

Vergaderjaar 2009–2010

32 157

Regels met betrekking tot de naleving van Europese regelgeving door publieke entiteiten (Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Inhoudsopgave

Algemeen deel	2
1. Inleiding	2
2. Aanleiding tot het wetsvoorstel	3
2.1 Gemeenschapstrouw	3
2.2 Praktijkvoorbeelden	4
3. Instrumenten van de Europese Unie	6
3.1 Procedures	6
3.2 Boetes en dwangsommen	7
4. De reikwijdte van het wetsvoorstel	8
5. Hoofdpijnen van de voorgestelde regeling	9
5.1 Aanwijzingsbevoegdheden en een juridisch afdwingbaar effect	9
5.2 Verhaalsrecht	12
5.3 Waarborgen voor zorgvuldige besluitvorming en rechtsbescherming	12
5.4 Aanpassingen in Provinciewet en de Gemeentewet	13
6. Relaties met andere wetten	13
6.1 Relatie met andere wetsvoorstellen en aanbestedingsregelgeving	13
6.2 Relatie met de Provinciewet en de Gemeentewet	14
6.3 Relatie met andere toezichtsinstrumenten in wetgeving	16
7. Voorbereiding van het wetsvoorstel	16
7.1 Commissie Doorlichting Interbestuurlijk Toezicht	16
7.2 Consultatie van koepelorganisaties decentrale overheden	17
7.3 Reactie Algemene Rekenkamer	18
7.4 Wet Toezicht Europese subsidies	19
8. Rechtsvergelijkende beschouwing	19
Artikelsgewijze toelichting	20

ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

Alle lidstaten van de Europese Unie (hierna: EU) dienen te beschikken over een instrumentarium dat geschikt is om in alle gevallen een juiste naleving van het Europees recht te verzekeren. Dit wetsvoorstel geeft het Rijk een aantal instrumenten om de naleving van Europese regelgeving te bevorderen door alle organen en instanties waarvoor geldt dat de lidstaat Nederland door de Europese Commissie (hierna: EC) en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) er op kan worden aangesproken als deze organen en instanties het gemeenschapsrecht niet naleven.¹ Bij de keuze van dit instrumentarium is van belang dat deze publieke entiteiten een eigen verantwoordelijkheid hebben voor het naleven van Europese regelgeving, terwijl aan de andere kant het Rijk door de EC en het Hof van Justitie verantwoordelijk wordt gesteld voor de niet-naleving daarvan.

Met dit wetsvoorstel beoogt het kabinet het evenwicht te verbeteren tussen enerzijds de gevolgen van de verplichtingen van het Rijk tegenover de Europese Gemeenschap (hierna: EG) en anderzijds de uitgangspunten van de Nederlandse interbestuurlijke verhoudingen, waarbij bovengenoemde publieke entiteiten een eigen verantwoordelijkheid hebben. Het (algemene) belang van het Rijk is de gemeenschapstrouw en de daarmee samenhangende verantwoordelijkheidstelling van het Rijk bij niet-naleving van Europese regelgeving, reden waarom een deel van het instrumentarium van dit wetsvoorstel ook preventief kan worden ingezet. De bevoegdheid om preventief op te treden doet echter niets af aan de eigen verantwoordelijkheid van publieke entiteiten zoals bijvoorbeeld gemeenten en provincies om de Europese regelgeving na te leven. Bij de afweging om in een bepaald geval op een bepaald moment het instrumentarium wel of niet preventief te gebruiken, dient mee te wegen of duidelijk is dat een Europeesrechtelijke rechtsplicht door een daarvoor verantwoordelijke publieke entiteit is geschonden.

Dit wetsvoorstel geeft uitvoering aan het kabinetsstandpunt «De Europese dimensie van toezicht»² dat op 7 juli 2004 aan de Tweede Kamer is aangeboden (hierna: het kabinetsstandpunt). In dit kabinetsstandpunt wordt geconcludeerd dat de toezichtsinstrumenten waarover de centrale overheid nu beschikt onvoldoende zijn, en dat extra toezichtsinstrumenten wenselijk zijn om de naleving van Europese regelgeving door publieke entiteiten te verzekeren. Er is uit het oogpunt van transparantie en uniformiteit voor gekozen om deze extra toezichtsinstrumenten in één wet te plaatsen die zich richt tot alle publieke entiteiten die verantwoordelijk zijn voor de naleving van Europeesrechtelijke verplichtingen.

Dit wetsvoorstel voorziet in de volgende extra instrumenten:

- 1 de bevoegdheid voor de verantwoordelijke minister tot het geven van een bijzondere aanwijzing wanneer:
 - a een publieke entiteit zijn verantwoordelijkheid ten aanzien van het ontvangen, beheren, controleren van of toezicht houden op Europese subsidies verzuimt of dreigt te verzuimen.
 - b een publieke entiteit niet of niet naar behoren voldoet aan Europeesrechtelijke verplichtingen, anders dan die ten aanzien van Europese subsidies, die onder haar verantwoordelijkheid vallen.
- 2 een sluitstuk op bovenstaande aanwijzing(en) waarmee de verantwoordelijke minister, als een gegeven aanwijzing niet wordt opgevolgd, maatregelen kan nemen om zelf te voorzien in dat waarop de aanwijzing gericht was.
- 3 een verhaalsrecht voor het Rijk om een krachtens artikel 228 van het EG-Verdrag te betalen forfaitaire som of dwangsom te verhalen op de

¹ Het is in beginsel ook mogelijk dat Nederland aansprakelijk wordt gesteld door andere lidstaten van de Europese Unie of door de Europese Investeringsbank. Gelet op het in verhouding geringe belang van deze mogelijkheden, komen deze in deze memorie slechts beperkt aan bod en wel in de toelichting bij artikel 7.

² Kamerstukken II, 2003/04, 21 109, nr. 138.

publieke entiteit waaraan het niet nakomen van de Europese verplichtingen kan worden toegerekend.

Vanwege het ingrijpende karakter moet met deze extra instrumenten zorgvuldig worden omgegaan. Uitgangspunt is dat de betrokken minister de instrumenten pas hanteert nadat is gebleken dat met de beleidsmatige instrumenten informatievoorziening, voorlichting en (ambtelijk en bestuurlijk) overleg niet het gewenste resultaat wordt bereikt. Ten aanzien van een provincie, gemeente of gemeenschappelijke regeling op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen (hierna: Wgr) waaraan een gemeente of provincie deelneemt, geldt als uitgangspunt dat het voorgestelde instrumentarium alleen kan worden ingezet als het generieke toezichtsinstrumentarium geen oplossing voor het probleem biedt. Hiermee gaat dit wetsvoorstel uit van het primaat van het generieke instrumentarium voor interbestuurlijk toezicht, zoals geregeld in de Grondwet en de organieke wetgeving.

Dit betekent dat bij een schending van het Europees recht door een provincie, gemeente of een gemeenschappelijke regeling waaraan een gemeente of provincie deelneemt, voorrang wordt gegeven aan de generieke toezichtinstrumenten uit de Provinciewet en de Gemeentewet (schorring en vernietiging en indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing). Deze voorrang voor het generieke toezicht wordt verder toegelicht in paragraaf 6.2 van deze memorie.

In dit voorstel van wet wordt verder de belemmering in artikel 10:39 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) om een correcte naleving van Europeesrechtelijke verplichtingen te kunnen waarborgen opgeheven. Die belemmering betreft de termijn van dertien weken waarbinnen ingevolge de Awb een besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling moet worden vernietigd.

De bestaande Wet toezicht Europese subsidies¹ (hierna: Wet TES) bevat vergelijkbare instrumenten ter bevordering van de naleving van Europese regelgeving door publieke entiteiten, zij het dat het toepassingsbereik van de wet is beperkt tot Europese subsidies. Voorgesteld wordt om de Wet TES te incorporeren in dit wetsvoorstel. De Minister van Financiën is om die reden mede betrokken geweest bij deze memorie van toelichting.

2. Aanleiding tot het wetsvoorstel

Nederlandse overheden hebben dagelijks en in toenemende mate te maken met Europese wet- en regelgeving. Dat geldt niet alleen voor de rijksoverheid maar voor vrijwel alle publieke entiteiten. Onder publieke entiteiten worden alle organen en instanties verstaan waarvoor geldt dat de lidstaat Nederland er door de EC en het Hof van Justitie op kan worden aangesproken als deze organen en instanties het gemeenschapsrecht schenden. Om te voorkomen dat lidstaten zich verschuilen achter privaatrechtelijke constructies om de verplichting tot naleving van Europese regels te ontlopen, hanteert het gemeenschapsrecht een ruim overheidsbegrip, waarbij in dit wetsvoorstel is aangesloten. In paragraaf 4 van deze memorie wordt dieper op de definitie van publieke entiteit ingegaan.

2.1 Gemeenschapstrouw

De invloed van Europese regelgeving komt tot uiting bij de uitvoering van beleid en regelgeving en in de verplichting daarbij randvoorwaarden in acht te nemen die het gemeenschapsrecht stelt. Ook kunnen publieke entiteiten verantwoordelijk zijn voor de verplichting Europees recht om te zetten in eigen regelgeving of hun eigen regelgeving daarmee in overeenstemming te brengen. Tegenover de EG is de lidstaat Nederland verant-

¹ Wet toezicht Europese subsidies (Wet TES), Kamerstukken II 2000/01, 27 572. De Wet TES is in werking getreden op 1 mei 2002.

woordelijk voor de naleving van het Europese recht. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat onder het begrip «lidstaat» niet alleen de centrale overheid valt, maar alle publieke entiteiten.¹ Deze publieke entiteiten hebben binnen de Nederlandse constitutionele verhoudingen een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de naleving van het Europees recht. De rijksoverheid kan zich echter niet beroepen op de decentrale of functionele organisatie van de Nederlandse verantwoordelijkheden als zij wordt aangesproken op de naleving van het gemeenschapsrecht.

Het beginsel van Gemeenschapstrouw, dat in artikel 10 van het EG-Verdrag is vastgelegd, brengt met zich mee dat de lidstaten alle algemene of bijzondere maatregelen moeten treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Wanneer een overheidsinstelling in een lidstaat het Europees recht niet naleeft, kan de EC in een inbreukprocedure (artikel 226 van het EG-Verdrag) de lidstaat ter verantwoording roepen. Deze procedure kan leiden tot een zaak voor het Hof van Justitie, waarin Nederland aansprakelijk gesteld wordt voor een inbreuk op de Europese regelgeving, waarvoor een niet tot de centrale overheid behorende publieke entiteit verantwoordelijk is. Indien het Hof van Justitie in een arrest oordeelt dat het gemeenschapsrecht is geschonden, kan het, indien de lidstaat de verplichtingen die uit het arrest van het Hof voortvloeien niet nakomt, in een tweede procedure uiteindelijk een boete en/of een dwangsom opleggen aan de lidstaat.

Met dit wetsvoorstel beoogt het kabinet de juiste naleving van Europese regelgeving te bevorderen. Het voorgestelde instrumentarium is primair gericht op het voorkomen van inbreukprocedures en bevat tevens de mogelijkheid om eventuele aan de staat opgelegde boetes en dwangsommen te kunnen verhalen. In het kabinetsstandpunt wordt geconcludeerd dat het Rijk hiervoor dient te beschikken over meer en andere instrumenten dan het bestaande toezichtsinstrumentarium. In het kabinetsstandpunt wordt uiteen gezet dat enkele aanvullende toezichtsinstrumenten wenselijk zijn om de naleving van de Europese regels door publieke entiteiten te verzekeren, zonder dat deze instrumenten afdoen aan de eigen verantwoordelijkheid van deze entiteiten voor de naleving van Europese regelgeving.

Dit wetsvoorstel geeft hieraan uitvoering en probeert een evenwicht te creëren tussen enerzijds de Europeesrechtelijke verplichtingen van Nederland en anderzijds de principes van de Nederlandse interbestuurlijke verhoudingen.

2.2 *Praktijkvoorbeelden*

Er zijn veel praktijkvoorbeelden te vinden van gevallen waarin naleving van Europeesrechtelijke verplichting door publieke entiteiten problemen opleverde. Een terrein waarop dat vaak is gebleken is het terrein van de aanbesteding. In 2002 liet het ministerie van Economische Zaken een onderzoek uitvoeren naar de naleving van de Europese aanbestedingsregels.² Het onderzoek richtte zich op het Rijk (kerndepartementen), de decentrale overheden en op een selectie van publiekrechtelijke instellingen bestaande uit academische ziekenhuizen, HBO-instellingen, universiteiten, rijksmusea en politieregio's. Uit het onderzoek bleek de naleving voor alle gevallen onder de maat te zijn.

Alhoewel er geen specifieke onderzoeken naar zijn verricht, zijn ook op veel andere terreinen voorbeelden van publieke entiteiten die de Europese regels niet adequaat naleven. Op het terrein van staatssteun komt het bijvoorbeeld voor dat publieke entiteiten subsidies geven zonder hiervoor tijdig de vereiste voorafgaande goedkeuring van de EC te vragen. In 2007 verleende een Nederlandse provincie staatssteun aan een glastuinbedrijf

¹ HvJ EG 15–12–1971, zaken 21–24/71, International Fruit Company II, HvJ EG 12–06–1990, zaak C-8/88, Landbouwpremies (D) en HvJ EG 12–06–1990, zaak C-188/89, CA. Foster e.a./British Gas plc, overwegingen 16–19.

² Telgen, J. (2004), *Nalevingsmeting Aanbesteden 2002: resultaten van een onderzoek naar de naleving van de aanbestedingsrichtlijnen*.

voor het boren naar aardwarmte. Deze steun werd pas achteraf gemeld aan de EC. Alhoewel deze staatssteun werd goedgekeurd, werd door de EC aangegeven dit zij een volgende keer niet tot goedkeuring zou overgaan omdat de procedures niet goed waren gevolgd. Hierdoor liepen zowel het Rijk, de provincie als de ondernemer een risico.

Er zijn ook voorbeelden bekend waarbij helemaal geen melding werd gedaan van door een publieke entiteit onrechtmatig verleende staatssteun, of situaties waarbij publieke entiteiten subsidie bleven geven ondanks een negatieve staatssteunbeschikking van de EC. In andere gevallen weigerden publieke entiteiten niet-goedgekeurde en daarmee onrechtmatig verleende staatssteun terug te vorderen, waardoor Nederland risico liep.

Ook de onjuiste of niet tijdige implementatie van Europese regelgeving door publieke entiteiten kan aanleiding zijn tot situaties waarbij het Rijk wordt aangesproken voor lacunes in de (implementatie)regelgeving van de betrokken publieke entiteit. Een goed voorbeeld van een risico met betrekking tot tijdige implementatie is de situatie waarin het Productschap Dranken ondanks herhaaldelijk aandringen vanuit het ministerie van Economische Zaken lange tijd weigerde een wijziging van de Verpakkingsverordening Productschap Dranken 2003 goed te keuren, waardoor de implementatietermijn van richtlijn 2004/75/EG inzake voorverpakte producten werd overschreden.¹ In dit geval was de inwerkingtreding van de wijzingsverordening nog net op tijd om de te late implementatie niet mee te laten tellen in het Scoreboard Interne Markt² van de EC, maar van een dergelijk «respijt» mag niet worden uitgegaan bij de naleving van implementatietermijnen.

Ten slotte een praktijkvoorbeeld dat er aan heeft bijgedragen dat in het kabinetsstandpunt extra instrumenten zijn aangekondigd in het interbestuurlijk toezicht. In deze inbreukzaak, die betrekking had op een aanbesteding, stond de rijksoverheid relatief machteloos toen zij een met redenen omkleed advies toegezonden kreeg van de EC. De EC maakte bezwaar tegen het feit dat een Nederlandse gemeente een contract had gesloten waarin een bedrijf het exclusieve recht kreeg diverse werkzaamheden uit te voeren. In 2000 vroeg de EC Nederland hierover om opheldering. De verantwoordelijke minister kon slechts berichten dat hij de gemeente verzocht had de overeenkomst op de kortst mogelijke termijn te beëindigen. Aan de gemeente is meegedeeld dat dit verzoek niet vrijblijvend was. Dat was de maximale druk die op de gemeente kon worden uitgeoefend. Nadat de door de EC gestelde termijn ruimschoots was verstreken ontving de verantwoordelijke minister de gevraagde informatie. Deze hield in dat de gemeente voorlopig geen verdere opdrachten onder het getekende contract zou verlenen. Intussen had de EC formeel aangekondigd een inbreukprocedure op grond van artikel 226 van het EG-Verdrag voor het Hof van Justitie te zullen beginnen. Na ontvangst van de aanvullende informatie besloot de EC deze procedure niet door te zetten.

Het bovenstaande illustreert overigens ook dat een lidstaat aansprakelijk gesteld kan worden voor een door een niet tot de centrale overheid behorende publieke entiteit gepleegde inbreuk op de Europese regels. Er bestaat ook jurisprudentie van het Hof van Justitie waaruit blijkt dat op een lidstaat de algemene verplichting rust actief de naleving van de Europese regels te bevorderen. Deze algemene verplichting blijkt uit een arrest van het Hof van Justitie in een procedure van de EC tegen Ierland.³ In deze zaak vorderde de EC gelijktijdig de vaststelling van de niet-nakoming door Ierland van de verplichtingen in de afvalstoffenrichtlijn en de vaststelling van niet-nakoming van deze verplichtingen wegens een strijdige algemene administratieve praktijk. Het Hof van Justitie oordeelde dat een administratieve praktijk door de EC kan worden aangevochten wanneer het een constante en algemene praktijk betreft. In deze zaak ging het om

¹ Kamerstukken II 2008/09, 21 109, nr. 187, p. 4 en 5.

² Het Scoreboard Interne Markt is een instrument van de EC, waarmee de EC het functioneren van de interne markt controleert en waarin onder andere de omzetting van Europese richtlijnen in nationaal recht wordt bijgehouden.

³ HvJ EG 26-4-2005, zaak C-494/01, Commissie/Ierland.

een vereiste uit de afvalstoffenrichtlijn op basis waarvan alleen afval mag worden verwerkt met een vergunning. Volgens het Hof van Justitie brengt dit vereiste met zich mee dat lidstaten er op toezien dat het vergunningsstelsel daadwerkelijk wordt toegepast en nageleefd. De lidstaat dient ervoor te zorgen dat overtreders een serieus risico lopen te worden betrapt en bestraft op een wijze die leidt tot ontneming van het voordeel. Ierland had de richtlijn weliswaar goed geïmplementeerd, maar was te tolerant tegenover overtreders.

Dat lidstaten aansprakelijk worden gesteld voor de onjuiste naleving van Europese regels door *alle* publieke entiteiten toont bijvoorbeeld de ESF-affaire (Europees Sociaal Fonds). In 2001 eiste de EC geld terug dat Nederland had ontvangen uit het Europees Sociaal Fonds voor banenprojecten; volgens de EC werden deze subsidies onjuist besteed. Nederland werd een korting opgelegd van ruim 157 miljoen euro. De uitgifte van deze subsidies was belegd bij een zelfstandig bestuursorgaan, maar de korting van de EC richtte zich tot de lidstaat Nederland.

3. Instrumentarium van de Europese Gemeenschap

3.1 Procedures

De Gemeenschapsinstellingen (EC en Hof van Justitie) beschikken over een aantal instrumenten om de juiste naleving van de Europese wet- en regelgeving door lidstaten te garanderen. In verband met dit wetsvoorstel is de zogenaamde inbreukprocedure (artikel 226 van het EG-Verdrag) van belang, waarmee de EC een lidstaat voor het Hof van Justitie kan dagen als deze zijn verplichtingen niet nakomt. Deze procedure is met de nodige waarborgen omkleed. De EC kan een zaak niet rauwelijks bij het Hof aanhangig maken. Daar gaan enkele fasen aan vooraf.

Eerst voert de EC een onderzoek uit, waarin de lidstaat de gelegenheid krijgt zijn standpunt kenbaar te maken. Deze zogenaamde «ingebrekestelling» vormt de eerste fase van een inbreukprocedure. Wanneer het gaat om een voornemen of besluit van een publieke entiteit zal de verantwoordelijke minister het verzoek om informatie doorsturen naar de betreffende entiteit. Een verplichting tot het verschaffen van informatie vloeit onder meer voort uit de artikelen 116 Provinciewet, 118 Gemeentewet, artikel 58 Waterschapswet en artikel 20 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (hierna: Kaderwet zbo's). De betreffende entiteit krijgt de gelegenheid zijn zienswijze te geven. Tegenover de EC vertegenwoordigt de verantwoordelijke minister de lidstaat Nederland, hetgeen betekent dat de verantwoordelijke minister bepaalt welk standpunt wordt ingenomen. Wanneer de lidstaat en de EC geen overeenstemming met elkaar bereiken, kan de EC een met redenen omkleed advies uitbrengen, inhoudende dat de lidstaat een krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen. Dit vormt de tweede fase van de inbreukprocedure. Indien de lidstaat dit advies niet binnen de vastgestelde termijn opvolgt kan de EC de zaak aanhangig maken bij het Hof van Justitie (derde fase). De EC is daarbij niet gebonden aan een bepaalde termijn. De lidstaat wordt ook in deze fase vertegenwoordigd door de rijksoverheid. Wanneer het Hof van Justitie vaststelt dat een lidstaat de bij of krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichtingen inderdaad niet is nagekomen, wordt de lidstaat verplicht om onmiddellijk maatregelen te nemen die nodig zijn om uitvoering te geven aan het arrest van het Hof van Justitie (artikel 228, eerste lid, van het EG-Verdrag).

Op het gebied van staatssteun wordt de procedure vaak ingeleid met de vaststelling van de EC (na onderzoek) dat verleende steun volgens artikel 87 van het EG-Verdrag niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en de vaststelling dat de betrokken lidstaat de steunmaatregel moet

opheffen of wijzigen binnen de door de EC vastgestelde termijn. De EC kan zich rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden, wanneer de lidstaat het besluit van de EC niet binnen de gestelde termijn nakomt.

3.2 Boetes en dwangsommen

Artikel 228 van het EG-Verdrag bepaalt verder dat de EC controleert of de lidstaat de verplichtingen nakomt die uit het arrest van het Hof van Justitie voortvloeien. Als de EC oordeelt dat de lidstaat in gebreke blijft brengt de EC, nadat de lidstaat de mogelijkheid heeft gekregen opmerkingen in te dienen, opnieuw een met redenen omkleed advies uit. Hierin wordt gepreciseerd op welke punten de lidstaat het arrest niet is nagekomen. Wanneer de lidstaat de maatregelen ter uitvoering van het arrest niet binnen de door de EC vastgestelde termijn neemt, kan de EC de zaak nogmaals voor het Hof van Justitie brengen.

Het tweede lid van artikel 228 van het EG-Verdrag bepaalt dat indien het Hof van Justitie vaststelt dat de betrokken lidstaat de in zijn arrest genoemde maatregelen niet heeft getroffen, het Hof van Justitie deze lidstaat de betaling van een forfaitaire som (een boete wegens het laten voortduren van de vastgestelde schending van het gemeenschapsrecht) of een dwangsom (om het ongedaan maken van die schending af te dwingen) kan opleggen. De EC vermeldt, op het moment dat zij de zaak bij het Hof van Justitie aanbrengt, het bedrag dat zij passend acht voor de door de lidstaat te betalen forfaitaire som of dwangsom.

Op 4 juli 2000 legde het Hof van Justitie voor het eerst een dwangsom op op basis van artikel 228, tweede lid, EG.¹ Deze werd opgelegd aan Griekenland en was het gevolg van nalatigheid van regionale autoriteiten op Kreta bij het nakomen van verplichtingen op het terrein van de Europese regelgeving inzake afvalstoffen. Griekenland was acht jaar eerder al veroordeeld in een inbreukprocedure ten aanzien van dezelfde feiten, de overtreding van een tweetal afvalstoffenrichtlijnen. De dwangsom hield in dat zolang Griekenland niet de noodzakelijke maatregelen zou treffen voor het zonder gevaar voor de gezondheid van de mens en zonder nadelige gevolgen voor het milieu verwijderen van toxische en gevaarlijke afvalstoffen op een dichtbij zee gelegen stortplaats op Kreta, Griekenland per dag verzuim een bedrag van € 20 000 moest betalen. Met dit arrest kreeg de geldstraf als handhavingmiddel een nieuwe dimensie.

Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Commissie tegen Frankrijk² heeft de EC in 2005 een mededeling uitgebracht over de mogelijkheid dat het Hof van Justitie een boete én een dwangsom gezamenlijk kan opleggen bij een ernstige en voortdurende niet-nakoming van het gemeenschapsrecht. In deze zaak werd Frankrijk veroordeeld tot een boete van € 20 miljoen en een dwangsom van € 57 miljoen voor iedere zes maanden dat de verplichtingen niet werden nagekomen. Net zoals in de al eerder genoemde zaak van de EC tegen Ierland³ stond in deze zaak het gebrek aan controle en vervolging van overtredingen van gemeenschapsrecht door de regionale autoriteiten centraal.⁴ In de betreffende mededeling van de EC over de toepassing van artikel 228 van het EG-Verdrag (boetebeleid)⁵ wordt vastgesteld dat de EC de bevoegdheid heeft om het Hof van Justitie te verzoeken financiële sancties op te leggen aan lidstaten die nalatig zijn gebleven bij de uitvoering van een eerder arrest van het Hof van Justitie, waarbij een inbreuk is geconstateerd op het gemeenschapsrecht. Zoals geformuleerd in de mededeling zal de EC voortaan naast een dwangsom op de voortdurende van de inbreuk ook een boete vorderen over de periode waarin het eerste arrest niet uitgevoerd is. De EC geeft aan dat de hoogte van zowel de dwangsom als de boete wordt berekend aan de hand van de ernst en de duur van de inbreuk, en het politiek en financieel gewicht van de lidstaat.

¹ HvJ EG 04-07-2000, Zaak C-387/97, Commissie/ Griekenland Zie J.C. Haersolte, De Griekse dwangsom: mag het ietsje meer zijn?, NTER 2000, p. 321–324.

² HvJ EG 12-07-2005, zaak C-304/02, Commissie/Frankrijk.

³ HvJ EG 26-04-2005, zaak C-494/01, Commissie/Ierland.

⁴ A. Schrauwen, Dwangsom of boete, wat als een lidstaat zijn verplichtingen uit EG-recht verwaarloost?, NTER2005, p. 236.

⁵ COM (2007) 398 def. 24ste jaarverslag van de commissie over de controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht (2006).

Overigens kan het Hof van Justitie ook ambtshalve overgaan tot het opleggen van een boete en/of dwangsom. Voor Nederland zal op basis van de hiervoor genoemde mededeling van de EC de door de EC gevraagde dwangsom variëren van € 4710,- tot € 282 600,- per dag. De minimumboete bedraagt voor Nederland € 3 925 000,- en kan worden verhoogd naar gelang de ernst en de duur van de inbreuk. De duur van de inbreuk wordt gemeten over de termijn die verstrijkt tussen het eerste arrest en de dag waarop de inbreuk wordt opgeheven. Als Nederland de niet-nakoming vijf jaar na het eerste veroordelende arrest opheft, dan kan een boete variëren van € 5 730 500,- voor een niet ernstige inbreuk tot € 28 652 500,- voor een zeer ernstige inbreuk. Doet Nederland er echter tien jaar over om de inbreuk op te heffen, dan varieert de boete van € 11 461 000,- voor een niet ernstige inbreuk tot € 57 305 000 voor een zeer ernstige inbreuk. Overigens heeft het Hof van Justitie steeds duidelijk gemaakt dat de formules van de EC het Hof niet bindt en dat van deze formules afgeweken kan worden.

Uit bovenstaande mededeling blijkt dat de EC en het Hof van Justitie meer werk maken van het toezien op de naleving van Europese verplichtingen. Hiermee neemt de behoefte aan meer concrete bevoegdheden voor de centrale overheid ten behoeve van de naleving van Europese regelgeving door publieke entiteiten in Nederland toe.

4. De reikwijdte van het wetsvoorstel

Dit wetsvoorstel heeft betrekking op het instrumentarium dat de minister die het aangaat (zie verder de toelichting bij artikel¹ kan inzetten in de richting van publieke entiteiten om naleving van Europese regelgeving te bevorderen.

Omdat de EC en het Hof van Justitie willen voorkomen dat lidstaten zich verschuilen achter privaatrechtelijke constructies om de verplichting tot naleving van Europese regels te ontlopen, hanteert het gemeenschapsrecht een ruim overheidsbegrip. Dit brede begrip hanteerde de Gemeenschap voor het eerst in secundair gemeenschapsrecht, de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Sindsdien wordt dit ruime overheidsbegrip ook in andere richtlijnen en in verordeningen gehanteerd. Ten aanzien van het niet naleven van Europese regelgeving door al die publieke entiteiten kunnen de EC en het Hof van Justitie de lidstaten aanspreken (zie bijvoorbeeld de ESF-affaire in paragraaf 2.2). Het wetsvoorstel is aldus van toepassing op organen en instanties waarop een aanbestedingsplicht rust op grond van de aanbestedingsrichtlijn² of de nutsrichtlijn.³ Onder dit ruime overheidsbegrip worden onder andere de volgende publieke entiteiten verstaan: ministeries, rijksdiensten, provincies, gemeenten, waterschappen, gemeenschappelijke regelingen en publiekrechtelijke instellingen, zoals bijvoorbeeld zelfstandige bestuursorganen (zbo's), publiekrechtelijke bedrijfsorganen (pbo's) en privaatrechtelijk vormgegeven organisaties die voorzien in behoeften van algemeen belang en waarin sprake is van een overwegende overheidsinvloed.⁴ In het wetsvoorstel (artikel 1, onderdeel c) wordt evenwel expliciet bepaald dat het niet van toepassing is op de staat of de ministers, aangezien deze bij verzuim in hun verantwoordelijkheden zelf rechtstreeks door de Europese Commissie of het Hof van Justitie zullen worden aangesproken. Voor publiekrechtelijke instellingen en overheidsbedrijven geldt dat als er sprake is van een overheersende invloed van de staat, de staat zal moeten bezien of niet beter gebruik kan worden gemaakt van die overheersende invloed in plaats van het instrumentarium uit deze wet. In de toelichting bij artikel 1 wordt nader op de omschrijving van het begrip publieke entiteit ingegaan.

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEG L 134).

³ Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PbEG L 134).

⁴ Volgens de aanbestedingsrichtlijnen zijn publiekrechtelijke instellingen, instellingen: – die rechtspersoonlijkheid bezitten, en – die zijn opgericht met het speciale doel tegemoet te komen aan behoeften van algemeen belang die geen industrieel of commercieel karakter dragen, en – die voor meer dan 50% door een aanbestedende dienst worden gefinancierd, of – waarvan het beheer is onderworpen aan toezicht door een aanbestedende dienst, of – waarvan de bestuursorganen (directie, raad van bestuur, raad van toezicht) voor meer dan de helft worden benoemd door een andere aanbestedende dienst.

De in het wetsvoorstel voorgestelde instrumenten zijn uiterste middelen: de eigen verantwoordelijkheid van de betreffende publieke entiteit staat altijd voorop. In eerste instantie zal het Rijk er altijd naar streven om publieke entiteiten beter in staat te stellen het Europees recht na te leven door het verstrekken van informatie of het geven van voorlichting. Hiervoor lopen diverse trajecten die er op gericht zijn de kennis en kunde over de Europese wet- en regelgeving bij publieke entiteiten te vergroten. Wanneer in concrete gevallen het gewenste resultaat niet wordt bereikt met voorlichting en informatie, volgt ambtelijk en daarna bestuurlijk overleg. Dat overleg geeft de publieke entiteit voldoende mogelijkheden om zich te verweren of te erkennen dat niet of niet naar behoren is gehandeld (vergelijk de zogenaamde interventieladder behorende bij het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel Wet revitalisering generiek toezicht¹ (zie verder paragraaf 6.2)). Pas wanneer deze instrumenten niet tot het gewenste resultaat leiden, zullen de in dit wetsvoorstel voorgestelde juridische instrumenten kunnen worden ingezet. De betrokken publieke entiteit is en blijft hoe dan ook verantwoordelijk voor de naleving van Europeesrechtelijke verplichtingen. Het niet inzetten van het juridische instrumentarium van onderhavige voorstel van wet, op welk moment dan ook, is nooit een stilzwijgende instemming met het handelen of nalaten van een publieke entiteit ten aanzien van een op haar rustende rechtsplicht die uit het Gemeenschapsrecht voortvloeit. Wanneer er overigens sprake is van gebrekkig of onjuiste omzetting van een richtlijn in de nationale wetgeving, of wanneer het vermoeden bestaat dat hiervan sprake is, dan zal dat iets zijn dat een rol speelt bij de afweging om de instrumenten van dit wetsvoorstel toe te passen. Van belang is daarbij wel dat de betreffende publieke entiteit en het ministerie dat voor de omzetting van de richtlijn verantwoordelijk is, overleg voeren om tot een eensluidende visie te komen over de uitleg van de richtlijn. Door de Minister van Justitie is eerder ook de beleidslijn bekend gemaakt dat het Rijk eventuele schade als gevolg van handelen in overeenstemming met de uitkomst van de consultatie, niet zou moeten trachten te verhalen op het bestuursorgaan (TK 2003/04, 21 109, nr. 137, p. 3).

In verband met het voor decentrale overheden reeds bestaande, uitgebreide toezichtsinstrumentarium wordt in dit wetsvoorstel een onderscheid gemaakt tussen enerzijds provincies, gemeenten en gemeenschappelijke regelingen waar een provincie of een gemeente aan deelneemt, en anderzijds de overige publieke entiteiten. Op dit onderscheid wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

Het kabinet streeft naar een zodanig gebruik van de hier bedoelde bevoegdheden dat de met de uitvoering gemoeide kosten voor de betrokken overheidsinstellingen zoveel mogelijk beperkt blijven. Ook moeten de bestuurslasten voor de ministeries zoveel mogelijk beperkt worden. Voor het uitoefenen van de nieuwe bevoegdheden kan worden aangesloten bij de bestaande praktijk. Nieuwe structuren of nieuwe afdelingen op de ministeries worden niet voorzien.

5. Hoofdpijnen van de voorgestelde regeling

Met dit wetsvoorstel krijgt de verantwoordelijke minister instrumenten om de naleving van Europese regelgeving door publieke entiteiten, indien noodzakelijk, af te dwingen. In dit hoofdstuk worden de instrumenten nader toegelicht.

5.1 Aanwijzingsbevoegdheid en een juridisch afdwingbaar effect

De in de artikelen 2 en 3 opgenomen aanwijzingsbevoegdheden geven de verantwoordelijke minister(s) een wettelijke bevoegdheid om in een

¹ De consultatieversie van het wetsvoorstel is te vinden in een persbericht van 17 augustus 2009 op <http://www.minbzk.nl/algemene-onderdelen/blindgangers/persberichtenter?ActtMldt=121317>.

concreet geval een bijzondere aanwijzing te geven. Deze aanwijzing kan worden gegeven indien een publieke entiteit zijn verantwoordelijkheid ten aanzien van Europese subsidies (artikel 3) verzuimt of dreigt te verzuimen of indien een publieke entiteit niet of niet naar behoren voldoet aan Europeesrechtelijke verplichtingen, anders dan die ten aanzien van Europese subsidies, die onder haar verantwoordelijkheid vallen (artikel 2). Bij deze bijzondere aanwijzing gaat het om een opdracht vanuit het Rijk aan een publieke entiteit, in een individueel geval, om aan de Europeesrechtelijke verplichtingen te voldoen.

Artikel 2 geeft de verantwoordelijke minister(s) de bevoegdheid een aanwijzing te geven aan een publieke entiteit als die er verantwoordelijk voor is dat de lidstaat Nederland niet (waaronder begrepen niet tijdig) of niet naar behoren voldoet aan één van de bij of krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichtingen, anders dan de verplichting betreffende Europese subsidies (artikel 3). In veel gevallen zal dit gaan om verplichtingen ten aanzien van aanbestedingen en van steunmaatregelen (zoals bedoeld in artikel 87 eerste lid, van het EG-Verdrag). Ook voor meldingsplichten op grond van de Notificatierichtlijn¹ of de Dienstenrichtlijn² kan deze bevoegdheid van belang zijn. Verder kan bijvoorbeeld een aanwijzing worden gegeven met betrekking tot implementatie. In de toelichting bij artikel 2 wordt nader ingegaan op de aard van de Europeesrechtelijke verplichtingen waar het in deze gevallen om kan gaan.

De verantwoordelijke minister in artikel 2 is de minister die het aangaat (zie verder de toelichting bij artikel 1, onderdeel d) ofwel in overeenstemming met de Minister van BZK ten aanzien van provincies, gemeenten en gemeenschappelijke regelingen waaraan zij deelnemen ofwel in overeenstemming met de Minister van Verkeer en Waterstaat ten aanzien van waterschappen en gemeenschappelijke regelingen waaraan uitsluitend waterschappen deelnemen. De Minister van BZK is mede betrokken gelet op zijn systeemverantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het bestuur. Deze regierol heeft als voordeel een centrale benadering ten aanzien van gemeenten, provincies en door hen getroffen gemeenschappelijke regelingen. De Minister van Verkeer en Waterstaat is mede betrokken gelet op zijn verantwoordelijkheid voor de waterschappen.

Ten aanzien van deze aanwijzing geldt voor gemeenten, provincies en door hen getroffen gemeenschappelijke regelingen dat het generieke instrumentarium van de Gemeentewet, de Provinciewet en de Wgr voorrang heeft. Dat wil zeggen dat de aanwijzing alleen is bedoeld voor die gevallen waarin het generieke toezichtsinstrumentarium geen oplossing biedt. Indien het generieke instrumentarium niet kan leiden tot een oplossing van het probleem, dan kan het instrumentarium van onderhavig wetsvoorstel worden ingezet. Paragraaf 6.2 gaat verder in op deze voorrang voor het in de organieke wetgeving geregelde generieke toezichtsinstrumentarium.

De aanwijzing die wordt voorgesteld in artikel 3 is ontleend aan de in te trekken Wet TES en kan worden gegeven wanneer een publieke entiteit zijn verantwoordelijkheid ten aanzien van het ontvangen, beheren of controleren van Europese subsidies verzuimt of dreigt te verzuimen.

In een op basis van artikel 2 of 3 gegeven aanwijzing wordt altijd een termijn vermeld waarbinnen de aanwijzing moet worden opgevolgd. Deze termijn wordt afgestemd op de termijn die, met betrekking tot het concrete geval, binnen het Europese recht van belang is. Relevant hiervoor zijn in eerste instantie de termijnen die gelden op het moment van ingebrekestelling. In deze fase kan nog verlenging worden aangevraagd van de termijn die in acht moet worden genomen als de EC blijkens een met redenen omkleed advies (paragraaf 3) heeft aangegeven van oordeel

¹ Richtlijn nr. 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, PbEG 1998 L 217.

² Richtlijn nr. 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt, PbEU L 376.

te zijn dat Nederland de betreffende verplichting niet is nagekomen of als het Hof van Justitie reeds heeft vastgesteld dat zulks inderdaad het geval is. In alle gevallen moet de verplichting zo spoedig mogelijk alsnog worden nagekomen. Voorkomen dient te worden dat een onrechtmatigheid ontstaat of voortduurt die uiteindelijk zou kunnen leiden tot het opleggen van financiële sancties door het Hof van Justitie. Ook bij staatssteunzaken spelen de door de EC gestelde termijnen een belangrijke rol. Wanneer de EC concludeert dat een verleende steunmaatregel onverenigbaar is met het EG-Verdrag, of alleen onder bepaalde voorwaarden verenigbaar is met het EG-Verdrag, geeft de EC in een beschikking aan binnen welke termijn de maatregel opgeheven of gewijzigd moet worden. De lidstaat moet deze verplichting binnen die termijn nakomen.

Een aanwijzing op grond van artikel 2 of 3 dient alleen in uitzonderlijke gevallen en als uiterste redmiddel te worden gebruikt. Een aanwijzing kan reeds worden gegeven voordat de Europese Commissie blijkens een advies als bedoeld in artikel 226 van het EG-Verdrag heeft aangegeven van oordeel te zijn dat Nederland een van de krachtens dat verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen of het Hof van Justitie heeft vastgesteld dat de staat een van de krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen. Die mogelijkheid tot tijdige inzet van het instrumentarium versterkt de preventieve werking van de aanwijzingsbevoegdheid en de effectiviteit van het totale instrumentarium. Die preventieve werking is van belang gelet op het doel van de wet, namelijk het bevorderen van de naleving van Europese regelgeving. De aanwijzingsbevoegdheid vereist dat het Rijk (objectief) moet oordelen of sprake is van handelen (of nalaten) dat duidelijk in strijd is met het gemeenschapsrecht, net zoals bij de uitoefening van de huidige toezichtsbevoegdheden van schorsing en vernietiging wordt geoordeeld over handelen (of nalaten) in strijd met het recht. Zekerheid over de uitleg van het Gemeenschapsrecht over een bepaalde aangelegenheid kan zo nodig – er zijn immers ook gevallen waarin overduidelijk sprake is van een schending van het Gemeenschapsrecht – in een eventuele rechterlijke procedure (met mogelijk prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie) worden verkregen. Overigens is een nationale rechter niet altijd verplicht om in een bepaalde zaak prejudiciële vragen te stellen. Zo is hij daartoe niet verplicht in de gevallen waarin het Hof van Justitie de vraag reeds in een eerder arrest heeft beantwoord (de leer van de «*acte éclairé*») en in gevallen waarin in redelijkheid geen twijfel bestaat over het antwoord op de gerezen vraag (de leer van de «*acte clair*»). Deze lerens kunnen ook een rol spelen bij het oordeel dat het Rijk over al dan niet duidelijke strijdigheid met het gemeenschapsrecht in een concreet geval. Er zijn ook andere situaties denkbaar (bijvoorbeeld op het terrein van de aanbestedingsregels) waarin duidelijk sprake is van strijdigheid met het gemeenschapsrecht. Een aanwijzing kan in duidelijke gevallen bijvoorbeeld worden gegeven aan een gemeente die weigert conform het gemeenschapsrecht te handelen, terwijl een andere gemeente dat in dezelfde situatie wel doet.

Wanneer de betreffende entiteit niet binnen de in de aanwijzing gegeven termijn de aanwijzing heeft opgevolgd, is volgens artikel 5 van dit wetsvoorstel de verantwoordelijke minister bevoegd om er zelf in te voorzien dat alsnog wordt voldaan aan de rechtsplicht in verband waarmee de aanwijzing, bedoeld in artikel 2, is gegeven of dat alsnog het verzuim, bedoeld in artikel 3, wordt hersteld of voorkomen. Dit sluitstuk is wenselijk voor beide bijzondere aanwijzingen, zowel voor de aanwijzing in artikel 2, als voor de aanwijzing in artikel 3 die afkomstig is uit de Wet TES. De systematiek van deze bevoegdheid wordt nader toegelicht in de toelichting bij artikel 5.

5.2 Verhaalsrecht

Het niet-naleven van Europeesrechtelijke verplichtingen kan (onder andere, zie artikel 7, vierde lid, van het wetsvoorstel en de toelichting daarbij) tot gevolg hebben dat de staat wordt verplicht tot betaling van een forfaitaire som, een dwangsom of terugbetaling van een Europese subsidie. In paragraaf 2 is op deze Europeesrechtelijke instrumenten al uitgebreid ingegaan. Voor zover publieke entiteiten, zoals gedefinieerd in het wetsvoorstel, hier een verwijt treft, is het redelijk dat de betreffende bedragen op de verantwoordelijke partij kunnen worden verhaald. Dit verhaalsrecht wordt in artikel 7 van dit wetsvoorstel geregeld en is gebaseerd op het bestaande verhaalsrecht in artikel 4 van de Wet TES. Door dit verhaalsrecht is een vordering op grond van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (onrechtmatig daad), die niet zonder meer kans van slagen heeft, niet nodig.

Dit verhaal is slechts mogelijk voor zover de aansprakelijkheid van de staat het gevolg is van een verzuim van een onder artikel 1 bedoelde publieke entiteit, dat wil zeggen dat de aansprakelijkheid het gevolg is van het in gebreke blijven van de betreffende publieke entiteit in de nakoming van Europeesrechtelijke verplichtingen. De mogelijkheid bestaat dat dit verzuim meerdere entiteiten betreft. In een dergelijk geval dient de staat te verhalen naar rato van het verzuim van de betreffende publieke entiteiten. Het verhaalsrecht ziet alleen op de bedragen genoemd in artikel 7, eerste lid, onder a tot en met c, en is op grond van het vierde lid van overeenkomstige toepassing als de aansprakelijkstelling leidt tot het niet vergoeden van door Nederland gedane uitgaven die mede worden gefinancierd uit Europese middelen of leidt tot verlaging van die middelen. Uiteraard is het denkbaar dat bij schending van het Europees recht ook andere vormen van schade ontstaan, bijvoorbeeld vervolgschade, waarbij de omvang van deze schade afzonderlijk dient te worden vastgesteld. Hiervoor is een civiele procedure meer geschikt, het verhaalsrecht van artikel 7 ziet daar niet op.

Krachtens het derde lid van artikel 7 kan Onze Minister de bedragen invorderen bij dwangbevel (artikel 4:114 van de Awb). In de Awb (paragraaf 4.4.4.2) is deze invorderingsprocedure verder geregeld.

5.3 Waarborgen voor zorgvuldige besluitvorming en rechtsbescherming

In verband met het ingrijpende karakter van de instrumenten is de toepassing ervan met waarborgen omkleed. Er kan niet rauwelijk worden overgegaan tot het gebruik van één van de instrumenten. Ten eerste geldt uiteraard dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals die (deels) zijn neergelegd in de Awb, vereisen dat het besluit zorgvuldig moet worden voorbereid. In aanvulling daarop bepaalt dit wetsvoorstel dat de publieke entiteit eerst in staat wordt gesteld zijn zienswijze te geven voordat de minister kan besluiten het instrument te gebruiken. Tevens wordt de betreffende entiteit – behoudens spoedeisende gevallen – in de gelegenheid gesteld nog voor de aanwijzing wordt gegeven de schending op te heffen. Voor de aanwijzingsbevoegdheden is dat in artikel 4, eerste en tweede lid, geregeld en voor de verhaalsbevoegdheid in artikel 7, tweede lid.

In veel gevallen zal door overleg kunnen worden voorkomen dat een aanwijzing moet worden gegeven. Bovendien kan een aanwijzing pas worden gegeven nadat eerst nog een termijn is gesteld waarin de betreffende entiteit de gelegenheid krijgt alsnog de verplichting na te komen.

Tegen toepassing van de instrumenten staat vanzelfsprekend rechtsbescherming open. Wat de aanwijzingsbevoegdheden en besluiten op grond van artikel 5 betreft bepaalt artikel 6, eerste lid, dat rechtstreeks beroep

kan worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zonder dat eerst een bezwaarprocedure hoeft te worden gevolgd. Hiervoor is gekozen om te voorkomen dat dubbel werk wordt gedaan. Het geven van een aanwijzing is met een aantal waarborgen omkleed.

De bezwaarprocedure is hier een overbodige stap bevonden, omdat de betrokken bestuursorganen hun standpunten reeds veelvuldig hebben uitgewisseld in het traject voorafgaand aan de aanwijzing.

Bovendien is het bij beroep tegen een aanwijzing op grond van deze wet van groot belang dat er snel duidelijkheid is over de rechtmatigheid van de aanwijzing. Dit wordt ingegeven door de termijnen die de EC hanteert voor het rechtzetten van de onrechtmatigheid en de daarmee samenhangende aansprakelijkheid van de staat.

De rechtsbescherming tegen het toepassen van artikel 5 is overigens afhankelijk van welke handeling namens de publieke entiteit wordt verricht. Het kan daarbij gaan om het nemen van publiekrechtelijke besluiten, bijvoorbeeld het stopzetten van een subsidie (in welk geval de bepalingen van artikel 6 van toepassing zijn), maar ook om private rechtshandelingen waartegen opgekomen zou kunnen worden door het instellen van een onrechtmatige daadsactie.

Wat betreft de rechtsbescherming tegen verhaalsbesluiten op grond van artikel 7 geldt dat een dergelijke beslissing een besluit is in de zin van de Awb. Daartegen kan het betrokken bestuursorgaan dus bezwaar en beroep aantekenen.

5.4 Aanpassingen in de Algemene wet bestuursrecht

Zoals in de inleiding al is aangegeven, wordt in dit wetsvoorstel voorgesteld om een belemmering tot het effectief kunnen optreden in geval van schending van Europeesrechtelijke verplichtingen op te heffen. Die belemmering betreft de termijn van dertien weken waarbinnen ingevolge de Awb een besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling (bv. het sluiten van een contract) moet worden vernietigd. Nederland dient als lidstaat van de Europese Unie altijd de mogelijkheid te hebben om privaatrechtelijke overeenkomsten die in strijd met het Europese recht tot stand zijn gekomen voortijdig te beëindigen, ook na die termijn van dertien weken. Hiertoe zal artikel 10:39 Awb worden gewijzigd. In de toelichting bij artikel 9 wordt dit nader toegelicht.

6. Relaties met andere wetten

Het is van belang om in te gaan op de relatie van dit wetsvoorstel met andere wetten of wetsvoorstellen, zoals het wetsvoorstel terugvordering staatssteun¹, het wetsvoorstel voor een Dienstenwet² en de bestaande aanbestedingsregelgeving.

Omdat het wetsvoorstel ten aanzien van gemeenten, provincies en gemeenschappelijke regelingen beoogt aanvullend te zijn op de Gemeentewet en de Provinciewet, wordt in dit hoofdstuk ook aandacht besteed aan de relatie met die wetten.

Verder wordt aandacht besteed aan de relatie van dit wetsvoorstel met toezichtsinstrumenten in overige wetgeving.

6.1 Relatie met andere wetsvoorstellen en aanbestedingsregelgeving

Een aanwijzing op grond van onderhavig wetsvoorstel kan de opdracht inhouden om uitvoering te geven aan een beschikking van de EC of een uitspraak van het Hof van Justitie, inhoudende het opheffen of wijzigen van een getroffen steunmaatregel. Dit hangt samen met mogelijkheden tot het terugvorderen van staatssteun, waarover een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig is (wetsvoorstel terugvordering staatssteun).

¹ Kamerstukken II 2007/08, 31 418.

² Kamerstukken II 2008/09, 31 579.

Dat wetsvoorstel strekt tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Awb en de fiscale wetgeving en voorziet in de mogelijkheid om staatssteun terug te vorderen bij de steunontvanger, wanneer de EC de steun (achteraf) verbiedt op grond van het EG-Verdrag. Dat wetsvoorstel is nodig, omdat steunverleners nu niet altijd een wettelijke basis hebben om steun terug te vorderen, terwijl ze zelf wél verplicht zijn uitvoering te geven aan een terugvorderingsbevel van de EC of een uitspraak van het Hof van Justitie.

De Europese dienstenrichtlijn verplicht lidstaten om de EC in kennis te stellen van alle nieuwe of gewijzigde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen ten aanzien van het uitvoeren van diensten. Voor gemeenten en provincies betekent dit dat ze verplicht zijn om nieuwe of gewijzigde regelingen te toetsen aan de voorwaarden die in de dienstenrichtlijn zijn opgenomen en dit te melden aan de EC. Een situatie waarin buitenlandse dienstverrichters onterecht op basis van een gemeentelijke of provinciale verordening geen vergunning krijgen, kan ook leiden tot een Europese inbreukprocedure tegen de lidstaat Nederland. In de Dienstenwet, waarvan het voorstel op dit moment in de Eerste Kamer wordt behandeld, wordt deze richtlijn geïmplementeerd. Omdat onderhavig wetsvoorstel voorziet in maatregelen die getroffen kunnen worden in geval publieke entiteiten zich niet aan de richtlijn houden, werd in deze maatregelen niet voorzien in het wetsvoorstel Dienstenwet. Naar aanleiding van de tijdens de behandeling in de Tweede Kamer aangenomen motie Van Dijk¹ heeft de minister van Economische Zaken een nota van wijziging ter advisering voorgelegd aan de Raad van State, waarmee een tijdelijke voorziening in het wetsvoorstel Dienstenwet wordt opgenomen om de naleving van de bepalingen uit de dienstenrichtlijn en Dienstenwet te kunnen borgen indien onderhavig wetsvoorstel niet op 28 december 2009 (implementatiedeadline dienstenrichtlijn) in werking is getreden. Het nader rapport bij het advies van de Raad van State bij die nota van wijziging is in voorbereiding.

Ten slotte wordt gewezen op de bestaande aanbestedingsregelgeving. De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn via de Raamwet EEG-voorschriften in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren geïmplementeerd. Handhaving van de naleving van deze aanbestedingsregels vindt op dit moment voornamelijk plaats langs civielrechtelijke weg. Met de aanwijzingsbevoegdheid en het verhaalsrecht voorziet het onderhavige wetsvoorstel in de behoefte van het Rijk om in te kunnen grijpen in het geval het Europese recht op het gebied van aanbestedingen is geschonden door een publieke entiteit en voorlichting en bestuurlijk overleg niet tot een oplossing leiden.

6.2 Relatie met de Gemeentewet en de Provinciewet

Onderhavig wetsvoorstel gaat uit van het primaat van het generieke instrumentarium voor interbestuurlijk toezicht, zoals geregeld in de Grondwet en de organieke wetgeving. Aan gemeenten, provincies en door hen getroffen gemeenschappelijke regelingen kunnen derhalve alleen aanwijzingen op grond van onderhavig wetsvoorstel worden gegeven als de mogelijkheden tot schorsing, vernietiging in de Gemeentewet (Hoofdstuk XVII), de Provinciewet (hoofdstuk XVIII) en indeplaatstelling bij taakverwaarlozing (artikel 124 van de Gemeentewet en artikel 121 van de Provinciewet) tekort schieten. Bij het niet of niet naar behoren voldoen aan Europeesrechtelijke verplichtingen waarvoor een gemeente, provincie of gemeenschappelijke regeling verantwoordelijk is, kan onder omstandigheden adequaat worden opgetreden. Een beschikking bijvoorbeeld van een gemeente waarmee een subsidie wordt verleend in strijd met de Europese regels inzake staatssteun kan op

¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. 9.

voordracht van de Minister van BZK bij koninklijk besluit worden vernietigd (artikel 278, eerste lid, Gemeentewet). Zo nodig kan het betreffende besluit eerst nog worden geschorst om nader onderzoek te doen.

In een situatie waarin een gemeente dreigt niet te voldoen of niet naar behoren te voldoen aan een Europeesrechtelijke verplichting, maar een daartoe strekkend besluit nog niet is genomen door het betreffende bestuursorgaan van de gemeente, kan de minister van BZK een waarschuwende brief sturen waarin wordt aangekondigd dat het betreffende besluit zal worden geschorst of vernietigd als het in strijd zal zijn met bepaalde Europeesrechtelijke verplichtingen.

Er zijn ook situaties denkbaar waarin het niet voldoen of niet naar behoren voldoen is ontstaan door een weigering van een gemeente of provincie om een besluit te nemen. Ook voor die situaties is het bestaande toezichtsinstrumentarium van indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing in het algemeen toereikend.

Overigens stelt de Awb in afdeling 10.2.2 en 10.2.3 enige algemene regels met betrekking tot de bevoegdheden tot schorsing en vernietiging uit de Gemeentewet en de Provinciewet.

In situaties waarin het generieke instrumentarium niet toereikend is, zullen de bevoegdheden uit onderhavig wetsvoorstel voor toepassing in aanmerking komen. Een voorbeeld is artikel 9 van de zogenaamde PRTR-verordening (Europees register inzake de uitstoot en overbrenging van verontreinigende stoffen).¹ Op grond van het tweede lid van dat artikel moeten de bevoegde instanties de kwaliteit evalueren van de gegevens die door de exploitanten van bepaalde inrichtingen worden verstrekt. Wie de bevoegde instanties zijn volgt uit artikel 12.21 van de Wet milieubeheer (onder andere burgemeester en wethouders van gemeenten), maar de bedoelde verplichting wordt niet gevorderd door de Wet milieubeheer, maar door de PRTR-verordening. Om die reden is indeplaatstreding op grond van de Provinciewet of de Gemeentewet niet mogelijk.

Een tweede voorbeeld is de situatie waarin onderdelen van een gemeentelijke verordening vatbaar zijn voor vernietiging door de Kroon vanwege strijd met een Europese verordening, maar waarbij tevens nieuwe bepalingen in de verordening noodzakelijk zijn om overeenstemming met het Europees recht te bewerkstelligen. Indeplaatstreding op grond van artikel 124 van de Gemeentewet biedt geen oplossing, onder andere omdat alleen in de plaats kan worden getreden van het college van burgemeester en wethouders of van de burgemeester en de bevoegdheid om een verordening vast te stellen nu juist toekomt aan de gemeenteraad. Meer in het algemeen is het denkbaar dat het, met name bij taken die provincies en gemeenten in autonomie uitvoeren, nodig kan zijn dat de minister die het aangaat zelf namens de provincies en gemeenten gaat optreden om te zorgen dat alsnog de Europeesrechtelijke verplichtingen (bijvoorbeeld de Dienstenwet of aanbestedingsregels) na worden geleefd. Het generieke instrumentarium voorziet voor taken die in autonomie worden uitgevoerd niet in een instrument voor indeplaatstreding.

Ter uitvoering van de kabinetsreactie op het rapport van de Commissie Oosting² (zie verder paragraaf 7) vindt een herijking plaats van de instrumenten schorsing en vernietiging en indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing in de Gemeentewet en de Provinciewet (wetsvoorstel Wet revitalisering generiek toezicht). Deze herijking zal er toe leiden dat het generieke instrumentarium in meer situaties toereikend zal zijn om de naleving van Europeesrechtelijke verplichtingen te verzekeren. Relevant is in dit verband dat het kabinet denkt aan bijvoorbeeld de mogelijkheid om, indien er voor het bestuursorgaan geen beleidsvrijheid bestaat, vanuit doelmatigheidsoverwegingen de Kroon de bevoegdheid te geven om zelf in de zaak te voorzien.³

¹ Verordening EG nr. 166/2006 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 18 januari 2006 betreffende de instelling van een Europees register inzake de uitstoot en overbrenging van verontreinigende stoffen en tot wijziging van de Richtlijnen 91/689/EEG en 96/61/EG van de Raad (PbEU L 33).

² Kamerstukken II 2007/08, 31 200 VII, nr. 61.

³ Kamerstukken II 2007/08, 31 200 VII, nr. 61, blz. 7.

Bij de herijking wordt in een zogenaamde interventieladder voor het eerst het bestuurlijk traject uitgeschreven dat aan een juridische interventie in het kader van interbestuurlijk toezicht vooraf gaat. Bij gevallen waarin een gemeente, provincie of gemeenschappelijke regeling verantwoordelijk is voor het niet of niet naar behoren voldoen aan Europeesrechtelijke verplichtingen en waarin op grond van de Gemeentewet en de Provinciewet adequaat kan worden opgetreden, zal die interventieladder dus een leidraad vormen zoals beschreven in het kader van die herijking.

6.3 Relatie met toezichtsinstrumenten in overige wetgeving

Voor andere publieke entiteiten dan provincies, gemeenten en door hen getroffen gemeenschappelijke regelingen bestaan ook wettelijke toezicht-bevoegdheden. Voor zelfstandige bestuursorganen (zbo's) staan die in de Kaderwet zbo's. Voor publieke entiteiten die niet onder die wet vallen, kunnen specifieke toezichtsbepalingen zijn opgenomen in specifiek op die entiteit gerichte wetgeving.

Het instrumentarium van de Kaderwet zbo's is beperkt vergeleken met het instrumentarium voor provincies en gemeenten. De in die wet opgenomen taakverwaarlozingsregeling is niet eenvoudig toe te passen op incidentele gevallen van overtreding van Europeesrechtelijke verplichtingen. Verder is de toepassing van het instrument van vernietiging voor een aantal zbo's (bijvoorbeeld de Nederlandsche Bank, de Commissie gelijke behandeling, de Nederlandse Mededingingsautoriteit, cultuurfondsen) specifiek (gedeeltelijk) uitgezonderd. Ten slotte is er een aantal zbo's waarvoor de Kaderwet zbo's niet geldt (zoals zbo's zonder openbaar gezag zoals Staatsbosbeheer).

Het bestaande toezichtsinstrumentarium voor alle andere publieke entiteiten dan provincies en gemeenten is dermate heterogeen dat eventuele voorrang van die instrumenten boven de instrumenten van onderhavige wetsvoorstel per geval anders zou uitpakken. Om die reden is ervoor gekozen om aan die bestaande instrumenten geen expliciete voorrang te verlenen, zoals in dit wetsvoorstel wel wordt verleend aan het generieke toezichtsinstrumentarium uit de Gemeentewet en de Provinciewet ten aanzien van decentrale overheden.

Voor de onder de Kaderwet zbo's vallende publieke entiteiten is toepassing van het instrumentarium uit die wet overigens wel het uitgangspunt, maar in een concreet geval bestaat ruimte om voor het instrumentarium van het onderhavige wetsvoorstel te kiezen als dat instrumentarium meer geschikt is. Voor andere publieke entiteiten geldt dat het instrumentarium van onderhavige wetsvoorstel en dat van eventuele toepasselijke specifieke wetgeving gelijkelijk toegepast kunnen worden.

7. Voorbereiding van het wetsvoorstel

7.1 Commissie Doorlichting Interbestuurlijk Toezicht

In zijn streven naar het verminderen van het specifieke interbestuurlijke toezicht heeft het kabinet Balkenende II besloten tot het doorlichten van dit toezicht. Daartoe is op 22 augustus 2006 de Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtsarrangementen ingesteld. Deze Commissie, onder leiding van dhr. mr. dr. M. Oosting (hierna: de commissie), had tot taak de doorlichting van interbestuurlijke toezichtsinstrumenten te begeleiden en zelf een oordeel te geven over de mogelijkheden om het specifieke toezicht terug te dringen. Dit heeft geleid tot het rapport «Van specifiek naar generiek»¹, een rapport dat gaat over de vermindering van toezichtlasten, een efficiëntere en effectievere toezichtsfunctie en de stroomlijning van de informatievoorziening.

¹ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Van specifiek naar generiek, doorlichting en beoordeling van interbestuurlijke toezichtsarrangementen*. Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtsinstrumenten (Den Haag, 2007).

De commissie heeft ook gekeken naar een eerdere versie van onderhavig wetsvoorstel. In haar advies onderschrijft de commissie het voornemen tot het voorzien in een verhaals- of regresrecht. Daarnaast adviseert de commissie, met name ten aanzien van de aanwijzing, het wetsvoorstel zoveel mogelijk in lijn te brengen met de herijking van het algemeen generiek toezichtsinstrumentarium, daar waar dit de interbestuurlijke verhoudingen raakt. Eén conclusie van de commissie is in dit geval van bijzonder belang. De commissie concludeert dat interbestuurlijk toezicht zoveel mogelijk gebruik dient te maken van het generiek instrumentarium en dat het aantal specifieke toezichtsarrangementen terug gedrongen moet worden.

Het kabinet heeft dit advies van de commissie overgenomen. In het licht van de revitalisering van het generieke toezichtsinstrumentarium is besloten dat de instrumenten die in onderhavig wetsvoorstel zijn opgenomen slechts kunnen worden toegepast als het generieke instrumentarium uit de Gemeentewet en de Provinciewet niet toereikend is. De bestaande generieke instrumenten bieden voor het verzekeren van de naleving van Europeesrechtelijke verplichtingen niet in alle gevallen voldoende aanknopingspunten.

7.2 Consultatie koepelorganisaties decentrale overheden

Op 10 juli 2008 is een concept van het wetsvoorstel voor consultatie gestuurd aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (hierna: VNG), het Interprovinciaal overleg (hierna: IPO) en de Unie van Waterschappen (hierna: UvW).

In hun gezamenlijke reactie¹ geven de VNG en het IPO aan de urgentie van dit wetsvoorstel in te zien. In hun reactie plaatsen zij evenwel drie opmerkingen bij het wetsvoorstel.

Over het verhaalsrecht merken zij allereerst op dat het in de rede ligt dat een boete verhaald kan worden bij de decentrale overheden als de boete inderdaad te wijten valt aan het onrechtmatig handelen van decentrale overheden. De VNG en het IPO vragen zich echter af hoe het zit in de omgekeerde situatie, de situatie dus waarin decentrale overheden de schadelijke gevolgen ondervinden van op rijksniveau gemaakte fouten bij de totstandkoming en implementatie van Europese richtlijnen. Dit zogenaamde «omgekeerde» verhaalsrecht is in dit wetsvoorstel niet opgenomen, omdat voor dergelijke schade de gang naar de civiele rechter open staat, welke rechtsgang ook bij uitstek geschikt is omdat in een dergelijk geval de omvang van de schade nog zal moeten worden vastgesteld. Overigens gaat het hier niet om een spiegelbeeldige relatie ten opzichte van wat in artikel 7 van het wetsvoorstel wordt geregeld: het komt immers niet voor dat boetes of dwangsommen aan decentrale overheden worden opgelegd in situaties waarin het Rijk verzuimd zou hebben om bepaalde Europeesrechtelijke verplichtingen na te leven. Waar de VNG en het IPO op doelen is beter te omschrijven als gevolgschade, welk verhaal overigens in artikel 7 ook niet is geregeld voor gevolgschade die het Rijk zou kunnen oplopen als op decentraal niveau fouten worden gemaakt in de implementatie. Het gaat in dit verband enkel en alleen om het verhaal van Europese boetes en dwangsommen, welke alleen aan de rijksoverheid als vertegenwoordiger van de lidstaat Nederland worden opgelegd.

Over het verhaalsrecht vragen de VNG en het IPO voorts om het voorstel aan te scherpen in verband met de bestaande privaatrechtelijke verhoudingen op het terrein van subsidies, waarbij er een directe relatie bestaat tussen de EC en een decentrale overheid en waarbij geen verantwoordelijkheid bestaat voor de rijksoverheid. Eventuele problemen tussen de EC en de betreffende decentrale overheid kunnen volgens de VNG en het IPO

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

ook rechtstreeks worden opgelost. Naar aanleiding van de opmerking van de VNG en het IPO is in de toelichting bij artikel 3 verduidelijkt dat er inderdaad Europese subsidies zijn waarvoor de staat niet aansprakelijk is, namelijk Europese subsidies die rechtstreeks naar het bedrijfsleven gaan en subsidies uit specifieke programma's voor intern beleid. Echter, voor subsidies die door de EC rechtstreeks worden toegekend aan decentrale bestuursorganen wordt er voorzichtigheidshalve vanuit gegaan dat aansprakelijkheid van de staat nooit op voorhand is uit te sluiten. Om die reden is artikel 7 op dit punt niet gewijzigd.

Wat betreft de aanwijzing en de zogenaamde «taakverwaarlozingsregeling» (artikel 5) pleiten de VNG en het IPO ervoor, om in het licht van het rapport van de Commissie Oosting, zoveel mogelijk aan te sluiten bij het bestaande generieke instrumentarium uit de Gemeentewet en de Provinciewet. In het na de consultatie aangepaste wetsvoorstel wordt, anders dan in de versie die ter consultatie aan de VNG en het IPO was toegezonden, voorrang gegeven aan het generieke instrumentarium uit de Provinciewet en de Gemeentewet.

Er zijn echter situaties waarin het generieke instrumentarium niet voldoet, zoals in paragraaf 6.2 van deze memorie is aangegeven. In die gevallen kan wel een aanwijzing worden gegeven aan gemeenten of provincies, hetgeen in overeenstemming is met het rapport van de Commissie Oosting. De opvatting van de VNG en het IPO dat het verhaalsrecht voldoende waarborgen biedt waardoor het juridische sluitstuk op de aanwijzing van artikel 5 van het wetsvoorstel niet nodig zou zijn, wordt niet gedeeld.

In haar reactie¹ gaf de UvW aan zich goed te kunnen vinden in de voorgestelde wetgeving. Zij wijst er wel op dat een waterbeheerder zich in bepaalde gevallen moet kunnen verontschuldigen indien niet een waterschap zelf, maar andere overheden nalatig zijn geweest waardoor het waterschap bepaalde verplichtingen niet kan nakomen of bepaalde verantwoordelijkheden niet kan waarmaken. Een dergelijke situatie zal zich moeten oplossen in de bij de toepassing van het instrumentarium van het wetsvoorstel te beantwoorden vraag wie niet heeft voldaan aan een voor haar geldende rechtsplicht als bedoeld in artikel 2 van de wet. Hoe die vraag moet worden beantwoord is afhankelijk van de specifieke situatie, bijvoorbeeld van de in dat geval toepasselijke regelgeving. In reactie op de opmerking van de UvW dat in een situatie waarin implementatie van Europese regelgeving niet correct verloopt, geen sprake kan zijn van inzet van het in het wetsvoorstel aangereikte instrumentarium (in het bijzonder het verhaalsrecht van artikel 7), zij opgemerkt dat een niet-correcte implementatie kan doorwerken in het al dan niet aannemen van het niet of niet naar behoren voldoen aan Europeesrechtelijke verplichtingen door de betreffende publieke entiteit (artikel 2) of in het al dan niet aannemen van verzuim bij de betreffende publieke entiteit (artikel 7). In het na de consultatie aangepaste wetsvoorstel is in artikel 7 het woord «verzuim» toegevoegd en ook de toelichting verhelderd in lijn met de wensen van de UvW op dit punt.

7.3 Reactie Algemene Rekenkamer

Een concept van het wetsvoorstel is ook voorgelegd aan de Algemene Rekenkamer, die hier twee inhoudelijke opmerkingen over heeft gemaakt. Ten eerste stelt de Rekenkamer dat het wetsvoorstel een uitbreiding betekent van de bevoegdheden van de minister bij een dreigend niet-naleven van Europeesrechtelijke verplichtingen, die tot financiële aansprakelijkheid van de Staat zou kunnen leiden. De Rekenkamer concludeert dat deze uitbreiding tot «publieke entiteiten» niet gelijk loopt met de bevoegdheden van de Rekenkamer zoals die zijn vastgelegd in Comptabiliteitswet 2001 (hierna: CW 2001). Echter, het eerste lid van artikel 92 van de CW

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

2001 is qua reikwijdte zodanig dat alle publieke entiteiten te maken kunnen hebben met een Europese subsidie zoals bedoeld in artikel 1, onderdeel f, van het wetsvoorstel en die onder de reikwijdte van onderhavig wetsvoorstel kunnen vallen, ook onder artikel 92 van de CW 2001 vallen. Artikel 92 van de CW 2001 schiet daarom niet tekort. Aan de Rekenkamer is gecommuniceerd dat zo nodig over dit punt en over eventuele andere wijzigingen ten aanzien van het bevoegdheidsvraagstuk die raken aan de bevoegdheden van de Rekenkamer, in het kader van de algehele modernisering van de CW 2001¹ (verder) kan worden nagedacht. Daarbij dient overigens wel in ogenschouw te worden genomen dat de controle van de Rekenkamer primair is gericht op de rechtmatige en doelmatige besteding van Rijks gelden, en secundair op basis van de Wet TES van EU-gelden. Het feit dat de Wet TES wordt opgenomen in het onderhavige wetsvoorstel verandert daar niets aan. Bovendien heeft de Rekenkamer de bevoegdheid om te controleren aan de hand van dossiers van betrokken ministers, indien zij meent dat er in bepaalde situaties een verband bestaat met geld (bijv. een door het Hof van Justitie opgelegde betaling van een forfaitaire som of een dwangsom). Dit is de normale gang van zaken, daar hoeft niets aan te veranderen als gevolg van het onderhavige wetsvoorstel.

Ten tweede wijst de Rekenkamer erop dat het wetsvoorstel voorziet in bevoegdheden voor de minister om een aanwijzing te kunnen geven bij (dreigend) niet-naleven van de Europese regelgeving, maar dat het wetsvoorstel geen voorzieningen treft voor de minister om aan de benodigde informatie te komen om deze instrumenten op de juiste wijze toe te kunnen passen. Dergelijke informatievoorziening is in de huidige wetgeving wel geregeld voor de traditionele decentrale overheden, maar niet voor de overige publieke entiteiten waar het wetsvoorstel ook op ziet. In het wetsvoorstel is inderdaad een dergelijke informatievoorziening niet opgenomen. In 2004 is op basis van een risicoanalyse in de vervroegde evaluatie van de Wet TES besloten een soortgelijke informatieplicht te schrappen, omdat de toegevoegde waarde ervan als gering werd beschouwd. Ook past een dergelijke verplichting niet in het traject vermindering administratieve lasten, één van de speerpunten van dit kabinet. De administratieve lasten die deze informatieplicht met zich mee zou brengen, staan niet in verhouding tot het budgettaire belang van mogelijke individuele terugvorderingen en boetes.

7.4 Wet Toezicht Europese subsidies

De in dit wetsvoorstel geïntroduceerde artikelen 3 en 7 zijn ontleend aan de Wet TES. Op enkele punten zijn deze artikelen aangepast (zie hiervoor de toelichting bij de betreffende artikelen).

8. Rechtsvergelijkende beschouwing

In de beleidsbrief «Binnenlandse Bestuurskracht in Europa», die de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 17 september 2007 aan de Tweede Kamer heeft gestuurd², staat dat bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel ook onderzoeksmateriaal over de wijze waarop andere lidstaten met deze materie omgaan wordt betrokken.

Net zoals Nederland hebben ook andere lidstaten te maken met de problematiek van naleving van Europese regelgeving door publieke entiteiten. Omdat de verhoudingen tussen de centrale en de decentrale overheden per land verschillen, kan niet één op één een vergelijking worden gemaakt. Niet van alle lidstaten is bekend hoe met deze problematiek wordt omgegaan. Evenmin is deze problematiek in alle landen onderwerp van discussie, omdat de interne verhoudingen in die landen daar niet altijd om vragen. Het gaat bij het naleven van gemeenschapsrecht vaak

¹ Zie onder andere de brief van de Minister van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 19 december 2008, Kamerstukken II 2008/09, 31 371, nr. 70, laatste alinea.

² Kamerstukken II 2007/08, 31 200 VII, nr. 4.

om het uitvoeren van autonome taken, waarbij Europeesrechtelijke randvoorwaarden nageleefd moeten worden. De mate van autonomie bij publieke entiteiten is echter niet in alle Europese landen even groot. Deze paragraaf gaat in op de manier waarop in Frankrijk, Duitsland en België de correcte naleving van Europese regelgeving kan worden afgedwongen.

In Frankrijk is de positie van decentrale overheden sinds de jaren 80 van de twintigste eeuw steeds sterker geworden. De laatste jaren heeft zich een aantal gevallen van schending of niet handhaving van gemeenschapsrecht voorgedaan. Deze gevallen hebben geleid tot de invoering van specifieke taakverwaarlozings- en regresregelingen. Alhoewel er wel onderzoek naar is gedaan is de Franse wetgever nooit overgegaan tot algemene maatregelen. Bijzonder in de Franse verhoudingen is de administratieve controle van de centrale overheid op de decentrale overheden. Decentrale overheden zijn verplicht de centrale overheid te informeren over belangrijke besluiten voordat deze in werking treden, een soort algemene informatieplicht.

De sterke positie van de Länder in Duitsland bestaat ook op het terrein van Europese regelgeving. Toch beschikt de centrale overheid over een aantal instrumenten waarmee de juiste naleving van Europese regelgeving kan worden afgedwongen. Dit zijn vergaande instrumenten waar vrijwel nooit gebruik van wordt gemaakt. Ook kent Duitsland een algemeen verhaals- en regresrecht bij schendingen van internationale verplichtingen, wat in Duitsland eerder als een onderstreping van, dan als een inbreuk op, de autonomie van de «Länder» wordt gezien.¹

België kent een substitutiemechanisme.² Dit mechanisme bepaalt dat als aan België een boete wordt opgelegd omdat een decentrale overheid (gemeenschap of gewest) de op hem van kracht zijnde wet- en regelgeving (zowel nationaal als Europees) niet nakomt, de federale overheid door het substitutiemechanisme in de plaats kan treden van deze decentrale overheid voor de uitvoering van het beschikkende gedeelte van de uitspraak. Vervolgens kan de federale overheid de kosten van het niet-nakomen van een internationale of supranationale verplichting door de decentrale verhalen op die betreffende overheid verhalen. Dit substitutiemechanisme kan alleen aangewend worden na een veroordeling door het Hof van Justitie.³

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel 1

Dit artikel omvat zes definitiebepalingen van begrippen die in dit wetsvoorstel worden gebruikt.

In onderdeel c wordt het begrip «publieke entiteit» geïntroduceerd. De beschrijving omvat, zoals in paragraaf 4 van het algemeen deel van deze memorie al is aangegeven, alle organen en instanties waarvoor geldt dat de lidstaat Nederland door de EC er op kan worden aangesproken als deze organen en instanties het gemeenschapsrecht schenden en tot welke organen en instanties de toezichtsinstrumenten in dit wetsvoorstel zich daarom ook zullen moeten uitstrekken. Dit betreft niet alleen overheden die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, maar ook andere organisaties waarop Europeesrechtelijke verplichtingen rusten. Het betreft in eerste instantie de publiekrechtelijke instellingen in de zin van artikel 1, negende lid, tweede alinea, van de aanbestedingsrichtlijn en artikel 2, eerste, onderdeel a, van de nutsrichtlijn: deze zijn opgenomen in onderdeel 2° van onderdeel c. Daarnaast is het wetsvoorstel van toepassing op de

¹ J.H. Reestman, J. Peters, H. Bosdriesz, *Decentralisatie en Toezicht op naleving van Europees recht in Frankrijk en Duitsland. Lessen voor Nederland?* (Universiteit van Amsterdam, 2007).

² C. de Kruif & W. den Ouden, *Over voorkomen en verhalen. Uitbreiding van de Awb-bepalingen over bestuurlijk toezicht?* In T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren* (Kluwer 2007), p. 233.

³ Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap (2005). *Draaiboek voor de implementatie van Europese regelgeving in Vlaanderen*. Brussel, Administratie Buitenlands Beleid. Afdeling Buitenlands Beleid binnen Europa.

zogenaamde overheidsbedrijven (onderdeel 3° van onderdeel c) en de zogenaamde bedrijven of instellingen waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend (onderdeel 4° van onderdeel c). Ten slotte vallen ook onder het toepassingsbereik instanties die een opdracht als bedoeld in artikel 8 van de aanbestedingsrichtlijn plaatsen (onderdeel 5° van onderdeel c) en overige houders van een concessie als bedoeld in artikel 63, eerste lid, van richtlijn 2004/18/EG (onderdeel 6° van onderdeel c). Al deze onderdelen van het ruime overheidsbegrip zijn aanvullend op de in het eerste onderdeel opgenomen verwijzing naar de in de Nederlandse wetgeving bekende beschrijving van bestuursorgaan. Waar wetstechnisch nodig is in de beschrijving van het begrip «publieke entiteit» de staat uitgezonderd. In onderdeel 1° is deze uitzondering beperkt tot «Onze Ministers». Het is ten aanzien van bestuursorganen namelijk niet voorstelbaar dat ministers aanwijzingen geven aan elkaar, maar wel dat aanwijzingen worden gegeven aan bijvoorbeeld zelfstandige bestuursorganen.

Onze Minister in onderdeel d is «Onze Minister wie het aangaat». «Onze Minister wie het aangaat» zal in concrete gevallen doorgaans de minister zijn op wiens beleidsterrein de betreffende publieke entiteit werkzaam is. Voor zover de publieke entiteit een publiekrechtelijke instelling is zoals bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn, kan voor de betrokkenheid van een bepaalde minister ook worden aangehaakt bij de invulling van de zogenoemde afhankelijkheid van de overheid zoals beschreven in artikel 1, negende lid, tweede alinea, onderdeel c, van die richtlijn. Die afhankelijkheid is een van de criteria waaraan moet zijn voldaan om te worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling. Van afhankelijkheid van een bepaalde minister kan sprake zijn doordat de activiteiten van de instelling in hoofdzaak door die minister worden gefinancierd, doordat het beheer is onderworpen aan het toezicht van die minister, of doordat de leden van het bestuursorgaan (in de zin van de aanbestedingsrichtlijn), het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan voor meer dan de helft door die minister zijn aangewezen. Op basis van het voorgaande is bijvoorbeeld de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de bevoegde minister wanneer een school de inkoop van boeken niet of onjuist aanbesteedt. In artikel 3 is overigens een van dit onderdeel afwijkende beschrijving opgenomen van «Onze Minister» (zie verder de toelichting bij artikel 3). Uiteraard zal in een concreet geval met andere betrokken ministers, bijvoorbeeld de Minister van Buitenlandse Zaken, overleg plaatsvinden om de eenheid van de uitleg en interpretatie van het Europese recht te bewaken.

In onderdeel e worden de Europese verdragen genoemd waaruit de verplichtingen voortvloeien op de nakoming waarvan het toezicht in dit wetsvoorstel zich richt. Ten opzichte van de Wet TES is de opsomming geactualiseerd: het EGKS-verdrag is inmiddels vervallen en het Verdrag betreffende de Europese Unie is toegevoegd.

De beschrijving van het begrip Europese subsidie in onderdeel f is ontleend aan de in te trekken Wet TES. De beschrijving is aangepast om ook aanspraken op financiële middelen ter gehele of gedeeltelijke vergoeding van reeds gemaakte kosten op basis van uitvoeringsprogramma's van de Europese Unie op grond van de Europese verordening betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid,¹ de uitkering uit het Europees Landbouw Garantie Fonds (ELGF) en het Europees Landbouwfonds voor Plattelandsontwikkeling (ELFPO) onder het bereik van het wetsvoorstel te brengen. In samenhang daarmee is in de beschrijving van het begrip «Europese subsidie» het gebruik van het begrip subsidie gemeden vanwege de van dit wetsvoorstel afwijkende betekenis die aan dat begrip is gegeven in de Algemene wet bestuursrecht.

¹ Verordening (EG) nr. 1290/2005 van de Raad van de Europese Unie van 21 juni 2005 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid (PbEU L209).

Artikel 2

Dit artikel geeft de verantwoordelijke minister de bevoegdheid een aanwijzing te geven aan een publieke entiteit, als die laatste er verantwoordelijk voor is dat de lidstaat Nederland niet of niet naar behoren heeft voldaan aan een Europeesrechtelijke verplichting, anders dan de verplichtingen betreffende Europese subsidies (zie artikel 3). In paragraaf 5.1 van het algemeen deel van deze memorie is hieraan al aandacht besteed.

Een aanwijzing op grond van artikel 2 kan betrekking hebben op een bepaalde te verrichten rechtshandeling of feitelijke handeling of op het nalaten van een dergelijk handelen. Het kan dan gaan om bijvoorbeeld de volgende Europeesrechtelijke verplichtingen:

- het volgen van een Europese aanbestedingsprocedure op grond van de aanbestedingsrichtlijn of de nutsrichtlijn;
- het tijdig en op de juiste wijze melden aan de EC van om voornemens tot het verlenen van staatssteun (de artikelen 87, 88 en 89 van het EG-Verdrag), zodat de EC kan beoordelen of die steun verenigbaar is met het verdrag, meer in bijzonder met de gemeenschappelijke markt;
- het opheffen of wijzigen van een reeds verleende steunmaatregel indien de EC na onderzoek heeft geconcludeerd dat deze onverenigbaar is met het verdrag en moet worden teruggedraaid;
- het overeenkomstig de Dienstenrichtlijn in kennis te stellen van de EC van alle nieuwe of gewijzigde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen ten aanzien van diensten;
- het overeenkomstig de Dienstenrichtlijn ervoor zorgen dat alle procedures en formaliteiten betreffende de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit eenvoudig, op afstand en met elektronische middelen via het betrokken één-loket worden afgewikkeld, en dat de in de richtlijn opgesomde informatie voor dienstverrichters en afnemers gemakkelijk via het één-loket toegankelijk is;
- het implementeren van richtlijnen en het uitvoeren van verordeningen en uitspraken van het Hof van Justitie. Het betreft het vaststellen van een algemeen verbindend voorschriften waarbij Europeesrechtelijk gewaarborgde rechten en verplichtingen worden vastgelegd, strijdige regelingen worden aangepast of noodzakelijke uitvoerings- en handavingsstructuren worden gecreëerd. Met name product-schappen zijn geregeld verantwoordelijk voor de eerste twee vormen van implementatie.

In paragraaf 5.1 van het algemeen deel van deze memorie is aan deze aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van implementatie reeds uitgebreid aandacht besteed.

Het niet of niet naar behoren voldoen aan een Europeesrechtelijke verplichting kan betrekking hebben op niet-nakoming van Europeesrechtelijke verplichtingen als gevolg van een bepaald handelen als op niet-nakoming als gevolg van het nalaten van een bepaalde handeling. Om tot het geven van een aanwijzing over te kunnen gaan, is wel een voorwaarde dat de in het geding zijnde Europese norm in de toepasselijke regelgeving duidelijk en objectief is, en dat de naleving ervan duidelijk bij de betreffende publieke entiteit is neergelegd.

De aanwijzing geeft aan welke verplichting alsnog moet worden nagekomen, eventueel daarbij aangevend op welke wijze dat dient te gebeuren, en binnen welke termijn die aanwijzing alsnog moet worden nagekomen. Op de relevante aspecten die betrekking hebben op deze termijn is in paragraaf 5.1 van het algemeen deel uitgebreid ingegaan.

In het derde lid is gelet op de onafhankelijke positie van leden van de rechterlijke macht bij het uitoefenen van rechtspraak bepaald dat een aanwijzing niet wordt gegeven ten aanzien van de uitoefening van rechtspraak.

Deze aanwijzingsbevoegdheid in artikel 2 (en daarmee ook de toepasbaarheid van artikel 5) is slechts van toepassing op gemeenten, provincies en door hen getroffen gemeenschappelijke regelingen indien de bestaande bevoegdheden tot schorsing en vernietiging in de Gemeentewet (Hoofdstuk XVII) en de Provinciewet (Hoofdstuk XVIII) ontoereikend zijn om het niet of niet naar behoren voldoen aan Europeesrechtelijke verplichtingen waarvoor een gemeente of provincie verantwoordelijk is, te herstellen. De betreffende bevoegdheden zijn slechts ontoereikend indien het *uiteindelijke* gebruik – een eventueel daadwerkelijk gebruik van de bevoegdheid kan vooraf worden gegaan door een waarschuwing – ervan de jure niet zou kunnen leiden tot het herstellen van het niet of niet naar behoren voldoen aan de Europeesrechtelijke verplichting. In paragraaf 6.2 van het algemeen deel van deze memorie zijn voorbeelden gegeven van gevallen waarbij het generieke instrumentarium niet toereikend is.

Artikel 3

Dit artikel is ontleend aan de in te trekken Wet TES. De formulering is enigszins aangepast, maar een inhoudelijke wijziging is daarmee, afgezien van de in deze memorie specifiek toegelichte aanpassingen, niet beoogd. Voor de formulering van de bevoegde minister is aangesloten bij hetgeen nu geldt op grond van de Wet TES en wordt dus afgeweken van de bevoegde minister in artikel 2. Overigens geldt ook hier dat in een concreet geval met eventuele andere betrokken ministers overleg plaatsvindt.

In verband met de taakverwaarlozingsregeling in artikel 5 is toegevoegd dat in de aanwijzing de termijn wordt vermeld waarbinnen de aanwijzing moet worden opgevolgd. Pas als de termijn is verstreken zonder dat aan de aanwijzing gevolg is gegeven, kan artikel 5 worden toegepast. In de Wet TES kwam een bepaling als die van artikel 5 niet voor.

Overigens worden drie categorieën Europese subsidies onderscheiden, de landbouwsubsidies, de structuurfondsgelden en «overige subsidies». Voor de landbouwsubsidies en de structuurfondsgelden geldt dat de lidstaat Nederland verplicht is om bij gebleken onregelmatigheden de subsidie geheel of gedeeltelijk in te trekken en van de eindbegunstigde terug te vorderen. Wordt aan deze verplichting niet (voldoende) voldaan dan spreekt de EC de lidstaat Nederland aan wegens het niet naleven van op Nederland op basis van het EG-Verdrag of secundaire wetgeving rustende verplichtingen. Artikel 7 van dit wetsvoorstel bevat een verhaalsrecht voor deze gevallen als de aansprakelijkstelling leidt tot een vordering op de staat in de vorm van bepaalde betalingen. Binnen de restcategorie «overige subsidies» is de staat niet aansprakelijk voor Europese subsidies die rechtstreeks naar het bedrijfsleven gaan en voor subsidies uit specifieke programma's voor intern beleid. Voor de rest van de categorie «overige subsidies» (dit betreft doorgaans subsidies die door de EC rechtstreeks worden toegekend aan decentrale bestuursorganen) wordt er voorzichtigheidshalve vanuit gegaan dat aansprakelijkheid van de staat nooit op voorhand is uit te sluiten. Om die reden zijn de aanwijzingsbevoegdheid in artikel 3, de taakverwaarlozingsregeling in artikel 5 en het verhaalsrecht in artikel 7 van dit wetsvoorstel ook op die subsidies van toepassing.

Artikel 4 en 6

De artikelen 4 en 6 van het wetsvoorstel bieden een aantal waarborgen voor een zorgvuldige toepassing van het instrument van de bijzondere aanwijzing. In het kabinetsstandpunt is aangegeven dat het gebruik van dat instrument omgeven zal worden met dezelfde procedurele waar-

borgen als het instrument van de spontane schorsing en vernietiging. Daartoe dient de regeling in de artikelen 4 en 6. Een aanwijzing wordt niet gegeven dan de betrokken publieke entiteit gelegenheid tot overleg is geboden, respectievelijk de publieke entiteit gelegenheid is geboden om binnen een door de betreffende minister in dit overleg gestelde termijn de met het Europees recht in strijd zijnde situatie alsnog op te heffen. In de motivering van het besluit tot het geven van de aanwijzing moet bovendien verwezen worden naar hetgeen in dat overleg aan de orde is geweest. De bepalingen over overleg en over het betrekken van dat overleg in de motivering zijn ontleend aan de overeenkomstige bepalingen in artikel 10:41 van de Awb ten aanzien van vernietigingsbesluiten. Wanneer de aanwijzing door meerdere ministers wordt gegeven, dan vermeldt de aanwijzing welke minister belast is met de uitvoering van de aanwijzing. De aanwijzing wordt gepubliceerd in de Staatscourant.

Een aanwijzing is vatbaar voor beroep (artikel 6). Er is voor gekozen om de bezwaarschriftprocedure over te slaan, omdat de betrokken bestuursorganen in de voorafgaande procedure immers veelvuldig in de gelegenheid zijn gesteld standpunten uit te wisselen.

In paragraaf 5.3 van deze memorie is al uitgebreid ingegaan op de waarborgen voor de zorgvuldige toepassing van de aanwijzingsbevoegdheid en de rechtbescherming tegen zowel de aanwijzing als mogelijke besluiten op grond van artikel 5.

Artikel 5

Indien een publieke entiteit die verantwoordelijk is voor het niet nakomen van een Europeesrechtelijke verplichting, ook nalaat om een aanwijzing binnen de in de aanwijzing gestelde termijn uit te voeren, dan kan de minister maatregelen treffen om zelf de vastgestelde schending ongedaan te maken. Dit betekent dat er een juridisch afdwingbaar effect («sluitstuk») op de aanwijzingsbevoegdheid in dit wetsvoorstel is opgenomen. De minister kan indien dat noodzakelijk blijkt door middel van een maatregel zelf de bedoelde schending van het Europees recht namens die publieke entiteit ongedaan maken. Daarbij zal niet meer of anders worden gehandeld dan nodig is om het niet of niet naar behoren voldoen (artikel 2) of het (dreigend) verzuim (artikel 3) waarop de aanwijzing betrekking had alsnog te herstellen of te voorkomen.

De maatregel kan bestaan uit een publiekrechtelijke rechtshandeling, bijvoorbeeld het alsnog nemen van een besluit dat de betreffende publieke entiteit tot dan toe weigerde te nemen. Ook kan namens die entiteit een eerder genomen besluit van die entiteit waarbij ten onrechte Europeesrechtelijke verplichtingen niet werden nageleefd, worden ingetrokken.

Met name in de sfeer van het aanbestedingsrecht kan de bevoegdheid tot het uitvoeren van privaatrechtelijke rechtshandelingen van belang zijn. De EC kan namelijk vorderen dat een lidstaat een in strijd met de aanbestedingsregels gesloten overeenkomst beëindigt en dat in dat geval een lidstaat niet kan volstaan met de vaststelling dat de gevolgen van een ten onrechte niet aanbestede overeenkomst langs de weg van schadevergoeding wordt geredresseerd.¹

Het optreden door feitelijke handelingen is met name aan de orde indien het niet of niet naar behoren voldoen bestaat uit het nalaten van toezicht of controles die krachtens Europees recht verplicht zijn.

Voor alle duidelijk wordt erop gewezen dat de bevoegde minister de minister is die op grond van artikel 2 of 3 de aanwijzing heeft gegeven, hetgeen uiteraard betekent dat ook bij het inzetten van de bevoegdheid van artikel 5 de vakminister in verband met aanwijzingen gegeven op grond van artikel 2, moet handelen in overeenstemming met de Minister

¹ HvJ EG 18-07-2007, zaak C-503/04, Commissie/Duitsland.

van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties indien deze ook bij de aanwijzing betrokken was.

Artikel 7

In dit artikel wordt het verhaalsrecht ten aanzien van boetes en dwangsommen die door het Hof van Justitie worden opgelegd, gecombineerd met het verhaalsrecht zoals dat is opgenomen in artikel 4 van de in te trekken Wet TES. De bevoegdheid tot verhaal ligt bij de betrokken minister. Indien Nederland aansprakelijk wordt gesteld en veroordeeld tot het betalen van een bedrag wegens niet-naleving van Europese verplichtingen door toedoen van een publieke entiteit, dient de betrokken minister dit te kunnen verhalen op die publieke entiteit. De bedoelde bedragen kunnen op grond van het derde lid worden ingevorderd bij dwangbevel (zie artikel 4:114 van de Awb). Voor de invorderingen gelden de regels in afdeling 4.4.4 (meer specifiek paragraaf 4.4.4.2) van de Awb.

Het artikel wijkt op een aantal punten af van artikel 4 van de Wet TES. In die wet richt het verhaal zich bijvoorbeeld op het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor het verzuim dat heeft geleid tot het aansprakelijk stellen van Nederland door het Hof van Justitie. In dit wetsvoorstel is er voor gekozen de bevoegdheid tot verhaal te richten op publieke entiteiten, aangezien die rechtspersoonlijkheid hebben en dus aansprakelijk gesteld kunnen worden voor handelingen van bestuursorganen die van die publieke entiteit deel uitmaken.

Verder is verduidelijkt dat aansprakelijkstelling door een instelling van de Europese Gemeenschappen geschiedt op basis van niet nakoming van de Europeesrechtelijke verplichtingen die als zodanig op Nederland als lidstaat rusten. De verantwoordelijkheid voor de nakoming van die verplichtingen kan nationaalrechtelijk evenwel bij andere publieke entiteiten berusten dan de staat, vandaar dat het verhaalsrecht op die publieke entiteiten gerelateerd is aan verzuim van die entiteiten in die nakoming.

In het eerste lid is de mogelijke aansprakelijkheidsstelling van Nederland door de Europese Investeringsbank (EIB; artikel 237, onderdeel a, van het EG-Verdrag) of door een ander lidstaat van de Europese Unie (artikel 227 van het EG-Verdrag) toegevoegd. Overigens kan bij de schending van Europeesrechtelijke verplichtingen die zouden kunnen leiden tot aansprakelijkheidsstelling door de EIB of door andere lidstaten zo nodig ook het instrumentarium van de artikelen 2 en 5 worden ingezet.

In dit wetsvoorstel keert niet de bepaling in de Wet TES terug, op grond waarvan de bevoegde minister in overeenstemming met het betrokken bestuursorgaan bedragen, die krachtens wettelijk voorschrift aan het betrokken bestuursorgaan worden uitbetaald, kan verrekenen met de op grond van de door hem te innen bedragen op grond van die wet. Aangenomen moet worden dat verrekening altijd mogelijk is in geval van overeenstemming: een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:93 van de Awb is daarvoor niet nodig.

Een kleine aanpassing betreft de verduidelijking van de opbouw van het eerste lid van het artikel met name wat betreft de daarin opgenomen opsomming.

In het vierde lid is de bevoegdheid toegevoegd om het verhaalsrecht ook in te kunnen zetten indien de EC op grond van de verordening betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid¹ de uitkering uit het Europees Landbouw Garantie Fonds (ELGF) en het Europees Landbouwfonds voor Plattelandsontwikkeling (ELFPO) verlaagt of door Nederland gedane uitgaven niet worden vergoed, omdat zij tot de conclusie is gekomen dat deze fondsen risico hebben gelopen omdat een of meer bepalingen van die verordening zijn geschonden.

¹ Verordening (EG) nr. 1290/2005 van de Raad van de Europese Unie van 21 juni 2005 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid (PbEU L209).

Zoals reeds aangegeven in paragraaf 5.2 is verhaal mogelijk voor zover de aansprakelijkheid van Nederland het gevolg is van verzuim van de betreffende publieke entiteit in de nakoming van Europeesrechtelijke verplichtingen. Dat betekent dat een verhaalsrecht niet verder zal kunnen gaan dan de schade die in redelijkheid toegerekend kan worden aan de schending van het gemeenschapsrecht door de betreffende publieke entiteit.

Het instellen van rechtsmiddelen tegen het verhaalsbesluit heeft geen schorsende werking, zodat de minister in beginsel meteen kan overgaan tot invordering. Dat is slechts anders indien de voorzieningenrechter schorsende werking aan het bezwaar of beroep heeft toegekend. In geval van bezwaar en/of (hoger) beroep tegen het verhaalsbesluit, bepaalt artikel 4 125 van de Awb dat dit ook betrekking heeft op bijkomende beschikkingen, voor zover deze eveneens worden betwist.

Voor de toepassing van de bevoegdheid maakt het niet uit of eerder een aanwijzing is gegeven. Voldoende is dat sprake is van een in het eerste lid bedoelde vordering op de Nederlandse staat.

Artikel 8

In dit artikel is zoals gebruikelijk bij dynamische verwijzingen naar bepalingen van EG-richtlijnen bepaald vanaf welk tijdstip wijzigingen van de betreffende bepalingen van de EG-richtlijnen waarnaar in dit wetsvoorstel wordt verwezen, doorwerken in het Nederlandse recht. De tenzij-bepaling maakt het mogelijk om zo nodig een ander tijdstip te kiezen als daartoe aanleiding is op grond van de betreffende wijzigingsrichtlijn of op grond van implementatiewetgeving die bij een dergelijke wijziging wordt opgesteld.

Artikel 9

Het niet nakomen van Europeesrechtelijke verplichtingen kan betrekking hebben op privaatrechtelijke rechtshandelingen waarbij de daarvoor geldende Europeesrechtelijke verplichtingen niet zijn nageleefd. Een voorbeeld is een contract dat door een gemeente is gesloten terwijl ten onterechte de Europese aanbestedingsregels niet zijn nageleefd. Als aan een dergelijk contract een besluit vooraf is gegaan tot het gunnen van die aanbestedingsplichtige opdracht zonder dat is aanbesteed, dan kan dat besluit worden vernietigd, voor welke situatie in artikel 10:42 van de Awb is bepaald dat de overeenkomst die op basis van dat besluit is aangegaan in beginsel niet of niet verder wordt uitgevoerd, onverminderd het recht van de wederpartij op schadevergoeding. Als gevolg van artikel 10:39 van de Awb kan een besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling (in casu het sluiten van een contract) echter niet worden vernietigd indien dertien weken zijn verstreken nadat het besluit is bekendgemaakt. Die termijn van dertien weken is een belemmering voor het verzekeren van de naleving van de Europeesrechtelijke verplichtingen die op Nederland als lidstaat van de Europese Unie rusten. Het is van belang dat besluiten tot het verrichten van privaatrechtelijke overeenkomsten die in strijd met het Europese recht tot stand zijn gekomen, ook na verloop van die termijn van dertien weken kunnen worden vernietigd.¹ Daarom wordt voorgesteld om in de Awb te bepalen dat artikel 10:39 van de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing is indien vernietiging geschiedt wegens strijd met Europeesrechtelijke verplichtingen.

Gelet op de rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel kan op grond van artikel 10:42, derde lid, van de Awb bij de schorsing of vernietiging overigens wel een redelijke termijn worden bepaald waarbinnen de verplichting tot nakoming van het contract nog zal blijven bestaan (om bijvoor-

¹ HvJ EG 18-07-2007, zaal C-503/04, Commissie/Duitsland.

beeld de bedrijfsactiviteiten aan te passen) en een tegemoetkoming in de kosten worden geboden. Daarbij is van belang dat niet in strijd wordt gehandeld met het communautaire effectiviteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat de uitoefening van vorderingsrechten krachtens het gemeenschapsrecht niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt. Zie over deze materie bijvoorbeeld de uitspraak van het CBB van 27 juni 2008, AB 2008, 282, m. nt. Ortlep. De provincie of gemeente die het vernietigde besluit heeft genomen is de door de wederpartij aan te spreken partij in een eventuele procedure omtrent schadevergoeding.

Overigens zal een overeenkomst die op grond van vernietiging van het daaraan voorafgaande besluit niet of niet verder wordt uitgevoerd, in beginsel ook nog langs civielrechtelijke weg moeten worden beëindigd om de strijdigheid met Europees recht volledig ongedaan te maken. Het in de vorige alinea genoemde aspect van rechtszekerheid zal (ook) door de civiele rechter worden meegenomen in zijn oordeel.

Artikel 10

Met deze wet wordt de Wet TES ingetrokken. De bepalingen uit die wet zijn opgenomen in dit wetsvoorstel.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
G. ter Horst