindingen van een onderzoek naar de rol van guidance documenten op drie terreinen:⁵⁷ de guidance documenten gerelateerd aan de Habitatrictlijn, guidance documenten behorend bij de Burgerschapsrichtlijn (2004/38) en de guidance documenten de verordeningen die regels bevatten voor de toekenning van landbouwsubsidies. Dit onderzoek laat een gevarieerd beeld zien.

Op het terrein van de landbouwsubsidies worden de vele guidance documenten bij de landbouwverordeningen in de regel strikt gevolgd. Uit interviews blijkt dat de documenten worden ervaren en toegepast ‘als ware het wetgeving’.⁵⁸ Guidance documenten worden bijvoorbeeld omgezet in de Uitvoeringsregeling rechtstreekse betalingen⁵⁹ en in de daarbij behorende beleidsregels,⁶⁰ of worden als bindend voorschrift gehanteerd bij het nemen van beschikkingen. Dit blijkt ook uit de rechtspraak van het CBB, waaruit bijvoorbeeld naar voren komt dat de vijftig bomen regel, neergelegd in een guidance document van de Europese Commissie door de RVO⁶¹ wordt gehanteerd als ‘dwingend voorschrift’.⁶² Een de facto bindende werking van guidance documenten op dit terrein is overigens niet verwonderlijk: afwijking van de guidance documenten brengt immers het risico van een financiële correctie met zich mee.⁶³

Het onderzoek naar de twee guidance documenten bij de Burgerschapsrichtlijn 2004/38/EG laat een ander beeld zien.⁶⁴ Op dat terrein lijken de guidance documenten bij die richtlijn in de praktijk de vorm aan te nemen van een vrijwillig implementatiehulpmiddel. De toepassing van guidance documenten wordt gekenmerkt door een nationale praktijk van ‘cherry picking’.⁶⁵ Een voorbeeld biedt de toepassing van richtsnoeren neergelegd in paragraaf 4.2 van de Mededeling COM(2009)313. Deze richtsnoeren zijn door de IND gebruikt voor

⁵⁷ Dit promotieonderzoek wordt verricht aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de universiteit Leiden. De resultaten van dit onderzoek worden naar verwachting in de loop van het jaar 2019 gepubliceerd.

⁵⁸ Dit blijkt uit verschillende interviews met ambtenaren bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland en ambtenaren bij het Ministerie voor Economische Zaken en Klimaat.

⁵⁹ Een voorbeeld is de regel in art. 2.15(3) dat op blijvend grasland dat ecologisch kwetsbaar is een lichte grondbewerking is toegestaan. Dit artikel sluit aan op de richtsnoeren over blijvend grasland neergelegd in DS/EFDP/2015/02 FINAL.

⁶⁰ Zo is bijv. art. 5 van de Beleidsregel bij de Uitvoeringsregeling gebaseerd op guidance documenten van de Europese Commissie.

⁶¹ Rijksdienst voor Ondernemend Nederland.

⁶² Zie bijv. CBB 27 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO2425, r.o. 2.6.

⁶³ Zie paragraaf 3.1.

⁶⁴ Mededeling COM(2009)313 betreffende richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van Richtlijn 2004/38 en het Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience (SWD(2014)284 final).

⁶⁵ Dit volgt uit interviews met ambtenaren bij de het Ministerie van Veiligheid en Justitie en bij de Immigratie en Naturalisatiedienst (IND).

het ontwikkelen van pilots om vermeende schijnhuwelijken te identificeren.⁶⁶ Zij worden eveneens aangehaald ter onderbouwing van beschikkingen waarin sprake is van een vermeend schijnhuwelijk. Toch vormt de toepassing van de richtsnoeren volgens de Staatssecretaris niet een vaste beleidslijn en kan hij dus niet volgens die weg aan de richtsnoeren worden gebonden.⁶⁷

Tot slot, de toepassing van guidance documenten bij de implementatie van de Habitatrictlijn laat een minder eenduidig beeld zien.⁶⁸ In Nederland is de Habitatrictlijn geïmplementeerd in de Wet Natuurbescherming 2017 die, grotendeels, wordt uitgevoerd op het niveau van de provincies. Opvallend is dat de twee belangrijkste guidance documenten bij de Habitatrictlijn⁶⁹ uitvoerig worden geciteerd in de Memorie van Toelichting behorende bij de Natuurbeschermingswet en worden gebruikt om 'guidance' te geven voor de uitleg en uitvoering van de Natuurbeschermingswet op decentraal niveau.⁷⁰ Op het niveau van de provincies lijken de guidance documenten echter een marginale rol te spelen en zelden als implementatiehulpmiddel te worden gebruikt.⁷¹

Het gevolg: spanningen in het licht van rechtsbeginselen

Uit bovenstaande bevindingen blijkt dat de wijze waarop met guidance documenten wordt omgegaan, verschilt per rechtsterrein en, zoals in het geval van de Habitatrictlijn, ook per actor en/of fase van het implementatieproces. Dit duidt er niet alleen op dat in de praktijk onduidelijkheid bestaat ten aanzien van de betekenis van guidance documenten, maar betekent ook dat de documenten op verschillende wijzen interacteren met juridische beginselen.

Zo levert op het terrein van Europese landbouwsubsidies de toepassing van guidance documenten als 'bindend voorschrift' spanning op met het legaliteitsbeginsel.⁷² Dit is met name het geval indien dit ertoe leidt dat guidance de grondslag vormt voor het afwijzen van een subsidieaanvraag, zoals het geval is in de

⁶⁶ Dit voorbeeld werd genoemd tijdens interviews en blijkt ook uit (bijv.) Rb Den Haag 27 januari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ2080, r.o. 2.7.

⁶⁷ Zo blijkt bijv. uit ABRvS 20 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2016:2006, par. 4.1.

⁶⁸ Het grote aantal guidance documenten behorende bij de Habitatrictlijn is te vinden op de website van het Directoraat-generaal milieu van de Europese Commissie. http://ec.europa.eu/environment/nature/index_en.htm (bezocht op 17 augustus 2018).

⁶⁹ Het document 'Beheer van Natura 2000 gebieden' dat is aangenomen in het jaar 2000 en het 'Guidance document on the strict protection of animal species' (uit 2007). Beide documenten zijn te vinden op http://ec.europa.eu/environment/nature/index_en.htm (bezocht op 17 augustus 2018).

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 33348, 3, zie bijv. p. 137.

⁷¹ Dit volgt uit een onderzoek naar verwijzingen naar guidance documenten in Provinciale verordeningen en beleidsregels en uit interviews met medewerkers bij de provincies die betrokken zijn bij de uitvoering van de Natuurbeschermingswet.

⁷² Zie over spanning tussen de doorwerking guidance documenten op het terrein van Europese subsidies en (verschillende aspecten van) het legaliteitsbeginsel Van Dam 2013.

vijftig bomen zaken. Aan de andere kant kan de strikte toepassing van guidance documenten, vooral wanneer omgezet in de Uitvoeringsregeling, een meer transparante, consistente en voorspelbare besluitvorming dienen.

Op het terrein van vrij verkeer van personen schuilt in de cherry picking benadering het gevaar dat richtsnoeren onvoorspelbaar en/of inconsistent worden toegepast. Dit gevaar van willekeur dreigt met name in de situatie waar de richtsnoeren van de Europese Commissie niet zijn omgezet in de Nederlandse beleidsregels, zoals in het geval van de hierboven genoemde schijnhuwelijken. Ook kan de ‘onzichtbare’ toepassing van guidance documenten problematisch zijn vanuit het oogpunt van transparantie van de besluitvormingscriteria.⁷³ Waar de richtsnoeren zijn omgezet in beleidsregels in de Vreemdelingencirculaire, kunnen de richtsnoeren ook juist bijdragen aan een meer transparante en consistente besluitvorming.

Tot slot, op het terrein van de Habitatrichtlijn sorteren guidance documenten de minste concrete effecten, aangezien guidance documenten hier (vooralsnog) een minimale rol lijken te spelen in de provinciale uitvoeringspraktijk. Hierdoor vindt weinig interactie plaats met juridische beginselen, maar wordt ook de rol van guidance documenten als implementatiehulpmiddel slechts marginaal benut.

6. Guidance documenten en de Nederlandse bestuursrechtspraak

Naast de nationale wetgever en het bestuur speelt ook de nationale rechter een belangrijke rol bij de doorwerking van het Unierecht. De nationale rechter ziet er op toe dat het Unierecht door de nationale autoriteiten op de juiste wijze wordt geïnterpreteerd en toegepast, en kan daarbij gebruik maken van guidance documenten van de Europese Commissie. Dat betekent ook dat de nationale rechter een rol kan spelen in het ‘verhelderen’ en ‘reguleren’ van de toepassing van guidance documenten als implementatiehulpmiddel. Deze paragraaf beziet welke rol guidance documenten toekomt volgens de Nederlandse bestuursrechter op de drie geselecteerde rechtsterreinen.

Zoals hierboven geschetst dient de nationale rechter volgens de Grimaldi rechtspraak ‘aanbevelingen’ in aanmerking te nemen bij het beslechten van geschillen. Het onderzoek naar de rechterlijke uitspraken op de drie geselecteerde rechtsterreinen heeft geen uitspraken opgeleverd waarin naar de Grimaldi rechtspraak wordt gewezen. Dit betekent echter niet dat Nederlandse bestuursrechters niet naar guidance documenten verwijzen. Op het terrein van de Habitatrichtlijn verwijzen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en

⁷³ Zie over de mogelijke toegevoegde waarde van (decisoire) richtsnoeren voor een transparante beslispraktijk van de Europese Commissie S. Prechal & M. de Leeuw, ‘Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a new Legal Principle?’, *Review of European Administrative Law* 2007, p. 56.

lagere rechters regelmatig naar het Species guidance document.⁷⁴ In deze uitspraken wordt echter niet expliciet een uitspraak gedaan over de rol of status van dit guidance document.⁷⁵

De Afdeling is meer expliciet over de rol van guidance documenten gerelateerd aan de Burgerschapsrichtlijn. Volgens de Afdeling bieden de richtsnoeren COM(2009)313 een handvat voor de interpretatie van de bepalingen in de richtlijn 2004/38, en kunnen de guidance documenten derhalve niet ‘elke werking worden ontzegd’.⁷⁶ In dit verband acht de Afdeling het relevant dat ook de Minister zelf regelmatig naar de richtsnoeren verwijst ter onderbouwing van beleidsbeslissingen.⁷⁷

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven, rechter in eerste en enige aanleg op het terrein van Europese landbouwsubsidies, is het meest ‘ervaren’ als het gaat om toepassing van guidance documenten: de eerste uitspraken waarin aan guidance documenten wordt gerefereerd dateren uit het jaar 2001.⁷⁸ Uit verschillende uitspraken blijkt dat het CBB de toepassing van guidance documenten ‘als een dwingend voorschrift’ niet accepteert, maar van de Minister verlangt dat hij een afweging maakt in het licht van de omstandigheden van het geval indien dat wordt vereist door de onderliggende Unierechtelijke bepalingen.⁷⁹ Dit betekent echter niet dat het CBB de guidance documenten niet ook zelf als interpretatiehulpmiddel gebruikt.⁸⁰ Dit wordt bijvoorbeeld duidelijk in een recente uitspraak over de uitleg van het begrip kennelijke fout waarin het CBB verwijst naar het ‘obvious error’ guidance document.⁸¹ Het CBB maakt duidelijk dat het dit document in aanmerking neemt omdat het afkomstig is van een gezaghebbende instantie, alsmede vanwege het feit dat de Minister het document hanteert bij de beoordeling of sprake is van een kennelijke fout.⁸²

Uit het bovenstaande volgt dat, op de drie onderzochte terreinen, guidance documenten worden gehanteerd als rechterlijk interpretatiehulpmiddel. Daarnaast aanvaarden de bestuursrechters ook het gebruik van guidance documen-

⁷⁴ Het ‘Guidance document on the strict protection of animal species’ (zie ook hierboven noot 20). Zie bijv. ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2464, par. 7.3 en Rechtbank Leeuwarden 17 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY6864, par. 5.6.

⁷⁵ Zie voor een bespreking van deze rechtspraak Van den Brink & Van Dam 2014, p. 24.

⁷⁶ Zie ABRvS 6 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS1678, par. 2.4.1. Dit is inmiddels vaste rechtspraak, zie ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2006.

⁷⁷ Zie ook ABRvS 13 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BV3584, par. 2.4.1.

⁷⁸ Zie bijv. CBB 6 juni 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB2130, par. 5.

⁷⁹ Zie bijv. CBB 6 juni 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB2130, par. 5; CBB 27 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO2425, par. 2.6; CBB 14 december 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ5816, par. 5.5; CBB 26 juni 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA8565, par. 5.3.

⁸⁰ Zie bijv. CBB 21 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:241 waarin uitgebreid wordt verwezen naar het ‘active farmer guidance document’ DSCG/2014/29.

⁸¹ Working document ARG 49533/2002 on the concept of obvious error.

⁸² CBB 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:323, r.o. 10.

ten door de Minister als hulpmiddel om (beleids)beslissingen te nemen, mits de documenten – aldus het CBB – niet als bindend voorschrift worden gehanteerd.

Deze rechtspraak laat echter ook vragen open ten aanzien van de rol en status van guidance documenten. Hanteert de rechter de documenten als een verplicht of juist vrijwillig interpretatiehulpmiddel? Acht de rechter het mogelijk dat van guidance documenten wordt afgeweken, en zo ja dient dit te worden gemotiveerd? Of geldt hierbij een soortgelijke zelf bindende werking als bij Nederlandse gedrags- of beleidsregels? Neemt de rechter hierbij de Grimaldi rechtspraak van het Hof van Justitie als uitgangspunt? Deze vragen zorgen ervoor dat in de praktijk onduidelijkheid ten aanzien van de betekenis van guidance documenten blijft bestaan.

7. Een blik op de toekomst: een rol voor de Awb?

Volgens Hofmann, Rowe en Türk '[w]ere the Commission not to provide such guidance, many Member States would, frankly, be stumbling in the dark in their attempts to fulfill the demands of European law'.⁸³

In de praktijk vervullen guidance documenten hun rol als implementatiehulpmiddel op uiteenlopende wijze, zo wordt duidelijk uit de analyse in deze bijdrage. Zo worden guidance documenten soms als de facto bindend voorschrift gehanteerd. Soms spelen zij slechts een minimale rol of staat de toepassing van guidance in het teken van een cherry picking benadering. De Nederlandse rechter hanteert de guidance documenten als interpretatiehulpmiddel, maar laat vooral ook vragen open ten aanzien van de bindende werking van guidance documenten voor Nederlandse bestuursorganen en voor de rechter zelf.

De verschillende rollen die guidance documenten spelen in de praktijk, roepen spanningen op in het licht van beginselen die bij de implementatie van het Unierecht in acht dienen te worden genomen. Voor de legitimiteit van het EU bestuur en van het nationale bestuur is echter van belang dat met guidance documenten wordt omgegaan op een wijze die (zoveel mogelijk) in lijn is met rechtsbeginselen. Immers, het feit dat guidance documenten worden gekarakteriseerd door een sterk informeel karakter, betekent niet dat de toepassing van guidance niet door rechtsbeginselen wordt genormeerd.⁸⁴

Dit betekent dat verder moet worden nagedacht over de vraag hoe de rol van guidance documenten in de Nederlandse rechtsorde te reguleren of stroomlijnen. De kunst is dan om guidance documenten zo een rol te geven dat zij rechtsbeginselen dienen én zoveel mogelijk het flexibele, niet-bindende karakter behouden.

De in de inleiding gestelde vraag is of de Awb mogelijk hierbij een rol kan spelen. Zo zou aan guidance documenten een zelfde status kunnen worden

⁸³ Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 570.

⁸⁴ Vgl. S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 80-81.

gegeven als beleidsregels in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb. Echter, wanneer guidance documenten de status van beleidsregels verkrijgen, betekent dat ook dat de guidance documenten door het bestuursorgaan in beginsel dienen te worden gevolgd, en dat afwijking alleen mogelijk is onder de voorwaarden neergelegd in artikel 4:84 Awb. Met andere woorden, door aan te sluiten bij het regime van de Nederlandse beleidsregel, zou de vrijheid van de lidstaten in de implementatie van het Unierecht en de flexibiliteit van guidance (onnodig) worden beperkt.

Misschien dat de oplossing eerder kan worden gevonden in de vorm van zachte regels, een soort guidance dus, die de wetgever, bestuur en rechter begeleiden bij de toepassing van guidance documenten en uitnodigen – zoveel mogelijk – om te gaan met guidance documenten op een transparante, consistente en voorspelbare wijze. Bij het formuleren van die regels zou mogelijk aansluiting kunnen worden gezocht bij de (deels in de Awb gecodificeerde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het motiveringsbeginsel en het (formele) zorgvuldigheidsbeginsel. Maar ook kunnen de zachte regels herinneren aan de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de implementatie van het Unierecht, zodat bij de toepassing van guidance documenten de ruimte en flexibiliteit die door het Unierecht wordt geboden, maar ook de grenzen die door het Unierecht worden gesteld, in acht worden genomen.