

DE VOORGESCHIEDENIS VAN HET WETSONTWERP NERPE ALS BIJDRAGE AAN DE DISCUSSIE

[gepubliceerd in RegelMaat 2010/5 p. 233-249]

Prof.dr. Bart Hessel

Het wetsontwerp Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (hierna: wetsontwerp NERpe) kent een lange voorgeschiedenis. Dat is begrijpelijk want het wetsontwerp beoogt een oplossing te vinden voor een politiek zeer gevoelig probleem. Een consequentie van de Europese integratie is dat de rijksoverheid (lees de betrokken minister) jegens de Europese Commissie verantwoordelijk is voor de fouten van decentrale overheden en deze fouten bij een inbreukprocedure efficiënt en binnen een bepaalde termijn moet herstellen. De vraag is dan of de bestaande toezichtinstrumenten van schorsing, vernietiging en de taakverwaarlozingsregeling in het kader van medebewind, toereikend zijn of dat de wetgever zwaardere toezichtinstrumenten moet invoeren. Het wetsontwerp voorziet in dergelijke zwaardere toezichtinstrumenten, met name een verzwaarde taakverwaarlozingsregeling. Daarmee staat het wetsontwerp op gespannen voet met het traditionele Huis van Thorbecke, wat tot kritiek leidt van de koepels van de decentrale overheden (IPO en VNG) . Ook kan de vraag worden gesteld of het wetsontwerp de eigen verantwoordelijkheid die de decentrale overheden hebben voor de nakoming van het Europese recht voldoende ontziet. Deze vragen zijn niet nieuw. Reeds rond 2000 is uitgebreid aandacht besteed aan deze problematiek. Verschillende interdepartementale commissies hebben hierover advies uitgebracht. Het valt op dat het wetsontwerp dieper ingrijpt in de traditionele verhoudingen in onze gedecentraliseerde eenheidsstaat dan in het verleden noodzakelijk werd geacht. Het wetsontwerp kijkt namelijk niet alleen naar de vraag welke toezichtinstrumenten nodig zijn bij een infractieprocedure, maar beoogt meer algemeen de naleving van het Europese recht door decentrale overheden te verbeteren. Daarmee gaat het wetsontwerp zelfs verder dan het standpunt van het kabinet Balkenende II in 2004, dat zijn basis vormt. In deze bijdrage wil ik ingaan op de voorgeschiedenis van het wetsontwerp en de verschillende standpunten die zijn ingenomen over het juiste evenwicht tussen de bestuurlijke verhoudingen tussen rijk en decentrale overheid enerzijds en de eisen van het Europese recht anderzijds. Deze voorgeschiedenis kan een bijdrage leveren aan de discussie over de wenselijkheid van het wetsontwerp NERpe.

1. Enige voorgeschiedenis

In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp lezen wij dat het wetsvoorstel uitvoering geeft aan het kabinetsstandpunt 'De Europese dimensie van toezicht' dat op 7 juli 2004 aan de Tweede Kamer is aangeboden.¹ De titel 'De Europese dimensie van toezicht' komt van het advies van de ICER dat al op 6 oktober 2000 is verschenen.² De ICER had mij om een voorstudie gevraagd.³ Met een aantal Utrechtse collega's kwamen wij tot de conclusie dat de bestaande taakverwaarlozingsregeling uit de provincie- en gemeentewet tekort schiet in het kader van een infractieprocedure tegen Nederland wegens inbreuken door decentrale overheden en daarom aanpassing behoeft aan de eisen van het Europese recht. (Ik licht dat later toe.) De ICER wilde zo ver niet gaan en – uiteraard tot groot genoegen van IPO en VNG - eerst ervaring opdoen met minder vergaande toezichtinstrumenten. Naar aanleiding hiervan is op 1 februari 2001 in Den Haag een congres georganiseerd met de titel 'In de Europese houdgreep?' De discussie spitste zich toen toe op de vraag of een aangepaste taakverwaarlozingsregeling als *ultimum remedium* nodig is voor een adequate reactie van het rijk op een infractieprocedure. De bijdragen van de verschillende sprekers zijn in een gelijknamige publicatie verschenen.⁴ De gevoeligheid van de materie wordt geïllustreerd door het feit dat er meer dan vier jaar nodig was om tot een kabinetsstandpunt te komen. In het uiteindelijke kabinetsstandpunt van

¹ Kamerstukken II, 2009-2010, 32 157, nr. 3, p.2.

² De Europese dimensie van toezicht, advies van de ICER aan de minister van BZK van 6 oktober 2000.

³ Bart Hessel, Annelies Neven (red.), Johan van de Gronden, Flora Goudappel, Europeesrechtelijk toezicht op Nederland en de doorwerking naar decentrale overheden, Verkenningen ten behoeve van de ministeriële verantwoordelijkheid, Europa Instituut, Universiteit Utrecht, mei 2000. Deze voorstudie is als bijlage 3 opgenomen bij het advies van de ICER.

⁴ Bart Hessel (red.), *In de Europese houdgreep? Over zwaardere ministerieel toezicht*, serie Europees recht voor decentrale overheden, deel 2 Kluwer 2003, met bijdragen van D.Benschop, J.Th.J. van den Berg, J.W. van de Gronden, B.Hessel, F.Hilterman, R.Lefeber, M.Q.M. Oosschot, J. Peters en R.J.M. van den Tweel.

2004 werden niet de voorstellen van de ICER overgenomen, maar werd gekozen voor een aanpassing van de taakverwaarlozingsregeling aan de eisen van het Europese recht. Omdat ook nu weer deze aanpassing omstreden is, wil ik in deze bijdrage eerst nog eens stil staan bij de tweeslachtige positie van de decentrale overheden in het Europese recht (par. 2) en de verschillende inbreuken die deze overheden kunnen maken op het Europese recht (par. 3). Na een korte inventarisatie van de vertrekpunten bij de eerdere discussie over toezichtinstrumenten (par. 4) werk ik uit waarom de bestaande toezichtinstrumenten tekortschieten bij een infractieprocedure (par. 5). De bijdrage wordt afgesloten met een vergelijking van de verschillende standpunten over de omstreden aanpassing van de taakverwaarlozingsregeling (par. 6) en een conclusie waarbij een stap wordt gezet naar het wetsontwerp NERpe dat nogal verschilt van de toenmalige opvattingen (par. 7).

2. De tweeslachtige positie van decentrale overheden in het EU-recht

Wanneer we de positie van decentrale overheden in het Europese recht bezien moeten we vooral kijken naar de artikelen en rechtspraak die voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon deel uitmaakten van het EG-Verdrag ofwel het gemeenschapsrecht. Sinds 1 december 2009 hebben we geen gemeenschapsrecht meer maar is alles EU-recht, verdeeld over het EU-Verdrag (hierna VEU) en het EU-Werkingsverdrag (hierna VWEU). Met het Verdrag van Lissabon is het institutionele Europese recht voor decentrale overheden aanzienlijk verbeterd⁵ maar het materiële Europees recht, dat nu is te vinden in het EU-Werkingsverdrag komt overeen met het oude EG-Verdrag. Uit de rechtspraak op het voormalige gemeenschapsrecht blijkt dat decentrale overheden een tweeslachtige positie innemen.

1. Neutraliteit van het EU-recht voor de interne bevoegdheidsverdeling

Voor we aan de tweeslachtigheid toekomen moet worden opgemerkt dat het Europese recht neutraal staat tegenover de interne bevoegdheidsverdeling binnen de lidstaten. Het laat daarmee ruimte voor verschillende varianten zoals een sterk gecentraliseerd Frankrijk, een federaal Duitsland en België alsmede de Nederlandse gedecentraliseerde eenheidsstaat. Brussel bemoeit zich dus niet met de vraag welke bestuurslaag in Nederland wat doet. Dat neemt niet weg dat de traditionele bestuurlijke verhoudingen in deze gedecentraliseerde eenheidsstaat door de toenemende Europese integratie onder druk komen te staan. Dat kan verklaard worden uit het volgende.

2. De lidstaat is verantwoordelijk voor de inbreuken van de decentrale overheden (artikel 258 VWEU)

De neutraliteit van het EU-recht voor interne verhoudingen heeft als keerzijde dat de Unie daar geen last van mag hebben. Dat betekent dat de lidstaat (lees: de rijksoverheid in de gedaante van de verantwoordelijke minister) door de Commissie verantwoordelijk kan worden gesteld voor de fouten van de decentrale overheden. We hebben het dan over de inbreukprocedure die voorheen werd geregeld in de artikelen 226-228 EG en thans is terug te vinden in de artikelen 258-260 VWEU. Deze verantwoordelijkheid van de rijksoverheid heeft een sterk centraliserende werking en heeft de basis gevormd voor de langdurige discussies over de vraag of de rijksoverheid over voldoende toezichtinstrumenten beschikt om de decentrale overheden tijdig en effectief te dwingen hun fouten te herstellen.

Deze inbreukprocedure kan worden omschreven als de schaduwzijde van het Europese recht voor de decentrale overheden. Hun relatie met de rijksoverheid is vooral volgzaam en wordt gedomineerd door de mogelijke inbreuken die zij op het EU-recht maken.

Deze dwingende centraliserende invloed van de Europese integratie moet duidelijk onderscheiden worden van de neiging van de rijksoverheid bepaalde decentrale ruimten te annexeren met een beroep op het Europese recht. Die neiging wordt niet door het Europese recht gedekt. Bovendien vormt deze schaduwzijde van het Europese recht maar één kant van de tweeslachtige positie van de decentrale overheden

⁵ Ik noem de verruiming van het subsidiariteitsbeginsel (art. 5 lid 3 VEU), de bepalingen inzake de democratische beginselen (artikel 9 t/m 12 VWEU), Protocol (nr. 1) betreffende de rol van de nationale parlementen in de Europese Unie en Protocol (nr.2) betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Bovendien bepaalt artikel 4 lid 2 VEU dat de Unie de nationale identiteit van de lidstaten eerbiedigt die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur.

3. De decentrale overheden hebben een eigen verantwoordelijkheid voor het EU-recht (artikel 4 lid 3 VEU)

De positie van de decentrale overheden in het EU-recht wordt totaal anders als we kijken naar de gevolgen van het beginsel van gemeenschapstrouw, dat voorheen was neergelegd in artikel 10 EG en dat we nu moeten zoeken in artikel 4 lid 3 VEU.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie (inmiddels niet meer van de EG maar van de EU) geldt dit beginsel niet alleen voor de rijksoverheid maar ook voor de decentrale overheden. Daarmee hebben zij een eigen rechtsplicht en verantwoordelijkheid om de verboden en verplichtingen van het EU-recht loyaal na te komen. Zoals bekend, heeft het beginsel van gemeenschapstrouw tot gevolg dat decentrale overheden op grond van het Europese recht, onder bepaalde omstandigheden, verplicht zijn een wet van de rijksoverheid waarin een richtlijn niet goed is omgezet buiten toepassing te laten en zelf een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging toe te passen.⁶ We kunnen hier ook denken aan een verplichting om centrale wetgeving richtlijnconform uit te leggen.⁷

Hier blijkt dat het Europese recht van decentrale overheden verwacht dat zij zich actief en onafhankelijk van de rijksoverheid gedragen. Dit kunnen we de zonzijde van het Europese recht voor decentrale overheden genoemd.

Het is van groot belang deze tweeslachtige positie van de decentrale overheden, bestaande uit een schaduw- en een zonzijde van het Europese recht, goed in de gaten te houden bij de discussie over het wetsontwerp NErpe. Zo is in onze voorstudie al en ook in latere publicaties benadrukt dat het pleidooi voor een aangepaste taakverwaarlozingsregeling moet worden gezien als een element van de genoemde schaduwzijde en dat daarnaast de zonzijde voor decentrale overheden (eigen verantwoordelijkheid en kritische onafhankelijkheid tegenover het rijk) niet moet worden vergeten. De schaduwzijde mag niet groter worden gemaakt dan strikt noodzakelijk. Verder wil ik er op wijzen dat naar mijn ervaring op rijksniveau veelal de nadruk wordt gelegd op de fouten die decentrale overheden maken, terwijl de eigen (omzettings)fouten en de gevolgen daarvan voor decentrale overheden nogal eens worden gebagatelliseerd.

3. Verschillende Europese verplichtingen van decentrale overheden

Voor een goede beoordeling van de benodigde toezichtsinstrumenten is het belangrijk een overzicht te hebben van de Europese verplichtingen van decentrale overheden die zij kunnen schenden.

1. Verplichtingen uit richtlijnen

Het komt nog al eens voor dat men bij Europese verplichtingen van decentrale overheden alleen denkt aan de implementatie van richtlijnen. Het vage niet-juridische begrip implementatie omvat omzetting van richtlijnen, inkaderen van verordeningen,⁸ concrete toepassing en handhaving. De implementatie door decentrale overheden heeft betrekking op concrete uitvoering en handhaving.⁹ De omzetting van richtlijnen vindt in Nederland plaats op centraal niveau. Als voorbeelden kunnen we denken aan de vele richtlijnen op het gebied van milieurecht.¹⁰ Ik noem slechts de Richtlijn inzake de behandeling van stedelijk afvalwater¹¹ en de Richtlijn betreffende milieueffectbeoordeling.¹² Andere zeer voor de hand liggende voorbeelden zijn natuurlijk de Aanbestedingsrichtlijnen¹³ en de Dienstenrichtlijn.¹⁴ De voorbeelden geven aan dat we bij concrete uitvoering door decentrale

⁶ Dit bleek met name uit het Costanzo-arrest. HvJEG, 22 juni 1989, zaak 103/88.

⁷ De problematiek van rechtstreekse werking en richtlijnconforme toepassing voor decentrale overheden is eerder in dit tijdschrift behandeld: S. Belhaj & B. Hessel, *De rol van de decentrale overheden bij met EG-richtlijnen strijdige nationale wetgeving: enkele beschouwingen over driehoeksverhoudingen, rechtstreekse werking, richtlijnconforme interpretatie en het arrest Wells*, RegelMaat 2005/1, p. 23-34.

⁸ Verordeningen mogen niet worden omgezet. Bij inkaderen moet men denken aan het aanwijzen van de bevoegde instanties, het regelen van procedures en de rechtsbescherming.

⁹ De handhaving door decentrale overheden moet voldoen aan de Europese beginselen van doeltreffendheid, proportionaliteit, assimilatie en afschrikwekkend effect.

¹⁰ Een mooi overzicht vinden we in de studie van mijn Utrechtse collega's van omgevingsrecht dat zij in opdracht van de gemeente Den Haag hebben verricht: Jan Robbe e.a., *Europees milieurecht voor de gemeentelijke praktijk*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2008

¹¹ *PbEG* 1991, L 135/40.

¹² *PbEG* 1985, L 175/40, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2003/35, *PbEU* 2003, L 156/17.

¹³ Richtlijn 2004/17, *PbEU* 2004, L 134/1 en Richtlijn 2004/18, *PbEU* 2004, L 134/114

¹⁴ *PbEU* 2006, L 376/36

overheden onder andere kunnen denken aan vergunningen, aanbestedingen maar ook concrete handelingen als het aanleggen van riolering. Inbreuken die zich kunnen voordoen zijn dan bijvoorbeeld: een foute vergunning, niet Europees aanbesteden of het niet aanleggen van een riolering. Bij de uitvoering en handhaving van richtlijnen vormt de rijksoverheid de verbindende schakel tussen Europa en de decentrale overheden. De verleiding is dan groot dat de rijksoverheid een stevige greep wil hebben op het gedrag van de decentrale overheden.

2. Verplichtingen uit het primair EU-recht

Er zijn echter nog veel andere Europese verplichtingen voor decentrale overheden.

Zo hebben decentrale overheden vele vergaande verplichtingen uit wat voor kort heette: het primair gemeenschapsrecht; Na Lissabon kunnen we spreken van het primair EU-recht en denken aan verplichtingen die direct voortvloeien uit het EU-Werkingsverdrag. Het gaat met name om de verdragsbepalingen van de interne markt. Hier ontmoeten wij de verboden en excepties van het vrij verkeer van goederen,¹⁵ personen,¹⁶ diensten¹⁷ en kapitaal,¹⁸ die op allerlei beleidsterreinen van decentrale overheden doorwerken; het mededingingsrecht voor ondernemingen¹⁹ – voor veel decentrale overheden ten onrechte nog een onbekend terrein – en uiteraard het Europese toezicht op staatssteun.²⁰

Afgezien van hamonisatierichtlijnen als de Dienstenrichtlijn liggen de regels van de vier vrijheden direct op het bord van de decentrale overheid zonder dat de centrale wetgever daar aan te pas komt.²¹ Bovendien hebben de vier vrijheden rechtstreekse werking zodat conflicten aan de nationale rechter kunnen worden voorgelegd. Bij staatssteun hebben we eveneens te maken met verdragsbepalingen die direct op het bord van de decentrale overheden liggen en waar de rijksoverheid niet tussen zit. Het bekende *stand-still*-beginsel, dat voorschrijft dat geen staatssteun mag worden gegeven voordat de Commissie over de aanmelding heeft beslist,²² heeft rechtstreekse werking, zodat belanghebbenden naar de rechter kunnen stappen..

3. Verplichtingen uit verordeningen

Decentrale overheden hebben verder te maken met verplichtingen uit verordeningen. Als voorbeeld kunnen we denken aan de procedureverordening 659/1999 op het gebied van staatssteun,²³ de algemene groepsvrijstellingsverordening,²⁴ de sociale zekerheidsverordening 1408/71,²⁵ de verschillende verordeningen inzake de structuurfondsen, verordeningen in de sfeer van de landbouw²⁶ en het milieurecht zoals bijvoorbeeld de EVOA.²⁷ De materiële normen van deze verordeningen liggen ook zonder tussenkomst van de centrale wetgever op het bord van de decentrale overheden en verordeningen hebben naar hun aard rechtstreekse werking.

Uit dit overzicht kunnen we twee conclusies trekken die van belang zijn voor de discussie over de wenselijke toezichtinstrumenten.

In de eerste plaats blijkt dat er bij veel Europese verplichtingen (uit primair EU-recht en uit verordeningen) een directe relatie bestaat tussen het Europese recht en de decentrale overheden, waarbij de rijksoverheid geen verbindende schakel vormt. Bij rechtstreekse werking worden eventuele conflicten beoordeeld door de nationale rechter. De rijksoverheid verschijnt hier pas op het tapijt

¹⁵ Inmiddels de artikelen 28 t/m 37 VWEU.

¹⁶ Inmiddels de artikelen 45 t/m 54 VWEU.

¹⁷ Inmiddels de artikelen 56 t/m 62 VWEU.

¹⁸ Inmiddels de artikelen 63 t/m 66 VWEU.

¹⁹ Inmiddels de artikelen 101 t/m 106 VWEU

²⁰ Inmiddels de artikelen 107 t/m 109 VWEU en artikel 106 lid 2 voor compensatiesteun aan diensten van algemeen economisch belang.

²¹ Sterker nog: omdat het secundaire EU-recht, zoals de richtlijnen, ook in overeenstemming moeten zijn met het primaire EU-recht zoals het Werkingsverdrag acht ik het aannemelijk dat de decentrale overheden geconfronteerd zullen worden met een spanning tussen de verdragsartikelen over het vrij dienstenverkeer enerzijds en de Dienstenrichtlijn en Dienstenwet anderzijds.

²² Artikel 108 lid 3 VWEU.

²³ *PbEG* 1999, L 83/1.

²⁴ *PbEU* 2008, L 214/3.

²⁵ *PbEG* 1983, L 230/6.

²⁶ Zie nader Bart Hessel, *De Voortschrijdende Europese integratie: zwaardere toezichtinstrumenten dringen zich op*, in *In de Europese houdgreep?*, p. 14-15.

²⁷ *PbEG* 1999, L 30/1.

wanneer inbreuken door de decentrale overheden leiden tot een infractieprocedure door de Commissie.

In de tweede plaats blijkt dat de Europese verplichtingen van decentrale overheden zich zowel uitstrekken tot medebewindstaken als activiteiten in autonomie. Zo gelden de regels van staatssteun ook bij autonome subsidieverordeningen en ook bij autonoom decentraal beleid en wetgeving moeten de regels van het vrij verkeer in acht genomen worden. Bij de discussies over zwaardere instrumenten was het voor IPO en VNG met name onacceptabel dat door een eventueel aan de eisen van het Europese recht aangepaste verzwaarde taakverwaarlozingsregeling niet meer alleen betrekking zou hebben op medebewindstaken, maar zich ook zou moeten uitstrekken tot autonome. Daarmee zou de autonomie van de decentrale overheden worden aangetast.²⁸ Vanuit het Europese recht bezien is het onderscheid tussen autonomie en medebewind niet relevant voor de vraag of het Europese recht in het kader van een mogelijke infractieprocedure om zwaardere toezichtinstrumenten vraagt. Gezien deze politieke gevoeligheid was het interessant dat Van der Sluis in zijn dissertatieonderzoek een poging deed wel enige relevantie te vinden voor dat onderscheid. Dit bleek helaas niet het geval.²⁹

4. Vertrekpunten bij de eerdere discussie over de toezichtinstrumenten

Zoals gezegd is er rond de totstandkoming van het ICER-advies in 2000 uitgebreid gediscussieerd over de vraag of bestaande toezichtinstrumenten versterking behoeven in het kader van de infractieprocedure en of er een taak ligt voor de wetgever. De volgende vertrekpunten bij die discussie lijken mij relevant voor de meningsvorming over het wetsontwerp NERpe.

1. Onder toezicht werd ook toen verstaan: 'het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.'³⁰
2. In onze voorstudie en de daarop volgende discussies lag de nadruk op de vraag of de bestaande toezichtinstrumenten jegens decentrale overheden toereikend zijn wanneer de Commissie een infractieprocedure begint tegen Nederland. Met andere woorden: in geval van nood.
3. Er waren geen gevallen geweest waarbij de Commissie een dergelijke procedure tegen Nederland was begonnen als gevolg van decentrale inbreuken. De discussie ging dus niet om de vraag hoe de branden te blussen maar om de vraag naar een brandverzekering voor de toekomst. We hebben het dus over anticiperende wetgeving.
4. Wanneer de Commissie een infractieprocedure start moet de lidstaat er voor zorgen dat tijdig en doelmatig de fout van de decentrale overheid wordt hersteld en kan er sprake zijn van financiële consequenties in de vorm van een dwangsom of boete. Dat deze financiële consequenties vragen om een verhaals- of regresrecht was geen probleem. De wetgever zou daarin moeten voorzien. De discussie spitste zich toe op de benodigde instrumenten voor tijdig en doelmatig herstel.
5. Bij de discussie over de invoering van zwaardere toezichtinstrumenten werd niet alleen gesproken over een aangepaste taakverwaarlozingsregeling maar als mogelijk alternatief ook over interbestuurlijke sancties.³¹ Over één punt was iedereen het eens: die zwaardere instrumenten hebben altijd een *ultimum remedium*-karakter. Eerst moet het herstel van de decentrale inbreuk worden gezocht in bestuurlijk overleg met de decentrale overheid
6. Onafhankelijk van de beraadslagingen binnen de ICER verscheen tegelijkertijd, en bij wijze van verrassing, het wetsontwerp Toezicht Europese Subsidies (Wet TES). Met deze wet werd in de sfeer van de Europese subsidies aan de betrokken minister een inlichtingenrecht, een aanwijzingsbevoegdheid en een verhaalsrecht toegekend.
7. Bij de discussies over de schaduwzijde voor de decentrale overheden van het toenmalige artikel 226 EG is stelselmatig benadrukt dat voor een volledig Europees beeld van de verhouding tussen de centrale en decentrale overheden ook de zonzijde van het Europese recht moet worden meegenomen en dat de schaduwzijde niet groter mocht worden dan strikt noodzakelijk. De eigen verantwoordelijkheid van de decentrale overheden voor het nakomen van het Europese recht dat zij hebben op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw moet daarmee worden geëerbiedigd, tenzij de schaduw van de infractieprocedure opdoemt.

²⁸ Die autonomie wordt natuurlijk niet pas aangetast door een aangepaste taakverwaarlozingsregeling maar al door het Europese recht zelf. Als men denkt dat de lidstaten bij de totstandkoming van het oude EEG-Verdrag al in 1957 een deel van hun soevereiniteit hebben afgestaan, maakt dit argument van de koepels weinig indruk.

²⁹ C.N. van der Sluis, In wederzijdse afhankelijkheid. Nationaal bestuurlijk toezicht in Europees perspectief, Wolf legal publishers 2007, p. 11 t/m 135.

³⁰ 'De Europese dimensie van toezicht', advies ICER, p. 1.

³¹ Zie René Lefeber, Interbestuurlijke sancties, in Bart Hessel (red), In de Europese houdgreep?, p. 91- 111.

5. De bestaande toezichtinstrumenten schieten tekort

In aansluiting op eerdere literatuur over Europees recht en decentrale overheden³² werd in de voorstudie voor de ICER geconstateerd dat de bestaande toezichtinstrumenten van het rijk ten opzichte van de decentrale overheden tekortschieten in geval van een infractieprocedure.

5.1 Schorsing en vernietiging

De mogelijkheid voor het rijk om via schorsing door de minister of vernietiging bij koninklijk besluit in te grijpen in het gedrag van provincies of gemeenten biedt uiteraard geen soelaas als die decentrale overheden bepaalde Europese verplichtingen nalaten.

5.2. De bestaande taakverwaarlozingsregeling

In de artikelen 123 en 124 Gemeentewet³³ en de artikelen 120 en 121 Provinciewet³⁴ vinden we de bestaande taakverwaarlozingsregeling. Deze taakverwaarlozingsregeling heeft betrekking op gevallen waarin een orgaan van de gemeente of de provincie een bij of krachtens een andere wet dan de Gemeentewet c.q. de Provinciewet gevorderde beslissing niet of niet naar behoren neemt. De taakverwaarlozingsregeling heeft dus betrekking op het niet of niet naar behoren nemen van beslissingen in medebewind.

Daarmee is de bestaande regeling niet van toepassing op Europese verplichtingen die niet zijn opgenomen in nationale wetgeving, zoals de toepassing van verdragsbepalingen (als de vier vrijheden) en verplichtingen uit rechtstreeks werkende verordeningen. De regeling schiet ook tekort wanneer een decentrale overheid nalaat door het Europees recht vereiste feitelijke handelingen te

³² J.W. van de Gronden, De implementatie van het EG-milieurecht door Nederlandse decentrale overheden (diss.), Kluwer 1998, p. 432; B.M.Veldkamp, Implementatie van EG-milieurichtlijnen in Nederland (diss) Europese Monografieën nr. 53, Kluwer 1998, p. 99/100 en B.Hessel & K.J.M.Mortelmans, Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland, Tjeenk Willink, Deventer 1997, p. 107.

³³ Art 123 lid 1 Gemeentewet luidt:

1. 'Wanneer de raad, of indien aan een bestuurscommissie, een deelraad of het dagelijks bestuur van een deelgemeente bevoegdheden van de raad of van het college zijn overgedragen, deze commissie, die deelraad of dat dagelijks bestuur bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderde beslissing niet of niet naar behoren neemt, voorziet het college daarin.
2. Wanneer aan een bestuurscommissie of de voorzitter van het dagelijks bestuur van een deelgemeente de bevoegdheid van de burgemeester zijn overgedragen en die commissie of die voorzitter bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderde beslissingen niet of niet naar behoren neemt, voorziet de burgemeester daarin.'

In artikel 124 Gemeentewet lezen we:

1. 'Wanneer het college of de burgemeester bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderde beslissingen niet of niet naar behoren neemt, voorzien gedeputeerde staten, onderscheidenlijk de commissaris van de Koning daarin namens het college of de burgemeester en ten laste van de gemeente
2. Spoedeisende gevallen uitgezonderd, vindt het eerste lid geen toepassing dan nadat het college, onderscheidenlijk de burgemeester in de gelegenheid is gesteld binnen een door gedeputeerde staten, onderscheidenlijk de commissaris gestelde termijn alsnog de bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderde beslissingen te nemen.'

³⁴ Art 120 Provinciewet stelt:

'Wanneer provinciale staten of, indien aan een bestuurscommissie bevoegdheden van provinciale staten of van gedeputeerde staten zijn overgedragen, de commissie bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderde beslissingen niet of niet naar behoren nemen, voorzien gedeputeerde staten daarin.'

Art 121 Provinciewet luidt:

1. 'Wanneer gedeputeerde staten of de commissaris van de koning bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderde beslissingen niet of niet naar behoren nemen, voorziet Onze Minister daarin namens gedeputeerde staten of de commissaris van de koning en ten laste van de provincie.
2. Spoedeisende gevallen uitgezonderd, vindt het eerste lid geen toepassing dan nadat gedeputeerde staten, onderscheidenlijk de commissaris in de gelegenheid zijn gesteld binnen een door Onze Minister gestelde termijn alsnog de bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderde beslissing te nemen.'

verrichten, zoals de aanleg van een riolering of het opstellen en publiceren van rapporten.³⁵ Daar komt bij dat het bestaande systeem de bevoegdheid, om in de plaats van een nalatig orgaan een maatregel te nemen, van de gemeente doorschuift naar de provincie en daar schiet de verantwoordelijke rijksoverheid niets mee op. De minister kan alleen maar in actie komen bij nalatigheid van gedeputeerde staten of de commissaris van de koningin.

Deze tekortkomingen van de bestaande taakverwaarlozingsregeling werden niet bestreden, maar er bestond verschil van mening over de vraag of en zo ja in hoeverre een aangepaste regeling als *ultimum remedium* in de wet moet worden neergelegd in antwoord op een mogelijke infractieprocedure. Omdat het wetsontwerp NERpe tot datzelfde verschil van mening leidt, is het goed de eerdere verschillende standpunten nog eens op een rij te zetten.

6. Verschillende standpunten en de gevolgen voor de wetgever

De discussie over de uitbreiding van de bestaande toezichtinstrumenten werd uiteraard gedomineerd door de spanning tussen de bestaande bevoegdheidsverdeling in de gedecentraliseerde eenheidsstaat en de eisen van het Europese recht. De vraag waar het juiste evenwicht ligt werd op verschillen de wijzen beantwoord.

6.1 Het standpunt van de ICER

De ICER hechtte primair aan het volgen van de bestuurlijke weg en het zo veel mogelijk ontzien van de bestaande bestuurlijke verhoudingen, met de daarbij behorende toezichtinstrumenten van schorsing, vernietiging en taakverwaarlozing in medebewind. Maar zij onderkende, in afwijking van een eerder rapport van de Interdepartementale Commissie voor Constitutionele aangelegenheden en Wetgevingsbeleid (ICCW),³⁶ dat de eisen van het Europese recht soms tot verdergaande maatregelen kunnen dwingen.³⁷ De ICER onderkende dat in de regel de centrale overheid toe kan met de door de ICCW genoemde instrumenten die passen binnen de bestaande bevoegdheidsverdeling.³⁸ Maar deze bieden geen soelaas als de decentrale overheid na inzet daarvan nalaat bepaalde Europese verplichtingen na te komen. In die uitzonderlijke gevallen pleitte de ICER voor de gecombineerde inzet van een bijzondere aanwijzing en een verhaals- of regresrecht. De ICER sloot verder niet uit dat er nog zwaardere instrumenten, waaronder een taakverwaarlozingsregeling, moeten worden ingevoerd maar pas wanneer uit ervaring blijkt dat de bijzondere aanwijzing en het verhaalsrecht tekort schieten.³⁹ Volgens de ICER moet er daarmee voor bijzondere gevallen een anticiperende wettelijke regeling komen van een bijzondere aanwijzing en een verhaalsrecht. Deze instrumenten vinden we terug in het wetsontwerp NERpe.

6.2. Het standpunt van VNG en IPO

VNG en IPO hielden in de discussies vast aan de bestaande bestuurlijke verhoudingen en verzetten zich tegen zwaardere toezichtinstrumenten met als argument dat deze de decentrale autonomie aantasten.⁴⁰ Zij stelden zich op het standpunt dat inbreuken op het Europese recht door decentrale overheden altijd via de bestuurlijke weg kunnen worden opgelost. Zij vonden de invoering van een aangepaste taakverwaarlozingsregeling zelfs als *ultimum remedium* volstrekt onnodig, zelfs in de

³⁵ Veldkamp, a.w., p. 99/100.

³⁶ 'Communautaire verplichtingen van decentrale overheden', rapport van de ICCW van september 1999. De ICCW wil de bestaande bevoegdheidsverdeling in de gedecentraliseerde eenheidsstaat handhaven en kiest daarom voor de volgende toezichtinstrumenten: inlichtingenrecht en verslaglegging, *peer pressure*, declaratoire brief, voorlichting en advies en algemene aanwijzingen. Omdat een taakverwaarlozingsregeling de bestaande bevoegdheidsverdeling verstoort wijst de ICCW dat instrument af (p.55).

³⁷ Een korte uiteenzetting van het ICER-advies mede in vergelijking met het standpunt van de ICCW vinden we in; Michiel Q.M.Oosshot, *De Europese dimensie van toezicht*, in: In de Europese houdgreep?, p. 53-64.

³⁸ Zie Oosshot, a.w., p.58.

³⁹ Zie Oosshot, a.w., p.59.

⁴⁰ Argumenten dat het onderscheid tussen autonomie en medebewind voor het Europese toezicht niet relevant is vonden geen gehoor. Zie voor het standpunt van VNG en IPO: Joop Th.J. van den Berg, *Een reactie van VNG en IPO*, Frank Hilterman, *Artikel 226 EG en de decentrale overheden*, in: In de Europese houdgreep?, p. 75 e.v. respectievelijk p. 129 e.v. Ook het ministerie van BZK hechtte veel waarde aan de autonomie. Zie Jit Peters, *Een reactie vanuit BZK*, in: In de Europese houdgreep?, p.69 e.v.

noodsituatie van een infractieprocedure. Volgens de koepels moet de oplossing gezocht worden in vergroting van de kennis van het Europese recht van decentrale overheden.⁴¹ Volgens IPO en VNG hoeft de wetgever dus niet in actie te komen.

6.3 Bedenkingen tegen het uitstel van de ICER

Een aantal beoefenaren van het Europees recht heeft bedenkingen aangevoerd tegen het advies van de ICER om nog niet direct een aangepaste taakverwaarlozingsregeling in te voeren. Die bedenkingen werden alle gemaakt in het kader van de infractieprocedure en als *ultimum remedium*. Zo verbaasde Van den Tweel zich er over dat in de Wet TES geen taakverwaarlozingsregeling was opgenomen. 'Juist in dat ene uitzonderlijke geval, waarin de aanwijzing (om welke reden ook) niet wordt opgevolgd en een financiële claim uit Brussel dreigt of zelfs al met de dag oploopt, zal de rijksoverheid de behoefte hebben om over te gaan tot plaatsvervangende besluitvorming.'⁴² Ook Van de Gronden was van oordeel dat de invoering van een taakverwaarlozingsregeling niet moet worden uitgesteld.⁴³

Zelf heb ik er op gewezen dat het niet reëel is te geloven dat overheden er met bestuurlijk overleg uitkomen wanneer zij onder de druk staan van een infractieprocedure.⁴⁴ Wanneer zij hun handelen moeten corrigeren – bijvoorbeeld alsnog Europees aanbesteden – zijn er veelal burgers of ondernemingen die daar de dupe van worden en dan komen zij met de claim van de rijksoverheid in een patstelling. Daarnaast heb ik benadrukt dat de invoering van een aangepaste taakverwaarlozingsregeling – evenals de huidige 'nationale' regeling - vooral een symboolfunctie zal hebben als de decentrale overheden voldoende kennis hebben van het Europese recht en dat ook toepassen.⁴⁵ Daarbij heb ik echter regelmatig het probleem gesignaleerd dat met name veel gemeenten een afwachtende houding aannemen en dat er, zeker op gemeentelijk niveau, slechts een kleine kopgroep decentrale overheden is die veel tijd en energie besteedt aan Europese wet- en regelgeving.⁴⁶ Dat probleem bestaat ook nu nog. Met de invoering van een aangepaste taakverwaarlozingsregeling zouden de koplopers voor hun inspanningen beloond worden, terwijl gemeenten die het allemaal wel best vinden worden aangespoord om het Europese recht meer serieus te nemen.

De genoemde beoefenaren van het Europese recht vinden het dus gewenst dat de wetgever, in aanvulling op de wensen van de ICER, een aan de gevolgen van Europa aangepaste taakverwaarlozingsregeling invoert, in verband met een mogelijke infractieprocedure.

6.4 Het standpunt van Balkenende II

In het kader van het wetsontwerp NERpe zijn de volgende punten uit het kabinetstandpunt van Balkenende II het vermelden waard.

1. Wat betreft preventieve maatregelen ziet Balkenende II alle ruimte voor *peer pressure*, voorlichting en advies maar niet voor een declaratoire brief. Dit instrument houdt het gevaar in, dat het ten onrechte beschouwd wordt als constitutief element van een communautaire verplichting en dat zou afbreuk doen aan het besef van de eigen rechtstreekse verantwoordelijkheid van de decentrale overheden. Bovendien kunnen decentrale overheden, aldus Balkenende II, via het kenniscentrum Europa decentraal van hun verplichtingen op de hoogte worden gesteld.⁴⁷ Ik ben het met beide punten volledig eens. Met enige voorzichtigheid kiest Balkenende II wel voor de preventieve inzet van de bijzonder aanwijzing zoals we die kennen uit de Wet TES. De verantwoordelijke ministers moeten elk voor hun eigen terrein bezien of dat instrument als preventief middel gewenst is.⁴⁸

2. Bij de repressieve maatregelen benadrukt Balkenende II dat het aantal repressieve voorzieningen tot het absolute minimum beperkt dient te worden, dat de bestaande verdeling van bevoegdheden

⁴¹ Frank Hiltermann, a.w., p.135.

⁴² Ronald J.M. van den Tweel, *De Wet toezicht Europese subsidies: kort maar krachtig?*, in: In de Europese houdgreep?, p. 88.

⁴³ Johan W. van de Gronden, *Wie is er verantwoordelijk? Enkele beschouwingen over de noodzaak van een Europese taakverwaarlozingsregeling*, in: In de Europese houdgreep?, p.113- 127.

⁴⁴ Bart Hessel, *Enkele afsluitende gedachten*, in: In de Europese houdgreep?, p. 153.

⁴⁵ Zie ook: M.J.M. Verhoeven, *Wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten: overbodig of onmisbaar in de praktijk?*, NtER mei 2010, p. 125.

⁴⁶ Bart Hessel, a.w., p. 154/155.

⁴⁷ Kabinetstandpunt Balkenende II, p. 13/14.

⁴⁸ Kabinetstandpunt Balkenende II, p. 16.

zoveel mogelijk moet worden gerespecteerd en dat de eigen verantwoordelijkheid van de decentrale overheden zo veel mogelijk intact moet worden gelaten

Dat uitgangspunt vormt geen belemmering voor de invoering van het verhaals of regresrecht voor het opvangen van de financiële gevolgen van een inbreuk, waar ook in de eerdere discussie al geen meningsverschil over bestond.⁴⁹ Omdat schorsing en vernietiging niet toereikend zijn bij nalatigheid van decentrale overheden, kiest Balkenende II voor een beperkte toepassing van de individuele aanwijzing als repressief instrument. Balkenende II denkt daarbij aan de situatie waarin de Europese, de nationale rechter of de Commissie heeft vastgesteld dat de decentrale overheid onjuist heeft gehandeld.⁵⁰ Het gaat dus om een *ultimum remedium*-instrument in het kader van de infractieprocedure of als antwoord op een uitspraak van de nationale rechter.⁵¹

Aansluitend kiest Balkenende II ook voor de taakverwaarlozingsregeling omdat het niet voor de hand ligt 'met het oog op de correcte naleving van Europeesrechtelijke verplichtingen de mogelijke toepassing van dit middel uit te sluiten. Het kabinet zal daarom bevorderen dat de werking van de bestaande taakverwaarlozingsregelingen in Gemeente- Provincie- en Waterschapswet zich mede gaan uitstrekken tot beslissingen die krachtens het Europese recht worden gevorderd.'⁵²

Met dit standpunt gaat Balkenende II dus verder dan de ICER en kiest het – overigens zonder expliciet aandacht te besteden aan de uitgebreide discussies in 2000 en 2001 – voor het instrumentarium dat door beoefenaren van het Europese recht als Van de Gronden, Van den Tweel, Veldkamp, Mortelmans en mijzelf noodzakelijk wordt geacht in het kader van de infractieprocedure.

7. Conclusies en een aanvullende opmerking

De aanleiding tot deze bijdrage over de voorgeschiedenis van het wetsontwerp NERpe is dat er nogal wat verschillen blijken te bestaan tussen de oorspronkelijke adviezen, het kabinetsstandpunt van Balkenende II en het huidige wetsontwerp. Welke verschillen dat precies zijn zal blijken uit de bijdrage van Ronald van den Tweel die het wetsontwerp behandelt. Om daar niet te veel op vooruit te lopen, zal ik mij goeddeels beperken tot een aantal conclusies naar aanleiding van de voorgeschiedenis. Deze kunnen behulpzaam zijn bij de beoordeling van het wetsontwerp. Geeft het wetsontwerp blijk van positief voortschrijdend inzicht of is de wetgever inmiddels van het rechte spoor afgeraakt? Hoe moeten we de kritiek van IPO en VNG beoordelen?

Aan de hand van het voorafgaande kom ik tot de volgende conclusies:

1. In het oorspronkelijke ICER-advies, de Utrechtse voorstudie en het daaropvolgende discours werd vooral gekeken naar inbreuken op het Europese recht door provincies en gemeenten en de gevolgen daarvan bij een infractieprocedure. ZBO's kwamen slechts zijdelings ter sprake;
2. De mogelijk noodzakelijke aanpassing van de taakverwaarlozingsregeling werd dan ook gezien als een aanpassing van de Provinciewet en de Gemeentewet en als adequaat antwoord op een infractieprocedure. Dus in uitzonderlijke gevallen van nood;
3. Uitgangspunt voor alle commissies en betrokkenen was dat de traditionele verdeling van bevoegdheden in de gedecentraliseerde eenheidsstaat en de eigen verantwoordelijkheid van de decentrale overheden voor de nakoming van het Europese recht zo veel mogelijk moeten worden ontzien. Deze mogen alleen worden beperkt voor zover het Europese recht daar toe dwingt;
4. De opvatting dat de wetgever de bestaande toezichtinstrumenten van schorsing, vernietiging en taakverwaarlozing bij medebewind, als gevolg van de Europese integratie zou moeten aanvullen met zwaardere instrumenten wint maar langzaam terrein. De ICCW handhaafde de traditionele bevoegdheidsverdeling en wees daarom een aangepaste taakverwaarlozingsregeling af; de ICER bepleitte enige aanpassing van de bestaande verhoudingen (wettelijke regeling van bijzondere aanwijzing en verhaalsrecht) maar wilde de noodzaak van een aangepaste taakverwaarlozingsregeling afwachten; in de Utrechtse voorstudie en door andere beoefenaren van het Europese recht werd als *ultimum remedium* de directe invoering van een aangepaste taakverwaarlozingsregeling in het kader van een infractieprocedure nodig geacht.

⁴⁹ Kabinetsstandpunt Balkenende II, p. 21.

⁵⁰ Kabinetsstandpunt Balkenende II, p. 20.

⁵¹ Die nationale rechter speelt met name een rol bij rechtstreeks werkende Verdragsverplichtingen waarbij de rijksoverheid als verbindende schakel ontbreekt.

⁵² Kabinetsstandpunt Balkenende II, p. 21.

5. Balkenende II houdt ook vast aan het uitgangspunt dat de bestaande bevoegdheidsverdeling en de eigen verantwoordelijkheid van decentrale overheden zo veel mogelijk moeten worden ontzien. Desalniettemin kiest dat kabinet voor de aanpassing van de taakverwaarlozingsregeling en dan niet alleen in het kader van een infractieprocedure maar ook in verband met een uitspraak van de nationale rechter;
6. IPO en VNG stelden zich op het standpunt dat er ook bij een infractieprocedure vertrouwd moet worden op bestuurlijk overleg en dat de nadruk moet worden gelegd op scholing en informatie van de decentrale overheden, die nog onvoldoende kennis hebben van het Europese recht;
7. Er is gewezen op de symboolfunctie van de aangepaste taakverwaarlozingsregeling. De verzwaarde toezichtinstrumenten zullen de achterblijvende decentrale overheden aansporen het Europese recht meer serieus te nemen, vormen geen probleem meer als zij dat doen en belonen die overheden die nu al rekening houden met het Europese recht.

Hoewel ik hiermee vooruitloop op de bijdrage van Ronald van den Tweel, kan ik het niet laten nog een aanvullende opmerking te maken.

Er bestaat nog steeds een aanzienlijke groep decentrale overheden, met name gemeenten, die onvoldoende aandacht besteedt aan Europa. Daarbij moeten we niet alleen denken aan kleine gemeenten maar ook aan 100.000-plus gemeenten. Het tien jaar geleden verwoorde standpunt van IPO en VNG dat de problemen kunnen worden opgelost door verdere scholing en informatie blijkt zeker voor gemeenten veel te optimistisch te zijn geweest, ondanks de uitstekende inzet van het Kenniscentrum Europa decentraal. Zowel bij de VNG als bij Europa decentraal worstelen wij met de vraag hoe decentrale overheden meer Europa bewust gemaakt kunnen worden en de negatieve houding jegens Europa kan worden veranderd. De omvang van dit probleem kan moeilijk worden overschat. Om die reden lijkt het mij, meer nog dan voorheen, gewenst dat zwaardere toezichtinstrumenten worden ingevoerd, om de achterblijvende decentrale overheden bewust te maken van het belang van de Europese regelgeving.

Zoals uit de bijdrage van Van den Tweel zal blijken, gaat het wetsontwerp NERpe echter een forse stap verder dan de eerdere discussies en Balkenende II: de zwaardere instrumenten van aanwijzing en indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing kunnen niet alleen worden ingezet bij een infractieprocedure maar ook vooruitlopend daarop, of liever ter voorkoming daarvan, wanneer een publieke entiteit, waaronder provincies en gemeenten, een Europese rechtsplicht schendt. Het doel van het wetsontwerp NERpe is dan ook het bevorderen van de naleving van Europese regelgeving.

Het is zeer gewenst dat de naleving van Europese regelgeving door decentrale overheden wordt bevorderd, maar ik ben om drie redenen geen voorstander van deze inzet van de zwaardere instrumenten in de voorfase van een infractieprocedure.

1. Bij het onderzoek naar de vraag of de rijksoverheid zwaardere toezichtinstrumenten nodig heeft tegenover decentrale overheden zijn mijn collega's en ik uiteindelijk en welhaast noodgedwongen tot de conclusie gekomen dat daar bij een infractieprocedure niet aan te ontkomen is. In het wetsontwerp NERpe wordt de inzet van zwaardere toezichtinstrumenten met gemak en enthousiasme uitgebreid tot de voorfase. Deze uitbreiding acht ik niet verantwoord omdat het Europese recht daar niet toe dwingt. Voorstanders van deze uitbreiding zullen zeggen dat dit ook niet hoeft. Dat mag zo zijn, maar als we rekening houden met de tweeslachtige positie van de decentrale overheden in het Europese recht, blijkt die uitbreiding op gespannen voet te staan met de zonzijde van dat recht voor de decentrale overheden: het beginsel van gemeenschapstrouw geldt in die voorfase voor de decentrale overheden zelf – het Europese recht acht hen zelf verantwoordelijk voor de nakoming en veronderstelt hun kritische zelfstandigheid ten opzichte van de rijksoverheid. De schaduwzijde komt pas in zicht bij een infractieprocedure.⁵³

2. Van meet af aan is de discussie over zwaardere toezichtinstrumenten gedomineerd door het uitgangspunt dat de traditionele bevoegdheidsverdeling en de eigen verantwoordelijkheid van de decentrale overheden zo veel mogelijk wordt ontzien. Met het wetsontwerp wordt dat uitgangspunt opzij gezet. Vanuit het Europese recht is dat aanvechtbaar: er zijn veel Europese verplichtingen voor decentrale overheden, die rechtstreeks op het bord van die overheden liggen en waar de rijksoverheid pas mee te maken krijgt bij een infractieprocedure. Het wetsontwerp maakt de rijksoverheid ten onrechte over de gehele linie tot verbindende schakel tussen Europa en de

⁵³ Verhoeven is wel een voorstander van een dergelijk gebruik van de specifieke aanwijzingsbevoegdheid. Verhoeven, a.w., p.124.

decentrale overheden. Vanuit de gedecentraliseerde eenheidsstaat is dat evenzeer aanvechtbaar: terecht hebben IPO en VNG als bezwaar tegen de Wet NERpe aangevoerd dat daardoor 'als het ware alles wat onder EU-regelgeving valt tot medebewind wordt gemaakt'.⁵⁴

3. De opvatting dat de Wet NERpe erg veel meer kan zijn dan symboolwetgeving en zinvol kan bijdragen aan de naleving van de Europese regelgeving door decentrale overheden lijdt aan onderschatting van het probleem en overschatting van het kunnen van de rijksoverheid. De gevallen waarin decentrale overheden, met name gemeenten, de Europese regelgeving niet nakomen zijn zeer talrijk, maar over het algemeen komen zij niet naar buiten. Het gaat in de regel om 'lijken in de kast'.⁵⁵ Afgezien van enkele incidentele gevallen die aan het licht komen, zal de rijksoverheid geen weet hebben van de decentrale inbreuken, zodat het inzetten van taakverwaarlozingsinstrumenten in de voorfase weinig bijdraagt aan de doelstelling van de wet. Bovendien ontbreekt in die voorfase de tijdsdruk die kenmerkend is voor de infractieprocedure. Ook zonder Wet NERpe kan de rijksoverheid decentrale overheden er op wijzen dat zij het Europese recht schenden en omdat dit tot nu toe zeer weinig voorkomt, valt op dat gebied zonder wettelijke regeling zeer veel te winnen voor een 'waakzame' rijksoverheid. Wanneer de hete adem van de Commissie nog ontbreekt, zou de voorkeur moeten uitgaan naar bestuurlijk overleg. Bovendien ontstaat het gevaar dat de mogelijkheid van optreden door de rijksoverheid in de voorfase bij de lakse decentrale overheden de houding stimuleert dat alles wel goed is, zolang die rijksoverheid niet piept. Om die reden heeft Balkenende II terecht de declaratoire brief verworpen (par. 6.4). Afgezien van het structurele gebrek aan informatie, dat slechts kan worden verminderd als rijksambtenaren regelmatig alle activiteiten van decentrale overheden op Europese naleving gaan controleren,⁵⁶ getuigt de waakhondrol die het wetsontwerp aan de rijksoverheid toekent ook van overschatting van het inzicht in het Europese recht bij die overheid. Een bekend gedrag waar het gaat om het bagatelliseren van de eigen fouten in verhouding tot die van de decentrale overheden. En dan heb ik het maar niet over de situaties waarin de Europese regels voor verschillende uitleg vatbaar zijn. Hoe kan de rijksoverheid daar zinvol mee omgaan, zelfs als de Commissie nog niet aan de bel trekt of de nationale rechter zich nog niet heeft uitgesproken?

⁵⁴ Brief van VNG en IPO aan de leden van de Tweede Kamer van 28 januari 2010. p. 3. Pans en Beukema halen hier weer het onderscheid medebewind en autonomie van stal maar wanneer zij bedoelen te zeggen dat alle Europese regels voor decentrale overheden door het wetsontwerp NERpe tot medebewind worden gemaakt *ten opzichte van de rijksoverheid*, omdat deze zich preventief tussen Europa en die overheden dringt, ben ik het volledig met hen eens. Dat is namelijk iets anders dan het argument van Van den Berg en Hilterman in der tijd dat de taakverwaarlozingsregeling de autonomie van de decentrale overheden aantast. Die autonomie was natuurlijk *en opzichte van Europa* al aangetast door het opgeven van een deel van de soevereiniteit van de lidstaat Nederland bij het EEG-Verdrag van 1957. In hun brief refereren Pans en Beukema ook nog aan het door hen gewenste omgekeerde verhaalsrecht waarvoor zij zich in hun brief van 2 september 2008 aan de minister van BZK beriepen op mijn beschouwingen in *In de Europese houdgreep?* (p.29). Het mag nu duidelijk zijn dat zij in dat boek ook argumenten van mij hadden kunnen vinden die tegen de preventieve uitbreiding van het wetsontwerp NERpe pleiten. Maar als Pans en Beukema de noodzaak van de wet NERpe volledig afwijzen omdat Nederland nog nooit is veroordeeld op grond van artikel 260 VWEU waar decentrale overheden bij betrokken waren, zien zij over het hoofd dat het in 2000 al bekend was dat zo'n situatie zich nooit had voorgedaan, en dat het bij de discussie over zwaardere toezichtinstrumenten ging om wat ik in deze bijdrage noemde een brandverzekering voor de toekomst en niet het blussen van een brand.

⁵⁵ Om de omvang te illustreren: bij een in opdracht door mij verricht onderzoek naar de naleving van de staatssteunregels door een overheid die actief betrokken is bij de Europese regelgeving, bleken van de dertig steunmaatregelen meer dan twintig niet Europa-proof.

⁵⁶ Gelukkig vinden we in het Wetsontwerp NERpe, na de leerschool van de Wet TES, geen inlichtingenrecht. Balkenende II vond dat terecht een te grote belasting voor de rijksoverheid. Het is opmerkelijk dat IPO en VNG naast hun bezwaren tegen een aangepaste taakverwaarlozingsregeling geen problemen bleken te hebben met het inlichtingenrecht van de Wet TES: de taakverwaarlozingsregeling kun je ontlopen door goede kennis en toepassing van het Europese recht, maar van een inlichtingenrecht voor de minister kom je als decentrale overheid nooit af.