



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De Nederlandse wetgever in de communautaire toekomst, in: P. Koorn & L.H. Loeber (red.), De betekenis van de Europese conventie voor de wetgevingspraktijk.

Voermans, W.J.M.; Jorna, M.; Koorn, P.; Loeber, L.H.M.

Citation

Voermans, W. J. M. (2004). De Nederlandse wetgever in de communautaire toekomst, in: P. Koorn & L.H. Loeber (red.), De betekenis van de Europese conventie voor de wetgevingspraktijk. In M. Jorna, P. Koorn, & L. H. M. Loeber (Eds.), *De betekenis van de Eur* (pp. 53-106). Den Haag: SDU. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3710>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3710>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De Nederlandse wetgever in de communautaire toekomst

Prof. dr. W.J.M. Voermans¹

1. Inleiding: hoeveel communautaire wetgeving is er eigenlijk?

Ik weet niet of het u ook is opgevallen. In het debat over Europese wetgeving² wordt de laatste tijd met allerlei cijfers geschermd ten bewijze van de al dan niet buitensporige regeldrift van de Europese Unie, dan wel om het belang van die Unie onder de aandacht te brengen. Zo beweert Ria Oomen-Ruijten, lid van het Europees Parlement voor het 'CDA',³ dat 'tegenwoordig ruim dertig procent van de Nederlandse wetgeving dwingend wordt opgelegd vanuit Brussel'.⁴ Bij GroenLinks weten ze zeker dat: 'Inmiddels (...) zo'n veertig procent van de nieuwe rechtsregels die in het Staatsblad en de Staatscourant gepubliceerd worden het uitvloeisel (is) van besluiten van de instellingen van de Europese Unie'.^{5 6} In een rapport dat door onderzoeksbureau Ankers Solutions-Booij en

¹ De auteur is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

² In het communautaire recht kennen we op dit ogenblik geen vastomlijnd begrip 'wetgeving' zoals we dat in Nederland hanteren. Artikel 249 van het EG-Verdrag noemt slechts de verordeningen en de richtlijnen als de 'verbindende' besluiten. Het begrip 'wetgeving' of 'wetgevend' besluit komt als zodanig nauwelijks voor. Alleen het oude - inmiddels gewijzigde - artikel 6 van het Reglement van Orde van de Raad (Pb 1999, L 147) bevatte een indicatie. Ook in EG-besluiten komt het begrip wetgeving een enkele keer voor, maar het EG-Verdrag zelf zwijgt er over. Zie hierover ook H. Van Meerden, Naar een nieuw Europees wetgevingsbegrip?, Nederlands tijdschrift voor Europees recht 2001, blz. 166-169. Het Hof van Justitie gebruikt ter aanduiding van verordeningen en richtlijnen wel de term 'wetgeving'. HvJEG 22 februari 1984, 70/83, Jur. 1984, 1075 (Kloppenburger). Zelf hanteer ik, net als het Hof, voor het gemak het begrip Europese wetgeving als verzamelterm voor EG-verordeningen en EG-richtlijnen waarin algemeen verbindende voorschriften voorkomen die de communautaire rechtssubjecten (burgers, lidstaten en communautaire instellingen) binden.

³ Zoals de website van mw. Oomen-Ruijten zelf vermeldt. Dat klopt niet helemaal, maar is wel zo verstaanbaar voor binnenlands gebruik. Mw. Oomen-Ruijten is eigenlijk lid van de fractie van Europese Volkspartij (EVP). Haar website is te vinden op <http://www.oomen-euro.org/index.shtml> (geraadpleegd op 6 januari 2004).

⁴ Zie haar eerder in De Europese Gemeente gepubliceerde artikel over milieubeleid, sociale zaken en werkgelegenheid, consumentenbeleid van de Europese Unie, d.d. 15 mei 2000, <http://www.oomen-euro.org/artikel/europesegemeente.shtml> (geraadpleegd op 6 januari 2004).

⁵ Zie <http://www.groenlinks.nl/partij/europa/watdoenwij/home.html> (geraadpleegd op 6 januari 2004).

⁶ Ook de huidige Minister van Economische Zaken, Brinkhorst deed op een afgestudeerdendag in Tilburg in april 2003 voorkomen alsof hij zeker wist dat 40% van de Nederlandse wetgeving tegenwoordig directe uitvoering vormt van Europese wetge-

Van Bruggen in 2003 aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken werd uitgebracht wordt beweerd dat ‘meer dan 60 procent van de Nederlandse wetgeving uit de Unie komt’.⁷ Baas-boven-baas is VVD-er Hans van Baalen die in *@Europa* van 28 september 2002 ‘weet’ dat: ‘Zeventig procent van de Nederlandse wetgeving (...) direct of indirect afkomstig uit Brussel (is).’⁸ Nadere beschouwing leert dat deze cijfers soms boterzacht zijn. Ze berusten niet altijd op harde statistiek of echt turfwerk. Het verhoudingsgetal met de beste papieren lijkt vooralsnog het door staatssecretaris Nicolaï naar buiten gebrachte cijfer van – uiteindelijk – 60 procent Europees aandeel ten opzichte van Nederlandse wetgeving. Daaraan is in 2002 een korte inventarisatie vooraf gegaan. Aan de verschillende departementen is toen gevraagd om ten aanzien van hun eigen regelgevingscomplexen een schatting te geven van het aandeel dat Europese regelgeving⁹ inneemt ten opzichte van de Nederlandse wetgeving. Uit die gezamenlijke schatting¹⁰ kwam een 60 procent-aandeel van Europese wetgeving voort, waarmee de staatssecretaris toen vervolgens de boer op is gegaan.

ving. Net zoals dacht te weten dat de juridische faculteit in Leiden in last verkeerde. In beide gevallen was sprake van vermoedens, waarvan er zeker één niet klopte. L.J. Brinkhorst, Europese uitdagingen voor het nationale parlementaire stelsel, Juvat-dag 2003, bundeling van de lezingen gehouden op 17 april 2003, Tilburg 2003, blz. 33 en blz. 35.

⁷ Zie het rapport *Betrokkenheid bij de Europese Unie: Identiteit, subsidiariteit en openheid*; eindrapport Kwantitatieve nulmeting Europese betrokkenheid, Amsterdam 2003, o.a. blz. 5-6, blz. 18-19 en blz. 41. In het rapport worden de resultaten van onderzoek naar de meningsvorming onder Nederlanders omtrent de Europese uitbreiding weergegeven. Het Ministerie van Buitenlandse Zaken laat dit onderzoek sinds 2000 regelmatig uitvoeren.

⁸ Zie <http://www.ateuropa.nl/editie24/TWEEDE.html> (geraadpleegd op 6 januari 2004). Wellicht leest Van Baalen het tijdschrift *RegelMaat* en heeft hij het cijfer overgenomen uit B.J. Drijber's bijdrage ‘Nederland en de Europese regelgeving gezien door een insider op afstand: de Permanente Vertegenwoordiging’, waarin hij uitgaat van een percentage van 70% communautair aandeel in de Nederlandse wetgeving (voor sommige departementen nog meer, volgens Drijber), *RegelMaat* 2001, blz. 31.

⁹ Met name de secundaire regelgeving die op basis van de in de verdragen toegekende bevoegdheden door de instellingen van de EU en EG tot stand zijn gebracht.

¹⁰ Alles bepalend voor de betrouwbaarheid van de schatting is natuurlijk de berekeningswijze, waarover weinig bekend is. Het maakt namelijk nogal uit hoe het wordt berekend. Wordt bijvoorbeeld een EG-richtlijn, die eenmaal is omgezet, zelf ook nog meegerekend in het verhoudingsgetal? Als dat zo is, dan is er in feite sprake van een dubbeltelling van het Europese aandeel. En hoe wordt wetgeving die wegens strijd met Europese wetgeving wordt ingetrokken gescoord? Al dit soort keuzen heeft grote gevolgen voor de telling.

Overigens lijkt Brussel zelf begonnen met dit cijferspel. Zo spreekt de Commissie in zijn Actieplan Vereenvoudiging en verbetering van regelgeving¹¹ over naar schatting reeds 80.000 bladzijden communautaire wetgeving.¹² Daaraan koppelt de Commissie in datzelfde Actieplan onmiddellijk het ferme voor-nemen om het wetgevingsvolume met 25% te reduceren.¹³ Aan dat plan wordt op het ogenblik uitvoering gegeven in het project ‘*Modernisering en vereenvoudiging van het acquis communautaire*’.¹⁴ Daarin wordt een weer nieuwe berekening weergegeven van het ‘acquis’, d.w.z. alle geldende (afgeleide) wetgeving zoals die op grond van artikel 249 EG-Verdrag tot stand is gekomen. Eind 2002 vertegenwoordigde die afgeleide wetgeving (inclusief de beschikkingen) een volume van ongeveer 14.500 wetteksten en ongeveer 97.000 bladzijden in het Publicatieblad.¹⁵ Dat lijkt veel, maar is een schijntje als we in aanmerking nemen dat de jaarlijkse productie van Nederlandse officiële be-

¹¹ Zie de Mededeling van de Commissie houdende het Action plan ‘Simplifying and improving the regulatory environment’ (mededeling over het vereenvoudigen en verbeteren van de regelgeving) van 5 juni 2002 COM(2002) 278 final.

¹² Zie ook het rapport van de Mandelkern Group On Better Regulation, Final Report, Brussel, 13 november 2001.

¹³ Het aantal pagina’s wetgeving zegt in wezen bitter weinig over de aard van de regelingen en de regeldruk. Zo kan het meest onvrije en administratief meest overbelaste land ter wereld in wezen toe met minder dan één half A4-tje wetttekst, zoals moge blijken uit het voorbeeld van de enige wet die het land ‘Deregelferno’ kent:

Enig artikel

1. Het is verboden zonder of in afwijking van een vergunning een activiteit te ontplooiën die gevaar, hinder of schade toebrengt aan een ander of schade aan een anders goed (activiteitenvergunning).

2. Een aanvraag voor een vergunning wordt ingediend bij Onze Minister (c.q. ‘de regering’).

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (c.q. ‘gedelegeerde regeling’) kunnen nadere regels worden gesteld betreffende de bij de aanvraag te overleggen gegevens en de inrichting van het aanvraagformulier.

4. (Juist geen vierde lid met daarin een termijn voor de beslissing op de aanvraag)

6. Onze Minister (c.q. de regering) kan aan een vergunning voorschriften verbinden.

5. Hij die handelt in strijd met het eerste lid wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste (...invullen naar smaak) of geldboete van de (...invullen naar smaak) categorie.

Zie over de al dan niet bestaande relatie tussen kwantiteit en kwaliteit van regelgeving ook Svein Eng, *Legislative Inflation and the Quality of Law*, in: L. Wintgens (ed.), *Legisprudence; a New Theoretical Approach to Legislation*; Hart, Oxford-Portland Oregon, blz. 65-79, m.n. blz. 66.

¹⁴ Zie de Mededeling van de Commissie van 11 februari 2003 *Modernisering en vereenvoudiging van het acquis communautaire*, COM(2003) 71 definitief.

¹⁵ Zie de Mededeling van de Commissie met daarin het Eerste verslag over de uitvoering van het actiekader *Modernisering en vereenvoudiging van het acquis communautaire* COM(2003) 623.

leidsstukken en wet- en regelgeving – volgens de berekening van SDU uitgevers – alleen al 80.000 pagina's beslaat.¹⁶

Als het steekspel van cijfers al één ding bewijst dan is het dat de omvang, intensiteit en het bereik van Europese wetgeving op dit ogenblik ook in Nederland de aandacht heeft.¹⁷ De herleving van de belangstelling voor het thema Europese wetgeving heeft ongetwijfeld ook van alles te maken met de uitbreiding van de Unie en de op korte of langere termijn aanstaande Europese grondwet. Dat zijn beide ontwikkelingen die zo langzamerhand zorgen voor merkbaar Nederlands ongemak, zoals Eijsbouts dat heeft genoemd.¹⁸ De Nederlandse invloed in 'onze' Europese Unie zal onvermijdelijk kleiner worden: we vertegenwoordigen in het Europa van de 25 nog maar 3% van de totale Uniebevolking en dat zal met verdere uitbreidingen in het verschieft alleen nog maar minder worden. Daarnaast is ook de uitbreiding van meerderheidsbesluitvorming, linksom of rechtsom, op een aantal terreinen waar nu nog het eenparigheidsvereiste geldt aanstaande, met als gevolg dat Nederland zich minder dan voorheen succesvol zal kunnen verzetten tegen onwelgevallige besluitvorming. En het is ook niet te verwachten dat het volume van de Europese wetgeving in de toekomst substantieel zal verminderen. Een grotere Unie zal steeds vaker worden geconfronteerd met harmonisatie- en coördinatieproblemen die ten behoeve van het kunnen functioneren van de gemeenschappelijke en interne markt zullen moeten worden opgelost. Dat resulteert onvermijdelijk in meer wetgeving die – zo zitten de communautair-communiserende vaten nu eenmaal aan elkaar – de nationale regelingsruimte verder zal beperken.

¹⁶ Ieder jaar verschijnt er, volgens de opgave van de Sdu-webpagina, een enorme hoeveelheid aan beleid en regelgeving van de Nederlandse overheid. Met als resultaat zo'n 15.000 officiële publicaties per jaar, goed voor circa 80.000 pagina's.' Zie <http://www.sdu.nl/on-lines> geraadpleegd op 26 maart 2004.

¹⁷ In de lagen van de Nederlandse samenleving die niet behoren tot de 'classe politique' zijn het Europese beleid en de Europese beleidsagenda buitengewoon slecht bekend. Op de discussie rondom de uitbreiding na, geeft ongeveer tweederde van de Nederlandse bevolking te kennen niet te weten van de Europese beleidsagenda. De Conventie (en later de Grondwet), de aankomende Europese verkiezingen, het Nederlandse voorzitterschap waren tot begin 2003 nagenoeg onbekend. De betrokkenheid bij de Europese Unie is overigens in het algemeen erg laag, zo leert stemmingsonderzoek dat in 2003 in opdracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken werd uitgevoerd. Bijzonder is dat de waardering van de Europese beleidsagenda wel erg hoog is. Zie Anker Solutions/Booij en Van Bruggen, Eindrapport kwantitatieve nulmeting Europese betrokkenheid, New York/Amsterdam, 2003.

¹⁸ W.T. Eijsbouts, President, parlementen, fundamenteën; Europa's komende constitutie en het Nederlandse ongemak, Nederlands Juristenblad 28 maart 2003, blz. 665.

1.1 Opzet van deze bijdrage

Ik zal in deze bijdrage proberen te bezien wat de steeds verdergaande integratie van de Europese Unie, de advent van een Europese grondwet, tezamen genomen met de uitbreiding van de Unie – door Geelhoed samengevat als de ontwikkeling van de Europawijde Europese Unie¹⁹ – betekenen voor de Nederlandse wetgever. Die verkenning verloopt langs twee lijnen die corresponderen met de twee belangrijkste dimensies die Europese wetgeving kent voor de Nederlandse wetgever: *kaderstelling* en *medebewind*. Bij kaderstelling gaat het om vraag hoe Europese wetgeving als hoger recht grenzen stelt aan de Nederlandse wetgevingsruimte en – daarmee nauw verbonden – de verbindendheid van Nederlandse wetgeving. Bij de medebewindsdimensie gaat het om de vraag hoe Nederland, als medebewindswetgever, zowel communautaire medewetgever, alsook uitvoerder van Europese wetgeving is. Ik zal vooral kijken naar de belangrijkste ontwikkelingen sinds het Verdrag van Amsterdam. Dat is een vrij vanzelfsprekend instapmoment omdat veel Nederlands beleid en denkwerk over de Nederlandse inbreng in Europese wetgevingsprocessen en uitvoering van Europese wetgeving in Nederland stamt uit de periode voorafgaand aan 1997. Volgens de methode ‘Olympisch-comité-’ of ‘buitenlands-staatshoofd-op-bezoek’²⁰ werd in aanloop op de voorzitterschappen van 1992 en 1997 hard gewerkt om het Nederlandse huis op orde te brengen.²¹ Ook de discussie over de betekenis van Europese wetgeving voor de Nederlandse wetgeving bereikte op die momenten een hoogtepunt.²² Nu, met het voorzitter-

¹⁹ Zie L.A. Geelhoed, Epiloog: een Europawijde Europese Unie, in: P.J.G. Kapteyn, L.A. Geelhoed, K.J.M. Mortelmans en C.W.A. Timmermans (red.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, zesde, geheel herziene druk, Deventer 2003, blz. 1153 e.v.

²⁰ In veel landen is het bezoek van een buitenlands staatshoofd, of het olympisch comité, aanleiding om de eigen stoep eens goed schoon te schrobben en het eigen huis van een nieuw likje verf te voorzien. Bij het bezoek van de buitenlandse staatshoofden ter gelegenheid van het tercentenarium van St. Petersburg in 2003 werden bijvoorbeeld alle zwervers van de straat geveegd en werden afscheidingen geplaatst om minder fraaie gedeelten van de stad aan het zicht te onttrekken.

²¹ Nederland werkte in die tijd bijvoorbeeld hard aan het bestrijden van eigen implementatieachterstanden en zette het probleem van de gebrekkige kwaliteit van EG wetgeving op de agenda.

²² Die discussie werd ingezet met het rapport Implementatie van EG-regelgeving in de nationale rechtsorde van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, CTW 90/22 (Den Haag 1990) en van diezelfde Commissie Implementatie horizontale EG-richtlijnen, CTW 93/13, Den Haag 1993. Zie ook Werkgroep kwaliteit van EG-regelgeving (werkgroep Koopmans), Rapport aan de Minister van Justitie, Den Haag 1995. Ook de kiemen voor de eerste versie van de 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-recht (1998) stammen uit die tijd.

schap van 2004 in het verschieft, breekt er weer een periode van communautair hoogtij aan; een goed moment om de balans weer eens op te maken.

Bij mijn voornemen om een hoofdlijnenverkenning uit te voeren, moet ik direct een paar slagen om de arm houden. De verkenning, die probeert de betekenis van huidige en toekomstige ontwikkelingen in kaart te brengen, heeft hier en daar noodzakelijkerwijs een wat tentatief karakter. Dat zal zeker het geval zijn bij de inschatting van mogelijke gevolgen van de door de Europese Conventie voorgestelde Europese grondwet. Om te voorkomen dat de bijdrage té tentatief wordt, ga ik niet in op de vraag hoe de grondwetsbepalingen zelf anders zouden moeten luiden en wat daar dan weer de gevolgen van zouden zijn. Ik neem de huidige voorstellen als uitgangspunt.

Bij de behandeling van de gevolgen van de Europese grondwet voor de Nederlandse wetgever ga ik uit van het ontwerpverdrag tot vaststelling van een Grondwet van Europa²³ zoals dat door de Europese Conventie op 18 juli 2003²⁴ in Rome aangeboden aan het Italiaanse voorzitterschap van de Raad, en zoals het luidt na de redactionele en juridische aanpassingen van de Groep juridische deskundigen van de IGC d.d. 25 november 2003.²⁵ Inmiddels is die Europese grondwet, na een stranding van de onderhandelingen daarover in december 2003, tijdens de IGC van 19 juni 2004 vastgesteld. Voor dit preadvies is gebruik gemaakt van de – wederom juridisch gereviseerde – grondwetsverdragversie van 6 augustus 2004.²⁶

Aan de andere kant blijft echter nog wel de vraag die Europese grondwet er ook daadwerkelijk gaat komen. Veel hangt nog af van de ratificaties door de lidstaten die in een aantal lidstaten op hun beurt weer afhangen van de uitslag van referenda. De tekst van de grondwetsbepalingen die betrekking hebben op Europese wetgevingsprocessen en wetgevingsinstrumenten zal waarschijnlijk niet meer veranderen. Die was en is weinig omstreden.²⁷ Er is dus wel enige vaste bodem om op te bouwen.

²³ CONV 850/03.

²⁴ Op 20 juni 2003 was het ontwerp al voorgelegd aan de Europese Raad in Thessaloniki. Naar aanleiding van die bespreking werd het ontwerp licht geamendeerd en vervolgens aangeboden op 18 juli 2003. Zie ook Verklaring van Rome van Giscard d'Estaing als Voorzitter van de Europese Conventie d.d. 18 juli 2003 http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/Rome_NL.pdf.

²⁵ CIG 50/03.

²⁶ CIG 87/04.

²⁷ Dat valt ook af te leiden uit de discussies en voorstellen van werkgroep IX van de Conventie 'Vereenvoudiging van wetgevingsprocedures en –instrumenten' (eindverslag d.d. 29 november 2002, CONV 424/02) en de amendementen die namens de lidstaten zijn voorgesteld op het Conventie-ontwerp. Zie voor eenzelfde inschatting ook Jorna's preadvies.

De onderdelen van dit preadvies waarin onderdelen van de voorgestelde Europese grondwet aan de orde komen, alsmede de betekenis die deze bepalingen mogelijk hebben voor de Nederlandse wetgever, worden voorafgegaan door de aanduiding: **EGw.**

2. Communautaire kaderstelling

De belangrijkste betekenissen die het communautaire recht of het gemeenschapsrecht²⁸ voor de Nederlandse wetgever heeft zijn dat het:

- a. voorrang heeft (omdat het direct uit eigen kracht doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, daarvan onderdeel uitmaakt en bijgevolg van hogere orde is dan het Nederlandse recht),²⁹
- b. en in de daarvoor in aanmerking komende gevallen ook rechtstreekse werking heeft,³⁰ dat wil zeggen het vermogen om rechtssubjecten in de lidstaten, zonder verdere lidstatelijke tussenkomst, te binden of bevoegd te maken..

2.1 Voorrang, ook van niet-rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht

Dat rechtstreeks werkend communautaire recht voorrang heeft op Nederlands recht is sinds het Van Gend en Loos-arrest en het Costa-Enel-arrest onomstreden,³¹ maar over de vraag of niet-rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht ook vóór het Nederlandse recht gaat, wordt nog wel gediscussieerd. Het antwoord op die vraag hangt af van de vraag hoe je tegen de EG-rechtsorde aankijkt. Zie de EG-Verdragen en -instellingen hoofdzakelijk als volkenrechtelijke instel-

²⁸ Hier verstaan als de verzameling van het primaire gemeenschapsrecht (i.e. de communautaire en Unieverdragen, m.n. het Verdrag betreffende de Europese Unie en het EG-Verdrag) en het secundaire gemeenschapsrecht i.e. het recht dat door de instellingen van de Europese Unie en de Europese Gemeenschap op basis van de door de verdragen geattribueerde bevoegdheden wordt geschapen. Strikt genomen mogen het recht van de Europese Unie en het gemeenschapsrecht niet worden vereenzelvigd. Het vloeit voort uit verschillende bronnen en heeft een verschillend karakter. Echter, precisie in de vorm van een steeds terugkerende uitsplitsing naar Unierecht en gemeenschapsrecht zou voor de hier te behandelen vraagstukken niet productief zijn en mogelijk ook verwarren, vandaar dat ik de aanduiding 'gemeenschapsrecht' als paraplubegrip hanteer.

²⁹ Deze werking wordt ook wel de interne werking van het gemeenschapsrecht genoemd.

³⁰ Of zoals het in het Van Gend en Loos-arrest wordt genoemd 'onmiddellijk effect' waarmee dan die bepalingen worden aangeduid die om te kunnen worden toegepast geen wettelijke tussenkomst van de lidstaten behoeven, en die zich naar hun aard ook lenen om te worden toegepast in rechtsrelaties tussen justitiabelen. Zie HvJEG 5 februari 1963, 26/62, Jur. 1963, blz. 1-59 (Van Gend en Loos).

³¹ Zie nogmaals HvJEG 5 februari 1963, 26/62, Jur. 1963, blz. 1-59 (Van Gend en Loos) en HvJEG 15 juli 1964, 6/64, Jur. 1964, 1209-1259 (Costa/ENEL).

lingen die weliswaar een eigen rechtsorde constitueren, maar *daardoor* nog geen onderdeel uitmaken van de nationale rechtsorde, dan betekent dat dat de nationale voorschriften voor de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde (bij ons onder andere neergelegd in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet) van betekenis blijven voor de werking van het gemeenschapsrecht. Niet rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht heeft dan volgens die opvatting – die in Nederland wel door Besselink is aangehangen³² – niet als vanzelfsprekend voorrang op Nederlands recht. Het andere perspectief – aangehangen door een meerderheid in de Nederlandse literatuur³³ – beschouwt de communautaire en de Nederlandse rechtsorde als sterk verweven; het zijn als het ware onderdelen van één geïntegreerde rechtsorde.³⁴ Volgens dit perspectief zijn de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet niet van belang voor de vraag of en hoe gemeenschapsrecht doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde. Die doorwerkingsvraag wordt door het gemeenschapsrecht zelf beheerst. In een geïntegreerde gemeenschappelijke rechtsorde heeft het, uit autonome bron voortvloeiende, communautaire recht als hoger recht voorrang boven het lidstatelijke recht en kan – mits het daarvoor vatbaar is³⁵ – ook rechtstreeks werken binnen de lidstatelijke rechtsorde. Deze laatste visie rijmt ook het best met de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (verder: HvJEG) in de zaken Van Gend en Loos, Costa-Enel, en Simmenthal.³⁶ Het gaat in een geïntegreerde rechtsorde niet aan dat lidstatelijke constitutionele rechtsregels uiteindelijk

³² Zie L.F.M. Besselink, *Staatsrecht en buitenlands beleid*, Nijmegen 1995, blz. 51-52 en L.F.M. Besselink, *De zaak-Metten: de Grondwet voorbij*, Nederlands Juristenblad 1996, blz. 165-172.

³³ Zie I.C. van der Vlies, R.J.G.M. Widdershoven, *De betekenis van de Nederlandse Grondwet binnen de Europese rechtsorde*, preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 1998, blz. 12-14.

³⁴ Zie o.a. J.H. Jans, R. De Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, tweede druk, Nijmegen 2002, m.n. blz. 25-26.

³⁵ Daarvoor zal het naar inhoud voldoende nauwkeurig moeten zijn bepaald en ook onvoorwaardelijk moeten zijn, dat houdt in dat de lidstaat geen of slechts begrensde beleidsvrijheid bij de inhoudelijke bepaling van de uiteindelijke rechtsnorm wordt gelaten.

³⁶ Zie HvJEG 9 maart 1978, 106/77, Jur. 1978, blz. 629 e.v. (Simmenthal). In dit arrest oordeelt het Hof: (r.o 22) dat (...) met de vereisten welke in die eigen aard van het gemeenschapsrecht besloten liggen onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden de uitwerking van het gemeenschapsrecht te verminderen doordat aan de inzake de toepassing van dit recht bevoegde rechter de macht wordt ontzegd aanstonds bij deze toepassing al het nodige te doen voor de terzijdestelling van de nationale wettelijke bepalingen die eventueel in de weg staan aan de volle werking van de gemeenschapsregels.' Dit staat in de weg aan enigerlei beperkende werking van de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet ten aanzien van de werking van het gemeenschapsrecht. Zie ook HvJEG 17 december 1970, 11/70, Jur. 1970, blz. 1125 e.v. (Internationale Handelsgesellschaft).

bepalend zijn voor de doorwerking van het gemeenschapsrecht. Gevolg van deze geïntegreerde opvatting is wel dat ook niet rechtstreeks-werkend gemeenschapsrecht voorrang heeft op het Nederlandse recht. Dat is ook de lijn die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt aan te houden sinds de Metten-zaak uit 1995, waarin de Afdeling een bepaling van het niet-rechtstreeks werkende Reglement van Orde van de Raad van Ministers op grond van de voorrang van het gemeenschapsrecht liet prevaleren boven de Nederlandse Wet openbaarheid van bestuur.³⁷

Dat de artikelen 93 en 94 Grondwet *niet* van belang zijn voor de doorwerking van gemeenschapsrecht is een opvatting die weliswaar goede papieren heeft, maar in Nederland geen constitutionele verankering kent. De doorwerkingsbepalingen van de Nederlandse Grondwet differentiëren niet tussen internationaal recht en gemeenschapsrecht. Dat is een potentiële bron van problemen en misverstanden. In het in 2002 uitgebrachte rapport 'De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie' wordt daarom wel bepleit om de Grondwet aan te vullen met een bepaling met als strekking heeft dat, in afwijking van het bepaalde in artikel 93 en 94 van de Grondwet, de toepassing, rechtstreekse werking en voorrang van het EG-recht worden beheerst door hetgeen bij of krachtens de oprichtingsverdragen van de Gemeenschappen is bepaald.³⁸ Dat lijkt een aantrekkelijke gedachte die voor eens en altijd het pleit zou kunnen beslechten. De vraag is of die bepaling nog wel nodig is nu de voorgestelde Europese grondwet in deel I een artikel 6³⁹ kent, dat luidt: 'De Grondwet en het recht dat de instellingen van de Unie krachtens de haar toegedeelde bevoegdheden vaststellen, hebben voorrang boven het recht van de lidstaten.' Daarmee staat direct vast dat deze voorrangsbepaling boven die van artikel 94 Grondwet gaat, en dat ook niet-rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht voorrang heeft boven Ne-

³⁷ ABRvS 7 juli 1995, AB 1977, 117, m.nt. L. Beers, Nederlands Juristenblad 1995, blz. 426, nr.34. In latere Wob-zaken lijkt de Afdeling de confrontatie te mijden. In de Denkavit-uitspraak van 7 juli 2000 stelt de Afdeling na vertrouwelijke kennisname van het stuk o.g.v. art. 8:29, vijfde lid, Awb, vast dat een door de Commissie geheimgehouden stuk, niet openbaar gemaakt hoeft te worden op grond van een van de belangen die wordt beschermd door artikel 10, tweede lid, Wob. De Afdeling laat zich niet uit over de vraag hoe het besluit van de Commissie tot geheimhouding, noch de norm die eraan ten grondslag ligt, moet worden gewaardeerd, maar beoordeelt slechts de vraag of de minister het stuk, al dan niet op Europese last, niet geheel openbaar hoefde te maken. Via deze werkwijze worden de Europese beschermde belangen – inmiddels ook neergelegd in de Eurowob - als het ware ingelezen in het Nederlandse Wob-stelsel. Een echter inhoudelijke afwijking van de Metten-lijn is het niet, al is er wel sprake van een andere toetsingsmethode dan in de Metten-zaak. ABRvS 7 juli 2002, JB 2000, 244, m.nt. L. Verhey (die een gelijkkluidend standpunt huldigt).

³⁸ L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts, S. Prechal, De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie, rapport in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Groningen 2002, blz. 42.

³⁹ Artikel 10, eerste lid, in de EGw-versie van juli 2003.

derlands recht. Zou art. 6 EGw in deze vorm de eindstreep halen dan lijkt het me beter maar helemaal niet te morrelen aan de huidige Nederlandse grondwetstekst. Een grondwetswijziging zou niet meer zijn dan een loutere cosmetische aanpassing.⁴⁰

2.2 Rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht en de Nederlandse wetgever

Dat het gemeenschapsrecht direct kan werken in de lidstatelijke rechtsorde en voorrang heeft boven het lidstatelijke recht (i.e. interne werking heeft) wil nog niet altijd zeggen dat alle gemeenschapsrecht ook direct inroepbare rechten of direct afdwingbare verplichtingen voor rechtssubjecten binnen de lidstaten bevat. Veel gemeenschapsrecht, zoals dat bijvoorbeeld is neergelegd in EG-richtlijnen, heeft als het om de rechtspositie van rechtssubjecten in de lidstaten gaat, een voorwaardelijk karakter. Weer ander gemeenschapsrecht richt zich niet tot rechtssubjecten in de lidstaten, maar veeleer tot instellingen van de EU zelf.

Het is nogal eens lastig om greep te krijgen op de vraag hoe het gemeenschapsrecht werkt en hoe het verbindt. Om het systeem te begrijpen is het van belang te zien dat het gemeenschapsrecht – zowel het primaire, als het secundaire – *als recht* de communautaire rechtssubjecten verbindt. Die communautaire rechtssubjecten zijn de communautaire instellingen zelf (de Raad van Ministers, De EG-Commissie, het Europese Parlement, etc.), de lidstaten,⁴¹ en burgers en instellingen in de lidstaten. Het gemeenschapsrecht bindt de communautaire rechtssubjecten ofwel direct, via gedragsnormen (rechten en verplichtingen), ofwel indirect, via de toekenning van bevoegdheidsnormen (i.e. de toekenning van het vermogen rechten en verplichtingen in het leven te roepen of te specificeren). De wijze waarop het gemeenschapsrecht de communautaire instellingen bindt (vrijwel exclusief via bevoegdheidsnormen) laat ik hier buiten beschouwing. Wel van belang is te weten dat het gemeenschapsrecht dat zich richt tot lidstaten verbindt op basis van artikel 10 van het EG-Verdrag (de gemeenschapstrouw). Dat artikel bevat een buitengewoon brede inspanningsverplichting voor de lidstaten om de nakoming van communautaire verplichtingen te verzekeren en (in spiegelbeeld) zich te onthouden van alles wat de verwezenlijking van de communautaire doelstellingen zou kunnen frustreren. In geval van het niet nakomen van deze verplichting is een lidstaat zowel publiekrechtelijk

⁴⁰ Vlemminx' betoog om de artikelen 93 en 94 Gw ongewijzigd te laten omdat door een wijziging zoals Besselink c.s. die voorstellen het gemeenschapsrecht te veel zou worden geïsoleerd van andere vormen van internationaal recht, en ze dan niet kunnen profiteren van de stimulerende effecten die van de ontwikkeling van het EG-recht uitgaan, vind ik niet steekhoudend. De argumentatie geeft zich volgens mij onvoldoende rekenschap van het eigen karakter van het EG-recht.

⁴¹ Inclusief de geassocieerde landen en gebieden.

als civielrechtelijke aansprakelijk. In de nu voorgestelde Europese grondwet keert deze wezenlijke verplichting tot gemeenschapstrouw terug in artikel 5, tweede lid.

Voor de vraag hoe het gemeenschapsrecht rechtstreeks burgers en instellingen in lidstaten kan binden via gedrags-, maar ook indirect via bevoegdheidsnormen is het leerstuk van de rechtstreekse werking van belang. Bij rechtstreekse werking van communautair recht gaat het om het vermogen van bepalingen van gemeenschapsrecht om zonder verdere lidstatelijke tussenkomst van toepassing te zijn op burgers of instellingen binnen de Unie. Lang niet alle gemeenschapsrecht is vatbaar voor die rechtstreekse werking. Of een bepaling van gemeenschapsrecht rechtstreekse werking toekomt, hangt af van de geest, structuur, aard en bewoordingen van zo'n bepaling. Volgens de jurisprudentie van het Hof heeft een bepaling van gemeenschapsrecht rechtstreekse werking, indien deze:

- duidelijk bepaalbaar is naar inhoud van de verplichting;
 - niet afhankelijk is van enig voorbehoud;⁴²
- en – indien er uitvoeringshandelingen zijn voorzien – de instellingen of lidstaten geen discretionaire bevoegdheden ten aanzien van de uitvoering ervan wordt gelaten.⁴³

Als een bepaling van gemeenschapsrecht rechtstreekse werking heeft, heeft dat voor de Nederlandse wetgever verschillende gevolgen. Ten eerste mag die rechtstreekse werking op grond van de gemeenschapstrouw niet worden gefrustreerd.⁴⁴ Dat betekent dat met rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht strijdig Nederlands recht – op grond van het rechtszekerheidsbeginsel – eigenlijk moet worden ingetrokken (zelfs al heeft het gemeenschapsrecht uit zichzelf al voorrang) of gewijzigd (obstructieverbod).⁴⁵ Ten tweede betekent het dat de Nederlandse overheid en dus ook de Nederlandse wetgever alles in het werk zal moeten stellen om het gemeenschapsrecht rechtstreeks te kunnen laten werken. Waar het gemeenschapsrecht verplichtingen voor burgers in het leven roept vergt de gemeenschapstrouw dat – indien het gemeenschapsrecht daar nog niet

⁴² Zie voor enkele schoolmakende voorbeelden van deze jurisprudentielijn o.a. de arresten HvJEG 5 februari 1963, 26/62, Jur. 1963, blz. 1-59 (Van Gend en Loos) en HvJEG 19 januari 1982, 8/81, Jur. 1982, blz. 59 e.v. (Becker).

⁴³ Zie bijvoorbeeld HvJEG 19 december 1968, 13/68, Jur. 1968, blz. 825-850 (Salgoil).

⁴⁴ Het beginsel van de gemeenschapstrouw geldt niet alleen voor de gemeenschap maar ook, zoals Timmermans overtuigend aantoonde, voor de Unie. Zie Kapteyn – VerLoren van Themaat, a.w. 2003, blz. 130.

⁴⁵ Het Hof van Justitie vergt in geval van strijd tussen direct werkend Europees recht en Nederlands recht dat de nationale rechter de onverenigbare nationale voorschriften buiten toepassing laat (HvJEG 9 maart 1978, 106/77, Jur. 1979, blz. 629 (Simmenthal)). Ook (proces)voorschriften die belemmeringen vormen voor de directe werking moeten door nationale instanties buiten toepassing worden gelaten (HvJEG 28 juni 2001, 118/00, Jur. 2001, I-5063 (Gervais Larsy v. INASTI)).

zelf in voorziet – lidstaten de naleving ervan via effectief toezicht en effectieve handhaving verzekeren. Er zullen daarnaast ook – indien ze nog niet bestaan – afdoende rechtsbeschermingsvoorzieningen moeten worden getroffen. In geval het gemeenschapsrecht aanspraken voor burgers of instellingen binnen de lidstaten met zich meebrengt zullen in voorkomende gevallen uitvoeringsinstanties moeten worden aangewezen. Kortom, lidstaten zullen er alles aan moeten doen om het gemeenschapsrecht binnen hun eigen rechtsorde te verzekeren, voorzover het gemeenschapsrecht daarin tenminste zelf nog niet voorziet.

Ik ga hier niet op al die gevolgen van rechtstreekse werking afzonderlijk in omdat er ten aanzien van de meeste van die gevolgen op dit ogenblik voor de wetgever niet direct veel nieuws onder de zon is. Ik licht er, ‘grazend’ een paar belangwekkende uit.

2.2.a Toezicht

De Nederlandse wetgever is verplicht in voorkomend geval zorg te dragen voor een effectief systeem van toezicht (of ‘controle’ zoals dat gemeenschapsrechtelijk vaak wordt genoemd) ter bevordering van de naleving van al dan niet in nationale wetgeving omgezette communautaire voorschriften. De basis voor die plicht vloeit soms uit EG-besluiten zelf voort, maar artikel 10 EG-Verdrag vormt de basis.⁴⁶ De zorg voor het toezicht⁴⁷ – dat wil zeggen het verzamelen van informatie over de naleving van normen – brengt voor de Nederlandse wetgever drie gehoudenheden met zich mee, a. het gebod van effectiviteit van het toezicht, b. de eis tot transnationale samenwerking, en c. het vereiste van loyale bijstand. Zorg voor effectief toezicht op de naleving is een noodzakelijke tussenstap om de nakoming gemeenschapsrecht te verzekeren. De wetgever dient zich dus, net als in geval van Nederlandse wetgeving, af te vragen welk systeem het best bijdraagt aan het verkrijgen van bruikbare nalevingsinformatie om op basis daarvan mogelijk een handhavingsreactie te geven. Soms schrijven EG-besluiten zelf gedetailleerd voor hoe controles door autoriteiten in de lidstaten moeten worden uitgevoerd,⁴⁸ soms worden toezichtstaken en toezichtsbevoegdheden door of onder auspiciën van Europese instanties zelf uitgeoefend.⁴⁹ In ieder geval is er de laatste jaren een trend te bespeuren waarbij de

⁴⁶ Zie Jans e.a., a.w. 2002, blz. 282 e.v.

⁴⁷ Bonnes onderscheidt in het toezicht nog tussen werkelijk toezicht en de verificatie i.e. de verplichting die het EG-recht af en toe stelt om na te gaan of een communautaire norm wordt overtreden. J.M. Bonnes, *De uitvoering van EG-verordeningen in Nederland*, diss. KUB, Zwolle 1994, blz. 162-163.

⁴⁸ Jans e.a. noemen het voorbeeld van Verordening 4045/89, PbEG 1989, L 388 die lidstaten verplicht tot een minimum-aantal administratieve controles. Jans e.a., a.w. 2002, blz. 283.

⁴⁹ Zo heeft de Europese Commissie op basis van artikel 211 EG-Verdrag zelf een toezichtstaak met betrekking tot de naleving van het gemeenschapsrecht door de lidstaten. De Commissie oefent die taken dan wel middellijk (tweede-lijnscontrole) uit via contro-

Commissie – ter uitvoering van haar algemene toezichtstaak⁵⁰ – en de Europese wetgever dichter op het toezicht op de naleving van de communautaire voorschriften door lidstaten kruipen. Toezicht op de naleving van Europese wetgeving is niet langer een uitsluitend nationale aangelegenheid. Illustratief in dat verband is de oprichting van het semi-onafhankelijke bureau Office pour la Lutte Anti-Fraude (OLAF),⁵¹ een bureau dat zelfstandig – onder de Eurocontroleverordening⁵² – controles uit kan oefenen in de lidstaten. Nalatigheid bij het houden van toezicht kan voor lidstaten vervelende gevolgen hebben, zoals Nederland tijdens de ESF-crisis in 2001 mocht ervaren. Uit een steekproef van de Europese Commissie kwam naar voren dat voor veel Europese projecten die tussen 1994 en 1999 met geld uit het Europees Sociaal Fonds waren gefinancierd, geen onderbouwing voor de einddeclaratie kon worden gegeven. Dat was vooral te wijten aan falend toezicht van de Nederlandse arbeidsvoorzieningsorganisatie. De Commissie vorderde daarop tientallen miljoenen euro's terug. Om een herhaling van dit ehech te voorkomen is de Wet toezicht Europese subsidies vastgesteld die de centrale overheid (i.e. de eerstverantwoordelijke minister) toezichtsbevoegdheid en een verhaalsrecht geeft ten aanzien van niet tot de Staat behorende bestuursorganen die EG-subsidies ontvangen waaruit een verhaalsrecht voort kan vloeien.⁵³ Communautarisering van het toezicht is ook waarneembaar in recent gemeenschapsrecht dat vergt dat lidstaten wederzijds samenwerken bij de handhaving van het communautaire recht.⁵⁴ Op verschillende beleidsterreinen bestaan er tegenwoordig verordeningen en richtlijnen die lidstaten verplichten transnationaal samen te werken en zo hun toezichts- en daaropvolgende handavingsinspanningen te coördineren. De samenwerkingsverplichtingen lopen uiteen van verplichtingen tot uitwisseling van inlichtingen,⁵⁵ tot daadwerkelijke wederzijdse assistentie bij het verrichten

le op de handhaving in de lidstaten, dan wel rechtstreeks (eerste-lijnscontrole) waarbij de lidstaten (soms zelfs via samenwerking tussen lidstaten) op verzoek van de Commissie administratief onderzoek instellen. In een enkel geval heeft de Commissie zelfs zelfstandige, operationele onderzoeksbevoegdheden. Zie verordening 2185/96 betreffende de controles en verificaties die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de EG tegen fraudes en andere onregelmatigheden, PbEG 1999, L 292, 2.

⁵⁰ Neergelegd in artikel 211 EG-Verdrag.

⁵¹ Verordening 1073/99 PbEG 1999, L 136.

⁵² Verordening 2185/96. Zie ook de eervorige noot.

⁵³ Zie W. den Ouden, M.J. Jacobs, N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer 2004, blz. 220-221.

⁵⁴ Zie als een van de eerste stappen in die richting de beschikking van het HvJEG 13 juli 1990, 2-88-IMM., Jur. 1990, blz. 3365 (Zwartveld).

⁵⁵ Richtlijn 77/99 inzake de wederzijdse bijstand op het gebied van de directe belastingen, PbEG 1997, L 336.

van controles.⁵⁶ De laatste toezichtsdimensie waarmee de Nederlandse wetgever te maken heeft is, wat ik zo zou willen noemen, het beginsel van loyale bijstand. Lidstaten moeten de Commissie loyaal bijstaan om er voor te zorgen dat die haar toezichtstaak goed uit kan voeren. Dat volgt uit artikel 10 EG-Verdrag. Naar mijn mening brengt dat artikel mee dat lidstaten, en alle voor de uitvoering van gemeenschapsrecht verantwoordelijke bestuursorganen binnen een lidstaat, gehouden zijn spontaan toezicht te houden op de naleving van gemeenschapsrechtelijke normen, ook als er geen effectieve handhavingsreactie mogelijk is. Blijkt vervolgens dat normen niet na te leven zijn,⁵⁷ of op grote schaal niet worden nageleefd, dan zijn lidstaten verplicht dit uit eigen beweging te melden om zo de Commissie in staat te stellen de toezichtstaak op grond van art. 211 EG-Verdrag uit te kunnen oefenen. Dat is een misschien wat scherpe afleiding, maar het voorkomt dat veel gemeenschapsrecht niet wordt nageleefd omdat er of geen toezicht op de naleving wordt gehouden, of omdat het uitvoerende orgaan er op een of andere manier geen trek in heeft of belang bij heeft om de niet-naleving te rapporteren.

Meer in het algemeen moeten we denk ik vaststellen dat toezicht en handhaving zodanig met elkaar zijn verweven, dat lidstaten evenzeer en op dezelfde voet (de gemeenschapstrouw) tot efficiënt toezicht als tot effectieve handhaving zijn gehouden. Toezicht en handhaving zijn immers communicerende vaten, zoals ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de Öneriyildiz-uitspraak lijkt te onderkennen.⁵⁸

2.2.b Handhaving

Net als in het geval van het toezicht zijn de lidstaten op basis van de gemeenschapstrouw gehouden alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Dat betekent dat lidstaten, daar waar EG-besluiten dat nalaten, zelf in een reactie op niet-nale-

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Verordening 515/97 betreffende de wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van douane- en landbouwvoorschriften, PbEG 1977, L 82, 1.

⁵⁷ In ons rapport hebben wij dit 'stille verliezen' genoemd. W. Voermans, P. Eijlander, R. van Gestel, I. de Leeuw, A. de Moor-van Vugt en S. Prechal, Kwaliteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid; een onderzoek naar de kwaliteit van EG-regels en de gevolgen daarvan voor de uitvoering en handhaving binnen Nederland, Tilburg/Den Haag 2000, Centrum voor wetgevingsvraagstukken KUB in opdracht van het Ministerie van Justitie.

⁵⁸ EHRM 18 juni 2002, NJB 2002, blz. 1615 e.v. NJCM bulletin 2003, blz. 54 m.nt. Kuijer. Zie voor een verdiepende analyse van de uitspraak T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, EHRM-uitspraak Öneriyildiz tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen, Overheid en aansprakelijkheid 2003, blz. 109-121.

ving moeten voorzien. Kapteyn noemt dit handhaven uit eigen beweging de 'nationale sancties'.⁵⁹ Lidstaten zijn in beginsel vrij om een sanctie te kiezen, maar die sanctie moet wel voldoen aan de beginselen van assimilatie en effectiviteit.⁶⁰ Tegenover de nationale sancties staan de 'communautaire sancties', dat wil zeggen sancties die in EG-besluiten zelf worden voorzien en die lidstaten in geval van overtreding van de betreffende regeling verplichten die sanctie toe te passen. Communautaire sancties zijn een verschijnsel in opkomst, zeker nu steeds weer blijkt dat er substantieel handhavingstekort bestaat ten aanzien van communautaire normen.⁶¹ Dat leidt de laatste tijd tot veel communautaire bestuursrechtelijke, maar ook wel strafrechtelijke sancties. Omdat het strafrecht nog vaak als een nationaal kroondomein wordt gezien, bestaan er tegen het dwingend doen opleggen van communautaire strafrechtelijke sancties in EG-wetgeving onder de eerste pijler veel bezwaren.⁶² Toch komt het meer en meer voor.⁶³

⁵⁹ Zie Kapteyn – VerLoren van Themaat, a.w. 2003, blz. 264 e.v.

⁶⁰ I.e. het beginsel dat vergt dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij weliswaar vrij in hun keuze van de op te leggen sancties, doch deze moeten hoe dan ook doeltreffend, evenredig, en afschrikkend zijn. Zie o.a. HvJEG 27 februari 1997 C-177/95 (Ebony Maritime).

⁶¹ Zie ook Jans, e.a., a.w. 2002, blz. 256.

⁶² Ter verdediging van de door sommigen als onoirbare beïnvloeding van het nationale strafrecht via communautair opgedragen sanctionering – waarvoor geen basis in het EG-Verdrag zou bestaan - wordt in het bijzonder nog wel aangevoerd dat deze beïnvloeding toelaatbaar is indien en voorzover deze noodzakelijk is om de wel uitdrukkelijk in het EG-Verdrag opgenomen bevoegdheden te verwezenlijken. Zie Jans e.a., a.w. 2002, blz. 264.

⁶³ Zie voor enkele recente voorbeelden het gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake milieubescherming door het strafrecht COM (2002) 544 def., PbEG 2003, C 20 E en het gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, COM (2002) 577 def., PbEG 2003, C 71 E; Het verhaal over de milieurichtlijn heeft nog een interessant staartje gekregen. De Raad vindt dat het onderwerp milieubescherming via het strafrecht eigenlijk onder de derde pijler moet worden geregeld. Op 27 januari 2003 is daartoe door de Raad een Kaderbesluit inzake de bescherming van het milieu via het strafrecht aangenomen (Kaderbesluit 2003/80/JBZ, PbEG L 29). Dat gebeurde tegen de zin van het Europees Parlement die na de behandeling in eerste lezing van de richtlijn milieubescherming via het strafrecht ((COM) 2001, 139) juist een duidelijke voorkeur had uitgesproken voor een EG-richtlijn boven een besluit onder de derde pijler (rapport A5-0099/02). Inmiddels is de Commissie in beroep gegaan tegen het kaderbesluit van 27 januari 2003 (15 april 2003, zaak C-176/03, PbEG 2003, C135/21) omdat de rechtsgrondslag van het besluit niet juist zou zijn. Zie voor de discussie over communautair-strafrechtelijke handhaving ook D. Comijs, *Communautair strafrecht*, Nederlands tijdschrift voor Europees recht 2001, blz. 267-271.

Er is duidelijk sprake van een proces van ‘communautarisering’⁶⁴ van de handhaving van het gemeenschapsrecht en de handhavingprocessen in de lidstaten.⁶⁵ Ook hier doet zich de integratie en verdere vervlechting van de lidstatelijke en communautaire rechtsorde gevoelen. Het is dan ook zeer waarschijnlijk dat de tendens waarbij de communautaire wetgever zich steeds indringender zelf bezig zal gaan houden met de naleving en handhaving van de eigen normen zich voort zal zetten.⁶⁶ Daar is – zeker ook in de nabije toekomst – alle reden toe. De effectiviteit van EG-wetgeving is voor een groot deel afhankelijk van de naleving en handhaving ervan. Die handhaving goeddeels overlaten aan de lidstaten heeft, naast positieve kanten, ook negatieve kanten. Het leidt – zo leert het verleden – nogal eens tot handhavingstekorten en bovendien tot onderling verschillende handhavingssystemen in de lidstaten, zelfs daar waar de bedoeling harmonisatie is. Die verschillen brengen in hun kielzog weer allerlei andere mogelijke distorsies teweeg.⁶⁷ Dergelijke problemen zijn maar moeilijk te bestrijden via een verscherping van het communautaire toezicht op de lidstatelijke uitvoeringspraktijken (waaronder de handhaving). Daar heeft de Commissie ten eerste de capaciteit niet voor en ten tweede zijn de uitvoeringsprocessen van Europese wetgeving vaak zo ingericht dat problemen en handhavingstekorten in de lidstatelijke handhavingpraktijk in het reguliere toezicht voor de Commissie onzichtbaar blijven.

In een onderzoeksproject dat door het Tilburgse Centrum voor wetgevingsvraagstukken in 2000 werd uitgevoerd bleek dat er nogal eens sprake was van aanzienlijke, zogenaamde ‘stille verliezen’.⁶⁸ Die stille verliezen bestaan dan hierin dat EG-wetgeving – mede ten gevolge van kwaliteitsgebreken – voor nationale uitvoerings- of handhavinginstanties nogal eens niet uitvoerbaar of handhaafbaar blijkt te zijn. En dat terwijl de implementatie op papier geheel in orde is. Nu is dat een probleem dat zich net zo goed bij strikt Nederlandse regelingen voor kan doen, maar daarbij komen handhaving- en uitvoeringsproblemen op de een of andere manier wel boven water via formele of informele ‘piepsystemen’ die de wetgever kunnen alarmeren en in de benen kunnen brengen. Dergelijke terugkoppelingsmechanismen ontbreken goeddeels bij de uitvoering en handhaving van Europese wetgeving, met als gevolg dat bepaalde onuitvoerbare regels blijvend ineffectief kunnen worden, omdat niemand iets

⁶⁴ In de nieuwe betekenis van ‘vergemeenschapsrechtelijk’, en niet in de oude betekenis van het plaatsen in de sfeer van de Vlaams-Waalse tegenstellingen.

⁶⁵ Zie ook Jans, e.a., a.w. 2002, blz. 295. Zie ook Kapteyn – VerLoren van Themaat, a.w. 2003, blz. 466.

⁶⁶ Zie hierover reeds A.J.C. de Moor-van Vugt, *New Game* voor de Europese Commissie, *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht* 1999, blz. 263-269.

⁶⁷ Denk aan verstoring van de goede werking van de gemeenschappelijke markt, maar ook – als sancties van lidstaat tot lidstaat naar aard en zwaarte uiteenlopen – aan strijd met de aanspraak die de burgers van Gemeenschap hebben op gelijke behandeling voor de (zelfde) wet. Zie hierover ook Kapteyn – VerLoren van Themaat, a.w. 2003, blz. 467.

⁶⁸ Zie W. Voermans, e.a., a.w. 2000.

onderneemt. Zulke problemen zijn in een grotere wordende Unie met een breder regelingsbereik alleen maar via een centralere regie op de handhaving en sanctionering van EG-regelgeving op te lossen. Dat zal zeker gepaard gaan met een verdere centralisering van de beleidsbehartiging in Brusselse richting. Tegen die centralisering is in een groter wordende Unie toch geen kruid gewassen, denk ik. De samenwerking binnen de Unie is sinds haar ontstaan onderhevig aan de ijzeren ‘wet van convergentie’ die kort gezegd inhoudt dat de – ten gevolge van de verdergaande samenwerking – groeiende behoefte aan coördinatie en harmonisatie van lidstatelijke rechtsstelsels steeds verdergaande centralisering met zich brengt.⁶⁹

De toenemende bemoeienis van de communautaire wetgever en rechter met de handhaving van EG-wetgeving betekent dat hier en daar het Nederlandse wetgevingsbeleid terzake de handhaving op de tocht komt te staan. Jans e.a. noemen als voorbeeld de eis tot strafrechtelijke handhaving van Nederlandse milieuwetgeving zoals die wordt voorgeschreven door voorgestelde richtlijn inzake milieubescherming⁷⁰. Van nog recenter datum is de verplichting tot strafrechtelijke handhaving die geldt op grond van de voorgestelde richtlijn handhaving van intellectuele eigendomsrechten.⁷¹ Dergelijke opdrachten tot strafrechtelijke handhaving doorkruisen de Nederlandse manier van doen op het gebied van handhaving waarin het strafrecht – als het al wordt ingezet – vaak als laatste redmiddel wordt gebruikt en vaak in combinatie met andere handhavingsinstrumenten.

⁶⁹ Deze gedachte baseert zich op de wetmatigheden waardoor de communautaire integratie lijkt te worden beheerst. Die wetmatigheden schrijven voor dat de steeds verdere samenwerking tussen de lidstaten de onderlinge afhankelijkheid vergroot, waardoor de coördinatiebehoefte toeneemt, en op het oog principiële en onoverkomelijke politieke tegenstellingen altijd weer worden achterhaald door de praktische en economische noodzaak om de markten en de daarmee samenhangende rechtsstelsels verder op elkaar af te stemmen, waardoor op zijn beurt de coördinatiebehoefte weer groeit, de wederzijdse afhankelijkheid vergroot, enz. enz. Volgens deze ‘Wet van convergentie’ valt ook te verklaren dat de gemeenschappen, de Europese gemeenschap en de Europese Unie de meest verlamdende dilemma’s hebben overwonnen, en, steeds diep verdeeld over het precieze inhoudelijk concept en recept van de verdergaande integratie, als het ware ruggelings in een situatie van semi-federatieve samenwerking zijn getuimd.

⁷⁰ Zie de eerdergenoemde Richtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht COM (2002) 544 def., PbEG 2003, C 20.

⁷¹ Voorstel voor een Richtlijn betreffende de maatregelen en procedures om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen, COM (2003) 46 def. (2003) 24 (COD). Zie met name artikel 21 van die richtlijn.

2.3 Beperking van de Nederlandse regelingsruimte

Waar communautair recht bestaat, wordt ruimte voor de Nederlandse wetgever vaak beperkt. In ieder geval staat het de Nederlandse wetgever nooit vrij om in strijd met voorrang hebbend, rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht regels vast te stellen.⁷² De Nederlandse wetgever is zelfs niet steeds vrij om in strijd met niet-rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht te regelen, zoals we zagen in paragraaf 2.1. Dat volgt uit de combinatie van het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht en het beginsel van de gemeenschapstrouw.⁷³

2.3.a Onthoudingsplicht

De ruimte voor de Nederlandse wetgever wordt niet alleen begrensd door bestaand (al dan niet rechtstreeks werkend) gemeenschapsrecht, de wetgever dient zich onder voorwaarden ook te *onthouden* van wetgevend optreden op terreinen waarop communautaire wetgeving wordt voorbereid, of op terreinen waarop een richtlijn is vastgesteld waarvan de omzettingstermijn evenwel nog niet is verstreken. Zo leert de althans de jurisprudentie.

Op grond van de gemeenschapstrouw – zo stelde het Hof van Justitie al in 1981⁷⁴ vast – staat het lidstatelijke wetgevers niet vrij om daar waar gemeenschapsrechtelijke regels worden voorbereid zelf alsnog regelingen te treffen die de ontwikkeling van het communautaire integratieproces belemmeren. Deze regels staan overigens niet in de weg aan het anticiperen op in voorbereiding zijnde EG-wetgeving.⁷⁵ De onthoudingsplicht in geval van voorgenomen gemeenschapswetgeving verbiedt slechts dat nationale regels worden vastgesteld die indruisen tegen voorgenomen gemeenschapsmaatregelen.

⁷² Dat zou strijd opleveren met artikel 10 EG-Verdrag.

⁷³ Zie ook S. Prechal, *Directives in European Community Law*, diss. UvA, Oxford 1995, blz. 24-26.

⁷⁴ In de woorden van het arrest van het HvJEG van 5 mei 1981, 804/79, Jur. 1981, blz. 1045 (Instandhoudingsmaatregelen zeevisserij II VK): Ingevolge ‘artikel EEG-Verdrag 5 (nu artikel 10 EG-Verdrag WV) zijn de lidstaten verplicht de vervulling van de taak van de gemeenschap te vergemakkelijken en zich te onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag in gevaar kunnen brengen. Deze bepaling legt de lidstaten bijzondere positieve en negatieve verplichtingen op in een situatie waarin de commissie, om in dringende behoeften ter zake van instandhoudingsmaatregelen te voorzien, voorstellen bij de raad heeft ingediend, die, ofschoon niet door deze laatste aanvaard, het uitgangspunt vormen van een gezamenlijke communautaire actie’. Eenzelfde onthoudingsplicht geldt volgens het Hof ten aanzien van het sluiten van overeenkomsten door lidstaten met derde landen over onderwerpen waarvoor reeds interne gemeenschapsrechtelijke regels zijn gesteld. Zie HvJEG 31 maart 1971, 22/70, Jur. 1971, 263 (AETR).

⁷⁵ Zie ook 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten, Den Haag 2001, blz. 185.

Er is hier maar een klein nuanceverschil met de onthoudingsplicht die op lidstatelijke wetgevers drukt om gedurende de omzettingstermijn van een richtlijn met die richtlijn strijdende nationale regels vast te stellen. In een uitspraak uit 1997 (Inter-Environnement Wallonie ASBL) oordeelde het Hof dat lidstaten, tijdens de periode die hen is gelaten om een richtlijn om te zetten, zich hebben te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden kunnen brengen.⁷⁶ Dit laat de wetgever natuurlijk enige ruimte tot het vaststellen van regels gedurende de omzettingsperiode. Maar hoeveel?

De gevolgen van schending van de onthoudingsplicht zijn, zoals ook Prinssen opmerkt, niet helemaal duidelijk en evenmin is duidelijk hoe de nationale rechter precies om zou moeten gaan met de *Inter-Environnement*-regel. Wanneer is er sprake van ernstig gevaar en kan een rechter zich daar wel een oordeel over vormen?⁷⁷

2.3.b Aanvullingsbevoegdheid

Hoe groot is de Nederlandse regelingsruimte nu nog als er op een bepaald terrein al communautaire regels bestaan? Op dit ogenblik vergt de bepaling van de overgelaten regelingsruimte (of laten we het voor het gemak maar *aanvullingsbevoegdheid* noemen) nog een hoop gepuzzel. Er gelden in ieder geval twee algemene beperkingen op die bevoegdheid, te weten:

- a) geen aanvulling in strijd met het EG-Verdrag of een bestaand of in voorbereiding zijnd EG-besluit,
- b) geen aanvulling indien het een onderwerp betreft waarop de Unie exclusief bevoegd is.

Vast staat dat de Nederlandse wetgever geen aanvullende regelingsbevoegdheid meer heeft op terreinen die exclusief tot de competentie van de EU behoren. Welke bevoegdheden nu precies exclusief zijn is op dit ogenblik nog niet in marmer te beitelen: de grenzen worden hier mede getrokken door de zich steeds ontwikkelende hofjurisprudentie. Binnen die de exclusieve bevoegdheden zijn in ieder geval twee categorieën te onderscheiden, a. de bevoegdheden die *echt*, d.w.z. op grond van het EG-Verdrag exclusief zijn (o.a. gemeenschappelijke handelsbeleid, monetair beleid euro-landen, gemeenschappelijk visserijbeleid) en b. de bevoegdheden die exclusief *worden* doordat er uitputtend wordt geregeld op een bepaald terrein (bijvoorbeeld onderdelen van landbouw- en vervoersbeleid). Naast de exclusieve bevoegdheden staan de zgn. gemengde bevoegdheden. Dat zijn de bevoegdheden waarop zowel EG als de

⁷⁶ HvJEG 18 december 1997, 129/96, Jur. 1997, I-741.

⁷⁷ Zie J.M. Prinssen, Doorwerking van Europees recht; de verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid, diss. UvA, Deventer 2004, blz. 99-100.

lidstaten bevoegd zijn, ieder op zijn deelterrein. Ook hier zijn de grenzen niet altijd even duidelijk.⁷⁸

De EG-checklist die in de *101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten* uit 2001 is opgenomen, is een instrument dat de gebruikers probeert via een stappenschema te bepalen of er ondanks het bestaan van een EG-besluit nog nationale regelingsruimte overblijft voor verdergaande of afwijkende nationale regelgeving. Die checklist vraagt in stap 3 de gebruikers te kijken naar de rechtsgrondslag (is er wellicht sprake van een echte exclusieve bevoegdheid?), en de vraag of het aan de orde zijnde EG-besluit dan wel het EG-Verdrag⁷⁹ ruimte laat voor verdergaande of afwijkende regelgeving (is er bijvoorbeeld wellicht sprake van exclusiviteit via uitputting?). Daarnaast mogen nationale – aanvullende – regels het vrije dienstenverkeer op grond van het EG-Verdrag⁸⁰ niet zonder geldige reden⁸¹ belemmeren (stappen 4 en 5 van de *101 Praktijkvragen*).

EGw

Uitgangspunt van de verdeling van de bevoegdheden tussen de Unie en de lidstaten is het beginsel van de bevoegdheidsverdeling dat in artikel I-11 Europese grondwet (verder: EGw) is neergelegd. Dat beginsel houdt in dat de Unie alleen die bevoegdheden kan uitoefenen die haar door de lidstaten in de Grondwet zijn opgedragen, en dat bevoegdheden die in de EGw niet aan de Unie zijn toegeedeeld behoren aan de lidstaten.⁸² Artikel I-12 EGw maakt duidelijk wat voortaan onder exclusieve, gedeelde en coördinerende of ondersteunende bevoegdheden moet worden verstaan.

De exclusieve bevoegdheden worden toegekend in artikel 13 EGw,⁸³ de gedeelde bevoegdheden in artikel 14⁸⁴ en de artikelen 15 en 16 attribueren coör-

⁷⁸ Zie ook R., Barents, *Naar een Europese constitutie (II)*, Nederlands tijdschrift voor Europees recht, 2003, blz. 42.

⁷⁹ Artikel 95 EG-Verdrag verzet zich daar in bepaalde gevallen tegen. Verdergaande maatregelen zijn slechts toegestaan indien daartoe een bepaalde rechtvaardiging bestaat (zie artikel 95, vierde tot en met zesde lid, EG-Verdrag).

⁸⁰ Zie artikel 49 EG-Verdrag.

⁸¹ Zie artikelen 55 jjs. 45 en 46 EG-Verdrag.

⁸² Artikel 11 eerste en tweede lid, EGw.

⁸³ De Unie is voortaan onder artikel 13 EGw exclusief bevoegd wetgevend en juridisch op te treden op de volgende gebieden:

- a) de douane-unie;
- b) de vaststelling van mededingingsregels die voor de werking van de interne markt noodzakelijk zijn;
- c) het monetair beleid voor de lidstaten die de euro als munt hebben ingevoerd;
- d) de instandhouding van de biologische rijkdommen van de zee in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid;
- e) de gemeenschappelijke handelspolitiek.

dinerende bevoegdheden ten aanzien van het economische en werkgelegenheidsbeleid, respectievelijk de ondersteunende, coördinerende en aanvullende bevoegdheden.

Artikel 12, vierde lid, EGw maakt vervolgens de Unie expliciet bevoegd om een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid te bepalen en uit te voeren.

Zo op het eerste gezicht lijken de nieuwe EGw-bepalingen over de bevoegdheidsverdeling een winstpost voor de Nederlandse wetgever: voor eens en altijd is duidelijk wie op welk terrein bevoegd is. Toch zijn de grenzen tussen de verschillende soorten bevoegdheden niet echt scherp. Het gekozen systeem is, dat ben ik met Barents eens, een wat halfslachtig compromis geworden tussen enerzijds het huidige systeem, waarin de verdeling van de bevoegdheid wordt bepaald door de aard van het betrokken onderwerp, en het systeem van een competentiecatalogus.⁸⁵ Door die keuze is vooral het onderscheid tussen de gedeelde bevoegdheden enerzijds en ondersteunende, coördinerende en aanvullende bevoegdheden anderzijds onduidelijk. Artikel I-14, eerste lid, EGw definieert bijvoorbeeld de gedeelde bevoegdheidsgebieden als een restcategorie: de Unie heeft samen met de lidstaten een gedeelde bevoegdheid indien de Grondwet de Unie een bevoegdheid toedeelt die niet tot de exclusieve bevoegdheidsgebieden behoort en ook niet tot de gebieden die in artikel I-17 EGw (ondersteunend, coördinerend of aanvullend optreden) worden genoemd. De vraag die rijst is hoe de bevoegdheden van de artikelen I-15 (coördinatie van het economisch beleid en het werkgelegenheidsbeleid) en I-16 EGw (het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid) moeten worden gezien. Zijn die ook gedeeld? De lijst van hoofdgebieden die artikel I-14, tweede lid, EGw noemt doet vermoeden dat dat niet het geval is. Verder werken artikel I-13 en

⁸⁴ Dat is in feite een restcategorie: wat niet tot de exclusieve bevoegdheden van artikel I-13 hoort of niet tot de ondersteunende, aanvullende, of coördinerende bevoegdheden is te rekenen, is volgens het systeem van artikel I-14 EGw 'gedeeld'. Die hoofdgebieden van gedeelde bevoegdheid zijn:

- a) interne markt;
- b) sociaal beleid, voor de in Deel III genoemde aspecten;
- c) economische, sociale en territoriale samenhang;
- d) landbouw en visserij, met uitsluiting van de instandhouding van de biologische rijkdommen van de zee;
- e) milieu;
- f) consumentenbescherming;
- g) vervoer;
- h) trans-Europese netwerken;
- i) energie;
- j) de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid;
- k) gemeenschappelijke veiligheidsvraagstukken op het gebied van volksgezondheid, voor de in Deel III genoemde aspecten.

⁸⁵ Zie Barents, a.w. 2003, blz. 42.

I-14 met lijsten van generiek aangeduide hoofdgebieden. De vraag is hoe het HvJEG en de Europese wetgever daarmee om zullen gaan. Zullen rechter en wetgever de exclusieve en gedeelde bevoegdheden extensief of juist restrictief (o.i.v. het gebod van subsidiariteit en evenredigheid uit artikel I-11 EGw) gaan interpreteren? Dat valt vooralsnog moeilijk te voorspellen.

Waar exclusieve bevoegdheid geldt, kan de Nederlandse wetgever niet meer optreden. Waar gedeelde bevoegdheid is toegedeeld kunnen de Unie en de lidstaten beiden wetgevend optreden en juridisch bindende handelingen vaststellen, zo bepaalt artikel I-12, tweede lid, EGw. Er geldt wel een grens: de lidstaten kunnen alleen dan hun bevoegdheid uitoefenen indien de Unie haar bevoegdheid zelf nog niet heeft uitgeoefend, noch besloten heeft deze bevoegdheid zelf niet langer uit te oefenen (art. I-12, tweede lid, EGw). Pakt de Unie de taak op, of heeft ze niet expliciet aangegeven de bevoegdheid niet langer uit te oefenen, dan geldt er een onthoudingsplicht voor de lidstaten. Dit lijkt een op het oog iets stringenter lijn dan onder de oude jurisprudentie gold. Daar was het in geval van gedeelde bevoegdheden nog wel mogelijk dat, indien EG-besluiten genomen op basis van gedeelde bevoegdheden daartoe zelf de mogelijkheid lieten, de lidstaten nog af konden wijken of aan konden vullen. Het lijkt me bijna vanzelfsprekend dat dat ook hier de diepere bedoeling is. Een toelichting bij de EGw (die er niet is) zou hier veel duidelijk hebben kunnen maken. Ik denk overigens niet dat er ten opzichte van de bestaande situatie direct veel zal veranderen ten aanzien van de grenzen en regels die gelden voor de aanvullingsbevoegdheid.

Op het vlak van de exclusieve bevoegdheden lijkt er in de EGw zo op het eerste gezicht niet veel meer te gebeuren dan codificatie van de bestaande jurisprudentie. Toch is er hier volgens mij wel wat (verontrustend) nieuws onder de zon.

Artikel 13 geeft een lijst van generiek omschreven hoofdgebieden die tot de exclusieve bevoegdheden van de Unie behoren. Dat betekent dat de lidstaten hun eigen wetgevingsbevoegdheid op die gebieden kwijt zijn. Dat we in Nederland per wet niet langer monetair beleid kunnen voeren, is wellicht vanzelfsprekend, maar is wel een belangrijke inperking van de competentie van de Nederlandse wetgever. Nu zou je kunnen zeggen dat dat ook onder het oude systeem van het EG-Verdrag al gebeurde, maar het speelveld wordt door de EGw wel drastisch veranderd. Je kunt je afvragen of het systeem van artikel 13, eerste lid, EGw van generieke privatieve bevoegdheidsoverdracht zich wel verdraagt met het systeem van de Nederlandse Grondwet.⁸⁶ Weliswaar voorziet artikel 92 van de Nederlandse Grondwet in een bevoegdheid om aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak op te dragen, maar je kunt je afvragen of we hier eigenlijk nog wel te maken hebben met overdracht van bevoegdheid aan een werkelijk volkenrechtelijke orga-

⁸⁶ Zie ook W. Voermans, *Wetgevingsprocessen onder de Europese grondwet*, Regelm. Maat 2003, blz. 225-235.

nisatie. Is de Europese Unie inmiddels al niet veel meer dan dat? Nu is dat misschien een wat gezochte interpretatie, maar werkelijk problematisch is volgens mij het tweede lid van artikel 13 EGw. Daar gaat de exclusieve bevoegdheidstoekenning nog veel verder. Op grond van een gewone wetgevingshandeling, of de inschatting dat het sluiten van een verdrag door de Unie noodzakelijk is, kan de Unie exclusief bevoegd worden gemaakt om internationale overeenkomsten te sluiten. En als zo'n verdrag door de Unie gesloten is, hebben de lidstaten geen bevoegdheid meer om zelf op dat terrein op te treden. Nederland kan zo op betrekkelijk willekeurige terreinen (zelfs andere dan de gebieden van artikel 13 EGw) permanent zijn bevoegdheid om verdragen te sluiten of nationaal op te treden kwijtraken. Immers, – bij meerderheidsbesluit aangenomen – Europese wetten, Europese kaderwetten of andere besluiten kunnen voortaan gaan bepalen dat de Unie exclusief bevoegd is om internationale overeenkomsten te sluiten op een bepaald terrein. Al lijkt het op het eerste gezicht dat dit voorschrift slechts de bestaande jurisprudentie codificeert,⁸⁷ toch kan deze bepaling in het nieuwe stelsel van de EGw mogelijk verderrijkende gevolgen hebben. Ik heb al eens eerder het volgende, mogelijke gevolg genoemd. Stel dat de coördinatie van de Europese luchtvaart een communautaire regeling noodzakelijk maakt ten behoeve van de afstemming van vliegbewegingen, dan is het niet uitgesloten dat Nederland de eigen tractaatbevoegdheid over landingsrechten of toestemming tot gebruik van het Nederlands luchtruim bijvoorbeeld per Europese wet verliest aan de Unie. De soevereine bevoegdheid van Nederland om verdragen te sluiten (artikel 90 Gw e.v.) kan hier via de achterdeur wegsijpelen door de werking van artikel 13, tweede lid, EGw. De huidige grondwettelijke arrangementen om van de Nederlandse Grondwet afwijkende verdragen goed te keuren,⁸⁸ kunnen het lek dat zo onder artikel 13, tweede lid, EGw kan ontstaan niet dichten.

2.4 Rechtstreekse communautaire bevoegdheidstoekenning?

Dat gemeenschapsrecht een bron van rechtstreeks werkende rechten en verplichtingen voor burgers en instellingen binnen lidstaten kan vormen, staat wel vast. Over de vraag of het gemeenschapsrecht ook rechtstreeks bevoegdheden toe kan kennen aan instellingen binnen de lidstaten, zonder dat de centrale overheid of de wetgever op het niveau van de centrale overheid er aan te pas komt, kan verschillend worden gedacht. Zelf denk ik dat er noch in theorie, noch in praktijk grote bezwaren bestaan tegen rechtstreekse toekenning van bevoegdheidsnormen in bepalingen van gemeenschapsrecht aan instellingen

⁸⁷ Met name de jurisprudentielijn sinds HvJEG 31 maart 1971, 22/70, Jur. 1971, 263 (AETR).

⁸⁸ Artikel 91, derde lid, Grondwet jo. artikel 92 Grondwet.

binnen de lidstaten.⁸⁹ Anderen denken daar, met een beroep op het beginsel van de institutionele autonomie en soms ook de nationale werking van het legaliteitsbeginsel, anders over.⁹⁰ De vraag is wat de toekomst op dit punt brengt. Er doen zich op het ogenblik twee ontwikkelingen voor die wellicht een tendens vormen. De eerste: er ontstaan steeds meer Europawijde centrale en decentrale Europese agentschappen (denk aan mededingingsautoriteiten, autoriteiten financiële markten, telecommunicatieautoriteiten en 'regelgevende' autoriteiten in de energiesector, etc.). Sommige van die agentschappen – zo ziet het er naar uit – zullen als waarlijk communautaire bestuursorganen rechtstreeks bevoegdheid uit gaan oefenen met gevolgen die ook burgers en instellingen in de lidstaten kunnen raken.⁹¹ Een tweede ontwikkeling is de rechtstreekse attributie van bestuursbevoegdheid aan nationale autoriteiten.⁹² Dat komt nog niet veel, maar wel frequenter voor en het valt te verwachten dat die rechtstreekse

⁸⁹ Zie W. Voermans, Toedeling van bevoegdheid, oratie Universiteit Leiden, Den Haag 2003, m.n. blz. 28 e.v.

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld Lauwaars die zich in 1991 in een noot onder het Factortame-arrest op het standpunt stelt dat de rechtstreekse werking van communautaire wetgeving als zodanig nationaalrechtelijk nog geen bevoegdheid creëert. R.H. Lauwaars, noot bij HvJEG C-213/89 van 19 juni 1990 (The Queen vs. Secretary of State for transport, ex parte Factortame and Others) SEW 7/8, 1991, blz. 480. Zie voor latere vertolkers o.a. I.C. van der Vlies, R.J.G.M. Widdershoven, De betekenis van de Nederlandse Grondwet binnen de Europese rechtsorde, preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 1998, blz. 30-31.

⁹¹ Bijvoorbeeld het Comité van Europese effectenregelgevers (CEER, of Engelstalig CESR) dat werd ingesteld ter uitvoering van het Plan van actie voor financiële diensten van de Commissie uit 1999. De doelstelling van het plan en het Comité is onder meer harmonisering en eenwording van de Europese financiële markten in 2005. Het CEER is een onafhankelijk adviesorgaan bestaande uit vertegenwoordigers van de nationale overheidsinstanties die in de lidstaten bevoegd zijn op het gebied van effecten. Aan het CEER zullen – zo is de bedoeling – op termijn zelf uitvoeringsbevoegdheden worden toegekend. Zie het instellingsbesluit Besluit 2001/527/EG van 6 juni 2001, PbEG 2001 L 191 van blz. 43.

⁹² Zie bijvoorbeeld Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, PbEG 1992, C 325 en Verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EEG) nr. 1408/71 betreffende de toepassing van de sociale- zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, eveneens PbEG 1992, C 325 die de Sociale Verzekeringsraad rechtstreeks een bevoegd toekennen. Zie voor een recenter voorbeeld artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag PbEG 2003, L 1, blz. 1-5, die de Nma rechtstreeks bevoegd maakt.

attributies vanwege de groei van die Europese agenschappen nog vaker voor gaan komen.

Nu zou men vol kunnen houden dat het bij deze ontwikkelingen slechts om min of meer toevallige incidenten gaat. Dat is echter niet zo. De voortschrijdende ontwikkeling van Europawijde agenschappen met een eigen positie en eigen bevoegdheden is het gevolg van een welbewuste beleidslijn die is ingezet vanaf het Witboek Europese Governance⁹³ uit 2001. Daarin wordt vastgesteld dat door een tekort aan gecoördineerde uitvoering van EG-regels er nogal eens ongewenste divergenties tussen de lidstaten ontstaan. De Commissie beveelt als remedie daarvoor de oprichting van nieuwe autonome Europese bestuursorganen – ‘regelgevende’ organen geheten – aan, die op duidelijk afgebakende gebieden communautaire regels toe kunnen passen en ten uitvoer kunnen leggen.⁹⁴

Het bovenstaande geldt overigens louter voor de rechtstreekse toekenning van bestuursbevoegdheid. Rechtstreekse communautaire toekenning van (bijvoorbeeld gedelegeerde) regelgevende bevoegdheid aan autoriteiten in de lidstaten komt nog niet voor, al zou de misleidende benaming van een aantal ‘regelgevende’ autoriteiten anders doen vermoeden.⁹⁵ Ikzelf zie overigens geen overwegende praktische of theoretische bezwaren tegen een rechtstreekse communautaire toekenning van regelgevende bevoegdheid aan autoriteiten binnen lidstaten. Vanuit het perspectief van een geïntegreerde rechtsorde is daar weinig op tegen: de communautaire wetgever is democratisch gelegitimeerd, en in feite gebeurt het nu ook al. EG-richtlijnen – zo zou men kunnen stellen – kennen in voorkomend geval de Nederlandse regering, Staten-Generaal of ministers op dit moment de gebonden bevoegdheid toe uitwerking te geven aan in communautair verband vastgestelde normen. Dogmatisch is het verschil met delegatie van regelgevende bevoegdheid – zoals we dat in Nederland kennen – groot, maar inhoudelijk bestaan er wel grote overeenkomsten met deze vormen van bevoegdheidstoekenning in richtlijnen. Niet valt in te zien waarom een

⁹³ Europese Commissie, Een Witboek voor Europese Governance, 25 juli 2001, COM (2001) 428 def.

⁹⁴ Zie W. Voermans, Nieuwe wetgevingsprocedures en regelingsinstrumenten voor de EU?, RegelMaat 2001, blz. 204-215.

⁹⁵ In richtlijnen op het terrein van het communautaire post- en telecommunicatierecht en energierecht (gas en elektriciteit) wordt aan lidstaten opgedragen nationale ‘regelgevende’ instanties in het leven te roepen. Regelgevende bevoegdheden hebben die clubs niet. In de meeste gevallen hebben ze louter bestuursbevoegdheden. Zie o.a. Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG - Verklaringen met betrekking tot ontmantelings- en afvalbeheeractiviteiten, PbEG 15 juli 2003, L 176, blz. 37-56 en Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), PbEG 24 april 2002, L 108, blz. 7-20.

dergelijke vorm van bevoegdheidstoekenning aan een andere autoriteit dan de centrale overheid ineens op onoverkomelijke bezwaren zou stuiten.

Wat we er verder ook van vinden, rechtstreekse bevoegdheidstoekenning op basis van het gemeenschapsrecht past in de lijn van de steeds verdergaande communautarisering van ons Nederlandse recht. Die communautarisering is ook van belang voor de Nederlandse wetgever: die krijgt daardoor steeds minder manoeuvreerruimte.

2.5 Eisen aan Nederlandse wetgevingsprocessen

Ik sta hier slechts heel in het kort stil bij de wijze waarop het gemeenschapsrecht invloed heeft op Nederlandse wetgevingsprocessen. Ten eerste is er natuurlijk invloed op Nederlandse wetgevingsprocessen in de gevallen waarin Nederland uitvoering⁹⁶ moet geven aan gemeenschapsrecht bijvoorbeeld via omzetting van EG-richtlijnen of inkadering⁹⁷ van verordeningen. Die dimensie komt verderop in paragraaf 3.2 van dit preadvies kort aan de orde. Verder worden Nederlandse wetgevingsprocessen beïnvloed door de aanwezigheid van informatieverplichtingen. Informatieverplichtingen, meestal *notificatieverplichtingen* genoemd, strekken ertoe de Commissie te informeren over door de lidstaten voorgenomen wetgeving. Het motief van notificatie is meestal harmonisatie: eenmaal op de hoogte van voorgenomen regelgeving (en de verschillen daartussen) kan de Commissie actie ondernemen. Notificatieverplichtingen zijn onder te verdelen in specifieke notificatieplichten (deze verplichten bijvoorbeeld slechts voorgenomen regelgeving ter uitvoering van een specifiek EG-besluit⁹⁸ – of daarmee samenhangende regelingen of maatregelen – te notificeren bij de Commissie) en algemene notificatieplichten die een brede strekking hebben en lidstaten verplichten voorgenomen regelgeving op een bepaald terrein – al dan niet ter uitvoering van een EG-besluit – ter kennis te brengen van de Commissie. Dat is het geval bij Richtlijn 98/34/EG betreffende een infor-

⁹⁶ Hier verstaan als het treffen van voorzieningen die ertoe strekken dat de daadwerkelijke effectuering van het gemeenschapsrecht in een lidstaat mogelijk wordt. Dat is alles wat na de omzetting van een richtlijn of ter doorwerking van verordeningen, beschikkingen en het primaire verdragsrecht kan en moet worden ondernomen.

⁹⁷ Dat zijn de maatregelen die er toe strekken de doorwerking van verordeningen in de nationale lidstaten te verwezenlijken. Denk aan het aanwijzen van uitvoeringsinstaties of het treffen van handhavingsmaatregelen, maar ook het treffen van feitelijke maatregelen. Zie J.W. van der Gronden, *Handhaving van EG-milieurichtlijnen door Nederlandse decentrale overheden*, Milieu en recht 1996, blz. 96 en 100; Hessel en Mortelmans, a.w. 1997, blz. 125-126.

⁹⁸ In het kader van de omzetting kennen we voor de voorgenomen en voltooide omzettingsmaatregelen eigenlijk drie notificatievarianten, te weten voorlegging van de voorgenomen maatregel ter informatie, ter advies of ter goedkeuring. Zie P. Eijlander en W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag 2000, blz. 303-305.

matieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften⁹⁹ Deze richtlijn verplicht heel in het algemeen om voorgenomen Nederlandse regelingen waarin eisen worden gesteld aan producten of informatiedienst te melden bij de Commissie. Deze melding schort de inwerkingtreding van het gemelde nationale voorschrift drie maanden – met mogelijkheid van verlenging – op (stand still-periode). Tijdens die periode kunnen de EG-Commissie en andere lidstaten opmerkingen indienen of wijzigingen voorstellen waarmee zoveel mogelijk rekening moet worden gehouden door de betrokken notificerende lidstaat. Notificatie van een technisch voorschrift in de zin van de richtlijn is een constitutief vereiste: een nationale bepaling kan niet rechtsgeldig in werking treden zonder notificatie. Bij de regievoering ten aanzien van Nederlandse wetgevingsprocessen dient dus rekening te worden gehouden met een notificatieperiode.

2.6 Nieuwe Europese wetgevingsinstrumenten

Het huidige EG-Verdrag kent de communautaire instellingen slechts een beperkt regelingsarsenaal toe voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften.¹⁰⁰ In het huidige Verdrag is de mogelijke inzet van een regelingsinstrument strikt gebonden aan de bepaling die de bevoegdheid tot het voorgenomen optreden geeft. De bevoegdheidsgrondslag schrijft daarbij ook vaak de toepasselijke besluitvormingsprocedure voor. In toenemende mate is dit systeem van wisselende bevoegdheidsgrondslagen in staat geweest om aan de uitdagingen van het uitdijen van de regelingsarena (o.i.v. de tweede en derde pijler) en de toegenomen regelingsbehoefte tegemoet te komen. De Commissie-Lamfalussy¹⁰¹ concludeert in 2001 zelfs dat de huidige communautaire wetgevingsprocessen op het terrein van de Europese effectenmarktregulering niet werken. Volgens het rapport is het huidige systeem van wetgeving te traag en te star. Het heeft tot gevolg dat (te) veel vage en ambigue regels worden vastgesteld en dat er nauwelijks onderscheid bestaat tussen duurzame basiswetgeving en essentiële beginselen enerzijds en uitvoeringsregels anderzijds. Ook het Europees Parlement¹⁰² en de Europese Commissie¹⁰³ delen deze analyse uit het

⁹⁹ PbEG 1998, L 204/37. Deze richtlijn is ook van toepassing op diensten in de informatiemaatschappij.

¹⁰⁰ Artikel 249 van het EG-Verdrag noemt slechts de verordeningen en de richtlijnen als de 'verbindende' besluiten. Een echt materieel wetsbegrip kennen we op dit ogenblik niet in het gemeenschapsrecht.

¹⁰¹ Final Report of the Committee of Wise Men (Lamfalussy Report) on the Regulation of European Securities Markets, Brussels, 15 February 2001.

¹⁰² Zie de Resolutie over het besluitvormingsproces in de Raad in een uitgebreide Unie, PbEG 1999 C150, blz. 353.

¹⁰³ Het Witboek Europese Governance uit 2001 stelt, als remedies, voor een onderscheid aan te leggen tussen basis- of kaderwetgeving en uitvoeringswetgeving en een daaraan conforme procedure van vaststelling. Daarnaast wordt het gebruik van alterna-

commissierapport. Het Parlement vreest zelfs voor een toenemende verlamming van het huidige besluitvormingsstelsel van de Unie tengevolge van de uitbreiding van de monetaire en politieke bevoegdheden van de Unie en de aanstaande toetreding van nieuwe lidstaten. De Europese grondwet tracht deze problematiek op te lossen door de introductie van nieuwe wetgevingsinstrumenten.

EGw

Ik ga hier slechts kort in op de nieuwe wetgevingsinstrumenten die de nieuwe EGw introduceert. Jorna's preadvies diept het onderwerp verder uit. De EGw bevat ten opzichte van het EU- en EG-Verdrag minder rechtsinstrumenten waarmee de instellingen van de Unie eenzijdig bindende besluiten aan lidstaten en burgers op kunnen leggen. Artikel I-33 verdeelt de rechtsinstrumenten in wetgevingshandelingen (Europese wet en Europese kaderwet) en niet-wetgevende handelingen (de Europese verordening, het Europese besluit, de aanbeveling en het advies). Inhoudelijk lijkt er, buiten de andere benaming, ten opzichte van de oude rechtsinstrumenten uit artikel 249 EG-Verdrag niet zo heel veel te veranderen. Schijn bedriegt hier echter. Er wordt een nieuw systeem van wetgevende en niet-wetgevende handelingen geïntroduceerd, Raad en Parlement gelden voortaan als de EG-wetgever, er ontstaat een werkelijke normenhierarchie, kortom, er wordt een nieuwe Europese wetgever geboren.¹⁰⁴

Een belangwekkende verandering is de mogelijkheid tot delegatie van regelgevende bevoegdheid in Europese wetten en kaderwetten. Delegatie van uitvoeringsbevoegdheid wordt nu nog beheerst door artikel 202 EG-Verdrag en het daarop gebaseerde stelsel van comitologie. De oude praktijk van delegatie volgens de comitologieprocedure,¹⁰⁵ die inhoudt dat de Commissie zich door lidstatelijke vertegenwoordigers laat adviseren over de inhoud van uitvoeringsregels die zij in delegatie stelt, wordt in de EGw verdeeld over twee artikelen: artikel I-36 en I-37 EGw.

Artikel 36 EGw staat toe dat een Europese wet, of een Europese kaderwet de regeling niet wezenlijke onderdelen¹⁰⁶ overdraagt aan de Commissie. Die kan op basis van die bevoegdheid gedelegeerde Europese verordeningen vaststellen. Daar zullen dan geen echte comités, zoals we die uit de huidige comitolo-

tieve regelingsinstrumenten (en combinaties daarvan) voorgesteld, een 'open' wetgevingsagenda van de Commissie, de versnelling van de co-decisieprocedure en het opzetten van autonome communautaire bestuursorganen die zorg dragen voor de uitvoering van bepaalde communautaire regelingen.

¹⁰⁴ Zie W.T. Eijsbouts, *De dageraad van een wetgever*, RegelMaat 2003, blz. 207-223.

¹⁰⁵ Die wordt beheerst door het Besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden, PbEG 1999, L 184 (comitologiebesluit).

¹⁰⁶ Ik heb dat eerder eens het communautaire primaat van de wetgever genoemd. Zie W.J.M. Voermans, *Wetgevingsprocessen onder de Europese grondwet*, RegelMaat 2003, blz. 231.

gieprocedures kennen, meer aan te pas komen, althans, naar het zich laat aanzien.

Artikel I-36, tweede lid, geeft de bevoegdheid om bij een delegatie in Europese wet of kaderwet delegatievoorwaarden op te nemen die de Raad en het Parlement de bevoegdheid geven een delegatie in te trekken (als bijvoorbeeld het ontwerp gedelegeerde verordening hen niet aanstaat) of de inwerkingtreding van zo'n verordening afhankelijk te maken van goedkeuring van de Raad of het Parlement.¹⁰⁷

Omdat een Europese wet of kaderwet ten opzichte van de gedelegeerde verordening het hoofdbesluit is zal er tussen hoofdbesluit en gedelegeerde verordening ook een – nu nog niet bestaande – materiële normenhiërarchie ontstaan: een gedelegeerde verordening mag natuurlijk niet in strijd komen met de Europese wet of kaderwet waarop ze is gebaseerd.¹⁰⁸

In artikel 37 EGw is eveneens – voor wie het er in lezen wil – een onderdeel uit de oude comitologie terug te vinden in de vorm van de uitvoeringshandeling. Uitvoering van juridisch bindende handelingen van de Unie is in beginsel een zaak van de lidstaten, volgens artikel 37, eerste lid, EGw. Het tweede lid bepaalt dat indien het nodig is, juridisch bindende handelingen van de Unie volgens eenvormige voorwaarden worden uitgevoerd, bij die handelingen uitvoeringsbevoegdheden aan de Commissie, of in een enkel geval aan de Raad, kunnen worden toegekend. Wat is dit nu voor een soort bevoegdheid? Die vraag is in de literatuur al kort aan de orde geweest. Volgens Eijsbouts herleeft in artikel 37, tweede en derde lid, de oude comitologiepraktijk die in het EG-Verdrag op basis van artikel 202 is gegroeid.¹⁰⁹ Hij leidt dat met name af uit het derde lid van het artikel waarin hij de codificatie van het huidige lidstatelijke toezicht op de vaststelling van uitvoeringsregels door de Commissie leest. De letterlijke tekst lijkt inderdaad de gehele huidige comitologiepraktijk te omvatten, maar er is misschien toch meer aan de hand. Artikelen 36 en 37 EGw moeten, zoals ook Eijsbouts zegt,¹¹⁰ in relatie met elkaar gelezen worden. In beide gevallen bestaat de mogelijkheid om aan de Commissie de bevoegdheid tot nadere regelgeving toe te kennen. In het geval van artikel 36 is er sprake van de mogelijkheid van 'grote' delegatie, die via Europese wet en kaderwet onder auspiciën van de Raad en het Parlement kan worden gebracht om zo alsnog enige inhoudelijke politieke controle achteraf uit te kunnen oefenen. De mogelijkheid die artikel 37, tweede lid, biedt lijkt meer op 'technische' delegatie, ter wille van de uitvoering van juridisch bindende handelingen *via eenvormige voorwaarden*. De inhoud van de nadere regels kan weliswaar even belangrijk zijn als bij de

¹⁰⁷ Deze vormen van bewaking zouden we in Nederland 'voorhangen' noemen.

¹⁰⁸ Gedelegeerde verordeningen zijn bovendien geen wetgevingshandelingen in de zin van de EGw.

¹⁰⁹ Eijsbouts, a.w. 2003, blz. 211.

¹¹⁰ Zie Eijsbouts, t.a.blz.

‘grote’ delegatie,¹¹¹ maar omdat het om uitvoering in het kader van de lidstatelijke implementatie gaat, ligt het meer voor de hand om het toezicht op de vaststelling van die nadere regels onder lidstatelijke supervisie te brengen. De huidige comitologieprocedure – op basis van het Comitologiebesluit 1999 – legt dat onderscheid nog niet aan. De oude procedure wordt in de EGW dan ook verspreid over twee artikelen (artikelen 36 en 37 EGW) met twee verschillende soorten te delegeren bevoegdheid (gewone of uitvoeringsbevoegdheid via eenvormige voorwaarden) en twee verschillende toezichtsmechanismen (voorhangcontrole via de Raad of het Europees Parlement of lidstatelijke controle via de comités).

Overigens belet niets de Commissie zich – al dan niet op instigatie van de Raad – ook in het geval van artikel I-36 EGW te doen bijstaan door aloude advies-, beheers- of regelingscomités. Erg waarschijnlijk is dat niet als je bedenkt dat de delegatiemogelijkheden juist zijn geïntroduceerd om het proces van nadere regelgeving te vereenvoudigen en te bespoedigen.

Het tweede lid van artikel 37 EGW lijkt met zoveel woorden de mogelijkheid tot de zogenaamde Lamfalussy-methode of -procedure in de Europese grondwet te introduceren. De bewoordingen van dat tweede lid lijken namelijk zó te zijn weggelopen uit het rapport van die Commissie. Die Lamfalussy-methode houdt kortgezegd in dat de Europese Commissie zich bij het vaststellen van uniforme implementatiestandaarden (i.e. eenvormige uitvoeringsvoorwaarden) zou kunnen laten adviseren door deskundigen of gespecialiseerde comités die niet noodzakelijk hoeven te bestaan uit lidstatelijke vertegenwoordigers.^{112 113}

Het Italiaanse voorzitterschap dacht daar in 2003 anders over. In de voorgestelde verklaring voor de slotakte betreffende artikel I-35 EGW (nu artikel 36 in de CIG 87/04-versie)¹¹⁴ wordt de Lamfalussy-procedure nadrukkelijk onder artikel 35 (nu dus 36) EGW gebracht. Dat is vreemd omdat de methode in de voorstellen van de Lamfalussy-Commissie oorspronkelijk bedoelde het proces van eenvormige uitvoeringsvoorwaarden te vereenvoudigen (artikel 37 EGW-aangelegenheden dus). De verhuizing naar artikel I-36 EGW zou als voordeel kunnen hebben dat daarmee de vaststelling van uitvoeringsregelingen op het

¹¹¹ In Nederland ook wel ‘hogere regelgeving’ genoemd. Zie het kabinetsstandpunt Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie, Kamerstukken II 2000/2001, 27475, nr. 2, blz. 31.

¹¹² Artikel 36, derde lid, EGW houdt namelijk niet in dat er per se en altijd lidstatelijk toezicht is. Het derde lid zegt slechts dat regels en beginselen worden vastgesteld over de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de bevoegdheden door de Commissie controleren.

¹¹³ De bedoeling is dat dit gaat gebeuren op het terrein van de Financial Securities Market, door het Committee of European Securities Regulators (CESR).

¹¹⁴ De verklaring luidt: ‘De *Conferentie* neemt nota van het voornemen van de Commissie om, zoals zij tot op heden voortdurend heeft gedaan, de deskundigen van de lidstaten te raadplegen bij de voorbereiding van haar voorstellen voor gedelegeerde verordeningen op het gebied van financiële diensten.’

gebied van de financiële diensten mogelijk uit de klauwen van de comités wordt gered.

3. Nederland als medebewindswetgever

Nederland is, als het om Europese wetgeving gaat, in dubbele zin medewetgever: als medebeslisser en als *wetgevende* uitvoerder. Vooral ons eigen aandeel bij de beslissing over de inhoud van Europese regelgeving lijkt wel eens te worden vergeten. Wetgevend succes wordt meestal toegeschreven aan de eigen nationale wetgever, wetgevend falen aan 'Brussel', althans als we het Witboek Europese governance uit 2001 mogen geloven. Daarin worden de lidstaten ervan beticht dubbelspel te spelen door hun eigen burgers niet altijd de goede informatie geven over het doen en laten van de Unie en over hun eigen rol in de besluitvorming binnen die Unie.¹¹⁵ De lidstaten wijzen, zo oordeelt het Witboek, te gemakkelijk met een beschuldigende vinger naar 'Brussel' als moeilijke besluiten zijn genomen waarmee ze zelf hebben ingestemd of zelfs om hebben gevraagd.¹¹⁶

De vraag of deze wat bittere inschatting klopt, laat ik verder terzijde. In deze paragraaf zal ik me vooral concentreren op de dimensies van medewetgeving en uitvoering van EG-wetgeving en de ontwikkelingen die daarbij een rol spelen.

3.1 Het Nederlandse aandeel in wetgevingsprocessen

Nederland is als lidstaat betrokken bij de totstandkoming van Europese wetgeving. Die betrokkenheid loopt over verschillende schijven. In een enkel geval is Nederland, al dan niet als inspirator, aanwezig bij de conceptie van een commissievoorstel doordat een Nederlandse expert een inbreng heeft in de expertwerkgroepen die de Commissie organiseert om te broeden op een mogelijk voorstel. Formeel wordt een commissievoorstel voor een richtlijn of verordening geboren op het moment dat het wordt gepubliceerd en toegezonden aan de Raad en (tegenwoordig ook bijna altijd)¹¹⁷ het Europees Parlement. Via de Permanente vertegenwoordiging wordt het voorstel naar de Werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC) gestuurd. Deze interdepartementale commissie bekijkt het voorstel en probeert te bepalen wat de consequenties van de richtlijn of verordening voor de Nederlandse rechtsorde zijn, welke financiële consequenties een voorgestelde EG-regeling met zich meebrengt en of coördinatie – ten aanzien van het door de regering in EG-verband in te ne-

¹¹⁵ Zie het Witboek, blz. 7.

¹¹⁶ Witboek Europese governance 2001, blz. 5.

¹¹⁷ De co-decisieprocedure of medebeslisingsprocedure van artikel 251 EG-Verdrag geldt – na het Verdrag van Amsterdam – voor heel veel communautaire beleidsterreinen.

men standpunt – tussen de verschillende betrokken ministeries nodig is.¹¹⁸ Aan zo'n eerstverantwoordelijk ministerie wordt door de werkgroep BNC het verzoek tot het invullen van een zogenoemde *fiche* gericht.¹¹⁹ In zo'n *fiche* wordt een Nederlandse analyse van het voorstel gegeven door een departement en wordt tegelijkertijd een voorstel gedaan voor het door Nederland in te nemen standpunt gedurende de onderhandelingen over het voorstel en de voorziene wijze van implementatie van het voorstel als het wordt vastgesteld.¹²⁰ Het is de bedoeling dat via die BNC-fiches het Nederlandse parlement op de hoogte wordt gehouden van aanhangige Europese wetgeving. Tot dat doel zendt de Werkgroep BNC bij monde van de staatssecretaris van Buitenlandse Zaken de Tweede Kamer periodiek gegenereerde overzichten *fiches*.¹²¹ De gedachte hierachter is dat op basis van die *fiches* een discussie plaatsvindt tussen regering en parlement over de Nederlandse inzet in de Raadsbesprekingen zodat op basis van een met het parlement afgestemde instructie in Brussel wordt onderhandeld. Zo heeft het Nederlandse parlement invloed op de totstandkoming en inhoud van EG-wetgeving.

3.1.a De rol van het Nederlandse parlement

Die *fiche*procedure lijkt echter niet altijd even goed te werken.¹²² Daar zijn verschillende oorzaken voor aan te wijzen. Ten eerste zijn de overleg- en onderhandelingscircuits in Nederland en Brussel van elkaar gescheiden en nauwelijks op elkaar afgestemd. In Brussel wordt over commissievoorstellen eerst in Raadswerkgroepen onderhandeld door Nederlandse ambtenaren en daarna in het Comité des Représentants Permanents (Coreper) op het niveau van diplo-

¹¹⁸ Indien nodig kan de Werkgroep BNC kwesties betreffende de coördinatie van het door Nederland in te nemen standpunt in Brussel doorspelen aan de Coördinatie Commissie voor Europese integratie en associatievraagstukken (CoCo), die fungeert als een zogenaamd 'ambtelijk voorportaal' van de ministerraad. Komt de CoCo er niet uit of gaat het om zaken die direct het algemene regeringsbeleid raken, dan zal het regeringsstandpunt (verder) worden voorbereid door de Raad voor Europese Zaken (REZ), een zogenaamde 'onderraad' van de ministerraad.

¹¹⁹ Aanwijzing 331, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹²⁰ In een *fiche* komen aan de orde het behandelingstraject van het voorstel in Brussel, de consequenties van het voorstel voor de EG-begroting, een korte inhoud en doelstelling van het voorstel, de rechtsbasis; alsmede een beoordeling op gronden van subsidiariteit, proportionaliteit en deregulering, de Nederlandse belangen bij het voorstel en de consequenties voor nationale regelgeving.

¹²¹ Te vinden onder kamerstuknummer 22 112 getiteld: 'Ontwerprichtlijnen Europese Commissie'.

¹²² Volgens Brinkhorst is het *fiches*systeem in zichzelf een goed systeem, maar zijn er een aantal omgevingsfactoren (gebrek aan interesse en capaciteit), die de werking ervan ondermijnen. Volgens hem moet het *fiches*systeem een nieuwe kans krijgen. Zie Brinkhorst, a.w. 2003, blz. 37.

matieke ambtenaren. Terugkoppeling vanuit die circuits naar het Nederlandse parlement om hernieuwd over de Nederlandse inzet en de instructie te spreken is buitengewoon lastig, zeker ook omdat de (prioriterings)klok in Nederland en Brussel verschillend tikt. Het heen-en-weren tussen het Nederlandse parlement en de verantwoordelijke minister over de tussenstand van de onderhandelingen is buitengewoon tijdrovend en ook lastig.¹²³ Liever laten bewindslieden het dan ook aankomen op een overleg met de Tweede Kamer over de agenda van een Raadsvergadering die aanstaande is, maar dan is de teerling meestal al wel geworpen. Op het moment dat een voorstel verschijnt op de raadsagenda zijn de onderhandelingen veelal al afgelopen. Buiten enkele principiële kwesties worden eigenlijk alleen uitonderhandelde hamerstukken op die agenda's toegelaten. Nationale parlementaire inbreng is ook moeilijk omdat de Brusselse processen anders opschakelen dan de Nederlandse. Het is buitengewoon lastig om de tussenstanden van dit proces te volgen en bij te houden welke wijzigingen voorstellen voor EG-besluiten gedurende dat proces ondergaan. Het volgen van die Europese tussenstanden wordt alleen nog maar moeilijker door de vaak substantiële inbreng (via amendementen) die het Europese parlement in co-decisieprocedures heeft.

Stelselmatige aandacht voor de standpuntbepaling en implementatie van een richtlijn of verordening levert een Nederlandse parlementariër ook weinig op. Het gaat om taaie en ingewikkelde materie, waar de achterban meestal weinig mee heeft.¹²⁴ Indien een Tweede Kamerlid toch veel investeert in het volgen van commissievoorstellen dan is er meestal weinig politiek rendement. Ten eerste komt de parlementaire inbreng bij de Nederlandse standpuntbepaling meestal te laat. Op het moment dat een fiche is geschreven, is het Nederlandse standpunt vaak al door de regering ingenomen en rest er weinig tijd (meestal geen) om nog een werkelijke Nederlandse koerswijziging te bewerk-stellingen.¹²⁵ Als de Nederlandse Tweede Kamer wel een positie inneemt dan loopt die positie het risico vrij snel te vervluchtigen in de byzantijnse dynamiek van het multilateraal onderhandelen over Europese wetgeving. Europa vergt van een Nederlandse parlementariër ook een nagenoeg onmogelijk agendabeheer, als die zijn gewone werk wil doen én zicht wil houden op de onderhandelingen

¹²³ De Denen hebben echter wel gekozen voor een systeem waarin het parlement een strikt en beperkt onderhandelingsmandaat meegeeft aan de regering. Dat systeem noodzaakt de regering tot terugkoppeling over de onderhandelingsresultaten.

¹²⁴ Zie ook Richard Corbett, Francis Jacobs en Michael Shackleton, *The European Parliament*, fourth ed. London 2000, blz. 293. In het voetspoor van David Curry bevelen zij aan hier niet al te bezorgd over te zijn: het bewustzijn terzake de Europese politiek moet zich nog zetten.

¹²⁵ Zie ook de opmerking daarover van CDA-kamerlid Van Dijk die vindt dat de regering eigenlijk op een eerder moment zijn positie ten aanzien van voorgenomen Europese wetgeving duidelijk zou moeten maken dan op het tijdstip dat de fiche afkomt. Op dat fiche-moment is het veelal te laat om nog werkelijk invloed te kunnen hebben. Zie Kamerstukken II 2003/04, 21109, nr. 119.

over een bepaald commissievoorstel. Ook loopt de termijn van de Nederlandse legislatuur niet gelijk op met die van het Europees Parlement, waardoor Brusselse dossiers electoraal in Nederland wel eens op een ongelukkig tijdstip vallen. Daarnaast besteden Nederlandse media, buiten geval van Europese schandalen en incidenten (bijvoorbeeld rondom de Securitel-affaire of het ESF-dossier), of de bevestiging van een paar diepgewortelde vooroordelen,¹²⁶ hoege-naamd geen aandacht aan de ‘kleine’ (wetgevings)dossiers van de Europese Unie. Een kamerlid dat er wel in investeert bewijst zijn politieke carrière geen grote dienst: Europa scoort niet. Dat betekent niet dat er vanuit de Tweede Kamer geen enkele aandacht voor de behandeling van commissievoorstellen is,¹²⁷ maar wel (t ) weinig en vaak t  laat.¹²⁸ En het ziet er niet naar uit dat die aandacht in de nabije toekomst groter wordt. Europa is iet erg geliefd aan het Plein.¹²⁹

3.1.b Een grotere en vooral tijdiger inbreng van het Nederlandse parlement?

De problemen die het Nederlandse parlement op dit punt ondervindt zijn geenszins uniek. Ook parlementen in andere lidstaten ervaren soms een tekort aan werkelijke inbreng bij de vaststelling van Europese wetgeving. Nu zou je je af kunnen vragen of dit subjectief ervaren gebrek aan inbreng van nationale parlementen niet een overgangsprobleem is. Op het niveau van Europa zorgt het Europees Parlement, hoe onopvallend, onbemind en onvolkomen ook, voor de democratische legitimatie van Europese wetgeving (zij het nog steeds niet op alle terreinen). Op termijn is het wellicht niet meer nodig om het democrati-

¹²⁶ In de Nova-uitzending van 28 augustus 2003 vraagt interviewster Clairy Polak aan Tineke Netelenbos waarom deze laatste toch in ’s-hemelsnaam lid van het Europees Parlement wil worden, omdat dat toch niet meer is dan een ‘praatcollege zonder macht’.

¹²⁷ Dat is ook de ervaring van Jan van Schagen bij het begeleiden van het Eurowob-dossier. Zie J.A. van Schagen, Brussel: wetgevingsparadijs voor ambtenaren? Over de totstandkoming van de Eurowob, RegelMaat 2003, blz. 214223.

¹²⁸ Ook Del Grosso constateert dat het Nederlandse parlement t  weinig, t  fragmentarisch en vaak in een té laat stadium aandacht besteedt aan Europese vraagstukken. En daar waar parlementariërs wel de mogelijkheid hebben invloed uit te oefenen op de Nederlandse inbreng in het Europese integratieproces, benutten zij die vaak niet. Zie N.Y. Del Grosso, Parlement en Europese integratie, diss. RU Groningen, Deventer 2000.

¹²⁹ D-66 Europarlementariër (fractie ELDR) vermoedt zelfs een zekere mate van animositeit tussen Haagse en Brusselse politici. Zij ervaart dat Haagse politici hun collegae in Brussel als concurrenten beschouwen. Er wordt volgens haar nauwelijks samengewerkt omdat Kamerleden het niet zien zitten dat in Brussel problemen worden aangepakt. Zie Hans Buddingh’, De Brusselse staat, NRC Handelsblad, maandag 29 maart 2004, blz. 2.

sche deficit¹³⁰ – dat onder andere wordt dicht gelopen door een daadwerkelijk aandeel van het Europees Parlement op ieder beleidsterrein – te compenseren via de inbreng van nationale parlementen. Een dubbele democratische legitimatie is in de toekomst wellicht steeds minder nodig. Daarnaast is het democratische deficit van het Europese Parlement voor een deel ook een nationaal democratisch deficit, zoals ook Tjeenk Willink schrijft in het Jaarverslag van de Raad van State van 2002.¹³¹ Dat wijst volgens hem wel in een wat andere dan de juist hiervoor bepleite richting; Europese integratie dwingt volgens hem juist tot méér bemoeienis van het Nederlandse parlement.

Die zucht om de inbreng van nationale parlementen te vergroten is de laatste jaren duidelijk waarneembaar in discussies over de toekomst en het functioneren van de Europese Unie aanwezig. Zo bevat het Verdrag van Amsterdam een protocol dat de Commissie opdraagt alle discussiedocumenten met spoed aan de parlementen van de lidstaten toe te zenden en ook wetgevingsvoorstellen zo vroegtijdig mogelijk ter beschikking te stellen aan de regering van een lidstaat opdat het tijdig ter kennis van het eigen parlement gebracht kan worden.¹³²

Een andere manier om de inbreng van het nationale parlement te vergroten is er voor te zorgen dat de permanente aandacht voor Europa in het Nederlandse parlement zelf wordt geïnstitutionaliseerd. Dat is in Nederland – naar buitenlands voorbeeld¹³³ – gebeurd door de instelling van de Vaste commissie Europese Zaken in de Tweede Kamer en de Vaste Commissie Europese Samenwerkingsorganisaties in de Eerste Kamer. Die Commissies hebben echter moeite om werkelijk zicht te houden op Europese wetgeving. Om invloed te kunnen hebben zullen ze goed geïnformeerd moeten worden tijdens het implementatie- en omzettingproces (en niet alleen over het begin en het eind zoals dat nu gebeurt) en zullen ze ook eerder dan op het moment van de fiche het standpunt van de Nederlandse regering over voorgenomen regelgeving moeten kennen.¹³⁴

¹³⁰ In zijn oorspronkelijk betekenis werd de term democratisch deficit gebruikt om de praktijk van besluitvorming door louter ministers in de Raad van de Ministers aan de kaak te stellen. Zie Corbett e.a., a.w. 200, blz. 3.

¹³¹ Zie Raad van State, Jaarverslag 2002, Den Haag, blz. 20.

¹³² Protocol betreffende de rol van de nationale parlementen in het Europese Unie, door het Verdrag van Amsterdam aangehecht aan het EU-Verdrag en de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, PbEG 1997, C 340/113).

¹³³ In een aantal lidstaten van de Europese Unie fungeren, net als in Nederland, speciale permanente commissies die zich speciaal bezighouden met Europese aangelegenheden (Denemarken, Duitsland, Italië, Verenigd Koninkrijk en Spanje). Zie K. Lenaerts en P. van Nuffel, Europees recht in hoofdlijnen, tweede druk, Antwerpen/Apeldoorn 1999, blz. 481-482.

¹³⁴ Zie o.a. de Motie van Dijk en het verslag van het Algemeen overleg van 12 december 2003, Kamerstukken II 2003/04 21109, nrs. 118 en 119.

De invloed van nationale parlementen kan ook worden versterkt door krachten te bundelen. Sinds 1989 werken de nationale parlementen binnen de Europese Unie tot dat doel samen in de organisatie COSAC (Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires). COSAC is een adviesorgaan waarin de commissies Europese Zaken van de nationale parlementen samen met enkele afgevaardigden van het Europese Parlement elkaar bijpraten en Europese aangelegenheden bespreken. Een echt krachtige en effectieve lobby is dit platform tot op dit moment nog niet.¹³⁵

Lobbyen bij het Europees Parlement staat, zo lijkt het, in Nederland niet hoog aangeschreven. De Nederlandse regering heeft alleen via de Permanente Vertegenwoordiging een bescheiden lobby bij het Europees Parlement.¹³⁶ Nederlandse Europarlementariërs hebben zelf niet de indruk dat ze intensief worden benut om de Nederlandse kant van de zaak kracht bij te zetten. Ze ervaren eerder een bepaalde terughoudendheid van Nederlandse zijde.¹³⁷

EGw

De rol van de nationale parlementen komt ook aan de orde in de Europese grondwet, zij het, en dat is wellicht veelzeggend, niet in het eigenlijke lichaam van de grondwetstekst, maar in het aangehechte Protocol betreffende de rol van de nationale parlementen.¹³⁸ Dat protocol omvat de (aangescherpte) basisnormen van het nationale-parlementen-Protocol bij het Verdrag van Amsterdam (i.e. toezending door de Commissie van alle discussiedocumenten naar de nationale parlementen en *gelijktijdig* toezenden van wetgevingsvoorstellen van de Commissie aan de Raad van Ministers, het Europees Parlement en de nationale parlementen).¹³⁹ Nieuw is de zgn. ‘gele kaart’-procedure die, indien naar het oordeel van een nationaal parlement een wetgevingsvoorstel van de Commissie niet in overeenstemming is met het subsidiariteitsbeginsel,¹⁴⁰ dat parlement de bevoegdheid geeft een met redenen omkleed advies terzake aan de voorzitter van het Europees Parlement, de Raad van Ministers en de Europese Commissie te sturen.¹⁴¹

De vraag die blijft is of deze maatregelen er in de nabije toekomst ook daadwerkelijk bij zullen dragen aan vergroting van de inbreng van het nationale

¹³⁵ Zie ook Besselink e.a., a.w. 2002, blz. 57-58.

¹³⁶ Ook zijn er relatief weinig Nederlandse ambtenaren werkzaam bij het Europees Parlement. Dat zou volgens Bot beter kunnen. Zie B.R. Bot, Behartiging van de Nederlandse belangen in Brussel, Internationale Spectator van 14 maart 2002.

¹³⁷ Zie Buddingh’, a.w. 2004, blz. 2.

¹³⁸ Eén van de 36 protocollen.

¹³⁹ Artikelen 1 en 2 van het Protocol.

¹⁴⁰ De procedure voor de toets wordt voorgeschreven door het eveneens aan de Europese grondwet gehechte Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

¹⁴¹ Zie artikel 3 van het Protocol.

parlement in de Europese wetgeving. In zijn notitie de *Toekomst van de Europese Unie* uit 2001 stelde toenmalig staatssecretaris Benschop dat die rol van nationale parlementen op dit moment van Europese integratie vanuit democratisch oogpunt nog onmisbaar is omdat: '(Het) voor een levende democratie (...) van belang (is) dat burgers zich kunnen herkennen in hun vertegenwoordigers.'¹⁴² Het Europees Parlement voldoet nog niet aan die eis, maar ook ons eigen parlement zou daar best nog een tandje bij kunnen zetten. Een van de mogelijkheden om het gewicht van de Nederlandse parlementaire inbreng te verhogen is het vervroegen ervan.¹⁴³ De regel in het Protocol die voorschrijft dat nationale parlementen tegelijkertijd met de lidstaten (via de Raad) en het Europees Parlement op de hoogte worden gesteld van wetgevingsvoorstellen kan bijdragen aan het naar voren halen van het inbrengmoment. Het Nederlandse parlement kan dan, voordat de posities zijn ingenomen, werkelijk meepraten over de koers. Aan de andere kant bestaat wel het mogelijke nadeel dat door een bepaalde een verkeerde – niet strategische – beoordeling van dergelijke commissievoorstellen door het Nederlandse parlement bij voorbaat onderhandelingsruimte kan wegvallen. De vraag is wat dan het grotere goed is.

3.1.c De rol van ambtenaren

Jan van Schagen belicht in zijn RegelMaatbijdrage 'Brussel: een paradijs voor wetgevingsambtenaren?' uit 2003 de rol die Nederlandse ambtenaren spelen bij het totstandkoming van Europese wetgeving. Zijn ervaringen met de totstandkoming van de Eurowob laten zien dat de invloed van ambtenaren groot is, al tracht hij dat wat te relativieren.

Weliswaar worden de Nederlandse inzet en de onderhandelingsinstructie meestal op hoofdlijnen bepaald door de Nederlandse politiek, maar de ambtenaren mogen het spel spelen.¹⁴⁴ Tellen we daarbij op dat het aandeel van het Nederlandse parlement bij het bepalen van de inzet klein is, dat het fichesysteem en de parlementaire informatievoorziening niet bevredigend functioneren, dat we meestal geen gesloten mandaat aan onze onderhandelaars meegeven, dan komt uit die optelsom een beeld naar voren waarin het bestuur, met name vertegenwoordigd door ambtenaren, tot op grote hoogte vrij spel heeft bij de onderhandelingen. Het parlement kan gedurende die onderhandelingen maar heel moeilijk controle uitoefenen. Dat het Europese parlement aan de andere kant ook invloed uitoefent, maakt dat probleem niet kleiner: daaraan zijn Nederlandse ambtenaren natuurlijk geen verantwoording schuldig.

¹⁴² Zie 3.2.4 Rol van de nationale parlementen in de Europese architectuur van die notitie.

¹⁴³ In de Staat van de Unie juicht de Nederlandse regering een grotere rol van de nationale parlementen toe. Kamerstukken II 2003/04, 29 201, nr. 1.

¹⁴⁴ Van Schagen, a.w. 2003, blz. 222.

3.2 Implementatie van communautaire besluiten via wetgeving

Communautaire besluiten die zich tot Nederland richten moeten worden geïmplementeerd en vaak moet dat gebeuren via Nederlandse wetgeving. De gehouwenheid daartoe en de eisen die het gemeenschapsrecht aan nationale wetgeving en wetgevingsprocessen stelt, kwamen hierboven in de paragrafen 2.2 tot en met 2.4 al aan de orde. De implementatie van gemeenschapsrecht via Nederlandse wetgeving is een vraagstuk met zeer veel verschillende aspecten, die ik hier niet allemaal behandelen kan. Het onderwerp inkadering van geldend gemeenschapsrecht, d.w.z. de vraag hoe Nederland al dan niet via wetgeving daarvoor vatbaar primair en secundair gemeenschapsrecht een plaats moet geven binnen de Nederlandse rechtsorde moet ik – op verzoek van de penningmeester van deze Vereniging – als zodanig buiten beschouwing laten. Veel vraagstukken die bij die inkadering van belang zijn, zoals het al dan niet intrekken van met gemeenschapsrecht strijdig recht, het aanwijzen van uitvoerings- en handhavingsinstanties, het fourneren van een effectieve handhaving en rechtsbescherming, e.d. zijn hiervoor al kort aan de orde geweest. Verder brengt de EGw op het terrein van de inkadering niet zoveel nieuws, zeker nu het beginsel van de gemeenschapstrouw, na wat omzwervingen, in het huidige EGw-voorstel (art. I-5 EGw) nagenoeg gelijkkluidend is aan het huidige artikel 10 EG-Verdrag.

Ik zal in dit gedeelte van mijn bijdrage met name stilstaan bij de ontwikkelingen die zich voordoen op het vlak van de omzetting van EG-richtlijnen.

3.3 Omzetting van EG-richtlijnen

Richtlijnen komen in beginsel neer, zoals Prechal dat uitdrukt, op wetgeving in twee stappen: de communautaire wetgever stelt de richtlijn vast, de nationale wetgever voert de richtlijn uit.¹⁴⁵ Dat beeld relativeert een aantal klachten die wel worden geuit over de redactionele kwaliteit van EG-richtlijnen: eigenlijk is het aan Nederland om zelf de voorzet die een richtlijn geeft in te koppen. Richtlijnen zijn niet direct verbindend in alle onderdelen, maar een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat. Nationale instanties zijn vrij om vorm en middelen te kiezen om dat resultaat te bereiken. Die vrijheid om vormen en middelen te kiezen wordt wel begrensd. Implementatievorm en -middelen moeten zodanig worden gekozen dat ze geschikt zijn om, mede gelet op het onderwerp van de richtlijn, het nuttige effect van de richtlijn volledig te kunnen realiseren.¹⁴⁶ Richtlijnen dienen dan ook, om het resultaat ervan ten volle te kunnen verzekeren, te worden omgezet in interne bepalingen met een

¹⁴⁵ Zie S. Prechal, Voorwoord, in: J.C. van Haersholte, V.P. Verkruijsen, *Uitvoering van EG-richtlijnen in Nederland 1958-1997*, Den Haag 1998.

¹⁴⁶ HvJEG 8 april 1976, Jur. 48/75 (J.N. Royer).

dwingend karakter,¹⁴⁷ die, als dat aan de orde is, ook afdwingbaar moeten zijn ten laste van particulieren. Dat betekent daarmee nog niet dat richtlijnen altijd via wetgeving moeten worden omgezet, maar in combinatie met andere eisen die het Hof tegenwoordig stelt aan de omzetting van richtlijnen die – al dan niet indirect – rechten of verplichtingen voor Europese burgers in het leven roept, blijft weinig ruimte meer over voor omzetting via zogenaamde alternatieve omzettingstechnieken zoals beleidsregels, convenanten, regeling door decentrale overheden, e.d.¹⁴⁸

3.3.a Tijdige omzetting

Richtlijnen moeten worden omgezet binnen de daaraan in de richtlijn gestelde termijn. Tijdig omzetting is van groot belang, dat spreekt bijna vanzelf. Laat een lidstaat dat na, dan heeft dat allerlei vervelende consequenties. Zo kan er een infractieprocedure door de Commissie worden gestart, kunnen daarvoor vatbare richtlijnbepalingen rechtstreeks gaan werken en kan de lidstaat door dientengevolge schadelijkende burgers of ondernemingen aansprakelijk worden gesteld voor de geleden schade. Wat evenwel niet kan is dat de Nederlandse rechter de wetgever opdraagt een richtlijn waarvan de omzettingstermijn is verstreken alsnog binnen een bepaalde termijn om te zetten.¹⁴⁹ Gebeurt het – met al dit mogelijke geweld als stok achter de deur – dan toch nog vaak dat we omzettingssachterstanden hebben? Ja.

3.3.b Omzettingssachterstanden

In Nederland lijken we een wat verwrongen beeld te hebben over onze omzettingssprestaties. We vleien onszelf met het beeld dat we goed omzetten en loyaal implementeren. Over de vermeende omzettingssproblemen van andere lidstaten wordt nogal eens geschamperd. We vinden onszelf netjes, zorgvuldig, en wellicht té euroloyaal.

Elke keer komt het dan ook weer als een bewustzijnschok dat we absoluut en vaak ook in relatieve zin ten opzichte van de andere lidstaten achterlopen bij

¹⁴⁷ Vgl. o.a. HvJEG 6 mei 1980, 102/79, Jur. 1980, blz. 1486, r.o. 11 (Commissie v. België) en HvJEG 2 december 1986, 239/85, Jur. blz. 3645 e.v.

¹⁴⁸ Over de rechtssituatie na de implementatie van een EG-richtlijn in dwingende bepalingen van nationaal recht mag geen onzekerheid bestaan. Vandaar ook dat het Hof van de implementatiemaatregelen vergt dat ze kenbaar en in overeenstemming met de eisen van de rechtszekerheid zijn. HvJEG 6 mei 1980, 102/79, Jur. 1980, blz. 1486 (Commissie v. België) HvJEG 25 mei 1982, 96/81, Jur. 1982, blz. 1804 (Commissie v. Nederland). Zie voor een overzicht van de eisen die de Hofjurisprudentie ten aanzien van de omzettingssvormen en –middelen aanlegt Eijlander en Voermans, a.w. 2000, blz. 266-285. Zie

¹⁴⁹ HR 21 maart 2003, AB 2004, 39 (Nitraatrichtlijn).

het omzetten van EG-richtlijnen. Dat was een schok eind jaren '70¹⁵⁰ en begin jaren '90 van de vorige eeuw¹⁵¹ en ook nu, twaalf jaar later, lijken we weer te schrikken van onze omzettingsachterstand.¹⁵² Waar ligt dat nu aan? Omdat we het maar steeds niet op orde krijgen en omzetten van EG-richtlijnen voortdurend geen politieke prioriteit krijgt?¹⁵³ ¹⁵⁴ Of omdat we misschien te snel schrikken en te weinig realistisch met die achterstanden omgaan?¹⁵⁵

3.3.c De kerfstok

Hoe staan we er eigenlijk op dit ogenblik voor? Op de kerfstok van de Commissie die de lidstaten vermeldt die achterlopen met het omzetten van richtlijnen bevindt Nederland zich momenteel in de middenmoot. Met 44 te laat geïmplementeerde richtlijnen per 1 januari 2004 doen we het beter dan België, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Italië en Luxemburg, maar slechter dan Denemarken, Zweden, Engeland, Oostenrijk, Finland, Spanje, Ierland en Por-

¹⁵⁰ Zie het onderzoek van H.H. Maas en C.W.J. Bentvelsen, *De tijdige uitvoering van EG-richtlijnen in Nederland*, Bestuurswetenschappen 1978, blz. 443-453.

¹⁵¹ In die jaren werden de implementatie-inspanningen ten gevolge van achterblijvende omzettingen van EG-richtlijnen met het ook op het aankomende voorzitterschap geïntensiveerd. Zie Kamerstukken II 1989/90, 21 109, nr. 22 Verslag van een openbare hoorzitting over 'Verwerking van EG-richtlijnen in het nationale recht' d.d. 3 mei 1990 en de aanpak ervan Kamerstukken II 1991/92, 22 690, nrs. 1-3 en 22 008, nrs. 4-5.

¹⁵² Na de top van Lissabon in 2002 is er een Nederlandse veegactie onder stoom en kokend water ondernomen om de omzettingsachterstanden weg te werken. Die inspanningen hebben – zo vertelt de nieuwsbrief van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) – ertoe geleid dat we inmiddels vijfde zouden staan met een achterstand van 1,8%. Zie Nieuwsbrief ICER mei 2003, nr. 14, blz. 1. De omzettingsachterstand was echter in december 2003 nog of alweer vrij groot (59 omzettingstermijnen verstreken en een achterstand van 44). Zie Kamerstukken II, 2003/04, 21109, nr. 120. De implementatieachterstand is tussen december 2003 en maart 2004 wederom opgelopen van 59 tot 65 richtlijnen. Kamerstukken II 2003/04, 21109, nr. 130.

¹⁵³ Zie Visitatiecommissie wetgeving, Regels en risico's, Den Haag 2000 en het kabinetsstandpunt Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie, Kamerstukken II 2000/2001, 27475, nrs. 1-2.

¹⁵⁴ Volgens de eigen opgave van de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken van 28 oktober 2003 is de omzettingsachterstand met name te wijten aan, het te laat beginnen met advisering, consultaties en overleg met het parlement, onvoldoende alarmerende werking van de bestaande voortgangsbewaking, te korte implementatietermijnen, beperkte capaciteit binnen de departementen en het moeten implementeren op een (te) hoog niveau (veelal de wet) van regelgeving. Zie Kamerstukken II 2003/04, 21109, nr. 117.

¹⁵⁵ Wellicht horen die achterstanden er wel gewoon bij en moeten we er mee leren leven. Zie voor deze 'Realpolitische' inschatting Drijber, a.w. 2001, blz. 30-31.

tugal.¹⁵⁶ Heel in het algemeen is de omzettingratio van richtlijnen in Europa wel verbeterd.¹⁵⁷ Van alle geldende richtlijnen is in Europa 98,87% omgezet. Nederland heeft 98,2% van de geldende richtlijnen omgezet.¹⁵⁸ Toch zeggen deze Commissiecijfers weinig. In haar onderzoek *'Surviving the deadline'* wijst Mastenbroek er op dat de cijfers die de Commissie hanteert het eigenlijk probleem van het omzettingstekort, d.w.z. de richtlijnen die niet zijn omgezet na afloop van de omzettingstermijn, verhult.¹⁵⁹ De cijfers die de Commissie hanteert laten alleen zien welk percentage van het totaal aantal geldende richtlijnen sinds 1960 (ca. 2500) is omgezet in de lidstaten. Het overzicht geeft aldus een historisch vertekende momentopname en zegt weinig over de mate waarin lidstaten er op dit ogenblik in slagen richtlijnen binnen de omzettingstermijn om te zetten en hoe zich dat beeld verhoudt tot enige jaren geleden.

In dat opzicht is Mastenbroeks onderzoek veelzeggender. In 2003 onderzocht zij hoe snel 229 richtlijnen uit de periode 1995-1998 werden omgezet in Nederland. Daaruit blijkt dat in de meeste gevallen de omzettingstermijn wordt overschreden (58%).

Mastenbroek heeft – via de methode van 'survival analysis' – gekeken naar het verband tussen wat in de literatuur wel als oorzaak voor vertragingen wordt aangedragen en de omzettingsvertragingen zelf.

Daar komt het beeld uit naar voren dat de snelheid van omzetting afhangt van veel factoren. De belangrijkste factoren die die snelheid bepalen, zijn:

de herkomst van de richtlijn. Richtlijnen die zijn vastgesteld door de Raad en het Europees Parlement samen, nemen langer om om te zetten dan de uitvoeringsrichtlijnen die door de Commissie – in een enkel geval de Raad – zijn

¹⁵⁶ Zie de monitor van de Europese Commissie over de toepassing en handhaving van communautair recht (Application of Community Law).

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_en.htm (bezocht op 12 januari 2004).

¹⁵⁷ Eind 1982 waren 640 richtlijnen van kracht met een gemiddeld omzettingpercentage van 89,58%. Twintig jaar later waren 2240 richtlijnen van kracht met een gemiddeld omzettingpercentage van 98,87%. Zie 20ste Jaarlijkse verslag van de Commissie over de controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht (2002), Com(2003) 669.

¹⁵⁸ Als we de ICER moeten geloven. Nieuwsbrief ICER mei 2003, nr. 14, blz. 1. De absolute getallen laten zien dat de omzettingssachterstand de afgelopen twee jaar snel oploopt. Eind juni 2003 is er in 50 gevallen sprake van het in gebreke blijven (i.e. te late omzetting) en zijn er 35 gevallen waarin de Commissie een inbreukprocedure is opgestart. Eind vierde kwartaal 2002 waren er nog maar 37 gevallen van in gebreke blijven en 19 procedures, wat einde eerste kwartaal 2003 opliep naar 42 gevallen ingebreke en 28 procedures. Inmiddels waren we per 1 januari 2004 weer terug op 44 tardieve dossiers, maar dat is inmiddels, als we de laatste cijfers mogen geloven, weer opgelopen van 69 tot 65 in februari 2004. Zie Kamerstukken II 2003/04, 21109, nrs. 117, 120 en 130.

¹⁵⁹ Ellen Mastenbroek, *Surviving the deadline*, European Union Politics, december 2003, blz. 371- 395.

vastgesteld. De reden zal niet verbazen. In richtlijnen die door de Raad en het Parlement vastgesteld worden zullen veel vaker ingewikkelde – soms tot vaagheid aanleiding gevende – compromissen moeten worden gesloten, die het omzetten lastiger maken. Dergelijke richtlijnen zijn politiek vaak veel gevoeliger dan de uitvoeringsrichtlijnen die de Commissie via comitologie of in een enkel geval de Raad zelf mogen vaststellen. Mastenbroeks onderzoek laat zien dat deze herkomst een significant omzettingsvertragende factor is.

Het niveau van de Nederlandse regelgeving waarmee de richtlijn wordt omgezet. Omzettingen van richtlijnen in wetten in formele nemen iets langer dan omzettingen via algemene maatregelen van bestuur, en omzettingen via algemene maatregelen van bestuur duren weer langer dan de weg via ministeriële regelingen of alternatieve omzettingsinstrumenten, zoals pbo-verordeningen, circulaire of beleidsregels. Wat in Mastenbroeks analyse wel opvalt is dat het tijdsbeslag van omzetting via algemene maatregel van bestuur en omzetting via een wet in formele zin uiteindelijk weinig verschilt. Implementeren gaat vooral substantieel sneller als een richtlijn via een ministeriële regeling, pbo-verordening of (indien mogelijk) beleidsregel wordt omgezet.¹⁶⁰

De bij de omzetting betrokken departementen. Hier zijn twee factoren van belang.

Ten eerste is de departementale ervaring een factor. Ministeries die veel ervaring hebben met omzetting van richtlijnen (zoals de ministeries van V&W en LNV) hebben minder moeite met de tijdige omzetting dan relatief onervaren departementen.

Interdepartementale samenwerking werkt, ingeval meer dan twee ministeries zijn betrokken én een relatief uitgebreide richtlijn aan de orde is, vertragend bij de omzetting. Anders niet.

Aansluiting bij Nederlandse regelingen. Sluiten de regels in richtlijnen aan bij (de systematiek van) reeds bestaande Nederlandse dan verloopt de omzetting sneller.

Politieke onwil. Dit is een factor die in de literatuur eigenlijk nauwelijks als omzettingsvertragende factor aan de orde is gesteld.¹⁶¹ Sommige impopulaire richtlijnen blijken actief te worden opgehouden door de Nederlandse overheid.¹⁶²

Het onderzoek logenstraft ook een aantal hypotheses. In tegenstelling tot wel in de literatuur verwoordde verwachtingen, maakt het voor de snelheid van de omzetting nauwelijks uit of een richtlijn een geheel nieuwe of juist een wijzi-

¹⁶⁰ Mastenbroek, a.w. 2003, 385-387.

¹⁶¹ Slechts in een enkel geval is daar aandacht voor gevraagd. Zie W. Voermans, Ph. Eijlander, R. van Gestel, I. de Leeuw, A. de Moor-van Vugt en S. Prechal, a.w. 2000.

¹⁶² Voor één van de achterblijvers - Richtlijn 98/44/EG betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen PbEG 1998, L 213 - klopt dat in ieder geval. Zie Mastenbroek, a.w. 2003, blz. 390.

gingsrichtlijn is. Ook het gegeven dat een richtlijn complex is en bijgevolg veel nationale maatregelen nodig maakt (complexiteit) lijkt weinig toe of af te doen aan de omzettingssnelheid. Ook ziet het er naar uit dat de omzetting van richtlijnen niet werkelijk wordt vertraagd indien er twee ministeries bij de implementatie samen moeten werken. Dat is pas zo als er drie aan te pas moeten komen.

3.3.d Blijvende omzettingsachterstand

Wat in ieder geval heel duidelijk uit het onderzoek naar voren komt is dat de Nederlandse omzettingsprestatie de afgelopen 30 jaar nauwelijks lijkt te zijn verbeterd (in 1978 64% te late omzettingen, in 2003 58% te late omzettingen). Het enige succes van het beleid van na 1991 is dat de situatie, bij een groter wordende druk, niet is verslechterd. Althans tot twee jaar geleden.

Op het ogenblik loopt de omzettingsachterstand zorgwekkend op.¹⁶³ Reden voor de Tweede Kamer om aan de bel te gaan hangen. In de motie van Dijk van 18 december 2003¹⁶⁴ wordt de regering opgeroepen om de Kamer meer inzicht te verschaffen in het implementatieproces en toch vooral sec te implementeren.¹⁶⁵ De staatssecretaris tracht de achterstanden aan te pakken door de Kamer eerder bij de implementatie te betrekken en meer inzicht in het implementatieproces verschaffen.¹⁶⁶ Verder probeert hij, via een instructie aan de onderhandelaars, een verlening van de omzettingstermijnen te bewerkstelligen (iets waar volgens Mastenbroek – begrijp ik haar goed – niet het probleem zit) en te komen tot vormen van versnelde omzetting of implementatie.

3.3.e Versnelde omzetting

Het onderwerp ‘versnelde implementatie’ keert met enige regelmaat terug op de politieke agenda. Tien jaar geleden al werd de Awb aangepast om, in het geval van implementatie van bindende EG-besluiten via wet in formele zin of algemene maatregel van bestuur een uitzondering te maken voor een aantal wettelijke adviesverplichtingen (artikel 1:7 Awb) en voorhang- of binnenlandse notificatieverplichtingen (artikel 1:8 Awb). Die bepaling over de adviesvrijstelling geeft geen vrijstelling van advisering door de Raad van State (artikel 1:7, tweede lid, Awb). Dat is ook wel begrijpelijk omdat in geval van de implementatie van EG-besluiten vaak nog belangrijke keuzes moeten worden ge-

¹⁶³ Zie Kamerstukken II 2003/04, 21109, nr. 117 en 118. De implementatieachterstand is tussen december 2003 en maart 2004 opgelopen van 59 tot 65 richtlijnen. Kamerstukken II 2003/04, 21109, nr. 130.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2003/04, 21109, nr. 118.

¹⁶⁵ Zie ook Awr 337 die dat al jaren voorschrijft.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2003/04, 21109, nr. 120 (Een heel lijvig overzicht van 54 pagina's).

maakt over de implementatiemodaliteit. Zoals het er echter nu voorstaat (grote omzettingsachterstanden) is echter wel de vraag of – in geval van omzetting via wetgeving – de Raad wel op het juiste, meest geëigende moment zijn inbreng heeft in het implementatieproces.¹⁶⁷ Nu adviseert de Raad over voorstellen van wet en voorstellen voor algemene maatregelen van bestuur nadat de EG-besluiten al zijn vastgesteld. De beleidsmatige of opportuniteitstoetsing van de Raad heeft op zo'n moment maar een klein bereik omdat het hoofdzakelijk de keuze van implementatiemodaliteit betreft.¹⁶⁸

3.3.f Advisering door de Raad van State

Je kunt je afvragen of het niet beter is de inbreng van de Raad van State in twee etappes te verdelen over het implementatieproces. In de eerste fase zou de Raad de regering kunnen adviseren over het in te nemen standpunt terzake een voorstel voor een EG-besluit kunnen. Een tweede advies, na de vaststelling van een EG-besluit zou zich dan – zo het aan de orde is – kunnen beperken tot de implementatiemodaliteit. De regering heeft met dit systeem al mondjesmaat geëxperimenteerd in de periode 2000-2002 en dat lijkt goed te zijn bevallen.¹⁶⁹ Advisering in twee ronden kan ook tijdwinst opleveren. De tweede advisering zou veel minder tijd kunnen nemen dan nu het geval is: twee tot drie weken bijvoorbeeld. Dat moet haalbaar zijn omdat de Raad inmiddels een dossier heeft liggen. Er is zelfs wat voor te zeggen de tweede adviseringsronde over de implementatiemodaliteit geheel achterwege te laten, zeker indien het te implementeren besluit de Nederlandse wetgever weinig ruimte voor nadere beleidsinhoudelijke keuzes.¹⁷⁰ Het naar voor brengen van de advisering van de Raad naar het moment waarop Nederland zijn standpunt ten aanzien van een voorstel voor een EG-besluit bepaalt kan ook heel goed samengaan met een vergroting van de parlementaire invloed, zoals die onder de EGw is voorzien. De advisering zou bijvoorbeeld een plaats kunnen krijgen in de gele-kaart-procedure. Het advies van de Raad op het punt van de subsidiariteit en proportionaliteit van een EG-voorstel zou in allerlei opzichten zeer welkom zijn: zowel op het vlak van de expertise als op het vlak van het extra gewicht dat een dergelijke advies mogelijk aan de gele kaart zou kunnen geven.

¹⁶⁷ Zie ook de vragen die kamerleden Van Middelkoop en Rehwinkel daarover stelden. Kamerstukken II 1999/2000, 26 800VI, nr. 59, blz. 4 en blz. 8.

¹⁶⁸ Dat wil nog niet zeggen dat daarmee de advisering van de Raad van State in dergelijke gevallen een formaliteit is. Zie hierover H.M. Breunese, De Raad van State en het EG-recht, RegelMaat 2001, blz. 32.

¹⁶⁹ Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel totstandkoming en implementatie EG-besluiten op het terrein van de energie, post en telecommunicatie, Kamerstukken II 2003/04, 29 474, nr. 3.

¹⁷⁰ 'Kale implementatie', zoals Breunese dat noemt. Zie Breunese, a.w. 2001, blz. 34.

3.3.g Versnelling van de omzetting via delegatieconstructies

Vertraging bij omzetting van EG-richtlijnen wordt ook veroorzaakt door het implementatie-instrument. Vooral als wordt omgezet via een wet in formele zin is dat vaak té tijdrovend. Vandaar dat de laatste jaren wel is geprobeerd delegatie- en machtigingsconstructies te verzinnen om – anders noodzakelijke¹⁷¹ – omzetting via formele wetgeving te omzeilen. Een bekend voorbeeld van zo'n poging vormt artikel 18.2 uit het voorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet.¹⁷² Die bepaling maakte het mogelijk bij lagere regelgeving af te wijken van de wet indien EG-wetgeving daartoe noodzaakte. De discussie met de Eerste Kamer over dit voorstel gaf in 1999 aanleiding tot een kabinetsstandpunt over de toelaatbaarheid van bevoegdheden tot versnelde implementatie. In het kabinetsstandpunt gaat het met name om de vraag of constructies zijn toe te staan die een algemene voorziening bieden om ter implementatie van toekomstige richtlijnen gedelegeerde regelgeving vast te stellen of – indien dat noodzakelijk lijkt – ook (tijdelijk) afwijking van een bepaling in een wet in formele zin toe te staan indien zo'n bepaling strijdt met een richtlijnbeepaling (buitenwerkingstellingsbevoegdheid).¹⁷³

Omzetting via gedelegeerde regelgeving is inmiddels weinig omstreden.¹⁷⁴ Aanwijzing 339 van de Aanwijzingen voor de regelgeving beveelt met het oog op implementatie van communautaire regelgeving zelfs, voorzover en zolang het grondwettelijke stelsel en het primaat van de wetgever dat toestaan, delegatieconstructies aan. Omzetting van EG-richtlijnen in een ministeriële regeling, of omzetting via een product- of bedrijfschapverordening levert dan – zo kunnen we uit Mastenbroeks analyse afleiden – de meeste tijdswinst. Aanwijzing 26, tweede lid, beveelt dat ook aan, althans voor de goede verstaander.

De constructie waarbij de buitenwerkingstellingsbevoegdheid wordt overwogen lokt meer discussie uit. In het meer genoemde standpunt over versnelde implementatie komt het kabinet tot de slotsom dat de Grondwet zich niet ten algemene verzet tegen de toekenning van buitenwerkingstellingsbevoegdheid aan lagere regelgevers. Indien EG- (of andere internationale regelgeving) van grote invloed is op een beleidsterrein, en de implementatietermijnen zó kort zijn dat implementatie volgens de gebruikelijke procedures illusoir wordt, kan, volgens het kabinet, worden voorzien in een bevoegdheid tot *tijdelijke* buiten-

¹⁷¹ Bijvoorbeeld ten gevolge van de Grondwet of het primaat van de wetgever, of omdat een onderwerp al is geregeld in een formele wet en verandering dus wetswijziging op hetzelfde niveau nodig maakt.

¹⁷² Kamerstukken I 1998/99, 25533, nr. 11b en Handelingen I 1998/99, blz. 16-69

¹⁷³ Kabinetsstandpunt Versnelde implementatie van EG- en andere internationale besluiten (Kamerstukken II 1998/99, 26 200 VI, nr. 65) en een daarop betrekking hebbende vervolgnootitie (Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 79).

¹⁷⁴ Zie voor een overzicht van de vele varianten waarmee implementatie van internationale en communautaire besluiten aan lagere regelgevers wordt overgelaten Besselink e.a., a.w. 2002, blz. 112-113.

werkingstelling van wettelijke bepalingen of bepalingen uit algemene maatregelen van bestuur bij lagere regeling, onder gelijktijdige vaststelling van de nodige implementatieregels bij die regeling (indeplaatsstelling). Uit een oogpunt van de rechtsstatelijke kwaliteit van regelgeving dient – volgens het kabinet – van die bevoegdheid echter zeer terughoudend gebruik gemaakt te worden en moet voldaan zijn aan een aantal strikte voorwaarden.¹⁷⁵

Het kabinetsstandpunt ondervond niet overal bijval. De Eerste Kamer stelde zich in de motie Jurgens op het standpunt dat de implementatie van EU (c.q. EG)-besluiten in een normaal constitutioneel proces zou moeten plaatsvinden.¹⁷⁶ De Kamer zou in dat kader ook graag zien dat er regels worden geformuleerd voor de implementatie van EG-besluiten in de Nederlandse wetgeving, waarbij de betrokkenheid van de Staten-Generaal ook bij een versnelde procedure is verzekerd. Die uitschakeling van het parlementaire aandeel bij de implementatie is ook een graat die in de keel steekt van de schrijvers van het rapport ‘De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie’. Vergaande vormen van delegatie omwille van snelle implementatie, zoals de buitenwerking- en indeplaatsstellingsbevoegdheid, staan volgens de laatsten op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel, het primaat van de wetgever en het verbod op blanco-delegatie.¹⁷⁷ Wat de rapporteurs in het kabinetsstandpunt vooral ook steekt is dat het nauwelijks lijkt te differentiëren tussen de verschillende vormen van implementatiebehoevende EG-, EU- of andere internationale besluiten. Sommige EG-besluiten worden op het ogenblik ogenschijnlijk zonder enige vorm van parlementair-democratische inbreng (bijvoorbeeld van het Europees Parlement) vastgesteld. Als bij dergelijke besluiten dan ook nog eens vergaande bevoegdheden aan het nationale bestuur worden gedelegeerd om ze, soms met buitenwerkingstelling van een wet, snel te kunnen implementeren, wordt het bestuur dusdoende te veel de vrije hand gelaten ten koste van de democratische legitimatie van die besluiten.

Ik kan me grotendeels wel vinden in deze kritiek en ben eveneens van mening dat op dit ogenblik, zelfs onder de voorwaarden die het kabinet in het standpunt schetst, de voorgestelde buitenwerkingsstellings- en indeplaatsstellingssystematiek in het licht van de huidige constitutioneelrechtelijke implicaties van het legaliteitsbeginsel eigenlijk onaanvaardbaar is.

¹⁷⁵ Het kabinet noemt zeven voorwaarden, waaronder: strikte noodzaak, een bijzondere wet moet er toe machtigen (geen algemene machtigingswet), alleen voor implementatie, alleen buitenwerkingstelling via regeling op het naast-lagere niveau, voorhangprocedure bij implementatie van niet rechtstreeks werkende internationale regelingen, alleen tijdelijk en steeds plaatsing van de buitenwerkingstelling en indeplaatsstelling in het Staatsblad. Kamerstukken II 1998/99, 26 200 VI, nr. 65, blz. 5-6.

¹⁷⁶ Motie Jurgens, Kohnstamm en De Wolff, Kamerstukken I 2000–2001, 26 200 VI nr. 65, nr. 37b.

¹⁷⁷ Zie Besselink e.a., a.w. 2002, blz. 133-134.

Dat betekent niet dat vergaande delegatieconstructies, zoals buitenwerkingstelling, altijd als zodanig in strijd zijn met het constitutionele recht. Wat voor mij, en begrijp ik ze goed, ook voor Besselink e.a., weegt is of parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van EG- of EU-besluiten is voorzien. Die parlementaire betrokkenheid kan zijn beslag krijgen tijdens,

- a. de discussie tussen parlement en regering over de voorbereiding van een Nederlands standpunt over een voorgesteld EG-besluit;
- b. de discussie over de inhoud en vaststelling van een besluit tussen Commissie, Europees Parlement en Raad gedurende de co-decisieprocedure, of de samenwerkingsprocedure;
- c. de discussie tussen parlement en regering over de inhoud van een wetsvoorstel of (voorgehangen) ontwerp van de algemene maatregel van bestuur waarmee een EG-besluit wordt geïmplementeerd.

Indien in die parlementaire betrokkenheid in één van de genoemde vormen is voorzien, dan is volgens mij inhoudelijk voldaan aan de eisen die het legaliteitsbeginsel en het – daarvan afgeleide – primaat van de wetgever stellen aan de (formele) democratische legitimiteit van het betrokken besluit.¹⁷⁸ En is daarin voorzien dan zijn delegatiesconstructies zoals toekenning van buitenwerkingstellings- en indeplaatsstellingsbevoegdheid in uitzonderlijke situaties te billijken, althans, indien het gaat om de implementatie van besluiten die van Nederland geen nadere beleidsinhoudelijke afwegingen vragen.

EGw

Onder de EGw zal het Europees Parlement direct dan wel indirect betrokken zijn bij nagenoeg alle Europese wetgeving. Ook de gedelegeerde verordeningen (art. 36 EGw) en de uitvoeringsverordeningen of -besluiten (art. 37 EGw) worden zodanig gesuperviseerd door het Europees Parlement dat ze – indien geen nadere beleidsinhoudelijke keuzes hoeven te worden gemaakt – in Nederland vervolgens zonder veel problemen via lagere regelgeving kunnen worden geïmplementeerd en dat waar nodig (strijdig) Nederlands recht buitenwerking kan worden gesteld. Een dubbele democratische legitimatie (een communautaire én een Nederlandse) lijkt me onnodig. Dat rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht, dat strijdt met Nederlands recht, altijd al voorrang heeft boven dat Nederlandse recht, zelfs als het in een wet in formele zin is neergelegd, vormt wellicht nog een overweging te meer om flexibele implementatievormen toe te staan om zo schade-aansprakelijkheid wegens te late omzetting of implementatie te voorkomen.

3.3.h Machtigingswet

Al verschillende keren zijn in verschillende varianten pogingen ondernomen om via een betrekkelijk algemeen werkende machtigingswet delegatiecon-

¹⁷⁸ Zie voor die redenering ook mijn oratie a.w. 2004.

structies in het leven te roepen die toe zouden staan via gedelegeerde regelgeving EG-besluiten versneld in de Nederlandse rechtsorde te implementeren, zelfs met opzij zetting van bestaande wettelijke voorschriften. De meeste pogingen daartoe tot nu toe gestuit, maar desalniettemin wordt op het ogenblik een hernieuwde poging ondernomen. Op 16 maart 2004 is het wetsvoorstel totstandkoming en implementatie van EG-besluiten op het terrein van de energie, post en telecommunicatie bij de Tweede Kamer ingediend.¹⁷⁹ Het wetsvoorstel kent een stelsel op grond waarvan richtlijnen en verordeningen bij lagere regelgeving kunnen worden geïmplementeerd. Het uitgangspunt van het voorstel is dat een richtlijn alleen bij lagere regelgeving kan worden geïmplementeerd als er geen wijzigingen op wetsniveau hoeven plaats te vinden. Die wetswijzigingen zijn echter – omdat op de beleidsterreinen elektriciteit, gas, post en meer dan vijftien richtlijnen en verordeningen gelden – dikwijls nodig als een van de verordeningen en richtlijnen wordt gewijzigd (en dat gebeurt daar vaak). Om nu te voorkomen dat door die wetswijzigingen de implementatie wordt opgehouden, introduceert het wetsvoorstel een systeem van buitenwerkingstelling en indeplaatsstelling dat kool en geit probeert te sparen: het systeem van de concordantietabellen. Dat systeem – waarbij in bijlagen (concordantietabellen) bij de wet wordt aangegeven welk artikel uit de wet strekt tot implementatie van welk artikel uit een richtlijn of een verordening – maakt het mogelijk om, in geval wijziging van Europese wetgeving daartoe aanleiding geeft, bij lagere regelgeving tevoren aangewezen bepalingen (genoemd in die bijlage) van de wet te laten vervallen. Het systeem wordt geflankeerd door het voornemen van de Minister van Economische Zaken om het Nederlandse parlement eerder te informeren over (de stand van zaken met betrekking tot) de totstandkoming van richtlijnen en verordeningen op het terrein van energie, post of telecommunicatie.¹⁸⁰ Verder is de minister voornemens om de Raad van State vroegtijdig advies te vragen over belangrijke ontwerpen voor vast te stellen basisrichtlijnen op het voornoemde beleidsterrein, dit alles om het parlement uit te nodigen tot een actiever debat over voorgestelde EG-wetgeving.

Het wetsvoorstel verdient, denk ik, waardering. De situatie op het bestreken terrein is kritiek: er moet daar iets gebeuren om het verder oplopen van de implementatieachterstand – in deze dossiers steeds veroorzaakt door de noodzaak

¹⁷⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29 474, nrs. 1-3.

¹⁸⁰ Daartoe zal de minister de Kamers informeren over: a. het regeringsstandpunt op hoofdlijnen ten aanzien van een voorstel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen voor een dergelijke richtlijn of verordening, alsmede, b. het standpunt op hoofdlijnen dat hij wil innemen in de vergadering van de Raad van Ministers (EG) waarin al dan niet wordt besloten om een gemeenschappelijk standpunt vast te stellen, hetzij, indien van toepassing, in vergaderingen van de Raad van Ministers waarin cruciale andere besluiten (politiek akkoord, algemene oriëntatie) worden genomen (waarbij hij in voorkomend geval bij het standpunt op hoofdlijnen de resultaten van de voorlichting door de Raad van State voegt).

om per formele wet te implementeren – te keren. Het voorstel voorkomt dat voortaan onnodig tijd wordt verloren bij de inkadering van verordeningen of omzetting van richtlijnen doordat, soms onnodig, wijziging van formeel wettelijke voorschriften moet plaatsvinden. De lange met waarborgen omringde formele wetsprocedure heeft, als alle politieke beslissingen al op Europees niveau zijn genomen, vaak weinig toegevoegde waarde. De inbreng van het Nederlandse parlement komt nogal eens als mosterd na de maaltijd.¹⁸¹ Het voorstel omzeilt ook grotendeels de klippen die het Nederlandse constitutionele recht opwerpt doordat de delegatieconstructies aan de ene kant via het tabellenstelsel worden begrensd en – aan de andere kant – het verlies van parlementaire inbreng bij de implementatie wordt gecompenseerd door meer (mogelijkheden tot) parlementaire betrokkenheid bij de voorbereiding van de vaststelling van Europese wetgeving. Toch blijven er nog een paar belangrijke vragen onbeantwoord. Om er maar eens een paar te noemen: helpt het stelsel van het wetsvoorstel eigenlijk wel bij de bestrijding van de *oorzaak* van de omzettingsachterstanden? Wat het wetsvoorstel vooral lijkt te doen het bestrijden van symptomen – hoe noodzakelijk dat ook is. Ook de Raad van State wijst daarop in zijn advies bij het wetsvoorstel. En al benadrukt het nader rapport bij het voorstel dat implementatie van EG-wetgeving de hoogste prioriteit heeft en dat sinds 2002 is neergelegd in het departementale Protocol Wetgeving, heel erg overtuigend komt dat niet over. Zeker, met het aanstaande voorzitterschap zullen de departementen zich weer krommen voor een inhaalslag, maar de vraag is of dat ook beklijft nadat het circus de stad heeft verlaten. In tegenstelling tot andere landen – zoals Denemarken – gaan we in Nederland tot nu toe slordig om met onze mogelijkheid tot inbreng in Europese wetgeving: de facto heeft het verschijnsel Europese wetgeving – en daarmee ook de implementatie ervan – nauwelijks (politieke) prioriteit en de vraag is of dat door de ‘upstreaming’ van informatie over voorgenomen Europese wetgeving verbetert.

Een tweede vraag die bij het systeem van het wetsvoorstel overblijft is of het systeem wel voldoende rekening houdt met de variëteit van Europese regels. De Raad van State merkt in dit verband op dat het wetsvoorstel eigenlijk geen beperking aanlegt ten aanzien van de bevoegdheid van een minister om uitvoeringsregels te stellen in het kader van de uitvoering van EG-verordeningen. Dergelijke uitvoering kan vragen om handhavings- en strafbepalingen in het leven te roepen. Dat kan natuurlijk niet, zoals ook het nader rapport erkent, bij ministeriële regeling. Het wetsvoorstel maakt wel verschil tussen de implementatie van richtlijnen en verordeningen die de volle aandacht hebben gehad van het Europees Parlement en Europese wetgeving waarbij dat niet het geval is geweest,¹⁸² maar die benadering wordt niet helemaal consequent doorgetrok-

¹⁸¹ Zie Del Grosso, a.w. 2000.

¹⁸² Zie o.a. het voorstel voor het nieuwe artikel 84, derde en vierde lid, van de Elektriciteitswet 1998 uit het wetsvoorstel totstandkoming en implementatie EG-besluiten op

ken. Van de richtlijnen in de concordantietabellen is niet steeds duidelijk of bij de wijzigingswetgeving het Europees Parlement betrokken is, en indien dat niet het geval is, wat daar dan het gevolg van is.¹⁸³

Is het recept van dit wetsvoorstel ook te gebruiken voor andere beleidsterreinen? Ik denk het wel. Zeker op terreinen waarop veel en snelwijzigende Europese wetgeving tot stand komt kan het – als lapmiddel – mogelijk bijdragen aan het voorkomen of verder oplopen van omzettingsachterstanden.

4. Afrondende beschouwing

Het is tijd om de balans op te maken. Wat heeft de communautaire toekomst voor de Nederlandse wetgever in petto? Die vraag – waarmee we ons in het Leidse onderzoeksprogramma *Trias Europea* ook mee bezighouden¹⁸⁴ – is lastig te beantwoorden; de gang van de Europese integratiegeschiedenis volgt vanouds een grillig pad. Toch laat de analyse uit de voorgaande paragrafen wel een aantal constanten in die ontwikkeling zien, waarvan de Nederlandse wetgever goed nota zou moeten nemen.

De belangrijkste daaronder: de relatieve positie van de Nederlandse wetgever ten opzichte van de Europese wetgever verandert. Hoeveel procent van de Nederlandse wetgeving van communautaire oorsprong is, is wellicht niet helemaal duidelijk, maar dat het zowel relatief als absoluut toeneemt staat vast. Het is niet te verwachten dat in de komende jaren – zelfs met de dereguleringsvoornemens die op het ogenblik in Europa leven¹⁸⁵ – de aanwas van Europese wetgeving zal verminderen. De toetreding van de nieuwe lidstaten en de daarbij ongetwijfeld toenemende druk op de huidige besluitvormingsarrangementen zullen waarschijnlijk de autonome groei van het corpus van gemeenschapswetgeving alleen maar versterken. Daar helpt geen subsidiariteitsbeginsel, EGW-bevoegdheidencatalogus of ‘gele’ kaartprocedure aan. Nederland is in veel opzichten een semi-soevereine staat is geworden.¹⁸⁶ De communautaire en Nederlandse rechtsorde zijn zodanig met elkaar vervlochten dat we moeten spre-

het terrein van de energie, post en telecommunicatie, Kamerstukken II 2003/04, 29 474, nr. 2.

¹⁸³ Ontbreekt die, dan is er volgens mij sprake van strijd met de geest van het legaliteitsbeginsel en een tekort aan democratische legitimiteit indien via ministeriële buitenwerkingstelling een dergelijk besluit prevaleert boven een nationale wet in formele zin.

¹⁸⁴ *Trias Europea* is één van de drie deelprogramma's in het onderzoeksprogramma *Securing the Rule of Law in a World of Multi-Level Jurisdiction* van het Leidse Meijers-instituut.

¹⁸⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 35 van het Interinstitutioneel akkoord ‘Better Law Making’, PbEG 31 december 2003, 2003/C 321, 1.

¹⁸⁶ R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van het Europees recht*, Deventer 2003, blz. 563 e.v.

ken van een reeds in hoge mate geïntegreerde rechtsorde.¹⁸⁷ De EGw codificeert die ontwikkeling.

Meer Europese wetgeving en meer rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht betekent in zo'n geïntegreerde rechtsorde tegelijkertijd minder manoeuvreerruimte voor de nationale wetgever. Die mag niet in strijd met bestaand gemeenschapsrecht regelen, die dient zich in voorkomend geval te onthouden van regeling, en die wordt bovendien steeds vaker als medebewindswetgever voor de wagen gespannen. Het Nederlandse wetgevingsmonopolie wordt op steeds meer terreinen steeds verder ingedamd.¹⁸⁸

Niet alleen komt er meer Europese wetgeving tot stand, ook de aard van die wetgeving verandert. Gemeenschapsrecht kent tegenwoordig vaak een hogere doordringingsgraad dan enkele decennia geleden het geval was. Het Nederlandse recht raakt in toenemende mate gecommunautariseerd doordat het gemeenschapsrecht zelf steeds specifiekere eisen stelt aan de wijze van uitvoering, handhaving en toezicht van het gemeenschapsrecht. Het gemeenschapsrecht draagt lidstaten soms op bepaalde soorten sancties (waaronder strafrechtelijke) op te leggen, en specifiek omschreven handhavings- of toezichtsmethoden toe te passen. Ook gaat Brussel er in een aantal gevallen toe over zelf toezicht uit te oefenen of anderszins bestuurstaken aan zich te trekken.

Deze ontwikkeling is niet nieuw en in zekere mate continu sinds het Verdrag van Maastricht. Wat echter wel opvalt is dat de Nederlandse wetgever en de wetgevingsprocessen steeds minder tegen de Europese uitdagingen lijken te zijn opgewassen: die processen zijn er niet op ingericht en daarmee steeds minder tegen bestand. De totstandkoming van Europese wetgeving speelt nauwelijks een rol in het publieke debat, de kennis in de over de Europese agenda is klein en politiek wordt het onderwerp Europese wetgeving al helemaal niet geprioriteerd, zoals er al evenmin wordt geïnvesteerd in het vergroten van het maatschappelijk bewustzijn over Europese wetgeving, Europese politiek of de Europese politieke agenda.¹⁸⁹

Europese wetgeving is daardoor in Nederland op dit ogenblik grotendeels (volkenrechtelijke) techniek en geen politiek. Het behoort tot het zorgdomein van het bestuur, met het parlement op de achtervang. Daarmee valt ook te verklaren dat de zorg voor de Europese wetgeving is overgelaten aan een relatief zeer kleine groep ambtenaren.¹⁹⁰ Het resultaat van het voortdurend achterblijvende bewustzijn over het belang van Europese wetgeving en de daaruit resulterende

¹⁸⁷ Zie Jans e.a., a.w. 2002, blz. 25-26.

¹⁸⁸ Zie Barents en Brinkhorst, a.w. 2003, blz. 564-565.

¹⁸⁹ Daar veranderen visitatiecommissies of Securitel-affaires niets aan. Zie ook Elies Steyger, Europa is geen issue in regeerakkoord, RegelMaat 2003, blz. 178-183.

¹⁹⁰ Het overgrote deel (volgens mij meer dan negentig procent) van wetgevingsambtenaren werkt aan 'nationale' wetgeving, dat – ook hier een schatting – minder dan de helft van het totale wetgevingscorpus beslaat. De verhouding ligt dus erg scheef. Zie ook Visitatiecommissie wetgeving, a.w. 2000.

onderinvesteringen begint zich nu te wreken: de achterstanden bij de omzetting van Europese wetgeving lopen op en binnen het parlement lijkt een maar moeizaam verlopend proces gaande om dichterbij de totstandkoming van Europese wetgeving te kruipen.

Voor beide problemen worden op het ogenblik oplossingen bedacht. De Kamer zal eerder en beter over voorgenomen Europese wetgeving worden geïnformeerd en via delegatieconstructies gaan we proberen de achterstanden bij de omzetting te bestrijden, e.e.a om een schone stoep te hebben tijdens het voorzitterschap. De kritische beschouwer ziet natuurlijk wat hier aan de hand is: 'Kurrieren am Symptom'. Zeker, de versnelling van de implementatie via delegatieconstructies is (weer) een technisch-bestuurlijke oplossing voor wat in wezen een politiek probleem is. De vraag is of het blijvend helpt omzettingachterstanden te voorkomen.¹⁹¹ Die omzettingachterstanden blijken namelijk maar gedeeltelijk te worden veroorzaakt door de lengte van de procedures. Hoe is anders te verklaren dat de laatste jaren de omzettingachterstanden zó zijn toegenomen? Hoe anders te verklaren dat versnellingsmaatregelen uit de jaren '90, zoals het achterwege laten van advisering en voorpublicatie bij implementatiewetgeving, of het beter informeren van de Staten-Generaal, het aanscherpen van het wetgevingsbeleid geen langdurige invloed blijken te hebben op onze omzettingsscore. Al meer dan dertig jaar lang, zo brengt Mastenbroeks onderzoek aan het licht, heeft Nederland er vrede mee dat we ca. 60% van de EG-richtlijnen te laat omzetten. Dat is op zichzelf misschien een aanvaardbaar 'fact of life', maar het leidt tot acute problemen in tijden dat er politiek nog minder dan normaal aandacht wordt besteed aan Europese wetgeving. Borderliners kunnen zich geen uitval veroorloven.

Bestuurlijk-technische oplossingen, zoals versnelling van de implementatie, zullen in de toekomst de Nederlandse wetgever niet blijvend in staat stellen een juist antwoord te geven op de toename van het volume en de intensiteit van Europese wetgeving. Daar is de rek nu wel uit, al zou met het naar voren brengen, of helemaal afzien van de advisering door de Raad van State bij implementatiewetgeving wellicht nog een marginale tijdswinst op kunnen leveren. Een fundamentele herbezinning op onze wetsprocedures is nodig. Die procedures – met name de procedure van art. 81 e.v. van de Grondwet – is niet afgestemd op de bijzondere noden die bij de implementatie van EG-wetgeving een rol spelen. Wat ontbreekt is een bijzondere wetsprocedure voor de implementatie van EG-recht, waarin de Staten-Generaal een aandeel heeft. Zo'n versnelde procedure zou in grote lijnen de vorm van de voorwaardelijke delegatie aan kunnen nemen zoals we die kennen uit de Aanwijzingen voor de regelgeving.¹⁹² Implementatie van EG-recht zou vervolgens in de meeste gevallen per algemene maatregel van bestuur kunnen geschieden, met dien verstande dat het

¹⁹¹ Zie ook Auke Baas, *The Netherlands in Face of its Community Obligations*, *Common Market Law Review* 33, 1996, blz. 1197-1244.

¹⁹² Zie aanwijzingen 42 en 43.

voorstel voor de algemene maatregel van bestuur gedurende een periode van vier weken bij de Staten-Generaal ter inzage ligt, waarna het kan worden vastgesteld en in werking kan treden. Eenvijfde van het aantal grondwettelijk voorgeschreven aantal leden kan binnen die periode een behandeling vragen of om een – amendabel – wetsvoorstel. Deze ‘fast track’ procedure zou via de bijzondere wetten kunnen worden geïntroduceerd, maar beter nog – vanwege het principiële karakter ervan – als nieuw artikel 81a Gw.

Procedurewijziging alleen volstaat echter niet. Voor een blijvende oplossing van het implementatieprobleem is het van belang dat a. het Nederlandse parlement meer werk maakt van de medewetgevende taak bij het voorbereiden en vaststellen van Europese wetgeving, en (daarmee samenhangend) b. het onderwerp onderbrenging van Europese wetgeving in de Nederlandse rechtsorde (blijvend) op de Nederlandse politieke agenda komt. In andere landen van de Europese Unie (Denemarken, Verenigd Koninkrijk en Finland)¹⁹³ zitten de parlementen veel dichterbij de voorbereiding van Europese wetgeving dan in Nederland het geval is. Het actiever en inhoudelijker betrekken van het parlement bij de totstandkoming van Europese wetgeving heeft verschillende mogelijke voordelen. Het draagt bij aan de vergroting van het bewustzijn en de kennis over de Europese beleidsagenda, geeft Europese wetgeving een plaats in het Nederlandse publieke debat en geeft daarmee Europese wetgeving een plaats op de politieke agenda. Ook kan tanende Nederlandse invloed in Europese wetgevingsprocessen, die na de toetreding van tien nieuwe lidstaten nog verder zal verwateren en de ommekomst van de EGw, aan kracht winnen als duidelijk is dat een minister in de Raad spreekt op basis van een duidelijk aan een brede discussie in het parlement ontsproten mandaat. Zo’n discussie is ook nodig als Nederlandse burgers in de toekomst gebruik zouden willen gaan maken van de mogelijkheden die het Europese referendum biedt (artikel I-47, vierde lid, EGw). Verder zal ook het Nederlandse standpunt inhoudelijk kunnen profiteren van een intensievere discussie met de Kamers en wordt de democratische legitimiteit van aldus voorbereide Europese wetgeving vergroot. Een laatste voordeel van vergrote betrokkenheid – en dan houd ik er echt mee op – bestaat volgens mij hierin dat Europese wetgeving die eenmaal in de voorbereiding goed met het parlement is doorgesproken niet tot verrassingen, of weerstand leidt op het moment dat het moet worden geïmplementeerd. Een groter aandeel in de voorbereiding, betaalt zich terug in tijdwinst bij de implementatie en omzettingfase volgens mij. Dat wordt zelfs niet anders als Nederland bij de omzetting van EG-richtlijnen of de implementatie nog nadere beleidsinhoudelijke keuzes moet maken.

¹⁹³ Zie voor een kleine vergelijking van parlementaire betrokkenheid bij de voorbereiding van Europese wetgeving de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel totstandkoming en implementatie EG-besluiten op het terrein van de energie, post en telecommunicatie, Kamerstukken II 2003/04, 29 474, nr. 3.

Kortom, ik ben enthousiast over de plannen die worden ontwikkeld om de parlementaire betrokkenheid bij de voorbereiding van Europese wetgeving te vergroten, al realiseer ik me dat dat geen proces is wat je via gericht 'EG-bewustwordingsbeleid' af kunt dwingen. Al jarenlang hebben we procedures die – althans op papier – ons parlement informeren over in voorbereiding zijnde wetgeving. al jarenlang zijn er discussies over de agenda's van de Raad. We moeten denk ik vaststellen dat uit die mogelijkheden nog niet de volle politieke munt is geslagen. Zelfs met een nieuw beleid, dat het parlement in een nog vroeger stadium betreft bij de Europese wetgeving – en dat is de enige echte oplossing voor alle implementatieproblemen – moet datzelfde parlement en de Nederlandse politiek zelf de laatste sprong maken. Hier geldt: *'You can lead a horse to water....'*¹⁹⁴

¹⁹⁴ Het Nederlandse equivalent van dit spreekwoord is tegelijk lelijker en wreder: 'Met onwillige honden is het moeilijk hazen vangen'.