

Nr. 163

Europaproof of anders ... : scherper toezicht op naleving Europese regelgeving

door mr. dr. A.D.L. Knook¹

1. Inleiding

De eerste vier woorden van de titel van dit artikel klinken misschien dreigend, maar vatten wel goed een binnenkort te verwachten realiteit voor decentrale overheden samen. Tien jaar na het ICER advies 'De Europese dimensie van toezicht'² is op 23 september jl. de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (Wet NERpe)³ aangenomen door de Tweede Kamer^{4, 5} na een overwegend positief advies van de Raad van State.⁶ Kort geleden werd al duidelijk dat bijna alle fracties positief stonden tegenover de wet.⁷ De wet past goed in de wens van het Rijk scherper toezicht te houden op lagere overheden, wat onder andere blijkt uit het wetsvoorstel Revitalisering Generiek Toezicht (Wet RGT), dat op 2 oktober vorig jaar door het kabinet werd goedgekeurd en nu bij de Tweede Kamer ligt. Het Wetsvoorstel RGT is de belangrijkste juridische uitwerking van het belangrijke programma 'herziening interbestuurlijk toezicht'. Ook tegenover dit wetsvoorstel lijkt de Tweede Kamer overwegend positief te staan.⁸ Kortgeleden was scherper toezicht op decentrale overheden nog onderwerp

van gesprek tussen vertegenwoordigers van IPO en VNG en informateur Opstelten.⁹

Kort gezegd creëert de Wet Nerpe extra bevoegdheden voor Den Haag om de naleving van Europese regelgeving door lagere overheden af te dwingen. Het is algemeen bekend dat decentrale overheden regelmatig met Europese regelgeving te maken hebben, of het nu gaat om staatssteun, BBT's, de Dienstenrichtlijn, afvalbeheer, natura 2000, diensten van algemeen economisch belang, aanbesteding, etc. Gemeenten en provincies die de afgelopen jaren veel tijd en energie hebben gestoken in het Europa-proof maken van hun organisatie hebben weinig te vrezen van de Wet Nerpe. Voor decentrale overheden die dit (nog) niet hebben gedaan kunnen de gevolgen echter groot zijn.¹⁰ Dit artikel schetst de achtergrond (par. 2), de reikwijdte (par. 3) en het instrumentarium (par. 4) van de Wet Nerpe, alsmede de relatie met het wetsvoorstel RGT (par. 5).

2. De achtergrond

De paradox is reeds vaak beschreven.¹¹ Enerzijds zijn, sinds het *Constanzo*-arrest uit 1988 van het Europese Hof van Justitie, ook decentrale overheden gehouden het Europees recht toe te passen

1. Mr. dr. A.D.L. (Allard) Knook is advocaat bij CMS Derks Star Busmann. Reacties welkom via allard.knook@cms-dsb.com.
2. 'De Europese dimensie van toezicht'. Advies van de ICER aan de Minister van BZK van 6 oktober 2000.
3. Voorheen het wetsvoorstel Europese regelgeving medeoverheden (Wet NERmo) en ook het wetsvoorstel Toezicht Europees Recht of 'Wet TER'.
4. Overzicht van stemmingen in de Tweede Kamer, afdeling Inhoudelijke Ondersteuning Eerste Kamer, 24 september 2010: <http://3.ly/stem> (online geraadpleegd op 4 oktober).
5. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 157, nr. 2.
6. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 157, nr. 4.
7. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 157 nr. 6.
8. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 389, nr. 6.
9. Volgens dit persbericht van het IPO: <http://3.ly/informatie> (online geraadpleegd op 29 september 2010).
10. Vergelijkbare consequenties werden door Hessel al eerder geschetst naar aanleiding van het aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende kabinetsstandpunt van het kabinet-Balkenende II op 7 juli 2004, in 'Het kabinetsstandpunt over de Europese dimensie van toezicht: een aansporing voor gemeenten om Europees recht nog meer serieus te nemen', *Gst.* 2005, 34, p. 117-129.
11. Met name natuurlijk door Hessel: Zie o.a. Hessel, 'De Voortschrijdende Europese Integratie, zwaardere toezichtinstrumenten dringen zich op', in: Hessel (red.), *In de Europese houdgreep? Over zwaardere ministerieel toezicht* (serie Europeesrecht voor decentrale overheden deel 2), Deventer: Kluwer 2003; Hessel, Neven (red.), van de Gronden, Goudappel, *Europeesrechtelijk toezicht op Nederland en de doorwerking naar decentrale overheden, Verkenningen ten behoeve van de ministeriële verantwoordelijkheid* (Europa Instituut), Universiteit Utrecht, mei 2000.

en handelen ze derhalve in strijd met het Europees recht indien zij dit nalaten.¹² Dit geldt in de eerste plaats voor rechtstreeks werkende bepalingen van het Europees recht; indien bepalingen gelet op hun inhoud voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn, en niet van (implementatie) wetgeving afhankelijk zijn gesteld, kunnen burgers zich hierop rechtstreeks beroepen tegenover de (decentrale) overheid.¹³ Maar ook andere bepalingen gelden rechtstreeks. Zo zijn bepalingen uit Europese verordeningen meteen van toepassing voor gemeenten en provincies, nu deze niet hoeven te worden omgezet in nationale bepalingen. Men kan denken aan de verordeningen op tal van gebieden, zoals staatssteun,¹⁴ afvalbeheer,¹⁵ of openbaar vervoer,¹⁶ om slechts enkele voorbeelden te noemen. Ook volgen diverse verplichtingen uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, bijvoorbeeld op het gebied van aanbestedingsrecht, milieu, en het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal. Anderzijds is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat de lidstaat – dus niet de decentrale overheid in kwestie – aansprakelijk is voor schendingen van het Europees recht. De lidstaat is aansprakelijk voor schade die aan particulieren wordt veroorzaakt door een aan een overheidsorgaan toe te rekenen schending van het Europees recht.¹⁷ Dit is ongeacht welk overheidsorgaan het Europees recht heeft geschonden en ongeacht welk overheidsorgaan in beginsel volgens het recht van de betrokken lidstaat deze schade dient te vergoeden.¹⁸ Stel bijvoorbeeld dat een gemeente in een combinatieproject financiële afspraken maakt met een woningcorporatie. Indien de Europese

Commissie van mening is dat dergelijke afspraken in strijd zijn met het staatssteunrecht¹⁹ heeft het geen middelen om de gemeente te dwingen het staatssteunrecht na te leven. In een dergelijke situatie wordt 'Den Haag' verantwoordelijk gehouden. De Europese Commissie zal Nederland – als lidstaat van de EU – kunnen verplichten de onrechtmatige staatssteun terug te vorderen, maar niet de desbetreffende gemeente. Het Rijk is vervolgens verantwoordelijk voor de uitvoering van de terugvorderingbeschikkingen van de Commissie. Deze terugvordering verloopt volgens de geldende nationale procedures, reden waarom in 2008 het wetsvoorstel Terugvordering staatssteun bij de Tweede Kamer is ingediend,²⁰ dat nog steeds op de agenda van de Tweede Kamer staat.²¹ In ieder geval totdat dit wetsvoorstel is aangenomen zal het *Residex*-arrest daarnaast van belang zijn, waarin de Hoge Raad de nietigheid heeft geaccepteerd voor de gevallen waarin een steunmaatregel is verleend in strijd met de meldings- en opschortingsverplichting van art. 108 lid 3 VWEU.²²

Uit de hierboven geschetste paradox blijkt overigens goed dat de Europese Unie ooit als een 'normale' internationale organisatie is begonnen. De tegenstrijdige benadering vloeit immers voort uit 'the orthodox positivist doctrine ... that only states are subjects of internal law'.²³ Het internationaal recht gaat ervan uit dat alleen lidstaten aansprakelijk kunnen worden gesteld, niet hun constituerende onderdelen. Opmerkelijk is dat zelfs indien een Grondwet van een lidstaat aan decentrale overheden een bepaalde autonomie verschaft, dit de lidstaat niet ontslaat van aansprakelijkheid indien deze decentrale overheid

12. Nr. 103/88 (*Fratelli Constanzo v Comune di Milano*), 1989, 1839.

13. Nr. 26/62, (*Van Gend en Loos*), 1963; nr. 41/74, (*Van Duyn*), 1974, 1337; nr. 43/75, *Jur.* 1976, 455 (*Defrenne/Sabena*); nr. C-72/05, *Jur.* 1996, p. I-5403 (*Kraaijeveld*).

14. Bijv. de Procedureverordening 659/1999, de De-minimisverordening (1998/2006), Verordening (EG) nr. 1107/70 betreffende de steunmaatregelen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, of Verordening (EEG) nr. 1191/69 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren.

15. Verordening (EG) nr. 1013/2006 (de tweede EVOA verordening, die Verordening (EEG) nr. 259/93 vervangt).

16. Verordening (EG) nr. 1370/2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg (welke vervangt Verordening (EEG) nr. 1191/69 en Verordening (EEG) nr. 1107/70).

17. Nr. C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Franovich e.a.*); nr. C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1994, p. I-1029 (*Brasserie du pêcheur en Factortame*); nr. C-392/93, *Jur.* 1994, p. I-1631 (*British Telecommunications*); nr. C-5/94, *Jur.* 1994, p. I-2553 (*Hedley Lomas*); nr. C-178/94, C-179/94 en C-188/94 tot en met C-190/94, *Jur.* 1995, p. I-4845 (*Dillenkofer e.a.*), nr. C-127/95, *Jur.* 1996, p. I-1531 (*Norbrook Laboratories*).

18. Nr. C-118/00, *Jur.* 2001, I-5063 (*Larsy*); C-302/97, *Jur.* 1997, p. I-3099 (*Konle*), punt 62, C-424/97, *Jur.* 1998, p. I-5123 (*Haim*).

19. En niet geheel ondenkbare situatie na de beschikking van de Europese Commissie van 15 december 2009 (2009) 9963. Zie hierover: Knook, 'In hoeverre zijn woningcorporaties gebonden aan het staatssteunrecht', *BR* 2009, p. 877.

20. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418: Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een rechterlijke uitspraak inzake staatssteun, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek om de procedure voor het vaststellen van de wettelijke rente aan te passen (terugvordering staatssteun).

21. Agenda van de Vaste commissie voor Justitie: <http://3.ly/agenda> (online geraadpleegd op 29 september 2010).

22. Geelhoed en van der Linden, 'Niet melden van staatssteun: nietigheid van de overeenkomst?', *BR* 2010, p. 639.

23. Lauterpacht, 'International Law, Collected Papers', Cambridge 1975, Vol. II, p. 489.

het Europees recht schendt.²⁴ Dit leidt in diverse Europese landen tot problemen en is gelet op de autonome bevoegdheden van de provincies en gemeenten op grond van art. 142 Gw ook voor Nederland van belang. De verschillende lidstaten kiezen elk voor een verschillende oplossing voor dit probleem, van een ‘soft law’ benadering in Groot-Brittannië om de relatie tussen ‘London’ enerzijds en Wales en Schotland anderzijds te regelen, tot een mogelijkheid van indeplaatsstreding in Art. 169 van de Belgische Grondwet ‘om de naleving van internationale of supranationale verplichtingen te verzekeren’.²⁵

Het ministeriele toezicht op de naleving van Europese regels is al enkele jaren een punt van discussie in Nederland. De minister kan – naast de hieronder besproken Wet TES – op dit moment gebruikmaken van de toezichtinstrumenten uit de Provinciewet en de Gemeentewet (schorsing en vernietiging en indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing), maar deze instrumenten zijn natuurlijk niet specifiek voor dit doel in het leven geroepen. Precies om die reden is er al geruime tijd discussie over de vraag of niet meer specifieke – en ook zwaardere – toezichtmechanismen moeten worden gecreëerd. Al in 1996 werd door de Interdepartementale Commissie voor de Harmonisatie van Wetgeving (ICHW) – de voorloper van de Interdepartementale Commissie voor Constitutionele aangelegenheden en Wetgevingsbeleid – geconstateerd dat het niet altijd voldoende duidelijk was op welke wijze andere overheden dan de centrale overheid konden worden gehouden tot de naleving van EU-verplichtingen. In 2000 kwam het ICCW met een invloedrijk rapport getiteld *De Communautaire verplichtingen van decentrale overheden*,²⁶ gevolgd door voornoemd advies van de ICER aan de Minister van BZK dat uiteindelijk heeft geleid tot het wetsvoorstel Wet Nerpe. Overigens is bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn²⁷ – al vooruitlopend op de wet Nerpe – een tijdelijke

regeling met betrekking tot de naleving in de Dienstenwet opgenomen,²⁸ die met de inwerkingtreding van de Wet Nerpe weer zal worden ingetrokken.

3. De reikwijdte

Zoals gezegd creëert deze wet extra instrumenten om de naleving van het Europees recht door ‘publieke entiteiten’ te garanderen, in de vorm van een verhaalsrecht, een bijzondere aanwijzing en een indeplaatsstreding. Het begrip publieke entiteiten is in de Wet Nerpe ruim gedefinieerd en behelst, naast een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb, vrijwel alle organen en instanties waarop een aanbestedingsplicht rust²⁹ op grond van de aanbestedingsrichtlijn³⁰ of de nutsrichtlijn.³¹ Dit brede begrip hanteerde de Europese wetgever reeds in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, en in de Wet Nerpe is dan ook duidelijk aangesloten bij het ruime overheidsbegrip dat over het algemeen in het Europees recht wordt gehanteerd, met name om te voorkomen dat lidstaten zich verschuilen achter privaatrechtelijke constructies om de verplichting tot naleving van Europese regels te ontlopen. Al met al betekent de ruime definitie van ‘publieke entiteiten’ dat de Wet Nerpe zal gelden voor ‘onder andere 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’.³² Overigens stelt de memorie van toelichting expliciet dat daar waar voor publiekrechtelijke instellingen en overheidsbedrijven geldt dat er sprake is van een overheersende invloed van de staat, ‘de staat zal moeten bezien of niet beter gebruik kan worden

24. Nr. 77/69 (*Commissie t. België*), 1970, 237.

25. Hierover uitgebreider: Knook, ‘European Integration and Subnational Governments’, *ERPL/REDP* 2004, p. 591 et seq.

26. Advies *Communautaire verplichtingen van decentrale overheden*.

27. Richtlijn 2006/123/EG betreffende de diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376.

28. Hoofdstuk 6A van de Dienstenwet. Over de Dienstenrichtlijn en Dienstenwet in het algemeen, zie: Knook, ‘De van rechtswege verleende vergunning in de praktijk’, *NTB* 2010, 25, p. 147.

29. Oftewel voor een aanbestedende dienst als bedoeld in art. 1 lid 9 Aanbestedingsrichtlijn en art. 2 lid 1 onderdeel a Nutsrichtlijn; een overheidsbedrijf als bedoeld in art. 2 lid 1 onderdeel b Nutsrichtlijn; een bedrijf of instelling waaraan een bijzonder of uitsluitend recht verleend is als bedoeld in art. 2 lid 2 onderdeel b Nutsrichtlijn; een instantie die een opdracht als bedoeld in art. 8 Aanbestedingsrichtlijn plaatst; en een overige houder van een concessie als bedoeld in art. 63 lid 1 Aanbestedingsrichtlijn.

30. Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEG* 2004, L 134).

31. Richtlijn 2004/17/EG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (*PbEG* 2004, L 134).

32. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nr. 3, p. 8 (MvT).

gemaakt van die overheersende invloed in plaats van het instrumentarium uit deze wet.³³ Ministers, die immers ook bestuursorgaan zijn in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, worden expliciet uitgesloten van dit begrip (Art. 1 Wet NERpe). Ook de Staat, dat zelf ook een aanbestedende dienst vormt, wordt expliciet uitgezonderd. De redenen voor deze uitsluitingen mogen duidelijk zijn. In de eerste plaats kan het immers niet zo zijn dat ministers als gevolg van deze wet op elkaar toezicht gaan houden. Daarnaast geldt de hierboven geschetste problematiek nu juist niet voor de Staat, immers voor het schenden van Europese regelgeving kunnen de Europese Commissie en het Hof van Justitie de lidstaten zelf aanspreken. Bekend voorbeeld is de terugvordering in 2001 van geld dat Nederland had ontvangen uit het Europees Sociaal Fonds voor banenprojecten. Omdat deze subsidies volgens de Europese Commissie niet juist waren besteed, werd Nederland een korting van ruim € 157 miljoen opgelegd.

4. Het instrumentarium

Kort gezegd biedt de wet NERpe de drie mogelijkheden om de naleving van het Europees recht door deze publieke entiteiten te garanderen, te weten:

1. het geven van een bijzondere aanwijzing door de minister (art. 2 en 3 Wet NERpe, besproken in par. 4.2).
2. de bevoegdheid van de verantwoordelijke minister om er zelf in te voorzien dat alsnog wordt voldaan aan de rechtsplicht in verband waarmee de aanwijzing, bedoeld in art. 2, is gegeven of dat alsnog het verzuim, bedoeld in art. 3, wordt hersteld of voorkomen. (art. 5 Wet NERpe, besproken in par. 4.3).
3. een verhaalsrecht van het Rijk op een publieke entiteit (art. 7 Wet NERpe, besproken in par. 4.4). De laatste mogelijkheid is ook reeds opgenomen in de Wet toezicht Europese subsidies (Wet TES), die met de inwerkingtreding van de Wet NERpe zal worden ingetrokken.

4.1 Bijzondere aanwijzing

In de eerste plaats verschaft deze wet de verantwoordelijke minister de bevoegdheid tot het geven van een bijzondere aanwijzing indien:

1. 'een publieke entiteit niet of niet naar behoren voldoet aan een voor haar geldende rechtsplicht die voortvloeit uit een bij of krachtens de Europese verdragen op Nederland rustende verplichting' (art. 2 Wet NERpe).

2. een publieke entiteit verzuimt te voldoen aan een voor haar geldende rechtsplicht die voortvloeit uit een bij of krachtens de Europese verdragen op Nederland rustende verplichting ten aanzien van de rechtmatige en doelmatige besteding van een Europese subsidie of ten aanzien van de wijze van beheer, controle of toezicht met betrekking tot een Europese subsidie, of indien een dergelijk verzuim dreigt te ontstaan. (art. 3 Wet NERpe, besproken par. 4.3).

Art. 3 is in grote lijnen ontleend aan de Wet TES. Wat betreft art. 2 verschaft de memorie van toelichting weinig duidelijkheid over wat precies onder deze terminologie moet worden verstaan, maar noemt deze wel enkele voorbeelden, met name betreffende het aanbestedings- en staatssteunrecht, de Notificatierichtlijn³⁴ en de Dienstenrichtlijn. De memorie van toelichting voegt hier aan toe dat het hierbij ook gaat om verplichtingen volgende uit 'het implementeren van richtlijnen en het uitvoeren van verordeningen en uitspraken van het Hof van Justitie'. In het laatste geval gaat het dus om schending van het Europees recht in verband met het niet of niet juist implementeren van Europees recht.

Art. 4 Wet NERpe schrijft verder voor dat een aanwijzing altijd een termijn moet vermelden 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. Bij staatssteunzaken zijn deze door de Europese Commissie gestelde termijnen bijvoorbeeld van groot belang. Indien de Commissie constateert dat een verleende steunmaatregel in strijd is met het Communautaire recht of alleen onder bepaalde voorwaarden hiermee verenigbaar is, geeft de Europese Commissie in een beschikking aan binnen welke termijn de maatregel opheffen of gewijzigd moet worden. De lidstaat is verplicht zich aan deze termijn te houden.

4.2 Indeplaatstreding

Als tweede instrument creëert de Wet NERpe de bevoegdheid voor de minister die een aanwijzing heeft gegeven om – indien de in de aanwijzing vermelde termijn is verstreken zonder dat de aanwijzing is opgevolgd – er zelf in te voorzien dat alsnog wordt voldaan aan de rechtsplicht in verband waarmee de aanwijzing, bedoeld in art. 2, is gegeven of dat alsnog het verzuim, bedoeld in art. 3, wordt hersteld of voorkomen. Deze indeplaatstreding krachtens art. 5 Wet NERpe geschiedt namens en op kosten van de publieke entiteit en zowel door het verrichten van publiek-

33. Idem.

34. Richtlijn 98/34/EG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, *PbEG* 1998, L 217.

rechtelijke of privaatrechtelijke rechtshandelingen als door het verrichten van feitelijke handelingen. De bevoegdheid tot het geven van privaatrechtelijke rechtshandelingen kan met name in de sfeer van het aanbestedingsrecht en staatssteunrecht van belang zijn, aangezien de Europese Commissie kan vorderen dat reeds gesloten overeenkomsten worden beëindigd.³⁵

4.3 Verhaalsrecht

Het derde instrument van de Wet NERpe is het verhaalsrecht. Art. 7 lid 1 Wet NERpe stel hierover:

‘Als Nederland door een instelling van de Europese Unie, de Europese Investeringsbank of een andere lidstaat van de Europese Unie aansprakelijk wordt gesteld voor het niet nakomen van bij of krachtens de Europese verdragen opgelegde verplichtingen en als dit leidt tot een vordering op de staat in de vorm van een verplichting tot een of meer van de navolgende betalingen, kan Onze Minister besluiten deze bedragen te verhalen op een publieke entiteit, voor zover de aansprakelijkheid van Nederland het gevolg is van een verzuim van de betreffende publieke entiteit: a. de betaling van een forfaitaire som; b. de betaling van een dwangsom; c. de terugbetaling van een aan de betrokken publieke entiteit verstrekte Europese subsidie vermeerderd met de eventueel daarover berekende rente.’

In zekere zin combineert dit artikel dus het verhaalsrecht zoals dat nu is opgenomen in art. 4 Wet TES met het verhaalsrecht ten aanzien van boetes en dwangsommen die door het Hof van Justitie worden opgelegd. Kort gezegd creëert dit artikel een verhaalsrecht voor het Rijk om een krachtens art. 228 EG-Verdrag te betalen forfaitaire som of dwangsom te verhalen op een betrokken publiekrechtelijke entiteit waaraan het niet-nakomen van de Europese verplichtingen kan worden toegerekend. Vereist is wel dat Nederland ook inderdaad aansprakelijk wordt gesteld voor schending van het Europees recht door deze entiteit, alsmede dat dit ook daadwerkelijk leidt tot een vordering op de staat. De bevoegdheid tot verhaal ligt bij de verantwoordelijk minister, die de bedoelde bedragen kan invorderen bij dwangbevel (art. 4:114 Awb).

5. Relatie met wetsvoorstel Wet revitalisering generiek toezicht

Op 2 oktober vorig jaar heeft het kabinet ingestemd met het conceptwetsvoorstel Wet revitalisering generiek toezicht. Het wetsvoorstel beoogt op vrij drastische wijze het stelsel van interbestuurlijk toezicht te vereenvoudigen en zoveel

mogelijk te concentreren in de Provinciewet en de Gemeentewet, door de specifieke bepalingen betreffende interbestuurlijk toezicht in wetten waarin taken in medebewind worden gevorderd van organen van de provincie en de gemeente te schrappen of aan te passen. Het gaat hierbij om in totaal zeventig bepalingen, op onder andere het gebied van ruimtelijke ordening en milieubeheer. Mede vanwege dit wetsvoorstel Wet revitalisering generiek toezicht gaat de Wet NERpe ervan uit dat de generieke instrumenten van de Provincie en Gemeentewet voorrang hebben. Met andere woorden, alleen in situaties waarin het generieke instrumentarium niet toereikend is, zullen de bevoegdheden zoals gecreëerd door de Wet NERpe voor toepassing in aanmerking komen. Als voorbeeld noemt de memorie van toelichting 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 biedt immers in zo'n geval 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. De memorie van toelichting voegt hieraan toe:

‘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.’

Hieruit blijkt volgens de memorie de complementaire rol die de Wet NERpe zal hebben ten opzichte van de Wet revitalisering generiek toezicht. In een brief aan de Tweede Kamer van begin dit jaar wordt door het IPO en de VNG expliciet betwijfeld welke rol nog voor de Wet NERpe zal zijn weggelegd op het moment dat de Wet RGT) in werking zal treden. Benadrukt wordt door VNG en IPO dat juist in de sporadische gevallen dat decentrale overheden Europese regelgeving verkeerd hebben toegepast, zij zeer coöperatief hebben meegewerkt om dit ongedaan te krijgen.³⁶ Ook Zijlstra heeft reeds getwijfeld aan de noodzaak van de Wet NERpe na inwer-

35. Zie, voor wat betreft het aanbestedingsrecht, HvJ EG 18 juli 2007, nr. C-503/04 (*Commissie/Duitsland*).

36. Brief VNG, online geraadpleegd op 28 september 2010 op: <http://3.ly/IPOVNG>.

kingtreding van de Wet RGT.³⁷ Verhoeven daarentegen ziet wel een aanvullende rol weggelegd voor de Wet NERpe, al is het – in lijn met Hessel – voornamelijk als stok achter de deur om ‘overheden ervoor te waarschuwen dat Europees recht serieus genomen moet worden’.³⁸

6. Conclusie

De Wet NERpe creëert duidelijk een uitgebreid en zwaar toezichtinstrumentarium om de naleving van het Europese recht door decentrale en andere publieke entiteiten te garanderen. Zoals Hessel eerder constateerde naar aanleiding van het eer-

der genoemde, aan het wetsvoorstel NERpe ten grondslag liggende, kabinetsstandpunt:

‘het is [nu] hoog tijd dat zeker die grote en middelgrote gemeenten die tot nu toe een afwachtende houding hebben aangenomen de boodschap van het kabinet ter harte nemen en het Europees recht structureel en organisatiebreed gaan aanpakken. Europees recht mag geen hobby blijven van enkele individuele medewerkers en enkele bezorgde juristen, maar moet “een onderdeel van het gewone werk” zijn.’³⁹

Aan deze conclusie kan slechts worden toegevoegd dat het toch een ieders wens zal zijn dat van de Wet Nerpe in de praktijk hopelijk niet snel gebruik zal worden gemaakt.

37. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 288.

38. Verhoeven, ‘Wetsvoorstel Naleving Europese Regelgeving publieke entiteiten: overbodig of onmisbaar in de praktijk’, *NiEr* 2010, nr. 4.

39. T.a.p., noot 10, p. 129.