

Vergaderjaar 2008–2009

31 926

Uitvoering van verordening (EG) nr. 1082/2006 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 juli 2006 betreffende een Europese groepering voor territoriale samenwerking (EGTS) (PbEU L 210) (Uitvoeringswet EGTS-verordening)

Nr. 5

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 20 april 2009

Hierbij bied ik u aan de voorlichting die afdeling I van de Raad van State op mijn verzoek van 17 februari 2006, mede gedaan namens de Ministers van Economische Zaken en Justitie, overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State heeft gegeven over de – toen nog – ontwerpverordening Europese groepering voor grensoverschrijdende samenwerking. Naar deze voorlichting wordt verwezen in het advies van de Raad van State inzake voorstel van wet tot uitvoering van verordening (EG) nr. 1082/2006 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 juli 2006 betreffende een Europese groepering voor territoriale samenwerking (EGTS) (PbEU L 210) (Uitvoeringswet EGTS-verordening) en in het nader rapport daarbij. Het genoemde voorstel van wet is onlangs of wordt zeer binnenkort bij de Tweede Kamer ingediend. De voorlichting hoort aldus bij het genoemde wetsvoorstel.

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

Bijlage

Aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
de heer J.W. Remkes

's-Gravenhage, 22 maart 2006

Bij Uw bovenvermelde brief hebt U een verzoek gedaan overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State.

Thans heeft afdeling I de beraadslagingen afgesloten en haar reactie op Uw verzoek vastgesteld. Mede namens de voorzitter van de afdeling doe ik U hierbij deze reactie toekomen.

De Vice-President van de Raad van State,

Voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State inzake de ontwerpverordening Europese groepering voor grensoverschrijdende samenwerking.

Bij brief van 17 februari 2006, no.2006-0000043789, heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de Raad van State gevraagd of een afdeling van de Raad hem zou willen voorlichten over de ontwerpverordening Europese groepering voor grensoverschrijdende samenwerking. De minister heeft in zijn brief een aantal vragen gesteld waarop hij in ieder geval een antwoord zou willen vernemen. Meer in het algemeen vraagt hij om voorlichting over het effect van de verordening op het Nederlandse constitutionele stelsel en de nationale bevoegdheidsverdeling.

Artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State bepaalt dat de afdelingen van de Raad van State de ministers van voorlichting dienen in zaken van wetgeving en bestuur. De voorlichting wordt in dit geval uitgebracht door afdeling I van de Raad.

Deze voorlichting gaat uit van de versie van de ontwerpverordening van 7 maart 2006 betreffende de oprichting van een Europese groepering voor territoriale samenwerking.¹ De brief van de minister was nog gebaseerd op de versie van 21 december 2005.

De afdeling merkt op dat het verzoek om voorlichting is gedaan in een vrij laat stadium in de procedure (de eerste lezing van het Europees Parlement is afgerond en de Europese Commissie heeft de amendementen van het Europees Parlement verwerkt in een gewijzigd voorstel van de ontwerpverordening). Het gevolg hiervan is dat de inhoud van de ontwerpverordening (versie 7 maart 2006) feitelijk al grotendeels is bepaald. De afdeling gaat ervan uit dat haar voorlichting niettemin nog betrokken zal kunnen worden bij de verdere voorbereiding van de verordening.

A. Algemeen

1. Inhoud van de ontwerpverordening

In het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag) hebben de lidstaten op zich genomen regionaal beleid te voeren, gericht op het verkleinen van de verschillen tussen de ontwikkelingsniveaus van de verschillende regio's. De Gemeenschap ondersteunt deze activiteiten via, onder meer, de structuurfondsen.²

Artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag bepaalt dat, als specifieke maatregelen buiten de fondsen om noodzakelijk blijken, de Raad zulke maatregelen kan vaststellen.

In de toelichting op de ontwerpverordening schrijft de Commissie dat de lidstaten, de regio's en de plaatselijke overheden «aanzienlijke moeilijkheden» ondervinden om de grensoverschrijdende samenwerking tot stand te brengen. Om de obstakels uit de weg te ruimen moet een communautair samenwerkingsinstrument worden ingesteld waarmee op het grondgebied van de Gemeenschap samenwerkende groeperingen met rechtspersoonlijkheid kunnen worden opgericht, Europese groeperingen voor territoriale samenwerking (EGTS).³ De oprichting van een EGTS vindt op vrijwillige basis plaats.

De taken van de EGTS zijn:

- de uitvoering van territoriale samenwerkingsprogramma's die door de Gemeenschap worden medegefinancierd via een van de structuurfondsen, of
- de uitvoering van enige andere economische of sociale actie van territoriale samenwerking op initiatief van haar leden, al dan niet met een financiële bijdrage van de Gemeenschap.⁴

¹ COM(2006)94.

² De artikelen 158 en 159 van het EG-Verdrag, zoals laatstelijk gewijzigd door het Verdrag van Nice, Pb. 2001, C 80/1.

³ In het oorspronkelijke voorstel werden de Europese groeperingen voor territoriale samenwerking aangeduid als Europese groepering voor grensoverschrijdende samenwerking, zie COM(2004)496.

⁴ Artikel 3, derde lid.

2. Verzoek om voorlichting

De minister heeft aan de afdeling de volgende vragen over de ontwerp-verordening voorgelegd:

1. De rechtsgrondslag van de ontwerpverordening is artikel 159 van het EG-Verdrag. Dit artikel maakt onderdeel uit van Titel XVII Economische en Sociale Samenhang van het EG-Verdrag. In de derde alinea van artikel 159 is het volgende bepaald: «Indien specifieke maatregelen buiten de fondsen om noodzakelijk blijken, kunnen zulke maatregelen, onverminderd de maatregelen waartoe in het kader van ander beleid van de Gemeenschap wordt besloten, door de Raad volgens de procedure van artikel 251 na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's worden vastgesteld.» Voor zover het samenwerkingsverband erop gericht is met behulp van de middelen uit een structuurfonds de economische en sociale samenhang in een regio te bevorderen, lijkt de voorgestelde verordening te steunen op een voldoende rechtsgrondslag. De verordening beoogt echter een EGTS ook een taak te geven voor andere activiteiten. De vraag is of de Commissie bevoegd is de regeling een dergelijke ruime reikwijdte te geven. Immers, de maatregel vloeit niet voort uit een gemeenschapsoptreden. Wat de Commissie nu doet is een faciliteit scheppen voor een optreden van telkens een beperkte groep lidstaten maar niet voor een optreden van de Europese Unie.
2. Artikel 1, tweede lid, geeft het doel van een EGTS aan. Zoals hiervoor onder rechtsgrondslag is aangegeven is dit doel te ruim omschreven in relatie tot de rechtsgrondslag. In het derde lid is bepaald dat een EGTS rechtspersoonlijkheid heeft. Uit deze bepaling volgt dat indien een EGTS in Nederland gevestigd is en daarmee het Nederlands recht in aanvulling op de verordening van toepassing is (zie hierna), dat deze EGTS een rechtspersoon naar publiek recht is. Deelt u deze mening?
3. Artikel 1bis, eerste lid, onder c, bepaalt dat op kwesties die niet of slechts gedeeltelijk door de verordening geregeld zijn, het recht van de lidstaat waar de EGTS gevestigd is, dat op een vergelijkbaar samenwerkingsverband van toepassing is, toepasselijk is. Ook voor de handelingen van de EGTS wordt het recht van de lidstaat waar de EGTS gevestigd is, als toepasselijk recht aangewezen. Hoewel niet genoemd, volgt uit dit artikel voorts dat het recht volgens hetwelk de medewerkers van een EGTS aangesteld worden naar het recht van de lidstaat van vestiging wordt beoordeeld. In dit artikel van de verordening wordt geen aandacht besteed aan de verhouding tot het internationaal privaatrecht (op dit punt), waaronder internationale verdragen zoals het EVO. Graag verneem ik van u of u deze rechtskeuze-bepaling toereikend vindt.
4. De aandacht verdient dat de omschrijving van «public bodies» in artikel 2, eerste lid, onder d, de definitie van de Aanbestedingsrichtlijn volgt. Dat is een zeer ruime definitie waardoor ook lichamen die nauwelijks tot de overheid gerekend worden als een publiekrechtelijke instelling aangemerkt kunnen worden. Deze omschrijving van «public bodies» komt ook in andere richtlijnen van de communautaire wetgever voor. Het is moeilijk om een beperktere definitie op te stellen daar ieder land zijn eigen constitutioneel systeem voor het creëren van overheidslichamen kent. Niettemin vraag ik u om ook hierover uw oordeel te geven.
5. Artikel 2bis regelt de totstandkoming van een EGTS. Een kandidaat-deelnemer dient het voornemen om tot oprichting van een EGTS over

te gaan bekend te maken aan zijn eigen lidstaat. De notificatie creëert de mogelijkheid de deelneming afhankelijk te maken van de instemming van de betrokken lidstaat. De voorliggende formulering geeft drie toetsingscriteria: (i) toetsing aan de verordening, (ii) toetsing aan het nationale recht, en (iii) toetsing aan de in het nationale recht toegestane bevoegdheden en verplichtingen. Mijn vraag is of deze toetsingscriteria als limitatief gezien moeten worden. Een tweede vraag is of toetsing aan het nationale recht inhoudt: toetsing aan concrete wetsbepalingen die zich eventueel kunnen verzetten tegen toelating van een EGTS, of ook toetsing aan algemene toetsingsgronden die in een nationale wet aan een minister of de Kroon zijn gegeven. Meer concreet luidt mijn vraag of onder de verordening toetsing aan het algemeen belang nog mogelijk is. Als dat niet mogelijk is, acht u het dan gewenst of noodzakelijk dat het algemeen belang als toetsingscriterium rechtstreeks in de verordening vermeld wordt.

6. De taakomschrijving in artikel 3, derde lid, onder b, gaat verder dan het verrichten van activiteiten ter uitvoering van door structuurfondsen gefinancierde projecten. Zie in dit verband mijn vraag over de rechtsgrondslag. Het vierde lid geeft een beperking aan de omvang van de toekenning van bevoegdheden en van verplichtingen die tot doel hebben de algemene belangen van de staat of andere overheden te beschermen, zoals politieke en verordenende bevoegdheden. Uit het vierde lid lijken geen beperkingen te volgen om andere publiekrechtelijke bevoegdheden aan een EGTS over te dragen, te denken valt aan het verlenen van vergunningen, bijvoorbeeld een vestigingsvergunning voor bedrijven, of het verrichten van arbeidsbemiddeling en het nemen van administratieve beslissingen in dit kader. Wat is uw oordeel over deze ruime mogelijkheid tot bevoegdheidstoedeling? Indien overdracht van publiekrechtelijke bevoegdheden volgens de verordening mogelijk zou zijn, bestaat dan nog de mogelijkheid om een dergelijke overdracht door nationale deelnemende bestuursorganen op grond van het Nederlands recht te beperken of om instemming met deelname aan een EGTS op die grond te weigeren?
7. Artikel 10bis is een cruciaal artikel omdat het gaat over de rechtsbescherming van derden tegen handelingen of beslissingen van een EGTC. Wat betreft jurisdictie verwijst het artikel in de eerste plaats naar gemeenschapswetgeving en subsidiair naar de bevoegde rechter van de lidstaat waar de EGTC gevestigd is. Voor burgers geldt een andere regeling. Zij kunnen hun rechten op beroep tegen beslissingen van de openbare lichamen die leden zijn van een EGTC geldend maken volgens het eigen, nationale recht. De bevoegde rechter is in deze gevallen de rechter van de lidstaat van de burger. Het derde lid houdt geen rekening met de mogelijkheid dat een EGTC zelf beslissingen neemt die een burger kan raken. Omdat deze mogelijkheid niet uitgesloten is – zie mijn opmerkingen onder artikel 4 – is hier sprake van een onvolledigheid die alsnog geregeld zou moeten worden. Deelt u deze mening en zo ja, welk systeem van rechtsbescherming en rechtskeuze zou hierbij te prefereren zijn?
8. Hoewel het om een verordening gaat zullen er vrijwel zeker in ons wettelijk systeem aanpassingen aangebracht moeten worden om de verordening in ons rechtsbestel effectief te kunnen laten zijn. In artikel 11 wordt verondersteld dat de lidstaten de nodige voorzieningen hiervoor treffen. Het komt mij voor dat er een ruime termijn gegeven zou moeten worden om deze aanpassingen te treffen. Te denken valt aan een termijn van twee jaar. Deelt u deze observatie?

De afdeling toetst hierna eerst of de ontwerpverordening gebaseerd wordt op de juiste rechtsgrondslag en of zij voldoet aan het vereiste van subsidiariteit (vraag 1). Daarna maakt zij opmerkingen over de verhouding tussen de ontwerpverordening en het Nederlandse recht (vragen 2 tot en met 8). De vragen van de minister komen in dat betoog aan de orde. Vraag 7 behoeft geen beantwoording, omdat zij is achterhaald door de wijzigingen die na 21 december 2005 in de tekst van de ontwerpverordening zijn aangebracht.

B. Bestaande mogelijkheden voor grensoverschrijdende samenwerking

3. Multilateraal

In 1980 is binnen de Raad van Europa de Europese Kaderovereenkomst inzake grensoverschrijdende samenwerking tussen lagere overheden tot stand gekomen.¹ Negentien EU-lidstaten zijn partij bij dit verdrag.² Het verdrag bevat in zijn oorspronkelijke vorm geen substantiële verplichtingen voor staten, maar verschaft een groot aantal modellen voor verdragen, statuten en overeenkomsten, waarvan «territoriale gemeenschappen en autoriteiten» gebruik kunnen maken bij het vormgeven van grensoverschrijdende samenwerking. Het Aanvullend Protocol uit 1995 gaat een stap verder: het bepaalt dat de staten die partij zijn bij het verdrag het recht van territoriale gemeenschappen en autoriteiten om grensoverschrijdende samenwerkingsovereenkomsten te sluiten, dienen te erkennen en te eerbiedigen. Ook wordt deze gemeenschappen en autoriteiten het recht toegekend om lichamen voor grensoverschrijdende samenwerking, met of zonder rechtspersoonlijkheid, in het leven te roepen. Het verdrag geeft regels voor het toepasselijke recht en de rechtsbescherming.³ Tien EU-lidstaten zijn partij bij dit protocol.⁴ Protocol Nr. 2 breidt de werking van het Kaderverdrag en het Aanvullend Protocol uit tot gemeenschappen en autoriteiten die niet aan elkaar grenzen, en spreekt daarom niet van grensoverschrijdende, maar van interterritoriale samenwerking. Zeven EU-lidstaten zijn partij bij dit protocol.⁵

De afdeling is van oordeel dat de Kaderovereenkomst en de bijbehorende protocollen op zichzelf goede faciliteiten verschaffen voor grensoverschrijdende samenwerking, juist omdat deze een groot aantal varianten bieden en geen gedetailleerde verplichtingen aan de staten opleggen. Wel merkt zij op dat de betekenis van deze verdragen beperkt is, nu slechts een beperkt aantal EU-lidstaten partij is.

4. Bilateraal: Nederland

Veel Europese staten hebben, al dan niet in aanvulling op de Kaderovereenkomst van de Raad van Europa, bilaterale verdragen gesloten waarin aan decentrale overheden de bevoegdheid wordt toegekend om grensoverschrijdende samenwerking tot stand te brengen. Nederland heeft zulke verdragen gesloten met België en Luxemburg alsmede met Duitsland.

Het verdrag met Duitsland (waar ook de *Länder* Nedersaksen en Noordrijn-Westfalen partij bij zijn), doorgaans aangeduid als het Verdrag van Anholt, is grotendeels gemodelleerd naar de Nederlandse Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr). Het is aan Nederlandse kant van toepassing op provincies, gemeenten en bij gemeenschappelijke regeling ingestelde rechtspersonen, en onder omstandigheden ook op andere publiekrechtelijke rechtspersonen. De grensoverschrijdende gemeenschappelijke regelingen die op basis van dit verdrag worden gesloten, kunnen voorzien in de instelling van een openbaar lichaam of een gemeenschappelijk orgaan.⁶ Het verdrag met België en Luxemburg uit

¹ Madrid, 21 mei 1980, Trb.1980, 129.

² Geen partij zijn de EU-lidstaten België, Cyprus, Estland, Griekenland, Malta en het Verenigd Koninkrijk.

⁴ Duitsland, Frankrijk, Letland, Litouwen, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Slovenië, Slowakije en Zweden.

⁵ Duitsland, Litouwen, Luxemburg, Nederland, Slovenië, Slowakije en Zweden.

⁶ Isselburg-Anholt, 23 mei 1991, Trb.102.

1986, in 1998 aangevuld met een protocol, volgt grotendeels hetzelfde stramien als het Verdrag van Anholt.¹

Dit alles betekent dat Nederlandse provincies en gemeenten, en onder omstandigheden andere overheidslichamen, grensoverschrijdend kunnen samenwerken met hun tegenhangers in Duitsland, België en Luxemburg op vergelijkbare wijze als voorzien in de ontwerpverordening. Voor zover er beletselen zijn voor samenwerking zijn die in ieder geval niet van juridische aard.

C. Verhouding tot het Europese recht

5. Rechtsgrondslag

De minister heeft de vraag gesteld of er een voldoende rechtsgrondslag bestaat voor de ontwerpverordening: de maatregel vloeit niet voort uit een gemeenschapsoptreden; de ontwerpverordening schept alleen een faciliteit voor een optreden van telkens een beperkte groep lidstaten, zo meent hij.

Overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) moet de keuze van een rechtsgrondslag voor een communautaire regeling gebaseerd zijn op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn.² Daarbij worden onder «objectieve gegevens» vooral verstaan doel en inhoud van de regeling.³ Om te kunnen bepalen of een communautaire regeling op de juiste rechtsgrondslag is gebaseerd, kan echter niet alleen volstaan worden met deze objectieve gegevens. Er zal ook gelet moeten worden op de rechtsgrondslag in het verdrag zelf, nauwkeuriger: het bereik van de desbetreffende verdragsbepaling.

De ontwerpverordening kent als rechtsgrondslag artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag. Deze bepaling luidt sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice als volgt:

«Indien specifieke maatregelen buiten de fondsen [lees: structuurfondsen] om noodzakelijk blijken, kunnen zulke maatregelen, onverminderd de maatregelen waartoe in het kader van ander beleid van de Gemeenschap wordt besloten, door de Raad volgens de procedure van artikel 251 van het EG-Verdrag na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's worden vastgesteld.»

Om een communautaire regeling te kunnen baseren op deze bepaling, dient dus aan drie voorwaarden te worden voldaan:

- a. er moet sprake zijn van een *specifieke* maatregel;
- b. deze maatregel moet *buiten de structuurfondsen* om gaan;
- c. de maatregel moet *noodzakelijk* zijn met het oog op de harmonische ontwikkeling van de Gemeenschap (zie ook artikel 158 van het EG-Verdrag).

De vraag of de ontwerpverordening op de juiste rechtsgrondslag is gebaseerd, zal vooral beantwoord moeten worden aan de hand van deze drie voorwaarden.

a. Specifieke maatregel

De ontwerpverordening betreffende de oprichting van EGTS'en kan gekwalificeerd worden als een specifieke maatregel in de zin van artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag. Zij beoogt de grensoverschrijdende samenwerking te versterken met als uiteindelijke doel de economische en sociale samenhang binnen de Gemeenschap en de harmonische ontwikkeling van de Gemeenschap te verbeteren (zie artikel 158 van het EG-Verdrag). Het feit dat de oprichting van elke afzonderlijke EGTS een optreden is van een beperkte groep lidstaten, doet hieraan geen afbreuk.

¹ Brussel, 12 september 1986, Trb.160;

Brussel, 22 september 1998, Trb.261.

² Zie zaak 45/86, Commissie tegen Raad, Jur. 1987, bladzijde 1493.

³ Zie zaak C-300/89, Commissie tegen Raad (Titaandioxide), Jur. 1991, bladzijde I-2867.

Het in artikel 158 van het EG-Verdrag omschreven doel van het regionale beleid is immers een doel van de EU als zodanig; het EGTS-model is een faciliteit die beschikbaar is voor alle lidstaten. De verordening voldoet daarmee aan de eerste voorwaarde van artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag.

b. Buiten de structuurfondsen om

De ontwerpverordening maakt een onderscheid tussen enerzijds EGTS'en die handelen ter uitvoering van territoriale samenwerkingsprogramma's welke door de Gemeenschap worden medegefinancierd via één van de structuurfondsen, en anderzijds EGTS'en die handelen ter uitvoering van enige andere economische of sociale actie van territoriale samenwerking op initiatief van hun leden, al dan niet met een financiële bijdrage van de Gemeenschap.

Wat de handelingen van EGTS'en betreft die *niet* worden medegefinancierd via één van de structuurfondsen, geldt dat de ontwerpverordening een maatregel vormt die «buiten de structuurfondsen om» gaat. Voor zover de ontwerpverordening op deze handelingen ziet, kan zij gebaseerd worden op artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag.

Wat de handelingen van EGTS'en betreft ter uitvoering van territoriale samenwerkingsprogramma's die *wel* worden medegefinancierd via een van de structuurfondsen, ligt de zaak genuanceerder. Enerzijds kan betoogd worden dat in dat geval geen sprake is van een maatregel «buiten de fondsen om», omdat een EGTS handelt in het kader van de structuurfondsen. Anderzijds kan ook betoogd worden dat wel sprake is van een maatregel «buiten de fondsen om», omdat een EGTS geen deel uitmaakt van de structuurfondsen zelf.

Of de ontwerpverordening op het punt van de oprichting van EGTS'en die handelen ter uitvoering van territoriale samenwerkingsprogramma's die door de Gemeenschap worden medegefinancierd via een van de structuurfondsen, gebaseerd is op de juiste rechtsgrondslag, hangt met andere woorden af van de vraag hoe strikt men het vereiste «buiten de [structuur]fondsen om» interpreteert. Het HvJEG heeft zich tot op heden nog niet uitgesproken over deze vraag.¹ Vooralnog is de afdeling van oordeel dat in het geval van de ontwerpverordening het meeste gewicht toegekend moet worden aan de uitleg dat de verordening ook voor dit onderdeel «buiten de fondsen om» gaat. De afdeling heeft de volgende argumenten hiervoor.

De ontwerpverordening draagt bij aan de versterking van de economische en sociale samenhang binnen de Gemeenschap door opheffing van obstakels die in de weg staan aan grensoverschrijdende samenwerking. Het enkele feit dat een EGTS handelingen kan verrichten ter uitvoering van territoriale samenwerkingsprogramma's die door de Gemeenschap worden medegefinancierd via één van de structuurfondsen, doet geen afbreuk aan dit kenmerk van de ontwerpverordening.² Een EGTS zal een ondersteunende rol kunnen vervullen bij de uitvoering van territoriale samenwerkingsprogramma's die worden medegefinancierd via de structuurfondsen. Zij vormt geen onderdeel van de structuurfondsen zelf. Het is daarom in dit verband mogelijk de ontwerpverordening te baseren op artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag.

Zonder aan het bovenstaande af te doen wil de afdeling op een alternatieve mogelijkheid wijzen, namelijk de combinatie van de artikelen 159, derde alinea, en 162 van het EG-Verdrag. Deze combinatie heeft het voordeel dat zowel voor EGTS'en die handelen ter uitvoering van territoriale samenwerkingsprogramma's welke worden medegefinancierd via één van de structuurfondsen, als voor EGTS'en die geheel op hun eigen financiële benen staan een toereikende rechtsgrondslag wordt gevonden, namelijk artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag voor de eerste groep en artikel 162 van het EG-Verdrag voor de tweede groep. Beide bepalingen

¹ Tot op heden is slechts één maatregel vastgesteld op grond van artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag, te weten verordening 2012/2002 van de Raad van 11 november 2002 tot oprichting van het Solidariteitsfonds van de Europese Unie, Pb. 2002, L 311/3. Deze verordening is op twee rechtsgrondslagen gebaseerd (de artikelen 159, derde alinea, en 308 van het EG-Verdrag) en sluit samenloop met de structuurfondsen nadrukkelijk uit (zie artikel 6, tweede lid). Als gevolg hiervan heeft de vraag naar de interpretatie van artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag niet gespeeld.

² Zie in deze zin ook het «Avis du service juridique du conseil de l'Union Européenne», 25 november 2004, 15 253/04, paragrafen 15–16.

stemmen wat de besluitvormingsprocedures betreft (codecisie) grotendeels overeen. De enige uitzondering is de verwijzing ten aanzien van het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL), Afdeling Oriëntatie, in de tweede alinea van artikel 162 van het EG-Verdrag naar artikel 37 van het EG-Verdrag, omdat daarin geen codecisie maar slechts raadpleging van het Europees Parlement is voorzien. Het Titaandioxide-arrest van het HvJEG laat onder die omstandigheden geen dubbele rechtsgrondslag toe.¹ Dit probleem kan worden opgelost door het EOGFL, afdeling Oriëntatie, uit te zonderen van de fondsen waaruit de EGTS'en financiële steun kunnen verkrijgen, zodat op artikel 37 van het EG-Verdrag geen beroep hoeft te worden gedaan. Eventueel zou voor steun vanuit dit fonds op grond van artikel 37 van het EG-Verdrag een aanvullende verordening kunnen worden vastgesteld. Deze verordening zou, mits mede gebaseerd op artikel 308 van het EG-Verdrag, ook benut kunnen worden om de territoriale reikwijdte van de ontwerpverordening uit te breiden tot derde landen (zie punt 7).

c. Noodzakelijk met het oog op de harmonische ontwikkeling van de Gemeenschap

De ontwerpverordening beoogt de grensoverschrijdende samenwerking binnen de Gemeenschap te bevorderen door de oprichting van EGTS'en. De vraag is of dit een noodzakelijke maatregel betreft met het oog op de harmonische ontwikkeling van de Gemeenschap.

De Juridische Dienst van de Raad is van mening dat het aan de gemeenschapswetgever is om te bepalen of een maatregel als de ontwerpverordening noodzakelijk is met het oog op de harmonische ontwikkeling van de Gemeenschap; dit betreft een politieke keuze. Als de gemeenschapswetgever van oordeel is dat een maatregel, gericht op de versterking van de grensoverschrijdende samenwerking, bijdraagt aan de economische en sociale samenhang binnen de Gemeenschap, dan kan hij deze als noodzakelijk kwalificeren.²

De afdeling onderschrijft deze conclusie, maar voegt hieraan toe dat de beleidsruimte van de gemeenschapswetgever in dezen niet onbeperkt is. De gemeenschapswetgever dient bij het bepalen van de noodzakelijkheid van een maatregel met het oog op de harmonische ontwikkeling van de gemeenschap het subsidiariteitsbeginsel in acht te nemen (zie punt 6).³ Het HvJEG kan marginaal toetsen of de gemeenschapswetgever deze verplichting naleeft.⁴

6. Subsidiariteitsbeginsel

Het subsidiariteitsbeginsel houdt onder meer in dat de Gemeenschap, op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts kan optreden «indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt».⁵ De vraag is of de ontwerpverordening voldoet aan deze voorwaarde.

In het bij het Verdrag van Amsterdam behorende Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel zijn richtsnoeren opgenomen om na te gaan of aan de voorwaarden van subsidiariteit is voldaan. De volgende richtsnoeren kunnen volgens het Protocol worden gehanteerd om te bepalen of een regeling op gemeenschapsniveau noodzakelijk is:

- de betrokken kwestie heeft transnationale aspecten die door een optreden van de lidstaten niet bevredigend kunnen worden geregeld;
- het optreden van de lidstaten alleen of het niet optreden van de Gemeenschap zou in strijd zijn met de voorschriften van het Verdrag of

¹ Zie zaak C-300/89, Commissie tegen Raad (Titaandioxide), Jur. 1991, p. I-2867.

² Zie het «Avis du service juridique du conseil de l'Union Européenne», 25 november 2004, 15 253/04, paragraaf 14

³ Vergelijk artikel 308 van het EG-Verdrag. Zie ook R.H. van Ooik, De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie, Deventer: Kluwer 1999, bladzijden 72–73.

⁴ Zie de gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, Alliance for Natural Health e.a., n.n.g.

⁵ Artikel 5, tweede alinea, van het EG-Verdrag.

zou op een andere manier de belangen van de lidstaten aanzienlijk schaden;

- een optreden op communautair niveau zou vanwege de schaal of de gevolgen ervan duidelijk voordelen opleveren ten opzichte van nationaal optreden.¹

De ontwerpverordening heeft tot doel de grensoverschrijdende samenwerking binnen de gemeenschap te versterken met het oog op de harmonische ontwikkeling van en de versterking van de economische en sociale samenhang binnen de Gemeenschap. De ontwerpverordening realiseert deze doelstelling door de voorwaarden waaronder samenwerkingsacties ten uitvoer moeten worden gelegd, te verbeteren. Volgens de considerans ondervinden de lidstaten, en in het bijzonder de regio's en de plaatselijke overheden, aanzienlijke moeilijkheden om acties op het gebied van grensoverschrijdende, transnationale en interregionale samenwerking tot stand te brengen en te beheren in het kader van de verschillende nationale rechtsstelsels en procedures. De ontwerpverordening beoogt deze obstakels weg te nemen door de mogelijkheid te creëren van oprichting van EGTS'en. Volgens de ontwerpverordening bestaat een behoefte aan dit instrument van samenwerking om de volgende redenen:

- het aantal land- en zee grenzen van de Gemeenschap is als gevolg van de uitbreiding van de Gemeenschap in 2004 aanzienlijk toegenomen;
- de bestaande instrumenten voor communautaire samenwerking, zoals het Europese economische samenwerkingsverband, zijn in de periode 2000–2006 ontoereikend gebleken om een gestructureerde samenwerking tot stand te brengen, onder meer vanwege het feit dat meerdere rechtssystemen van toepassing waren op de acties van deze samenwerkingsverbanden;
- op grond van de structuurfondsverordeningen wordt (in de nabije toekomst) meer geld uitgetrokken voor Europese territoriale samenwerking;
- samenwerkingsverbanden in de vorm van internationale bilaterale en/of multilaterale overeenkomsten hebben onvoldoende resultaten geboekt, onder meer omdat zij directe werking ontberen in de nationale rechtsorde.²

Een met de subsidiariteitstoets vergelijkbare toetsing betreft de vraag op welk niveau een bepaald onderwerp het best kan worden behandeld als er op EU-overstijgend niveau aan dat onderwerp ook al aandacht wordt besteed.³ Zoals in punt 3 opgemerkt, is binnen de Raad van Europa een verdrag met twee protocollen inzake grensoverschrijdende samenwerking tot stand gekomen. De betekenis van die drie verdragen is echter betrekkelijk, nu slechts een beperkt aantal EU-lidstaten partij bij die verdragen is. De afdeling meent daarom dat de ontwerpverordening de toetsing ten opzichte van het

EU-overstijgend niveau kan doorstaan. In dit verband wijst de afdeling er wel op dat het Europees Parlement in zijn wetgevingsresolutie de volgende overweging wilde toevoegen aan de ontwerpverordening: «De Commissie dient te zorgen voor de synergie tussen deze verordening en het Aanvullend Protocol [nr.3 in de ontwerpversie] bij de Europese Kaderovereenkomst inzake grensoverschrijdende samenwerking tussen territoriale gemeenschappen of autoriteiten van de Raad van Europa voor wat de oprichting Groeperingen voor Euroregionale samenwerking (GES) betreft.»⁴ De Europese Commissie heeft dit amendement in haar gewijzigde voorstel van 7 maart 2006 niet overgenomen.

De afdeling is alles bijeengenomen van oordeel dat, als de ontwerpverordening in de huidige vorm wordt vastgesteld, de gemeenschaps-wetgever kan oordelen dat de ontwerpverordening nuttig en noodzakelijk is. Weliswaar verklaren genoemde argumenten niet volledig welke juridische beletselen in de weg staan aan initiatieven van bilaterale en multilaterale samenwerking (zie de punten 3 en 4), maar in

¹ Zie Protocol (nr.30) betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel, Pb. 1997, C 340/1.

² Zie de overwegingen 2–7 van de considerans van de ontwerpverordening; de Information note n° 57, zonder datum.

³ Voorlichting van afdeling II van de Raad van State aan de Minister van Buitenlandse Zaken inzake Europese regelgevende agentschappen (no.W02.05 0429/II/A) van 21 februari 2006, punt 5.

⁴ Zie amendement 10 van het verslag van het Europees Parlement over de ontwerpverordening, A6–0206/2005.

het licht van de jurisprudentie van het HvJEG (marginale toetsing van de subsidiariteit) moeten de argumenten als voldoende worden beschouwd voor het kunnen vaststellen van een regeling inzake grensoverschrijdende samenwerking op Gemeenschapsniveau.

7. Territoriale reikwijdte

Op grond van artikel 1, eerste lid, van de ontwerpverordening moet een EGTS worden opgericht op het grondgebied van de Gemeenschap;¹ instellingen van derde landen kunnen dus niet lid zijn. Systematisch ligt deze beperking niet voor de hand, aangezien het Europese beleid ter versterking van de economische en sociale samenhang niet beperkt is tot EU-lidstaten:² binnen het programma Interreg IIIB bestaat het samenwerkingsgebied Noordzee, behalve uit regio's in Nederland, Denemarken, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, België en Zweden, ook uit Noorse regio's. Het samenwerkingsgebied Noordwest-Europa, eveneens uit Interreg IIIB, omvat naast een aantal EU-regio's ook regio's uit Noorwegen en Zwitserland. Dat is ook niet onlogisch: grensoverschrijdende problemen houden niet op bij de buitengrens van de EU.³ Denemarken heeft voorgesteld de uitsluiting van derde landen te schrappen. Nederland zal zijn positie moeten bepalen. Vanuit een extern gericht Europees beleid ligt opheffing van deze beperking voor de hand. Er moet echter wel bedacht worden dat bij een keuze voor uitbreiding tot derde landen een nieuw probleem ontstaat met de rechtsgrondslag van de ontwerpverordening.

Om de ontwerpverordening van toepassing te kunnen laten zijn op derde landen, dient ze gebaseerd te worden op artikel 308 van het EG-Verdrag.⁴ Dit betekent dat een andere besluitvormingsprocedure gevolgd moet worden voor vaststelling van de verordening, namelijk besluitvorming door de Raad op basis van unanimititeit na raadpleging van het Europees Parlement. Zoals reeds is aangegeven volgt uit het arrest van het HvJEG in de zaak Titaandioxide, dat in geval van verschillende besluitvormingsprocedures bij dubbele rechtsgrondslagen, een gemeenschappelijke regeling niet op twee rechtsgrondslagen gebaseerd mag worden, wanneer dit afbreuk zou doen aan het democratisch gehalte van de procedure.⁵ Met andere woorden, in het concrete geval van de ontwerpverordening is een dubbele rechtsgrondslag van artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag en artikel 308 van het EG-Verdrag niet mogelijk. Als uitbreiding van de verordening tot derde landen wenselijk wordt geacht, moet er rekening mee worden gehouden dat dit niet mogelijk is op basis van artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag. Alleen een nieuwe verordening op basis van artikel 308 van het EG-Verdrag kan in die behoefte voorzien.

8. Conclusie

De ontwerpverordening kent als rechtsgrondslag artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag. De afdeling is van oordeel dat dit de juiste rechtsgrondslag is. De ontwerpverordening vormt een specifieke maatregel buiten de structuurfondsen om die noodzakelijk is met het oog op de bevordering van de harmonische ontwikkeling van de Gemeenschap. Dit oordeel zou anders luiden, indien de territoriale werkingsfeer van de verordening uitgebreid zou worden tot derde landen. De rechtsgrondslag van de ontwerpverordening zou dan wel ter discussie gesteld moeten worden, omdat het bereik van artikel 159, derde alinea, van het EG-Verdrag beperkt is tot de Gemeenschap.

¹ Artikel 1, eerste lid.

² Zie bijvoorbeeld ook COST (Cooperation Européenne dans le domaine de la recherche scientifique et technique), www.cost.esf.org.

³ Vergelijk artikel 164, aanhef en onder b, van het EG-Verdrag, waar derde landen en internationale organisaties uitdrukkelijk worden genoemd.

⁴ Vergelijk verordening 2012/2002 van de Raad van 11 november 2002 tot oprichting van het Solidariteitsfonds van de Europese Unie, Pb. 2002, L 311/3. Via artikel 308 van het EG-Verdrag kon deze verordening ook toegepast worden op sommige kandidaat-lidstaten.

⁵ Zie zaak C-300/89, Commissie tegen Raad (Titaandioxide), Jur.1991, bladzijde I-2867.

D. Verhouding tot het Nederlandse recht

9. Reikwijdte: deelnemers

Lid van een EGTS kunnen zijn:

- lidstaten,
- regionale autoriteiten,
- lokale autoriteiten,
- publiekrechtelijke instellingen, zoals omschreven in de Aanbestedingsrichtlijn (in bijlage I bij dit advies is opgenomen welke Nederlandse instellingen volgens opgave van de regering in ieder geval onder het begrip vallen).¹

De Nederlandse staat zal niet snel deelnemen aan grensoverschrijdende samenwerking binnen een EGTS; mocht dat wel gebeuren, dan zal dat niet snel constitutionele beletselen opleveren: de ontwerpverordening bepaalt dat een overheidsorgaan geen bevoegdheden aan een EGTS kan opdragen die het niet zelf heeft.² Ondenkbaar is dat overigens niet: het zou kunnen gaan om een zelfstandig bestuursorgaan dat geen eigen rechtspersoonlijkheid heeft, maar onderdeel uitmaakt van de rechtspersoon staat.

Regionale en lokale autoriteiten zijn in Nederland in de eerste plaats de besturen van provincies en gemeenten, maar het kan in beginsel ook gaan om de besturen van waterschappen, openbare lichamen in de zin van de Wgr, stadsdeelraden, en andere regionale, functionele samenwerkingsverbanden. Wat daar ook van zij, door de toevoeging «publiekrechtelijke instellingen» wordt duidelijk dat vrijwel *iedere* instantie die op enigerlei wijze belast is met openbaar gezag kan deelnemen aan een EGTS; het hoeft niet te gaan om een territoriaal georganiseerd openbaar lichaam. In dit verband kan – naast veel meer – gedacht worden aan bedrijfslichamen (pbo), zelfstandige bestuursorganen met rechtspersoonlijkheid³, en brandweerregio's. Of bij deze instanties op enig moment behoefte zal bestaan om deel te nemen aan een EGTS is niet op voorhand te zeggen, maar het is niet uit te sluiten.

De minister vraagt in zijn brief het oordeel van de afdeling over dit ruime begrip publiekrechtelijke instellingen; hij merkt op dat het moeilijk is een beperkter definitie te geven, omdat elke lidstaat zijn eigen systeem voor het creëren van overheidslichamen kent.

De afdeling deelt de opvatting van de minister, maar is desalniettemin van oordeel dat het niet onmogelijk is om een beperkter definitie te geven aan het begrip «publiekrechtelijke instellingen». Zo zou de verordening het aan de lidstaten kunnen overlaten om te bepalen welke soorten publiekrechtelijke instellingen deel kunnen nemen aan een EGTS. Andere mogelijkheden zouden kunnen zijn dat men voor het begrip «publiekrechtelijke instellingen» aansluiting zoekt bij het begrip overheidsorganen, genoemd in het Verdrag van Anholt en het Verdrag met België en Luxemburg, of dat men het begrip «publiekrechtelijke instellingen» beperkt tot die instellingen uit de Aanbestedingsrichtlijn die in navolging van de structuurfondsen sociaal economische doelstellingen nastreven.

Als vorenstaande aanpassingen van de ontwerpverordening in dit stadium van de onderhandelingen niet meer haalbaar zijn, zou Nederland nog kunnen voorstellen om een bijlage aan de verordening toe te voegen op basis waarvan bepaalde (categorieën) publiekrechtelijke instellingen uit de Aanbestedingsrichtlijn per lidstaat kunnen worden uitgezonderd van de reikwijdte van de verordening.⁴

10. Oprichting; toetsing door de lidstaat

Het initiatief voor het oprichten van een EGTS ligt bij de toekomstige leden. De leden sturen de ontwerpovereenkomst aan de lidstaat waarin zij zijn gevestigd. De lidstaten beoordelen of de in de ontwerpovereenkomst

¹ Artikel 2, eerste lid. Onder «publiekrechtelijke instelling» wordt in de Aanbestedingsrichtlijn verstaan iedere instelling:

a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,

b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en

c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidend of het toezichhoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

² Artikel 2bis, eerste lid.

³ Zelfstandige bestuursorganen zonder rechtspersoonlijkheid maken deel uit van de Staat. Dat betekent dat de Staat formeel medeoprichter is.

⁴ Vergelijk bijlage II van verordening 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, Pb. 1971, L 149/2.

genoemde taken in overeenstemming met de verordening zijn en of die taken binnen de bevoegdheden van de leden vallen. Als de lidstaten na twee maanden niet hebben gereageerd, wordt de ontwerpovereenkomst geacht te zijn goedgekeurd.¹

Deze bepaling komt er feitelijk op neer dat de in het vorige punt genoemde autoriteiten (provincies, gemeenten en publiekrechtelijke instellingen in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn) vrij zullen zijn om een EGTS op te richten.

Wellicht de belangrijkste deelnemers aan een EGTS zullen provincies en gemeenten zijn. In lijn met hun constitutionele positie² behoeven zij geen goedkeuring van het Rijk voor het aangaan van zo'n regeling,³ ook niet als het gaat om grensoverschrijdende samenwerking, zoals blijkt uit de (hier voor besproken) verdragen met Duitsland en de Beneluxlanden. De ontwerpverordening geeft op dit punt geen problemen.

Voor de overige publiekrechtelijke instellingen, die nu de bevoegdheid krijgen een EGTS op te richten, is het minder eenvoudig om de gevolgen van de ontwerpverordening in kaart te brengen. Per geval zal moeten worden nagegaan of deze organen thans bevoegd zijn een samenwerkingsverband aan te gaan; het antwoord op die vraag zal niet altijd eenvoudig te verkrijgen zijn, omdat bij de instelling van zulke organen meestal niet specifiek over deze vraag zal zijn nagedacht.

- In die gevallen waarin die bevoegdheid bestaat, en goedkeuring van het Rijk niet vereist is, geeft de ontwerpverordening geen problemen.
- In gevallen waarin die bevoegdheid bestaat, en goedkeuring van het Rijk (of van een ander toezichthoudend orgaan) wel vereist is, brengt de ontwerpverordening wijziging in de in Nederland geldende verdeling van bevoegdheden, verantwoordelijkheden en verantwoordingsrelaties (in het bijzonder tussen ministers en Staten-Generaal), omdat zij het goedkeuringsvereiste schrapt.
- In gevallen waarin het orgaan *niet* bevoegd is, brengt de ontwerpverordening eveneens verandering in de bestaande verdeling van bevoegdheden, verantwoordelijkheden en verantwoordingsrelaties, omdat voor deze gevallen een bevoegdheid moet worden gecreëerd.

De Commissie heeft na 7 maart 2006 aan de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiger een (niet openbaar) tekstvoorstel voorgelegd, waarin de lidstaat kan weigeren een voorstel tot oprichting van een EGTS goed te keuren «on grounds of public policy, public security, public health and public morality», waarmee beoogd wordt aan te sluiten bij de verdragsbepalingen die betrekking hebben op algemene belangen die de lidstaten kunnen invoeren om het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal uit te sluiten. Welke rol dit voorstel zal spelen is onzeker, maar de afdeling bespreekt dit voorstel, omdat het kan helpen de gedachten te bepalen.

De criteria die de Commissie in dit voorstel heeft genoemd, geven de lidstaat meer greep op publiekrechtelijke instellingen, maar betekenen wel dat de toetsingsbevoegdheid van lidstaten ten opzichte van hun eigen instellingen Europeesrechtelijk wordt ingekleurd.

De minister wilde, op basis van een eerdere versie van de ontwerpverordening, weten of de daarin genoemde toetsingscriteria toetsing aan het algemeen belang toelieten. Toetsing aan het algemeen belang in het kader van de onthouding van goedkeuring is een beleidstoetsing – en dus ruimer dan rechtmatigheidstoetsing – maar veronderstelt een terughoudendheid, omdat het toezichthoudende bestuursorgaan niet de verantwoordelijkheid van het besluitnemende bestuursorgaan behoort over te nemen. Het criterium houdt dus geen *inhoudelijke* beperking in; de voorgestelde formulering doet dat wel enigszins.

De afdeling is van oordeel dat er, gelet op de doelstelling van de ontwerpverordening en het vrijwillige karakter daarvan, geen bezwaar tegen bestaat om de vraag of, en zo ja hoe, een oprichtingsbesluit wordt getoetst over te laten aan het nationale recht van de lidstaten zelf. Vanuit

¹ Artikel 2bis, eerste lid.

² Artikel 124, eerste lid, van de Grondwet.

³ Artikel 1 Wgr voor gemeenschappelijke regelingen tussen gemeenten en de daarmee corresponderende bepalingen in de Wgr voor andere gemeenschappelijke regelingen.

het Nederlandse recht verdient dat de voorkeur. Tevens verdient het aanbeveling om als criterium voor toetsing niet de term «public policy, public security, public health and public morality» te gebruiken, maar de term «eerbiediging van het constitutionele bestel van de desbetreffende lidstaat». Dit sluit aan bij de jurisprudentie van het HvJEG over interne bevoegdheidsverdeling en is meer in overeenstemming met de bedoeling van het tekstvoorstel van de Commissie.¹

11. Taken

In de ontwerpverordening wordt consequent gesproken over *taken van een EGTS, niet van bevoegdheden*. Volgens de Commissie heeft dit als strekking dat een EGTS geen publiekrechtelijke bevoegdheden kan uitoefenen maar slechts uitvoerend optreedt namens haar leden.²

Er is hier een verschil tussen het formele en het feitelijke. Ook al heeft een EGTS formeel geen eigen bevoegdheden, de feitelijke situatie zal al snel anders zijn. De EGTS zal het aanspreekpunt zijn voor Europese subsidies. De formele besluitvorming door het collectief van de leden van de EGTS zal feitelijk worden voorbereid door de organisatie van de EGTS. Dat kan een eigen dynamiek scheppen. Dat relativeert het gemaakte onderscheid tussen bevoegdheden en taken.

De ontwerpverordening bepaalt dat de aan de EGTS toevertrouwde taken niet de uitoefening mogen betreffen van taken van openbaar gezag die bedoeld zijn om de algemene belangen van de staat of andere overheden te beschermen, zoals politietaken en regelgevende taken.³ Met de woorden «de uitoefening van taken van openbaar gezag ... die bedoeld zijn om de algemene belangen van de staat of andere overheden te beschermen, zoals politietaken en regelgevende taken» is kennelijk bedoeld wezenlijke bevoegdheden te omschrijven, die niet mogen worden uitgevoerd door EGTS'en.

De minister heeft in dit verband gevraagd of een EGTS bijvoorbeeld de taak kan krijgen vergunningen te verlenen. De formulering «taken van openbaar gezag die bedoeld zijn om de algemene belangen van de staat of andere overheden te beschermen» is vaag en daardoor niet erg bruikbaar, maar deze formulering sluit niet uit dat een EGTS namens haar leden de verlening van vergunningen gaat uitvoeren. Het verdient aanbeveling te streven naar aanscherping van de formulering. Ook kan het nuttig zijn om de opsomming van voorbeelden («zoals politietaken en regelgevende taken») uit te breiden, bijvoorbeeld – desgewenst – met de verlening van vergunningen.

12. Structuur

Op de EGTS zijn van toepassing: de verordening, de oprichtings-overeenkomst en de statuten, alsmede het nationale recht van de lidstaat waarin de EGTS is gevestigd.⁴ De EGTS heeft rechtspersoonlijkheid en moet de ruimste handelingsbevoegdheid hebben volgens het nationale recht van de lidstaat van vestiging. Zij moet in het bijzonder roerende en onroerende goederen kunnen verkrijgen en in rechte kunnen optreden.⁵

- a. De minister vraagt of deze bepaling betekent dat een EGTS die in Nederland is gevestigd, in Nederland een rechtspersoon naar publiek recht is. De afdeling meent dat dat het geval is. De formulering «De EGTS bezit rechtspersoonlijkheid» in artikel 1, derde lid, van de ontwerpverordening betekent dat de EGTS haar rechtspersoonlijkheid rechtstreeks ontleent aan de verordening. Op grond hiervan is sprake van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht, die beschikt over volledige

¹ Zie gevoegde zaken 51 tot 54/71, International Fruit Company, Jur.1971, bladzijde 1107.

² Information note n° 57, zonder datum; toelichting op de ontwerpverordening, onder «Follow-up van de wijzigingen van het Europees Parlement, vierde tekstblok.

³ Artikel 3, vijfde lid.

⁴ Artikel 1bis, eerste lid.

⁵ Artikel 1, derde lid.

rechtspersoonlijkheid. De privaatrechtelijke bevoegdheden van de EGTS zijn in artikel 1, derde lid, van de ontwerpverordening voldoende uitgeschreven. Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek is naar het oordeel van de afdeling niet nodig, zo min als dat nodig is geweest in verband met de toekenning van rechtspersoonlijkheid van de Europese Gemeenschap, geregeld in artikel 282 van het EG-Verdrag.

- b. Uit artikel 1bis volgt, zo stelt de minister, dat de rechtspositie van medewerkers van een EGTS wordt beheerst door het recht van de staat waarin de EGTS is gevestigd. De minister vraagt hoe dit zich verhoudt tot het (Nederlands) internationaal privaatrecht, waaronder verdragen zoals het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO).¹

Het EVO bevat voornamelijk regelend recht; dat laat op zichzelf ruimte voor een Europese verordening die dwingende regels vastlegt.² Voor arbeidsovereenkomsten bevat het verdrag wel een dwingende bepaling: een werknemer kan niet bij overeenkomst de bescherming verliezen van dwingende bepalingen van, onder meer, het recht van het land waarin zijn werkgever is gevestigd.³ Het EVO verzet zich dus niet tegen de ontwerpverordening. De ontwerpverordening is voorts op dit punt in overeenstemming met artikel 2 van de Wet conflictenrecht corporaties.

De afdeling meent dat het Nederlands internationaal privaatrecht geen problemen oplevert, mocht de ontwerpverordening tot stand komen.

13. Gevolgen voor Nederlandse wetgeving

De ontwerpverordening treedt in werking op de twintigste dag na bekendmaking in het Publicatieblad. De minister vraagt in zijn brief of de verordening niet zou moeten voorzien in een ruime termijn van inwerkingtreding van bijvoorbeeld twee jaar, nu de verordening vrijwel zeker zal noodzaken tot aanpassingen in de Nederlandse regelgeving.

Aanpassing in de Nederlandse wetgeving is noodzakelijk op twee punten:

- waar de bevoegdheid van publiekrechtelijke instellingen in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn om lid te worden van een EGTS nu is uitgesloten, moet dat verbod worden geschrapt;⁴
- de toetsing door het Rijk van een besluit van een provincie, gemeente of publiekrechtelijke instelling om van een EGTS lid te worden (procedure, criteria) zal moeten worden geschrapt of afgestemd op de ontwerpverordening.

Per geval zal moeten worden onderzocht of de bestaande regeling in overeenstemming is met, of althans niet in strijd is met, de ontwerpverordening. Gezien het grote aantal publiekrechtelijke instellingen, de onzekerheid van het begrip «publiekrechtelijke instellingen» en de diversiteit in de structuur en toezichtsrelaties van deze instellingen is deze aanpassingsoperatie niet gering. De afdeling meent dan ook dat inwerkingtreding na twintig dagen daarvoor te weinig tijd biedt.

14. Conclusie

De ontwerpverordening voorziet in een rechtsfiguur die tot stand kan worden gebracht door «publiekrechtelijke instellingen». Voor zover het gaat om provincies en gemeenten is dat, gezien vanuit het Nederlandse recht, geen enkel probleem. Voor de zeer ruime categorie van andere publiekrechtelijke instellingen kan het dat soms wel zijn. Het voorstel brengt wellicht wijziging in de bevoegdheids-, toezichts- en verantwoordelijkheidsrelaties die in Nederland bestaan.

Het effect daarvan wordt enigszins gemitigeerd doordat een EGTS formeel slechts taken uitvoert en geen bevoegdheden heeft. Enigszins, omdat het louter bestaat van een EGTS die activiteiten ontplooit,

¹ Rome, 19 juni 1980, Trb. 156.

² Artikel 3 EVO.

³ Artikel 6 EVO.

⁴ Met een verordening strijdige nationale bepalingen dienen immers te worden aangepast; zie punt 10, het derde gedachte-streepje.

gevolgen kan hebben die met de formele verhoudingen nauwelijks verband houden.

De afdeling meent daarom dat Nederland, al dan niet in combinatie, de volgende stappen zou kunnen nemen:

- ernaar streven om het begrip publiekrechtelijke instellingen in te perken (zie conclusie bij punt 9);
- ervoor pleiten om in de ontwerpverordening het criterium «eerbiediging van het constitutionele bestel van de desbetreffende lidstaat» op te nemen als criterium voor toetsing van een besluit tot oprichting van, of toetreding tot, een EGTS aan het nationale recht (zie conclusie bij punt 10);
- ernaar streven om de opsomming van taken die niet kunnen worden uitgeoefend door een EGTS uit te breiden (zie conclusie bij punt 11);
- ervoor pleiten om de termijn van inwerkingtreding te verruimen (zie conclusie bij punt 13).

15. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage II.

Tegen openbaarmaking van deze voorlichting bestaat bij de Raad van State geen bezwaar.

Bijlage I. Nederlandse publiekrechtelijke instellingen in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn

De lidstaten hebben bij de totstandkoming van de Aanbestedingsrichtlijn een niet-limitatieve lijst opgesteld van publiekrechtelijke instellingen in de zin van die richtlijn. Zij moeten de Commissie periodiek in kennis stellen van wijzigingen.¹ De lijst, zoals opgenomen bij de richtlijn, vermeldt voor Nederland:

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

- Nederlands Instituut voor Brandweer en rampenbestrijding (NIBRA)
- Nederlands Bureau Brandweer Examens (NBBE)
- Landelijk Selectie- en Opleidingsinstituut Politie (LSOP)
- 25 afzonderlijke politieregio's
- Stichting ICTU

Ministerie van Economische Zaken

- Stichting Syntens
- Van Swinden Laboratorium B.V.
- Nederlands Meetinstituut B.V.
- Instituut voor Vliegtuigontwikkeling en Ruimtevaart (NIVR)
- Stichting Toerisme Recreatie Nederland (TRN)
- Samenwerkingsverband Noord-Nederland (SNN)
- Gelderse Ontwikkelingsmaatschappij (GOM)
- Overijsselse Ontwikkelingsmaatschappij (OOM)
- LIOF (Limburg Investment Development Company LIOF)
- Noordelijke Ontwikkelingsmaatschappij (NOM)
- Brabantse Ontwikkelingsmaatschappij (BOM)
- Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit

Ministerie van Financiën

- De Nederlandsche Bank N.V.
- Autoriteit Financiële Markten
- Pensioen- & Verzekeringskamer

Ministerie van Justitie

- Stichting Reclassering Nederland (SRN)
- Stichting VEDIVO
- Voogdij- en gezinsvoogdij-instellingen
- Stichting Halt Nederland (SHN)
- Particuliere Internaten
- Particuliere Jeugdinstellingen
- Schadefonds Geweldd misdrijven
- Centraal orgaan Opvang Asielzoekers (COA)
- Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (LBIO)
- Landelijke organisaties slachtofferhulp
- Bescherming Persoonsgegevens
- Stichting Studiecentrum Rechtspleging (SSR)
- Raden voor de Rechtsbijstand
- Stichting Rechtsbijstand Asiel
- Stichtingen Rechtsbijstand
- Landelijk Bureau Racismebestrijding (LBR)
- Clara Wichmaninstituut
- Tolkencentra

¹ Artikel 1, negende lid, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEU 2004, L134.

Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij

- Bureau Beheer Landbouwgronden
- Faunafonds
- Staatsbosbeheer
- Stichting Voorlichtingsbureau voor de Voeding
- Universiteit Wageningen
- Stichting DLO
- (Hoofd)productschappen

Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen

A. Algemene omschrijvingen

- de openbare of uit de openbare kas bekostigde bijzondere scholen voor basisonderwijs in de zin van de Wet op het primair onderwijs
- de openbare of uit de openbare kas bekostigde scholen voor speciaal onderwijs, voortgezet speciaal onderwijs, dan wel instellingen voor speciaal en voortgezet onderwijs in de zin van de Wet op de expertisecentra
- de openbare of uit de openbare kas bekostigde bijzondere scholen of inrichtingen voor voortgezet onderwijs in de zin van de Wet op het Voortgezet Onderwijs
- de openbare of uit de openbare kas bekostigde bijzondere instellingen in de zin van de Wet Educatie en Beroepsonderwijs
- de openbare of uit de openbare kas bekostigde bijzondere scholen in de zin van de Experimentenwet Onderwijs
- de bekostigde universiteiten en hogescholen, de Open Universiteit, en de academische ziekenhuizen, bedoeld in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, alsmede de instellingen voor internationaal onderwijs voorzover zij voor meer dan 50% van overheidswege worden bekostigd Wetenschappelijk Onderzoek
- schoolbegeleidingsdiensten in de zin van de Wet op het primair onderwijs of de Wet op de expertisecentra
- landelijke pedagogische centra in de zin van de Wet subsidiëring landelijke onderwijsondersteunende activiteiten
- omroepverenigingen als bedoeld in de Mediawet
- fondsen als bedoeld in de Wet op het Specifiek Cultuurbeleid
- landelijke organen voor het beroepsonderwijs
- stichtingen als bedoeld in de Wet Verzelfstandiging Rijksmuseum Diensten
- overige musea, die voor meer dan 50% door OCenW worden bekostigd
- overige organisaties en instellingen op het terrein van onderwijs, cultuur en wetenschappen die voor meer dan 50% door OcenW worden bekostigd

B. Nominatieve opsomming

- Informatie Beheer Groep
- Stichting Participatiefonds voor het onderwijs
- Stichting Uitvoering Kinderopvangregelingen/Kintent
- Stichting voor Vluchteling-Studenten UAF
- Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen
- Nederlandse organisatie voor internationale samenwerking in het hoger onderwijs (Nuffic)
- Stichting Nederlands Interdisciplinair Demografisch Instituut
- Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek
- Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek
- College van Beroep voor het hoger Onderwijs
- Vereniging van openbare bibliotheken NBLC

- Koninklijke Bibliotheek
- Stichting Muziek Centrum van de Omroep
- Stichting Ether Reclame
- Stichting Radio Nederland Wereldomroep
- Nederlandse Programmastichting
- Nederlandse Omroepstichting
- Commissariaat voor de Media
- Stichting Stimuleringsfonds Nederlandse Culturele Omroepproducties
- Stichting Lezen
- Dienst Omroepbijdragen
- Centrum voor innovatie en opleidingen
- Bedrijfsfonds voor de Pers
- Centrum voor innovatie van opleidingen
- Instituut voor Toetsontwikkeling (Cito)
- Instituut voor Leerplanontwikkeling
- Landelijk Dienstverlenend Centrum voor studie- en beroepskeuzevoorlichting
- Max Goote Kenniscentrum voor Beroepsonderwijs en Volwasseneneducatie
- Stichting Vervangingsfonds en Bedrijfsgezondheidszorg voor het Onderwijs
- BVE-Raad
- Colo, Vereniging kenniscentra beroepsonderwijs bedrijfsleven
- Stichting kwaliteitscentrum examinering beroepsonderwijs
- Vereniging Jongerenorganisatie Beroepsonderwijs
- Combo, Stichting Combinatie Onderwijsorganisatie
- Stichting Financiering Struktureel Vakbondsverlof Onderwijs
- Stichting Samenwerkende Centrales in het COPWO
- Stichting SoFoKles
- Europees Platform
- Stichting mobiliteitsfonds HBO
- Nederlands Audiovisueel Archiefcentrum
- Stichting minderheden Televisie Nederland
- Stichting omroep allochtonen
- Stichting Multiculturele Activiteiten Utrecht
- School der Poëzie
- Nederlands Perscentrum
- Nederlands Letterkundig Museum en documentatiecentrum
- Bibliotheek voor varenden
- Christelijke bibliotheek voor blinden en slechtzienden
- Federatie van Nederlandse Blindenbibliotheken
- Nederlandse luister- en braillebibliotheek
- Federatie Slechtzienden- en Blindenbelang
- Bibliotheek Le Sage Ten Broek
- Doe Maar Dicht Maar
- ElHizra
- Fonds Bijzondere Journalistieke Projecten
- Fund for Central and East European Bookprojects
- Jongeren Onderwijs Media

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

- Sociale Verzekeringsbank
- Arbeidsvoorzieningsorganisatie
- Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers
- Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer
- Sociaal Economische Raad (SER)
- Raad voor Werk en Inkomen (RWI)

- Centrale organisatie voor werk en inkomen
- Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen

Ministerie van Verkeer en Waterstaat

- RDW Voertuig informatie en toelating
- Luchtverkeersbeveiligingsorganisatie (LVB)
- Nederlandse Loodsencorporatie (NLC)
- Regionale Loodsencorporatie (RLC)

Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu

- Kadaster
- Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting
- Stichting Bureau Architectenregister

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

- Commissie Algemene Oorlogsongevallenregeling Indonesië (COAR)
- College ter beoordeling van de Geneesmiddelen (CBG)
- Commissies voor gebiedsaanwijzing
- College sanering Ziekenhuisvoorzieningen
- Zorgonderzoek Nederland (ZON)
- Keuringsinstellingen Wet medische hulpmiddelen:
- N.V. KEMA/Stichting TNO Certification
- College Bouw Ziekenhuisvoorzieningen (CBZ)
- College voor Zorgverzekeringen (CVZ)
- Nationaal Comité 4 en 5 mei
- Pensioen- en Uitkeringsraad (PUR)
- College Tarieven Gezondheidszorg (CTG)
- Stichting Uitvoering Omslagregeling Wet op de Toegang Ziektekostenverzekering (SUO)
- Stichting tot bevordering van de Volksgezondheid en Milieuhygiëne (SVM)
- Stichting Facilitair Bureau Gemachtigden Bouw VWS
- Stichting Sanguin Bloedvoorziening
- College van Toezicht op de Zorgverzekeringen organen ex artikel 14, lid 2c, Wet BIG
- Ziekenfondsen
- Nederlandse Transplantatiestichting (NTS)
- Regionale Indicatieorganen (RIO's)

Bijlage II bij het advies van de Raad van State met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In de ontwerpverordening is strikt onderscheid gemaakt tussen bevoegdheden en taken: aan een Europese groeperingen voor territoriale samenwerking (EGTS) kunnen formeel geen bevoegdheden worden toegekend, zij handelt slechts namens haar leden. In de toelichting van de Commissie is deze terminologie nog niet verwerkt. Streven naar aanpassing van de toelichting.
- Als een lidstaat meent dat de in de ontwerpovereenkomst genoemde taken niet in overeenstemming zijn met de verordening of niet binnen de bevoegdheden vallen van die leden die op haar grondgebied zijn gevestigd, doet hij de leden een verklaring met de redenen daarvoor toekomen (artikel 2bis, eerste lid). Niet geregeld is wat het rechtsgevolg daarvan is. De Commissie verzoeken de tekst te verduidelijken.
- De ontwerpverordening regelt niets over de beëindiging van een EGTS of van het lidmaatschap van een EGTS. De Commissie verzoeken de tekst aan te vullen.