



The Future of the European Union

Edited by C. Stolte / T. Buruma / R. Runhardt / F. Smits

The Future of the European Union



SIB Leiden

De Leidse Studentenvereniging voor Internationale Betrekkingen (SIB Leiden) werd opgericht in 1947 en heeft tot doel haar leden actief te betrekken bij de wereld van Internationale Betrekkingen en Diplomatie. De SIB is de officiële jongerenvereniging van de Verenigde Naties in Nederland. De vereniging is politiek neutraal, maar onderschrijft het Handvest der Verenigde Naties.

Meer informatie:
www.sibleiden.nl



Copyright 2008 by the individual authors

Published by Sidestone Press, Leiden

Hardcopies available at www.sidestone.com

Sidestone registration number: SSP34150001

ISBN 978-90-8890-011-2

Layout and cover design by Sidestone Press

The Future of the European Union

Different aspects of the EU as discussed during the SIB Leiden Conference 2007

Onder redactie van:

Carolien Stolte

Tamara Buruma

Rosa Runhardt

Femke Smits

SIB Leiden

Inhoudsopgave

Voorwoord	7
<i>Red. C.M. Stolte, T.M.D. Buruma, F.M. Smits, R.W. Runhardt</i>	
Algemeen	
The Future of the European Union	13
<i>M.J.M. Verhagen</i>	
The European Union 2005-2008: Crisis, impasse or renewed progress?	19
<i>H.O. Ruding</i>	
Democratie en Legitimiteit	
Europese Regelzucht	25
<i>A.W. Bos</i>	
Some Constitutional Reflections	39
<i>L. Siedentop</i>	
Internationale betrekkingen	
EU Energy Policy: The conflict between an internal liberalisation agenda and external security of supply	45
<i>E.H. Faber van der Meulen</i>	
The Future of European Security	59
<i>R.D. Praaning Prawira Adiningrat</i>	
Recht	
De abnormaal lage inschrijving vanuit de positie van de aanbestedende dienst op grond van het Europese recht	69
<i>A.M.B. Chao</i>	
De Ontwikkeling van het Mededingingsrecht in de EG en Nederland	81
<i>P.J. Slot</i>	
Conclusie	
Er is weer een verhaal nodig bij Europa in de Nederlandse politiek	93
<i>S.P. van der Vaart</i>	

Voorwoord van de redactie

Op 29 november 2007 organiseerde SIB Leiden in het kader van haar twaalfde lustrum een congres over de toekomst van de Europese Integratie. De bedoeling van dit congres was om zoveel mogelijk mensen – studenten, jonge academici en professionals – in debat te laten treden met een keur aan prominente internationale academici en politici over de toekomst van de Europese Unie. En hoewel het congresprogramma grofweg was in te delen in een juridische en een politicologische component, kwam er een nog breder scala onderwerpen aan bod. De SIB richtte zich dus op een breed publiek, hetgeen een ieder die de vereniging kent geenszins zal verbazen. Hoewel de vereniging van oudsher gedomineerd wordt door rechtenstudenten, is de samenstelling ten tijde van haar 60ste verjaardag meer gevarieerd. Het omvangrijke ledenbestand bestaat inmiddels uit juristen, politicologen, historici, sociologen en nog vele disciplines meer. Al deze leden zijn het kloppend hart van de vereniging, geven richting aan activiteiten en discussies, en vormen haar van jaar tot jaar: het lustrum bood dan ook de gelegenheid bij uitstek om de interdisciplinariteit van de SIB tot het uiterste te benutten.

Maar net zoals de leden de vereniging vormen, geldt dit evengoed andersom. Het oudste en voornaamste bestaansrecht van de vereniging is immers nog altijd, om haar leden uitgebreid kennis te laten maken met, en te informeren over, de wereld van de Internationale Betrekkingen. Zo vormt de vereniging haar leden. In de beginjaren kwam dit tot uiting in een mondiale oriëntatie en een sterke focus op de Verenigde Naties – de SIB droeg dan ook de naam ‘Nederlandse Studentenvereniging voor Wereldrechtsorde’, en is zelfs eerst nog in 1947 enkele maanden door het leven gegaan als ‘Nederlandse Studentenvereniging voor Federale Wereldregering’. Ook hier geldt, dat er de afgelopen 60 jaar grote veranderingen zijn opgetreden. De impact van Europa is enorm, en de Europese Unie is al geruime tijd niet meer weg te denken uit het internationaal bestel. De Europese Unie is ‘groot’ geworden – in verschillende betekenissen van het woord. Dit neemt niet weg dat de EU nog steeds groeit, en verandert. Dat is een belangrijk gegeven, maar de congrescommissie van de SIB moest constateren dat hierover in Nederland onvoldoende diepgaand discussie wordt gevoerd. Hoewel de problemen rond de Grondwet voor Europa toch voldoende stof gaven tot het doornemen van verschillende scenario’s voor de EU, kwam er geen betekenisvol debat op gang. Hoog tijd dus, om daar verandering in te brengen! Dit was de uitdaging die de SIB voor haar 60ste verjaardag besloot aan te gaan.

Nu het succes van het Congres ‘The Future of the European Union’ inmiddels alweer een half jaar achter ons ligt, is er voldoende gelegenheid om het resultaat van de discussie op te tekenen. Met groot enthousiasme werd besloten tot het publiceren van een congresbundel. Deze valt in vier delen uiteen, zoals ook het congres verschillende aspecten van de EU

belichtte. Allereerst blikken de heren Verhagen en Ruding vooruit op de Europese Unie na het Lissabon Verdrag. Het Ierse 'nee' is hier nog niet in meegenomen. De volgende twee bijdragen houden de Europese legitimiteit kritisch tegen het licht. Arwin Bos geeft een overzicht van huidige initiatieven om de regelvloed vanuit Europa terug te dringen, waarna de heer Siedentop een meer filosofische beschouwing op de democratische basis van de Unie geeft. Na deze interne uitdagingen voor Europa wordt in de volgende twee artikelen ingegaan op de grootste externe uitdagingen die Europa te wachten staan. Evert Faber van der Meulen plaatst enkele kritische noten bij het huidige Europese energiebeleid. De heer Praaning bespreekt vervolgens enkele veiligheidsvraagstukken tegen de achtergrond van veranderende machtsverhoudingen. Het vierde en laatste onderdeel gaat in op twee rechtsgebieden die in grote mate op Europees niveau worden gevormd. Andrea Chao bespreekt het aanbestedingsrecht bij abnormaal lage inschrijvingen, terwijl de heer Slot een overzicht geeft van het mededingingsrecht en de wijze waarop Europa en Nederland elkaar daarin beïnvloed hebben. Tot slot breekt de heer Van der Vaart in zijn conclusie een lans voor een grotere betrokkenheid van Europa bij de burger en vice versa. Het Ierse 'nee' is een extra bevestiging van de noodzaak hiertoe.

Wij hebben getracht om met deze bundel de open sfeer en interdisciplinariteit van zowel de SIB als het Congres eer aan te doen:

Daarom vindt u in deze bundel bijdragen van studenten naast bijdragen van politici, academici en andere professionals, en is het boek ook nadrukkelijk voor hen allen bedoeld.

Daarom zijn er bijdragen van zowel inhoudelijke als meer opiniërende aard, en zijn wetenschappelijke bijdragen naast essays geplaatst om de discussie te stimuleren.

Daarom is het boek dat voor u ligt tweetalig.

En daarom is deze bundel een gezamenlijke inspanning. De redactie wil dan ook dank uitspreken voor de grote bereidheid waarmee bijdragen zijn geleverd, zowel van key-note speakers op het congres als van onze eigen leden. Ook danken wij onze hoofdsponsors Loyens & Loeff en PA Europe voor hun steun en betrokkenheid bij de SIB. En uiteraard gaat onze dank tevens uit naar de congrescommissie, die immers de basis heeft weten te leggen voor deze discussie. Tot slot spreken wij de hoop uit, dat het harde werk, het publieke debat, de juridische argumenteringen, de filosofische bespiegelingen en de dappere standpunten die allen in deze bundel besloten liggen, nog lang zullen bijdragen aan een diepgaand debat over de Europese Unie. Dat de SIB zich op weg naar volgende lustra nog lang mag verheugen in zulke belangstelling en enthousiasme!

De Redactie

Over de redactie

Carolien Stolte was voorzitter van SIB Leiden in 2004;
Tamara Buruma was voorzitter van SIB Leiden in 2005;
Rosa Runhardt was secretaris van SIB Leiden in 2007;
Femke Smits was secretaris van SIB Leiden in 2008.

Email: bestuur@sibleiden.nl

Algemeen

General

The Future of the European Union

Maxime Verhagen

Opening speech at the conference 'The Future of the European Union' organised by the Dutch United Nations Student Association (SIB-Leiden), Leiden, 29 November 2007.

Mr Van der Vaart, ladies and gentlemen,

Thank you for inviting me here today. I would like to compliment the Leiden chapter of the Dutch United Nations Student Association for organising this conference on the future of the European Union. As you probably know, the French put forward a proposal to establish a 'committee of wise persons' to discuss what the Union will be like in 2030. But the future of the European Union is not the exclusive domain of a small group of insiders – it is the business of us all! So I applaud initiatives by citizens, civil society organisations and – in this case – students. Europe's future depends on public support and conferences like this to help build and maintain that vital support base.

Ladies and gentlemen,

For many of you, the origins of European cooperation are something you read about in your history books at school. But sometimes history mingles with the present. I suspect that most of you, like myself, have been watching the documentary series 'In Europa' on Sunday evenings, which is based on the book of the same title by Geert Mak. A story from the first part has stuck in my mind. An elderly man from Germany described how, shortly after the war, the Americans forced residents of the Buchenwald area to visit the concentration camp to confront them with the acts of cruelty and inhumanity that had been committed there. The man in question – a little boy at the time – visited the camp and witnessed the horrific scenes. Like many of the visitors, he wept. One of the prisoners came to him, put a hand on his shoulder and said: 'Tears are not enough, my boy.'

Tears were *not* enough. Fortunately, the victims of the war were not the only ones who realised that. In fact, this simple phrase encapsulates the *raison d'être* of the European project. Because, as you all know, the founding fathers of the European Coal and Steel Community, the forerunner of the EU, had one single objective: to prevent confrontation between France and Germany forever. As the grandson of a former Buchenwald prisoner, I can clearly see the value of peace. To achieve lasting peace, the founding fathers of the ECSC came up with a most pragmatic solution: by fostering economic cooperation between the

coal and steel industries they created a community with a common interest. The solution was pragmatic, but the underlying motives were moral: to safeguard peace, stability and prosperity, and to strive for equality, justice and solidarity.

And those, ladies and gentlemen, are the motives that continue to drive European cooperation today. The incredible pace at which the European internal market has evolved in the past 50 years sometimes overshadows the fact that the Union is first and foremost a community of values: a community that values democracy, legal certainty and respect for human rights. A community marked by economic and social equality, where the well-being and safety of the people come first.

Now, let us look ahead to the future of the Union. I'll start by saying a few words about the Lisbon Treaty, which the European Council agreed on in October, and which will be signed in December.

The agreement on the new treaty marks a major step forward. The Union will be more effective, more transparent and more democratic. And it will have more permanent public faces: the President of the European Council will have a renewable two-and-a-half year mandate and a High Representative will be responsible for EU foreign affairs and security policy across the board. The Commission will downsize and more decisions will be made by qualified majority vote. All these changes will enable a 27-member Union to function effectively. An important issue for the Netherlands is the removal of the original treaty's constitutional elements. In addition, national parliaments will have more power to influence decision-making, and the accession criteria will be applied more strictly. The Treaty clarifies how the Commission and the member states should approach policy on public services, while at the same time leaving the member states ultimately responsible for how such services are organised. In a number of other areas, such as health and culture, the Union will supplement the actions that member states take.

The Lisbon Treaty provides the 'overhaul' that the Union so urgently needs to meet the challenges of the future and to cope with globalisation. Now Europe is ready to move forward which is good not only for the EU, but also for the Netherlands. Many of the most important issues of our time transcend national borders and cannot be dealt with properly at a national level. They require a broader approach, which means starting with a European approach. I am referring to issues like consolidating our competitiveness, guaranteeing security and stability in neighbouring countries, mitigating environmental degradation and climate change, coping with migration and fighting crime and terrorism. We all stand to benefit if the European Union succeeds in operating efficiently and effectively in these areas.

Ladies and gentlemen,

Since most of you are international relations students, I would like to talk about the significance of the Lisbon Treaty for foreign policy and my vision of Europe's role in the world.

Back in the 1970s, then-US Secretary of State Henry Kissinger asked: 'Who do I call if I want to call Europe?' You have probably heard or read this famous quote before. There is a reason it is cited so often. Kissinger touched a sore spot: at that time no central figure was responsible for representing Europe in world affairs. Finally, over 30 years later, this is about to change. The EU has had a High Representative for Foreign Policy for a while now, but there was also a Commissioner for External Relations. The new treaty combines these positions. This newly styled High Representative will be responsible for foreign and security policy, which is an intergovernmental matter, and for key areas of Community policy, such as neighbourhood policy. At the same time, he will be responsible for coordinating Community external relations policy across the board, including development and humanitarian aid. The office of the High Representative will have an annual budget of over seven billion euros.

For the first time in its history, the European Union has the instruments it needs to pursue a coherent, integrated external policy. And this could create major opportunities in the future.

It has been said that the EU is an economic giant and a political dwarf. Now, that description will gradually be relegated to the history books. Obviously, the internal market is the success story of the past 50 years. According to a recent study by the Bureau for Economic Policy Analysis, about 10% of GDP in the EU can be attributed to the internal market. What is more, the Union is gaining a reputation as a global standard setter. Europe's production standards and competition rules are often taken as the basis for the world standard. The GSM standard years ago and, more recently, the Microsoft case demonstrate Europe's influence in this respect. And this is a victory, because Europe's rules on product safety and consumer protection are the strictest in the world.

The EU has also made great strides in developing its foreign policy over the past ten years. Consider all the military and civil operations it has conducted around the world – from Africa to Aceh, from the Balkans to the Middle East and Georgia. An important point is that we have a broad set of instruments at our disposal now. Development assistance, humanitarian aid, and trade have been features of the Community's external relations for many years. And the neighbourhood policy, foreign policy and the security and defence policy have all developed since the Treaty of Maastricht in 1992.

When all these elements are brought together in the portfolio of the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy, the Union will have what it needs to become a major regional and world player for the first time. It is in a better position than ever to conduct a coherent, integrated foreign policy, where both soft power and hard power have a place. Success will depend on the degree of consensus with which the EU operates. But the ability to mount a common approach, using a range of instruments, could well prove to be the EU's biggest asset in the future.

Ladies and gentlemen,

This varied set of instruments will enhance the EU's ability to propagate its values beyond its borders. And I think this is very important. A moment ago I said that the EU is, above all, a community of values. I base my own approach to foreign affairs and European policy on a number of guiding values: justice, humanity, respect and solidarity. Earlier this month, I presented the Netherlands' new human rights strategy. My message is, that human rights should be at the centre of foreign policy. All over the world, people are denied the most fundamental rights, such as freedom of expression, freedom of religion and belief, and the right to fair trial. Every day people are persecuted for their political views and religious beliefs. Human rights violations like torture, discrimination, and rape as a weapon of war are all too common. As a politician, as Minister of Foreign Affairs and as a human being, I find this completely unacceptable. Human rights are the ground rules of our society; they govern how we live together. And what we want for ourselves, we should strive to achieve for others. In doing so, we are driven by a moral conviction.

But human rights serve a broader interest, too. Companies prefer to invest in countries where rule of law is assured. In the long run, serious human rights violations lead to instability. Today's human rights violations are tomorrow's conflicts. People who are persecuted tend to flee in large numbers. In this global society, problems in other countries have an impact on us. There is a clear connection between what happens in our country or region and the human rights situation in other countries. So it is in our own interest to make sure that human rights are respected all over the world.

I believe it is vital for Europe to pursue a more active external human rights policy. The European Union is an ever more important global player, economically and politically. Together we must ensure that its influence is used to protect and champion human rights. Together we must ensure that all the instruments we have at our disposal in the EU are used effectively and coherently to promote human rights, democracy and the rule of law worldwide.

And how is this accomplished? We put our common foreign and security policies to work for us. We must be more diligent in sounding the alarm when human rights defenders are in jeopardy. We must be more consistent in raising the issue of human rights in our political dialogues. And we must make our voice heard more clearly in multilateral forums. We also need to improve the way we use our Community funds to promote human rights. Human rights should be a key issue in trade with and assistance to non-EU countries. In this respect, I am delighted to tell you that the Netherlands will be taking the initiative to produce more effective EU measures to combat child labour. The first step is a ban on importing products made using the worst forms of child labour.

The problems in the world around us are our problems too. Whether it is the suppression of peaceful demonstrations in Burma, arrests in Pakistan, rape in the Democratic Republic of the Congo, censorship in Uzbekistan, stonings in Iran, or Mugabe's reprehensible policies in Zimbabwe, we cannot afford to remain indifferent. We must work to ensure that all people can live lives of dignity.

Ladies and gentlemen,

I will close by returning to today's theme – the future of the European Union. The Lisbon Treaty will allow both the EU and the Netherlands to move forward. Now that the institutional debates are behind us, we can fix our gaze on the future and the challenges that lie ahead. One of those challenges is to design a coherent, integrated foreign policy for the EU: a policy that will make the Union a more influential player on the world stage. A policy that is grounded in human rights and guided by the values of humanity, solidarity and respect. A policy that will enable us to help others obtain what we have achieved for Europe – peace, prosperity and justice.

Because tears are still not enough. Let us never forget that.

Thank you.

About the author

Maxime Verhagen is Minister of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

The European Union 2005-2008

Crisis, impasse or renewed progress?

Onno Ruding

Was the European Union plunged into a state of crisis following the negative referenda in France and The Netherlands in mid-2005, or are we simply experiencing one of the many hiccups or temporary impasses that have characterized the European integration process since its inception? It now seems that the latter description is more to the point.

Part of the explanation for the impasse around the draft-constitutional Treaty can be found in the weakness or lack of political courage demonstrated by leading politicians in member states, including the incorrect habit of blaming 'Europe and Brussels' for many domestic problems and mistakes. This attitude was evident in several countries.

A realistic analysis should distinguish between two different developments in the process of European integration:

Firstly, the opposition among large segments of the population in a number of member states to the proposed changes in the institutional structure of the EU needs to be considered. To a substantial extent the critics railed against perceived aims in the Treaty that were based on misunderstandings - particularly that Europe was heading in the direction of becoming a 'superstate'. In fact, however, the idea of a federal Europe at the time of the Treaty of Rome (1957) is no longer a matter of serious political discussion. The current draft Reform Treaty, now known as the treaty of Lisbon, addresses several of these concerns and puts, appropriately, greater emphasis on the central role of citizens in Europe and topics of direct interest and concern to them. Moreover, it provides more opportunities for the national parliaments to influence the various decision-making processes in 'Brussels', thereby operationalising the principle of subsidiarity.

Secondly, these same citizens of Europe should become more aware of the fact that in a number of policy areas of the utmost importance – and with major advantages for *them* – the EU is already functioning very effectively and successfully. One may think of the internal market; the international trade policy; the competition policy or the monetary policy and the single currency (in the Euro-area only).

These achievements of European integration are based on European law. They function well and changes are neither proposed nor necessary in the Treaty of Lisbon.

However, what *is* urgently needed – both for the sake of furthering the right progress in European integration and to create more guidance and clarity for Europe's citizens – is agreement on a political roadmap for Europe in which three distinct categories of action are spelled out:

- 1) The above-mentioned policy areas where European integration is already functioning satisfactorily and where, therefore, no fundamental changes are called for;
- 2) A limited but important number of policy areas where more action is needed, not for the abstract sake of European integration as such but because member countries are not able, or no longer able, to cope individually with the challenges posed by a globalizing world in a satisfactory way. A common EU-policy is called for in these areas, not just in the interest of Europe at large but equally so for each member state individually - including its citizens and companies. A common policy means a binding cooperation based on the rules of the European Treaties rather than a voluntary or optional arrangement on a bilateral or inter-governmental basis.

One may argue to which policy areas this intensified integration should apply, but based on widespread (though not unanimous) opinion two are singled out.

Firstly, Justice and Home Affairs - comprising internal security - are appropriate policy areas. *Internal* is meant here to include cross-border and common-EU border issues, but inside the EU only. This area concerns: immigration, crime and drugs as well as threats related to terrorism. The widened application of qualified majority voting (QMV) to decisions on these subjects, which is prescribed in the Treaty of Lisbon, will be most helpful in reaching decisions in the EU on a common policy in these delicate matters.

The second area to which intensified integration should apply, consists of environmental and energy policies. Recent global developments point to the urgent need to address, through a common policy, the growing problems that confront all member countries dealing with the deteriorating environment and climate change, as well as growing dependence on oil and gas imports at rising prices. The difficult relations with Russia and its geopolitically driven policies regarding substantial oil and gas exports to EU countries, present an additional argument for Europe to speak with one voice.

A case is made by several member states, including The Netherlands, that Europe also needs a common policy in a third area affecting external security: foreign and defense policy. But real progress in this respect is unlikely to occur in the near future. National interests and

sovereignty still dominate these sensitive subjects, such as the conflicts in the Middle East, most prominently in large member states but in certain cases in small member states as well. Moreover, QMV is not – yet - the rule in these matters.

3) In all other policy areas without common EU-policies, both the national and EU politicians should make it clear that no (further) integration is called for. Accordingly, in these 'no-areas' national decision-making should prevail. This may be motivated by several things, including the lack of a perceived need to adopt a common policy, the application of the principle of subsidiarity and/or strong feelings among the people in the respective member states regarding infringements on national sovereignty. This applies to matters such as culture, education and substantial parts of social and welfare policies.

A major reason for the negative outcome of the Dutch referendum was related to feelings of uncertainty, unease and misunderstanding among the general public about the future character of the EU and the impact (or lack thereof) of Europe on their daily lives. In other words, the basic question was: how much Europe should there be? A clear answer should be given.

A debate has been going on in Europe for decades whether priority should be given to deepening the European Union or widening it. Deepening the EU is understood as an intensification of the degree of integration among the member states. Widening is meant in the sense of physical enlargement: increasing the number of member states. In fact, the EU has made much progress on both accounts, although not always in a balanced way. I happen to approve of both developments. The two thrusts are neither contradictory nor incompatible, but ideally the integration process should first intensify and then widen: put your own house in order before you invite new guests. In reality, however, not enough was done in the former area when a new wave of enlargement took place in 2004, and 10 new countries joined. It had already become clear some time before 2004 that the prevailing institutional structure of the EU was no longer capable of efficiently handling an increase from 15 to 25 (now 27) members. The previous amendment of the EU Treaties, the still prevailing Treaty of Nice in 2000, proved highly inadequate in this respect. This was acknowledged in provisions that could work only in an EU with up to 27 members. So, the effort to launch a new 'constitutional treaty' leading finally to the Treaty of Lisbon - still to be ratified - was urgently needed. The link between deepening and widening was confirmed in the case of Turkey: there is widespread agreement in the EU that Turkey's application for membership cannot succeed on the basis of the Treaty of Nice, quite apart from political or other reservations about the suitability of Turkish membership, which have been raised in several member countries.

Another fundamental question is related to the pros and cons of a 'Europe at two speeds'. Whereas the EU previously consisted of member states with the same rights and obligations and therefore could be characterized as homogeneous - apart, of course, from differences in size and voting power- a growing number of policy areas gradually emerged, in which some member states originally decided to accept a more limited degree of integration obligations than the rest of the EU. The most important examples of Europe at multiple speeds are the limited memberships of the Euro and of the Schengen Agreement of open internal borders. But there are more cases looming on the near horizon, such as harmonization of the corporation tax.

I agree with those who consider this situation undesirable. It goes against the fundamentals of European integration. But unfortunately, it is a fact of life today. The Treaty of Lisbon even recognized the existence of different speeds as an integral part of European integration through the concept of 'Enhanced Cooperation' among a number of members, who accept certain additional obligations in a defined policy area with regard to the relations among the participants. This development is clearly a second-best solution. If one wants to focus on its positive side, three arguments can be presented. First, this progress among a selective group is better than no progress at all. Second, this kind of 'Europe at different speeds' is better than the alternative from an institutional point of view; the alternative being a spontaneous initiative of a number of member states to reach an agreement of an intergovernmental character, which is outside the framework of integration based on the European Treaties. At least, the above-mentioned Enhanced Cooperation is incorporated in the Treaties, with the appropriate roles to be played by the European Commission, the European Court of Justice, et cetera. Third, ideally this approach serves as a stepping stone for later participation by all members. In this optimistic scenario, Enhanced Cooperation is a transitional or temporary device which ultimately will lead to the desired goal of homogeneous progress. Something to this effect is happening indeed for monetary integration: the membership of the Euro-zone is growing. I hope that even the UK will ultimately join the Euro-area, since the absence of the sterling continues to be a major lacuna in the European monetary framework.

I express the hope that developments and decisions as described above will set the framework for the EU to resume further integration of Europe in a balanced and well-defined manner.

About the author

Onno Ruding is the Chairman of CEPS (Centre for European Policy Studies), Brussels, and is also a Former Minister of Finance of The Netherlands.

Democratie en Legitimiteit

Democracy and Legitimacy

Europese regelzucht

Versoberingsbeleid ter versterking van de democratische legitimiteit van de Europese Unie¹

Arwin Bos

Inleiding

De toekomst van de Europese Unie staat of valt met het vertrouwen van haar burgers. In het verleden werd dit vertrouwen – met de ervaringen van de Europeanen tijdens de eerste helft van de twintigste eeuw nog vers in het geheugen – eenvoudig gewonnen door te wijzen op het ideaal van vrede en welvaart voor alle Europeanen. Nu dit streven grotendeels is bereikt, heeft dit oprichtingsmotto echter veel aan wervingskracht verloren. De Europese burger lijkt zich thans vooral op de nationale overheid en belangen te richten en associeert de EU met bemoeizucht, bureaucratie en overregulering. Burgers hebben genoeg van de te ver gaande invloed van Europese regels op hun leefomgeving, wat wel als een van de belangrijkste redenen voor de ‘nee-stem’ bij het referendum over de Europese Grondwet wordt genoemd. Dit wordt versterkt doordat de media actief bijdragen aan het creëren van het beeld van een bemoeizuchtig Brussel dat wetgeving oplegt met absurde consequenties.² En als zelfs ministers en (oud-)premiers spreken van ‘Europese regelzucht’³ en juristen over een ‘legislative jungle’,⁴ een ‘wetgevingsparadijs voor ambtenaren’⁵ en een ‘ware regelvloed’⁶ moeten alle alarmbellen gaan rinkelen.

-
- 1 Dit artikel is afgerond op 1 april 2008. Ontwikkelingen van later datum zijn hierin niet meer verwerkt. Dit artikel is een bewerking van een eerder in het kader van de door de auteur gevolgde opleiding Staats- en Bestuursrecht ingeleverd paper.
 - 2 Zie bijv. het artikel op de voorpagina van de Telegraaf van zaterdag 3 maart 2007 waarin gesteld wordt dat een Europese milieuregel het voortbestaan van evenementen als de Elfstedentocht en de Nijmeegse Vierdaagse bedreigt: Jaap Folkerts, ‘EU-lijst kan grote evenementen nekken. Milieuregel bedreigt sport’, *De Telegraaf* 3 maart 2007, pag. 1.
 - 3 ‘Lubbers: kabinet moet werk maken van Europa’, *Leeuwarder Courant* 19 maart 2007 en ‘Minister Zalm kritiseert trage aanpak EU-lasten’, *De Telegraaf* 10 oktober 2006, pag. 27.
 - 4 C. Azevedo en J. Vacas, ‘The paper forest: an expedition to Europe’s document and legislative jungle’, *Regelmaat* 2004, afl. 5, pag. 174 e.v.
 - 5 J.A. van Schagen, ‘Brussel: wetgevingsparadijs voor ambtenaren? Over de totstandkoming van de Eurowob’, *Regelmaat* 2003, afl. 6, pag. 214 e.v.
 - 6 Aldus W.J.M. Voermans. H.J.H.L. Kortjes, “Een kinderzit is snel verplicht”. Verslag van de studiemiddag “Orde in de EU-regelgeving” van de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid over de toekomst van het communautaire wetgevingsinstrumentarium op 31 januari 2002 bij het CAOP’, *Regelmaat* 2002, afl. 3, pag. 96.

De Europese Unie is niet doof voor deze kritiek. Per 31 december 2003 is het Interinstitutioneel Akkoord Beter wetgeven (hierna: IABw) in werking getreden.⁷ Met dit akkoord, dat is gesloten tussen de Raad van Ministers, de Europese Commissie en het Europees Parlement, wordt beoogd de kwaliteit van Europese wetgeving en daarmee de democratische legitimiteit van Europa te verbeteren. Eén van de middelen die het IABw daartoe noemt is het verminderen van het aantal Europese regels. In deze bijdrage wordt dit versoberingsbeleid besproken en beoordeeld. Hiertoe schets ik eerst de huidige (kwaliteits)problemen van Europese wetgeving. Vervolgens bespreek ik het Beter Wetgeven-beleid en de voortgang van dit beleid. Dit wordt afgesloten met een eindoordeel over het Europese versoberingsbeleid.

Problemen EU wetgeving

De Europese Commissie stelt veelvuldig dat haar eigen wetgeving verbetering behoeft. Zij heeft zelfs een speciale website opgericht om de Europese burger te informeren over haar verbeteringsstrategie.⁸ Kennelijk is er dus iets goed mis met de communautaire regelgeving. De (juridische) literatuur noemt de volgende problemen:⁹

Er komen steeds meer communautaire regels. Dit veroorzaakt grote problemen bij de coördinatie en het onderhoud van de communautaire wetgeving. Dit resulteert onvermijdelijk in meer wetgeving die de nationale regelingsruimte verder beperkt.¹⁰ De grote hoeveelheid EU regels levert problemen op bij onder andere de implementatie in nationale rechtstelsels (implementatieachterstanden komen veelvuldig voor en zijn moeilijk op te lossen¹¹). Bovendien wordt door het vele papierwerk de parlementaire controle bemoeilijkt, omdat dit de parlementariërs bij het bepalen van hun stem dikwijls noodzaakt om te vertrouwen op de inzichten van anderen - vaak zelfs die van de Commissie.

De EU vaardigt soms richtlijnen en verordeningen uit waarvan het twijfelachtig is of het om aangelegenheden gaat die dwingen tot een communautaire aanpak.¹² Deze zouden beter aan de nationale wetgever kunnen worden overgelaten (het subsidiariteitsbeginsel).

7 *PbEU* 31 december 2003, C321/01.

8 http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/.

9 Een uitgebreider overzicht van de problemen geeft het *Regelmaat* thema-nummer 'Toekomst EU-regels'. *Regelmaat* 2001, afl. 6, pag. 203 e.v.

10 Zie zo W.J.M. Voermans, 'De Nederlandse wetgever in de communautaire toekomst', *De betekenis van de Europese Conventie voor de wetgevingspraktijk*, preadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Den Haag: Sdu 2004, pag. 53-106.

11 B. Steunenbergh & W. Voermans, 'De Bermuda-driehoek van de versnelde implementatie', *Regelmaat* 2005, afl. 6, pag. 205 e.v.

12 Aldus R. van Gestel, 'Beter en minder wetgeven in Europa', *Regelmaat* 2005, afl. 3, pag. 98.

De kwaliteit van Europese wetgeving laat vaak te wensen over. Zo is er een gebrek aan samenhang tussen richtlijnen en verordeningen op aanverwante onderwerpen, worden vaak open normen en vage begrippen gebruikt, is er sprake van een wirwar van resoluties, instructies, circulaires et cetera met een onduidelijke juridische status en is sprake van juridisch-technische gebreken, zoals het ontbreken van overgangsrecht.¹³

Communautaire besluitvormingsprocessen zijn te complex. Bovendien zijn deze processen vaak erg politiek geladen en is daardoor dikwijls sprake van compromisvorming.¹⁴ Dit draagt weer bij aan technische wetgevingsproblemen, zoals vaagheid van normen en gecompliceerde, ondoorzichtige regels.

Er wordt te weinig gedaan om de kwaliteit van Europese wetgeving te verbeteren. Er is sprake van een trage ontwikkeling van wetgevingsbeleid, wat vooral veroorzaakt wordt door facetbeleid waarin de aandacht voortdurend wisselt tussen verschillende onderwerpen, zoals de handhaafbaarheid en de redactionele kwaliteit van regels.¹⁵

Beter wetgeven-beleid in de EU: versobering

De hierboven geschetste kritiek op de communautaire regelgeving, en de noodzaak tot verbetering hiervan, is zoals gezegd niet onopgemerkt gebleven in Brussel. De Europese Raad en de Commissie hebben in het verleden veelvuldig blijk gegeven van het voornemen om verbeteringen in het wetgevingsproces aan te brengen. Zo stelt Verklaring 39 van het Verdrag van Amsterdam dat het Europees Parlement, de Raad en de Commissie richtsnoeren vaststellen ter verbetering van de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving, en dat zij van deze richtsnoeren uitgaan bij de behandeling van voorstellen voor communautaire wetgeving.¹⁶ In het licht hiervan is ook het Interinstitutioneel Akkoord Beter wetgeven tot stand gekomen. Dit IABw is afgesloten tussen de Commissie, de Raad en het Europees Parlement. Doel van het IABw is het geven van oriëntatiepunten en referentiekaders aan deze drie instellingen bij het wetgevingsproces. Het Akkoord bevat een groot aantal voorstellen (38 punten), verdeeld over acht inhoudelijke thema's. Zo beoogt het een betere coördinatie van het Brusselse wetgevingsproces te bevorderen en de kwaliteit van wetgeving te verbeteren (o.a. via een effectbeoordeling).¹⁷ Deze voorstellen zullen hier verder buiten beschouwing worden gelaten. Centraal in deze bijdrage staan de voorstellen die gericht zijn op de versobering van het aantal communautaire regels.

13 Voor een uitgebreider overzicht met literatuurverwijzingen, zie Van Gestel 2005, pag. 98-99.

14 Een mooi overzicht uit de praktijk van dit proces geeft Van Schagen in zijn eerder genoemde artikel uit 2003.

15 Van Gestel 2005, pag. 99.

16 *PbEU* 10 november 1997, C 340, pag. 139. Zie voor een ander voorbeeld het Interinstitutioneel Akkoord van 22 december 1998 betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving, *PbEU* 17 maart 1999, C 073, pag. 1-4 en het Interinstitutioneel Akkoord van 28 november 2001 over een systematischer gebruik van de herschikking van besluiten, *PbEU* 28 maart 2002, C 077, pag. 1-3.

17 Zie over die effectbeoordeling (impact assessment) A.C.M. Meuwese, 'Impact assessment door de Europese Commissie', *Regelmaat* 2005, afl. 3, pag. 109 e.v.

De Commissie heeft vermindering van de regeldrift binnen de EU tot één van haar speerpunten gemaakt. Dit gaat zelfs zo ver dat de Commissie zich in haar Actieplan vereenvoudiging en verbetering van regelgeving uit 2002 heeft voorgenomen om de naar schatting 100.000 bladzijden communautaire wetgeving met 25 procent te verminderen.¹⁸ Om dit te bereiken, doet zij de volgende voorstellen:

- Er moet meer aandacht worden besteed aan het subsidiariteitsbeginsel.
- De inhoud van het acquis communautaire (de gemeenschappelijke basis van rechten en plichten die de Lidstaten bindt, alsook de doelstellingen van de EU) moet vereenvoudigd en ingekrimpt worden.
- Er moet vaker gebruik worden gemaakt van mederegulering.

Deze voorstellen worden hierna uitgewerkt. Achtereenvolgens komen de versterking van de subsidiariteitstoets, het inkrimpen van het acquis communautaire en de mederegulering aan de orde.

De subsidiariteitstoets

In het IABw wordt een aantal maal gewezen op het subsidiariteitsbeginsel. Dit beginsel neemt een prominente plaats in binnen het Europese wetgevingsbeleid. Zo is aan het Verdrag van Amsterdam een protocol toegevoegd betreffende de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.¹⁹ Dit moest ervoor zorgen dat ieder voor-nemen tot wetgeving zou worden getoetst op noodzakelijkheid op Europees niveau. Het wetgevingsbesluit kan deze toets alleen doorstaan indien (a) de betrokken kwestie transnationale aspecten heeft, die lidstaten zelf niet bevredigend kunnen regelen, (b) het niet optreden van de EG of het optreden van de lidstaten in strijd zou zijn met het Verdrag en (c) het op communautair niveau optreden vanwege de schaal of de gevolgen ervan duidelijke voordelen zou opleveren ten opzichte van een nationaal optreden.

Omdat het resultaat van dit protocol uit het Verdrag van Amsterdam gering is – door de onduidelijke status van het subsidiariteitsbeginsel en doordat de subsidiariteitstoets wordt uitgevoerd door de Europese instellingen en niet of slechts indirect door de lidstaten²⁰ – zijn er maatregelen getroffen om het subsidiariteitsbeginsel een krachtiger basis te geven. Zo wordt met het Verdrag van Lissabon een nieuw artikel 3 ter in het EG-Verdrag gevoegd (ter vervanging van het huidige artikel 5) dat bepaalt dat Europese instellingen het subsidiariteitsbeginsel toepassen overeenkomstig een aan het Verdrag van Lissabon

18 Zie de Mededeling van de Commissie van 5 juni 2002 houdende het Actieplan ‘Vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving’ van 5 juni 2002, COM (2002) 278 def. Zie voor het percentage van 25 procent de eerdere mededeling van de Commissie van 5 december 2001, COM (2001) 726 def.

19 Verdrag van Amsterdam, *PbEG* 10 november 1997, C 340.

20 Zie hierover Van Gestel 2005, pag. 100-101.

gehecht Protocol.²¹ Bovendien bepaalt het, dat de nationale parlementen via een in dat protocol vastgelegde procedure kunnen toezien op de naleving van het subsidiariteitsbeginsel. Uitgangspunt van deze regeling is dat de Europese instellingen wetgevingsvoorstellen, voorzien van een toelichting op het terrein van subsidiariteit en evenredigheid, toesturen aan de nationale parlementen. Deze kunnen dan binnen acht weken vanaf de datum van toezending een gemotiveerd advies over het wetsvoorstel sturen aan de voorzitters van het Europees Parlement, de Raad van Ministers en de Commissie. Het ontwerp moet worden heroverwogen indien het aantal adviezen waarin wordt gesteld dat het wetsvoorstel in strijd is met het subsidiariteitsbeginsel ten minste een derde van de stemmen van de nationale parlementen vertegenwoordigt (dit wordt ook wel de ‘gele kaart’ genoemd).²² De Europese instellingen mogen na heroverweging het wetsvoorstel handhaven, maar moeten deze afwijking van de adviezen wel motiveren. Vertegenwoordigen de negatieve adviezen een gewone meerderheid van het aantal stemmen en handhaaft de Commissie desondanks het voorstel, dan dient de wetgever van de EU (de Raad en het Europees Parlement) in een aparte procedure te beoordelen of het wetsvoorstel strookt met het subsidiariteitsbeginsel (de ‘oranje kaart’-procedure). Het wetsvoorstel strandt indien 55 procent van de leden van de Raad of de meerderheid van het Europees Parlement van mening is dat het voorstel inderdaad strijdig is met het beginsel van subsidiariteit. Bovendien kan (een parlement van) een lidstaat (en in sommige gevallen het Comité van Regio's²³) het Hof van Justitie van de EU vragen om uitspraak te doen over de verdraagzaamheid van een wetsvoorstel met het subsidiariteitsbeginsel. Deze regeling moet een wezenlijke bijdrage leveren aan de positie van het subsidiariteitsbeginsel en daarmee de versobering van het aantal communautaire regels en de invloed van nationale parlementen op de totstandkoming van deze regels.²⁴

In afwachting van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (en voorheen de Europese Grondwet) is de Commissie al overgegaan tot invoering van een systeem voor het opstellen van een subsidiariteitstoelichting bij elk wetgevingsvoorstel. Dit heeft volgens het verslag over het verbeteren van wetgeving in 2005 geleid tot een meer gedetailleerde en systematische motivering van de noodzaak voor de EU om tot actie over te gaan.²⁵ De

21 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon, 13 december 2007, *PbEG* 17 december 2007, C 306/01.

22 W.J.M. Voermans, ‘Invloed van nationale parlementen op Europese wetgeving: hoe doen de burens dat?’, *Regelmaat* 2007, afl. 4, pag. 155.

23 Het Comité van Regio's beoogt plaatselijke en regionale autoriteiten een stem te geven in de discussie over de wenselijkheid van regelgeving. Daartoe heeft het een netwerk voor toezicht op de naleving van het subsidiariteitsbeginsel opgericht ter bevordering van de uitwisseling van informatie tussen Europese territoriale actoren over wetgevingsvoorstellen die een effect zullen hebben op plaatselijke en regionale autoriteiten en het beleid waarvoor zij verantwoordelijk zijn. Zie <http://subsidiarity.cor.europa.eu>.

24 Zie voor een mooi overzicht van de wijzen waarop nationale parlementen invloed kunnen uitoefenen op Europese wetgeving en de bijdrage die dit kan leveren aan de democratische legitimatie van de Unie het eerder genoemde artikel van Voermans 2007.

25 Verslag van de Commissie van 13 juni 2006, ‘De wetgeving verbeteren 2005’, COM (2006) 289 def., pag. 8.

Commissie stelt evenwel ook vast dat het Europees Parlement en de Raad sinds de invoering van dit systeem relatief weinig amendementen hebben aangebracht die uitdrukkelijk betrekking hebben op de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid en dat ook het Comité van de Regio's weinig kritiek heeft geleverd op de voorstellen van de Commissie op grond van het subsidiariteitsbeginsel. Slechts in één geval heeft het Comité geconcludeerd dat een voorstel dat beginsel niet volledig naleefde, waarop de Commissie tot intrekking heeft besloten.²⁶

Vereenvoudiging en inkrimping van het *acquis communautaire*

Aan het genoemde voornemen van de Commissie om het *acquis communautaire* in te krimpen en te vereenvoudigen, geeft zij uitvoering in het project 'Modernisering en vereenvoudiging van het *acquis communautaire*'.²⁷ In het kader van dit project – dat volgens de commissie inmiddels 'cruising speed' heeft bereikt²⁸ – worden een aantal stappen genomen om het aantal Europese regels te versoberen. Zo moet het *acquis* vereenvoudigd worden, wat vaak in zal houden dat een wettekst wel wordt aangepast, maar het beleid dat daaraan ten grondslag ligt niet substantieel wordt gewijzigd. Hiervoor is volgens de Commissie bijvoorbeeld aanleiding indien efficiëntere of meer evenredige wetgevingsinstrumenten en -technieken beschikbaar zijn dan degene die momenteel worden gebruikt. Anderzijds betekent vereenvoudiging soms wel dat de substantie van het beleid (bijvoorbeeld de doelstellingen of de werkingssfeer) wordt gewijzigd. In dergelijke gevallen kan het volgens de Commissie noodzakelijk zijn om de wetgevingsmethode aan te passen of zelfs volledig te herzien. Ook heeft er een consolidatie plaatsgevonden waarbij de bepalingen van het oorspronkelijke instrument met alle latere wijzigingen (in één niet-bindende tekst) zijn samengebracht. Geschat wordt dat dit het volume van de teksten met 20.000 bladzijden heeft teruggebracht.

De Commissie verwacht ook veel van codificatie. Dit heeft tot doel de wetgeving duidelijker te maken door alle bepalingen van een wettekst met alle latere wijzigingen samen te brengen in één nieuwe wettekst. De Commissie beoogt hiermee termen en definities te harmoniseren en fouten te verbeteren. Dit zou leiden tot begrijpelijker teksten en verbetering van de rechtszekerheid. Het lopende codificatieprogramma heeft betrekking op zo'n 400 wetteksten en de doelstelling is om dat in de loop van 2009 af te ronden.²⁹ In dit kader vindt er ook een herziening van de organisatie en presentatie van het *acquis* plaats. Zo

26 'De wetgeving verbeteren 2005', pag. 8.

27 Mededeling van de Commissie van 11 februari 2003, 'Modernisering en vereenvoudiging van het *acquis communautaire*', COM (2003) 71 def.

28 Mededeling van de Commissie van 30 januari 2008, 'Second Strategic Review of Better Regulation in the European Union', COM (2008) 32 def., pag. 3.

29 Mededeling van de Commissie van 30 januari 2008: 'Second Strategic Review of Better Regulation in the European Union', COM (2008) 32 def., pag. 3. Zie ook werkdokument van de Commissie van 14 november 2006, 'Eerste voortgangsrapport inzake de strategie voor de vereenvoudiging van wetgeving', COM (2006) 690 def., pag. 11.

wordt in database EUR-lex aangegeven welke wetteksten wel en niet van kracht zijn en het actieve en meest geldende acquis op een rijtje gezet. Door het uitzetten van verschillende wandelroutes moet zo voor de burger de toegankelijkheid van het woud van Europese regels vergroot worden. Tot slot doet de Commissie nog een aantal voorstellen op het gebied van transparante en effectieve monitoring van regels op politiek en technisch niveau en de vaststelling van een effectieve uitvoeringsstrategie van deze regels (zoals het versterken van de interne coördinatie). Ook worden in behandeling zijnde voorstellen van tijd tot tijd gescreend en indien deze niet meer relevant of actueel zijn ingetrokken.³⁰

In oktober 2005 is de Commissie een nieuwe fase ingegaan van haar strategie voor de vereenvoudiging van de bestaande wetgeving, waarin het eerste uitgebreide vereenvoudigingsprogramma, dat in februari 2003 werd gelanceerd, wordt voortgezet en versterkt.³¹ De Commissie is hiermee een drie jaar lopend vereenvoudigingsprogramma gestart. Er zijn 100 initiatieven opgesteld die voorzien in de intrekking, codificatie, herschikking of wijziging van 222 besluiten (met aanzienlijke weerslag op meer dan 1.400 aanverwante besluiten). Het eerste voortgangsrapport uit 2006 laat zien dat de vereenvoudigingsoperatie successen boekt, maar ook moeizaam verloopt wat vooral wordt veroorzaakt door de moeite die het kost om nieuwe regelgeving (snel) door te voeren.³² Dikwijls lopen voorstellen vertraging op tijdens de behandeling in de Raad en het Europees Parlement. De Commissie roept dan ook op tot een grotere betrokkenheid van deze instellingen.

Mederegulering

Als laatste middel om het aantal communautaire regels te beperken noemt het IABw het stimuleren van vormen van zelfregulering en co-regulering. Dit zou vooral nuttig kunnen zijn in gevallen waarin het EG Verdrag het gebruik van een bepaald rechtsinstrument niet expliciet voorschrijft. Met zelfregulering bedoelt de Commissie dat economische subjecten, sociale partners en niet-gouvernementele organisaties of verenigingen onderling voor zichzelf op Europees niveau gemeenschappelijke richtsnoeren vaststellen. Te denken valt met name aan gedragscodes of sectorale overeenkomsten.³³ Met co-regulering doelt de Commissie op een (implementatie)mechanisme waarbij een communautair wetsbesluit de verwezenlijking van de door de wetgevingsautoriteit omschreven doelstellingen overlaat aan de erkende betrokken partijen op het betreffende gebied, zoals economische subjecten,

30 In 2006 werden vanwege deze reden 78 voorstellen ingetrokken, zo blijkt uit het verslag 'de wetgeving verbeteren 2006'.

31 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Parlement, 'Uitvoering van het Lissabon programma van de Gemeenschap: een strategie voor de vereenvoudiging van de regelgeving, 25 oktober 2005, COM (2005) 535. In Bijlage 2 bij deze mededeling is overigens een overzicht van het lopende programma voor vereenvoudiging opgenomen.

32 Werkdocument van de Commissie van 14 november 2006, 'Eerste voortgangsrapport inzake de strategie voor de vereenvoudiging van wetgeving', COM (2006) 690 def. Hierin wordt tevens een overzicht gegeven van alle afgeronde initiatieven.

33 IABw overweging 22.

sociale partners, niet-gouvernementele organisaties en verenigingen.³⁴ Zo valt te denken aan het overlaten van normalisatie aan onafhankelijke organen, wat door de Commissie actief gesteund wordt als alternatief voor of aanvulling op wetgeving.³⁵ Een voorbeeld hiervan is het uitbreiden van de CE-markering van industriële producten en consumentenartikelen.

De Commissie moedigt het gebruik van alternatieve reguleringsmechanismen actief aan. Zo heeft zij samen met het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) een gegevensbestand van 'zelfregulering en co-regulering in de EU' ontwikkeld.³⁶ Dit beoogt private partijen aan te moedigen en te ondersteunen bij de ontwikkeling of verbetering van systemen van zelfregulering. Ook vinden daartoe rondetafelgesprekken en studies plaats.³⁷ Wel moet volgens de Commissie in sommige gevallen terughoudend gebruik worden gemaakt van het instrument mederegulering. Zo is het niet geschikt indien het grondrechten of belangrijke beleidskeuzes betreft of in situaties waarin de regels in alle lidstaten op eenvormige wijze dienen te worden toegepast: co-regulerings- en zelfreguleringsmechanismen 'must ensure swift and flexible regulation which does not affect the principles of competition or the unity of the internal market.'³⁸

Beoordeling van het communautaire versoberingsbeleid

In de Europese Unie is veel aandacht voor het verminderen van het aantal Europese regels. Dit heeft als doel af te rekenen met het veelal heersende beeld van 'Europese regelzucht'. Daartoe heeft de Commissie een groot aantal maatregelen genomen. De vraag is of die het gewenste effect hebben: zal worden afgerekend met (de beeldvorming van) een bemoeizuchtig en overregulerend Brussel? Ter beantwoording van deze vraag bespreek ik de sterke en zwakke punten van het versoberingsbeleid.

In de eerste plaats is het goed om vast te stellen dat de Europese instellingen eindelijk werk lijken te maken van het terugdringen van het aantal Europese regels. EU regelgeving omvat vele gebieden en grijpt vaak direct in op de bevoegdheden van de lidstaten en het leven van hun burgers. Het verwerpen van de Europese Grondwet laat zien dat er een noodzaak bestaat om het Europese project dichterbij de burgers te brengen. Het verminderen en vereenvoudigen van Europese wetgeving kan een goede bijdrage leveren aan het verkleinen van de kloof tussen Europa ('wat in Brussel gebeurt') en diegenen tot wie de maatregelen zich richten. Van het op Europees niveau uitspreken van het voornemen om de hoeveelheid regels te verminderen, en dit bovendien actief na te streven, gaat een positief signaal uit naar de lidstaten en burgers. Bovendien leidt de aandacht voor de noodzaak tot versobe-

34 IABw overweging 18.

35 Zie bijvoorbeeld het voorstel voor een besluit van het Europees Parlement en de Raad betreffende de financiering van de Europese normalisatie van 19 augustus 2005, COM (2005) 377 def.

36 <http://www.eesc.europa.eu/smo/prism/presentation/index.asp>.

37 Zie bijvoorbeeld 'Self regulation in the EU Advertising Sector: a report of some discussion among Interested parties', juli 2006. Te downloaden via http://ec.europa.eu/consumers/overview/report_advertising_en.pdf.

38 IABw par. 17.

ring van het beleid wellicht tot een cultuurverandering onder de Europese ambtenaren die toch veelal verantwoordelijk zijn voor het initiëren van nieuwe wetgeving. Hopelijk worden deze zich bewust van de woorden van Azevedo en Vacas: ‘The European institutions should focus on not to over-regulate or not to produce enormous quantities of paper containing inconsequent material’.³⁹

In dit licht is het aanhechten van een bijlage aan ieder nieuw wetsvoorstel over de toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel een goede ontwikkeling. Deze bijlage dwingt beleidsmakers stil te staan bij de vraag of het beoogde beleid niet beter op nationaal niveau door de lidstaten zelf geregeld kan worden. Een dergelijke bijlage kan er voor zorgen dat de subsidiariteitstoets een prominentere plaats in het wetgevingsproces gaat innemen. Europarlementariërs kunnen beter controleren of de toets is uitgevoerd en zo ja, waaraan is getoetst, wat daarbij doorslaggevend was en of de uitkomsten kloppen. De bijlage zet zo (hopelijk) het nu nog stilstaande raderwerk van de parlementaire controle op het subsidiariteitsbeginsel in beweging.

Dat is nog niet zaligmakend. De parlementaire controle is, mede gezien de werkdruk van parlementariërs, verre van ideaal.⁴⁰ Het voorstel in het Verdrag van Lissabon om op dit punt ook de nationale parlementen een controle instrument te geven is wat dat betreft een stap in de goede richting. Dit kan een bijdrage leveren aan een betere inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel en het vergroten van de acceptatie van Europese regelgeving onder lidstaten en burgers. Al was het alleen maar omdat het laat zien dat de EU niet zomaar lukraak regels opstelt zonder zich af te vragen of zij daar wel de juiste persoon voor is (signaalfunctie). Het creëren van extra controlemogelijkheden voor Europese en nationale parlementariërs met betrekking tot het subsidiariteitsbeginsel vergroot in theorie bovendien de gebrekkige democratische legitimatie van Europese wetgeving.

Positief aan het versoberingsbeleid is voorts de bevordering van mederegulering. Overleg met belanghebbenden over het voorgenomen beleid in het voortraject van het wetgevingsproces kan de inhoud van regels beter laten aansluiten op de wensen van de burger, het bedrijfsleven en de nationale en regionale politiek en daarmee de acceptatie van die regels vergroten. Op bepaalde gebieden kan dit Europese Poldermodel zorgen voor een soort ‘compromis’-vorming waarin alle belangen tot uiting komen en conflicten worden beperkt. Dit creëert draagvlak en vergroot de acceptatiebereidheid, waardoor het een wezenlijke bijdrage kan leveren aan de doelen en de legitimiteit van de EU.⁴¹ Het vormen van dergelijke compromissen ligt echter niet op ieder terrein voor de hand; soms zal de bittere pil van noodzakelijke nieuwe regelgeving in zijn geheel geslikt moeten worden. Maar juist op

39 Azevedo en Vacas 2004, pag. 179.

40 Al lijkt deze werkdruk de laatste tijd erg mee te vallen, getuige een *ANP* persbericht van 20 februari 2008, ‘Europarlement bijna zonder werk’.

41 Voorbeelden hiervan zijn de via onderhandelingen totstandgekomen ‘zelfbeperkingsovereenkomsten’ inzake vermindering van de CO₂-emissies van personenauto’s, die moeten leiden tot het ‘vrijwillig’ ontwikkelen en produceren van energiezuinige auto’s. De teksten van deze overeenkomsten zijn te vinden op: http://europa.eu.int/comm/environment/co2/co2_agreements_nl.htm.

belangrijke terreinen als klimaatbeleid en landbouwpolitiek zal veel afhangen van de goede wil van de doelgroep (de zware industrieën en boeren), zeker gezien de machtige lobby die deze, veelal via hun nationale regering en parlementariërs, vertegenwoordigen. Dan kan een vorm van mederegulering uitkomst bieden. Zo vormt de sociale dialoog die in het kader van de artikelen 138 en 139 EG-verdrag wordt gevoerd met sociale partners een mooi voorbeeld van hoe locale belangen en communautaire politiek dichterbij elkaar gebracht kunnen worden.⁴²

Tot slot valt het voornemen van de Commissie om de presentatie en organisatie van het acquis communautaire te herzien, toe te juichen. Zoals gezegd is het woud van Europese regels groot en moeilijk doordringbaar. Net als in het nationale recht geldt in het Europese recht het uitgangspunt dat de burger geacht wordt het recht te kennen. Natuurlijk is dat een utopie, maar het wordt de burger in het EU recht wel erg moeilijk gemaakt doordat dikwijls sprake is van technisch ingewikkelde en versnipperde wetgeving die geregeld wordt aangepast. Het pakket aan communautaire regels dient eenvoudiger en overzichtelijker te worden. Het in de database EUR-lex aangeven welke wetteksten wel en niet van kracht zijn, en het op een rijtje zetten van het actieve en meest relevante acquis, is wat dat betreft een stap in de goede richting.

Het versoberingsbeleid van de EU heeft ook een aantal zwakke punten. Zo zijn er vraagtekens te zetten bij het gebruik van de Interinstitutionele Akkoorden als middel om tot deze versobering te komen. Deze onderlinge afspraken binden de verschillende Europese wetgevingsactoren niet in juridische en politieke zin; de binding is slechts van morele aard. Het is dientengevolge lastig om de mooi klinkende voornemens, vooral in de relatie tussen de Raad en het Europees Parlement, daadwerkelijk hard te maken. In het verleden bleek dan ook, dat Interinstitutionele Akkoorden dikwijls van weinig betekenis waren. Zo heeft het Interinstitutioneel Akkoord over de redactionele kwaliteit van communautaire wetgeving uit 1998 weinig verbetering gebracht, vooral vanwege de onbekendheid van dit akkoord. Dit lot lijkt het IABw evenwel gelukkig niet te treffen. De Commissie heeft een groot aantal initiatieven genomen om het aantal regels te verminderen en de kwaliteit van deze regels te verbeteren. Maar om deze initiatieven daadwerkelijk ten uitvoer te brengen blijft zij afhankelijk van de goede wil van het Europees Parlement en de Raad. Geregeld wordt averij (vertraging) opgelopen in dit wetgevingstraject. Wetsvoorstellen die slechts beogen de redactionele kwaliteit van regels te verbeteren worden ten onrechte aangegrepen om beleidsinhoudelijk opnieuw de discussie aan te gaan.

Ook moet zeer kritisch worden gestaan tegenover het voornemen om de omvang van het acquis communautaire in te krimpen. Vooral het geuite voornemen om een reductie van 25% van het aantal bladzijden communautaire wetgeving tot stand te brengen roept weinig enthousiasme op. De inkrimping wordt namelijk gerealiseerd op een 'wat formele

42 Mededeling van de Commissie, 'Partnerschap voor veranderingen in een uitgebreid Europa: Een grotere inbreng van de Europese sociale dialoog', COM (2004) 557 def.

manier'.⁴³ Het criterium is het terugbrengen van het aantal pagina's wetgeving, wat gebeurt door consolidatie van reeds bestaande, her en der verspreide teksten, en codificatie. Deze worden samengevoegd tot één nieuwe regeling. Het aantal regels blijft dus vrijwel gelijk, alleen de weergave wordt compacter. Voermans en van Berkel stellen dan ook terecht dat 'de operatie (...) daarmee goeddeels cosmetisch van aard (is)'.⁴⁴ De Commissie moet niet het aantal woorden of pagina's wetgeving tot uitgangspunt nemen maar het beginsel 'goed regelen waar het moet, vrijlaten waar het kan'. Een gevoel van overregulering en bemoeienis wordt immers niet veroorzaakt door de omvang van een wetboek maar door de lasten en gevolgen die als gevolg van de tekst van dat wetboek in een samenleving worden ervaren.

Hiervoor is gesteld dat het opnemen van een subsidiariteitstoets bij een wetsvoorstel de controle op dit beginsel door parlementen kan verbeteren en de acceptatie van het voorstel kan vergroten. Toch valt hier een kritische opmerking bij te plaatsen. Dit houdt verband met het bestaan van een kloof tussen theorie en praktijk. De subsidiariteitstoets was, zoals hierboven gesteld, ook al in het Verdrag van Amsterdam opgenomen, maar heeft weinig resultaten opgeleverd. Dit komt onder meer doordat de toets in de praktijk vooral van procedurele aard lijkt te zijn, zo constateert ook van Gestel.⁴⁵ Voor de Commissie is het in de regel voldoende om te laten zien dat aandacht is besteed aan het subsidiariteitsbeginsel, maar er vindt geen daadwerkelijk inhoudelijke controle plaats. Ook valt de kritiek te maken dat de subsidiariteitstoets nog steeds wordt uitgevoerd door Europese instellingen zelf en niet door de lidstaten. Het in het Verdrag van Lissabon opgenomen subsidiariteitsprotocol dat aan nationale parlementen de mogelijkheid geeft advies te geven over de subsidiariteit valt wat dat betreft toe te juichen. Helaas wordt deze mogelijkheid omgeven door té strenge procedures. Zo geldt er een zeer korte termijn van acht weken. Het is de vraag of binnen die korte tijd genoeg nationale parlementen (veertien) te verenigen zijn om een nieuwe beoordeling door Raad en Europees Parlement af te dwingen. Hierbij valt bovendien af te vragen, zoals van Gestel terecht stelt, 'of nationale parlementen zich zonder tussenkomst van hun regering kunnen wenden tot het HvJ EU'.⁴⁶ Hoewel het opnemen van een uitgebreide subsidiariteitstoets dus een stap in de goede richting is, bestaat er een grote kans dat de invloed daarvan in de praktijk beperkt zal zijn.

Een laatste punt van kritiek op het versoberingsbeleid houdt verband met het voornemen om mederegulering te bevorderen. Het is maar de vraag of dit in veel gevallen zal kunnen worden toegepast. Juist bij communautaire wetgeving bestaat er al snel behoefte aan unificatie van regelgeving in de lidstaten en dus aan onvoorwaardelijk bindende Europese wetgeving. Ook kan de veronderstelling, dat bij vrije zelfregulering de betrokkenheid van Europese instellingen beperkt is, in de praktijk wel eens onjuist blijken te zijn. Wat als zij niet tevreden zijn met de uitkomsten van zelfregulering? De kans bestaat dat de EU dan als-

43 W. Voermans en D. van Berkel, 'Beter wetgeven in Europa: het nieuwe Interinstitutioneel Akkoord Beter wetgeven 2003', *Regelmaat* 2005, afl. 3, p. 89 e.v. (hier pag. 90).

44 Ibidem.

45 Van Gestel 2005, pag. 100.

46 Idem, pag. 102.

nog bindende wetgeving uitvaardigt om het gewenste resultaat te bereiken. Zelfregulering verandert dan al snel in co-regulering en zelfs in traditionele communautaire wetgeving.⁴⁷ Hierdoor worden de voordelen van zelfregulering, zoals de verhoogde nalevingsbereidheid en de flexibiliteit van de normstelling, alsnog aangetast.⁴⁸

Bovendien valt zelfregulering te wantrouwen omdat de normstelling door een belangenorganisatie in een bepaalde markt misbruikt kan worden om eigen belangen na te streven. Zo kan het gebruikt worden door enkele grote marktdeelnemers met een machtige lobby om hun markt af te screenen tegen (kleinere) concurrenten en/of derden-belanghebbenden, bijvoorbeeld doordat zij hun eigen standaarden tot de uniforme Europese standaard maken. Dit komt in strijd met het verbod op ongeoorloofde handelsbelemmeringen en kartelafspraken, één van de kernbeginselen van de EU.

Conclusie: zal de Europese Unie genezen?

De instellingen van de Europese Unie staan onder grote maatschappelijke en politieke druk om de kwaliteit van communautaire wetgeving te verbeteren. Het verminderen van het aantal regels vormt daarvoor een aantrekkelijk middel. Daartoe worden een aantal stappen in de goede richting gezet. Zo valt het verbeteren van de presentatie en organisatie van het acquis communautaire en het bevorderen van mederegulering toe te juichen. Ook het opnemen van een subsidiariteitstoets bij wetsvoorstellen kan, althans in theorie, goed uitpakken. Toch valt er ook kritiek te maken. Zo is het maar de vraag of het voornemen om het volume van het aantal regels terug te brengen – wat het ongetwijfeld erg goed doet in de publieke opinie – niet louter een vorm van window dressing is. Bovendien zijn er vraagtekens bij te stellen hoe de voorstellen om het subsidiariteitsbeginsel te onderwerpen aan de controle van nationale parlementen en mederegulering te bevorderen in de praktijk zullen uitpakken. Daar komt bij dat de afspraken over de versoering van het aantal regels juridisch en politiek niet afdwingbaar zijn en veel afhankelijk is van de goede wil van de Europese wetgever en de grillen van haar parlementariërs en nationale ministers. Het valt dan ook te betwijfelen of de Europese regeldruk inderdaad zal afnemen.

Maar zelfs als het versoeringsbeleid succesvol uitpakt, dan is het nog maar de vraag of dat voldoende is. Uiteindelijk staat of valt de democratische legitimiteit van de Europese Unie met de over haar levende beeldvorming en het vertrouwen, of het wantrouwen, dat zij daaraan ontleent. Zolang de Europese burger het gevoel heeft dat Brussel lijdt aan bemoeien regelzucht, en dit verder wordt aangewakkerd door de media en de nationale politici,

47 Zie voor een mooi voorbeeld - ontleend aan het dossier met betrekking tot de bescherming van voetgangers en andere kwetsbare verkeersdeelnemers tegen aanrijdingen met motorvoertuigen – Van Gestel 2005, pag. 106-107.

48 Dat hoeft overigens niet altijd zo te zijn. Soms verzoekt de industrie zelf om van zelfreguleringspraktijken over te stappen op co-regulering of zelfs klassieke wetgeving. Zo heeft de European Fruit Juice Association (AIJN) bij de Commissie het verzoek ingediend om in EU-wetgeving een norm voor fruitsappen op te nemen die voorheen deel uitmaakte van een tussen de leden van de AIJN overeengekomen vrijwillige gedragscode. Zie 'de wetgeving verbeteren 2006', voetnoot 19.

blijft de toekomst van de Europese Unie onzeker. Dat behandeling van de ‘legislative diarrhoea’⁴⁹ noodzakelijk is om het vertrouwen te herstellen staat vast. Daartoe zijn een aantal heilzame medicijnen toegediend, maar de patiënt is nog lang niet genezen. Zeker niet zolang de burger, zonder goed te kijken naar het ziektebeeld, de diagnose blijft stellen dat de Europese Unie aan regelzucht lijdt.

Over de auteur

Arwin Bos is afgestudeerd in ondernemingsrecht en staats- en bestuursrecht en is advocaat-stagiair bij Stibbe.

⁴⁹ Ontleend aan Azevedo en Vacas 2004, pag. 176.

Some Constitutional Reflections

Larry Siedentop

Talking about 'a constitution' for the European Union has again become unfashionable. Euro-sceptics have, of course, always inveighed against such talk. But since the rejection of the Constitutional Treaty by French and Dutch voters, and rejection of the Lisbon Treaty by Irish voters, it has become awkward even for the most confirmed euro-enthusiasts to promote what they, wistfully, consider to be an over-ambitious goal.

The danger is that both sides may be contributing to what it is hard not to call the anti-democratic momentum of the European Union. For who can pretend that the Lisbon Treaty was not an attempt to side step the issue of popular understanding of and consent to the arrangements of the Union? Thus, the process which was supposed to bring the European Union closer to its citizens, may in the end have reinforced their cynicism.

Should we reconcile ourselves to the fact that the European Union is widely perceived as an elitist adventure?

If we are to think clearly about the condition of Europe today, we must distinguish between a 'crisis of legitimacy' and a 'democratic deficit'. All systems of representative government display the latter at times, given the volatility and/or incoherence of public opinion. But that is not all. Liberal democracies are often defined by constitutional arrangements designed to limit the operation of the majority principle - arrangements such as entrenched 'fundamental' rights or bicameralism, in which one chamber is chosen on the basis of population and another on a territorial basis. Such deficits do not call into question the legitimacy of a democratic political system, however. Rather, they confirm its liberal character.

A crisis of legitimacy is different. It develops when there is no widely understood and accepted framework for public decision making. That, as I have often said, is the plight of Europe today.

It is in that sense that Europe - despite current temptations to deny the fact - has reached its constitutional 'moment'.

But acknowledging that such a moment has arrived does not mean that there can or should be a sudden constitutional outcome. It was jumping to such a conclusion that has jeopardized the proper approach to Europe's constitutional moment. The proper approach, I

suggest, is to think in terms of a gradual constitutional process, a process of education and opinion forming. It cannot be done overnight. For the creation of even a minimal constitutional sense across the European Union is a formidable challenge.

There are some who deny that there is any need for such a constitutional sense. They belong to a current of opinion embedded in contemporary political science that views the creation of the EU as essentially a technical process - a process which will be justified by its results, what is sometimes (and rather inelegantly) called 'output legitimacy'. Such a view downplays the role of citizenship in the EU, as if it were almost a category mistake.

There are others who, while taking the question of citizenship and consent far more seriously, simply believe that the EU is now too large and diverse for even a minimal constitutional sense to be possible. In their view, fusing political cultures shaped by such different forms of the state (France's unitary tradition, German federalism, Britain's unwritten constitution) is not plausible. Look, for example, at the problems raised by attempts to fuse a Roman law tradition with an Anglo-American common law tradition.

I cannot accept the view that creating a minimal constitutional sense is unnecessary, or the view that it is not possible. It is necessary if the European Union is to acquire real democratic legitimacy, and it may be possible. We can only find out by trying.

The enormous advantage the American Founding Fathers enjoyed at Philadelphia was that they had inherited a minimal constitutional sense - the memory of the division of competences between the colonies and the mother government in London. In some ways, the new federal government that they created resumed the functions of the former British government - a government that had allowed the colonies notable autonomy.

Europe, to be sure, lacks that advantage enjoyed by the American Founding Fathers. Instead, Europeans have to deal with a different inheritance - with the fact that earlier projects for European integration have been projects for empire, for forcible integration. Recollection of the ambitions of Charles V, Louis XIV, Napoleon and Hitler provides a different, more sombre background than that of the delegates to the Philadelphia Convention in 1787.

That difference of historical background ought to make us cautious and careful. It ought to warn us against the mistake that any constitutional 'package' can emerge suddenly. It ought, indeed, to make us conscious of the fact that the process of creating a constitutional sense across Europe is just as important as the outcome. Indeed, they are inseparable. For if a framework for public decision-making that is both widely understood and accepted is ever to emerge in Europe, it can only be because it is rooted in the minds of citizens.

There are three areas where such an understanding and such acceptance could take root, I suggest. They are: First, a formal right of exit for member states from the EU, so that it is understood as essentially a voluntary association of states (in contrast to the United States, where there is no right of secession since the Civil War). Second, a short charter of fundamental rights - for the brevity of such a charter is the best guarantee of its being able to create a 'rights based' political culture. Hence the temptation to create a European charter of rights, which inflates and thereby debases the language of rights - turning so many public policy objectives into 'rights' is a serious obstacle to constitutional progress. Third, the EU must begin to move along the road that leads to bicameralism at its centre. For the lack of connection between national political classes and the European project is the Achilles' heel of the EU in its present form. Only by reengaging members of national political classes through a European Senate (consisting of leading members of national legislatures who have a dual mandate) invested with a special responsibility for protecting subsidiarity and resisting centralization, can the nature of a quasi-federal political system be brought home to the citizens of member states. It is no accident that federal systems are usually marked by bicameralism - for one chamber rests on the population principle, while the other rests on a territorial principle (the formal equality of member states). And these two principles may at times come into conflict. Understanding the basis of bicameralism educates people in the etiquette of a complex, continental political system.

The recent experience of the American state primaries (especially the contests between Obama and Clinton) leading up to a presidential nomination offer a striking example of how a political system can educate citizens in its own workings. I suspect that, as a result, many Europeans understand the working of American federalism better than they understand the relationship between their own nation state and the EU. That contrast makes clear the extent of the challenge facing Europeans today.

About the author

Larry Siedentop is a Fellow of Keble College, Oxford. He is the author of *Democracy in Europe* (2000) and an occasional contributor to several major British newspapers.

Internationale Betrekkingen

International Relations

EU Energy Policy

The conflict between an internal liberalisation agenda and external security of supply

Evert Faber van der Meulen

The world of energy is changing. The relative certainty of the 1980s and 1990s has dissipated after the year 2000. This change is so fundamental that it is described as a paradigm change.¹ Two issues simultaneously made it to the top of the energy agenda. First of all, there is global tightness of supply. In combination with the decline of OECD energy supply this results in a situation where the relative power of consumers is declining. The market for hydrocarbon energy is evolving from a buyer's market to a seller's market. The result is that a fundamental change can be seen in the old consumer-producer relationships that have dominated the world of energy during the last 20 years.² Secondly, from 2000 onwards the issue of climate change increasingly became part of the scientific mainstream. The result is that - especially in the OECD countries - hydrocarbon energy is seen in a fundamentally different light, as compared to 20 years ago.

Possible solutions to adapt to the reality of the new energy paradigm all include a common element; the essential role of government policy. The 2006 Stern Review on the Economics of Climate Change³ calls for an immediate government response in order to prevent accumulation of costs in future. Shell's scenarios for the future of the energy market consider three hard truths - severe demand increase, end of the age of easy resources, environmental stresses are increasing - as fact and see government action as essential in tackling these problems.⁴ And independent experts see government regulation as essential in the transition towards a new energy market.⁵

All these reports envision this government intervention in forms of regulation, within a liberalising market. However, increasingly security of supply is dominating the energy agenda, leading to policy responses by the various parties that are not directly liberal in nature. Having no hydrocarbon resources of its own, Japan, in more recent years, pursued an

-
- 1 D. Helm, 'The Assessment: the New Energy Paradigm', *Oxford Review of Economic Policy* 2005, vol. 21, 1; D. Helm, 'The New Energy Paradigm', in Helm, D (ed.), *The New Energy Paradigm*, Oxford: Oxford University Press 2007.
 - 2 See e.g. C. van der Linde, *Energy in a Changing World*, Clingendael Energy Papers 2005, 11; R. Skinner, 'Energy Security and Producer-Consumer Dialogue: Avoiding a Maginot Mentality' (Presentation to *Government of Canada Energy Symposium*, 28 October 2005, available online at www.oxfordenergy.org).
 - 3 J. Stern, *Stern Review on the Economics of Climate Change* 2006a (available online at www.oxfordenergy.org).
 - 4 Shell, *Shell Energy Scenarios to 2050*, 2008 (available online at www.shell.com/scenarios).
 - 5 See e.g. Helm 2005, 2007.

energy policy dominated by security of supply, whereby government actually tries to push businesses to make various strategic deals in the interest of the nation⁶. China, faced with huge demand increases, has signed various trade agreements in the 2000s with rogue states, such as the Sudan, Iran and Burma, in order to ensure a steady flow of oil and gas⁷ and, furthermore, is wooing the Middle East,⁸ without the western agenda of democratisation. And of course the world's major consumer, the US, has always considered energy supply as a matter of national security and has a decisive influence on the energy policy of various key states such as the Gulf States and after 2003 also Iraq.

Producer states are becoming increasingly aware of their new influence. This has led to a renationalisation of energy sources in Russia and South America. Gulf States have long since kept a tight leash on their energy resources and are also responding to the new reality. For instance, Saudi Arabia is keenly aware that the huge demand increases in Asia alter the geopolitical situation in the Middle East and will require the development of new relationships. Thus Saudi Arabia, in recent years, has sought rapprochement with China and India, in order to counter Saudi dependence on the US.⁹

This trend of (re)nationalised hydrocarbon resources coupled with consumer countries that use their market power in order to receive preferential trade agreements has been reported by various research institutes, and the international oil companies (IOC's).¹⁰ Publications warn that a deliberalised energy market leads to a world that will be dominated by investment constraints, underutilised resources and a general geopolitical scramble for those resources. This situation will require very different government responses than a liberal, open market.

In this world, the European Union seems to be the only significant player in the game that focuses solely on market liberalisation. This is especially worrisome in the regional gas market, where EU is faced with its own declining hydrocarbon supplies and an increasingly complicated regional gas market. The question that this article poses, is whether the current internal initiatives of liberalisation and regulation overshadow the fact that the energy problem is far broader than the EU internal market? Or to put it differently: is the EU simply the best boy in class, or are there other, more fundamental, reasons for the current EU policy?

This article will look into the origins and development of the current policy of both the EU and the member states regarding the gas market. First, an overview of the various EU gas sources will be given. Secondly, the origins of the EU policy of liberalisation will be

6 J.H. Christoffel, 'Japan: nieuwe agenda voor energieveiligheid', *Internationale Spectator* 2007, vol. 61, 7/8, pag. 362-363.

7 D. Zweig & B. Jianhai, 'China's Global Hunt for Energy', *Foreign Affairs* 2005, vol. 84, 5.

8 J. Liangxiang, 'Energy First: China and the Middle East', *Middle East Quarterly* 2005, vol. XII, 2.

9 H.V. Pant, 'Saudi Arabia woos China and India', *Middle East Quarterly* 2006, vol. XIII, 3.

10 E.g. see A. Correljé & C. van der Linde, 'Energy Supply Security and Geopolitics: a European Perspective', *Energy Policy* 2006, vol. 34, 5; International Energy Agency (IEA), *World Energy Outlook*, Paris: OECD 2007; Shell 2008.

treated. Thirdly, some exemplary consequences of the EU market liberalisation will be investigated, and possible alternative policy options in order to overcome the conflict between an internal liberal market doctrine and external security of supply will be offered.

The EU gas market

Gas supplies make up almost a quarter of the total energy consumption in the EU. That makes it the second hydrocarbon resource in the EU energy mix. Currently, the EU extracts 37% of its gas consumption from internal supplies. The IEA (2006) expects that gas demand will rise with 1.4% in the reference scenario and 0.9% in the alternative scenario. With internal supplies in decline, import dependency is expected to increase substantially.

The consequences of this import dependency differ per individual EU member state for four reasons. Firstly, the energy mix per country can differ significantly (e.g. France greatly relies on nuclear power, whereas the UK energy mix is more dominated by gas). Secondly, some member states have national gas supplies, significantly decreasing their import dependence (examples are the Netherlands and, to a lesser extent, the UK). Additionally, some member states are totally dependent on one single gas exporting country, whereas others have a more diverse mix of imports - Eastern Europe is almost completely dependent on Russian gas, but Western Europe has a more diverse gas mix. Finally, there is the problem of market power. Policy responses to import dependency can differ greatly between larger and smaller member states. These factors become essential, when they are combined with the fact that, under EU law, every member state can determine its own energy mix. The result is a situation where individual countries will have very diverse policies towards the major exporting countries. This then leads to different policy interests in the internal and external energy market. The next section will take a look at the causes and consequences of this diversification, but first we look into the issue of future external supply in more detail.

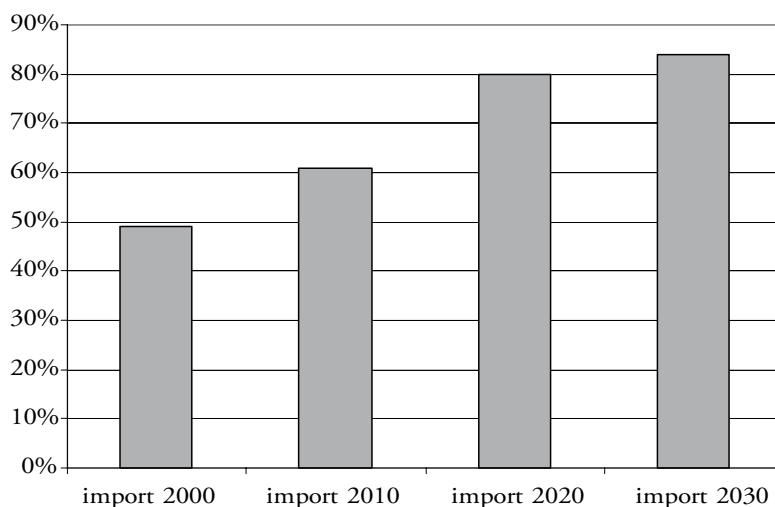


Figure 1: EU-27 Development Gas Import Dependence. Source: EU Energy Policy Data: 13.

Future external supply

At the moment, the EU has three major external gas suppliers, namely Russia, Norway and Algeria. In theory, all of these countries have sufficient reserves and thus potential for exporting additional gas to the EU. However, in reality, the situation is more complicated. **Russia is plagued by underinvestment**¹¹ in the gas sector to such an extent that both Russian research institutes and the Russian government do not expect a significant increase of gas exports to the EU.¹² **Norway has recently given preference to developing new oil fields in the North Sea, delaying investments by StatoilHydro in the development of new gas fields. And although several pipelines will be built from Algeria to the EU, it is highly dubious whether these will be filled by additional gas, or gas that was previously transported to the EU as Liquefied Natural Gas (LNG).**

In response to its increasing export dependency in general and, specifically, its dependence on Russian gas, it is EU policy to aim for diversification of gas supply. At first sight, it would appear that the EU has various alternatives, however not all of its options are realistic in the current climate of international affairs. Here, we will first look into concrete pipeline alternatives, before we will investigate the options of LNG.

A well-known alternative project to promote alternative supply is the Nabucco project, a pipeline that would run from Istanbul to Baumgarten in Austria. **The Nabucco project would ensure that Southeast Europe would have alternative sources of supply in the Middle East or Central Asia, to Russian gas (most of these countries have 80% or more dependency on Russian gas). However, Nabucco is plagued by serious investment problems, due to the uncertain supply of gas and regulatory problems.**¹³ An additional alternative is the TGI pipeline, which will run from Southern Italy to Turkey and will be supplied by Azeri gas. It is expected to be completed by 2012. However, it is still unclear how much Azeri gas will actually be available, due to possible increases of Azeri national or regional demand in the Caucasus. **A third pipeline that would potentially benefit EU supply is a pipeline between Nigeria and Algeria. It is, however, still far from clear whether or when this pipeline will be constructed. There is sufficient gas present in Nigeria, but the country suffers from internal instability, which complicates the development of additional supply. Moreover, the pipeline would have to be constructed through an unstable region.**

A second method for gas transport is LNG. Before we can move on to the LNG market as a source of diversity of supply, there are a number of differences between pipeline gas and LNG that need to be highlighted first. Firstly, the nature of the gas market is one of large upfront investment. Both pipeline gas and LNG require substantial investment to

11 For a more detailed analysis of the causes and consequences of underinvestment in the Russian gas sector see E.H. Faber van der Meulen, 'EU Russia Gas Relations: Embedded Liberalism versus Suboptimal State Control' (Paper presented at *BASEES Annual Conference*, 29-31 March 2008, Cambridge, UK).

12 V. Milov, *The EU Russia Energy Dialogue: Competition versus Monopolies*, Institut Français des Relations Internationales 2006; P. Hanson, 'Russia and Europe Are Doomed to Cooperate', *Russia in Global Affairs* 2008, vol. 6, 1.

13 A more detailed analysis of the problems of the Nabucco project will follow later in this article.

construct the pipe or construct the liquefaction plants and LNG trains. However, there is a difference in the investment pattern. The main investment of an LNG train is in the liquefaction plant and deliquefaction plant, i.e. the start and the end of the chain, whereas substantial investment of pipeline gas regards the pipeline. This means that, whereas LNG has high initial investment, the investment increase with added distance is less than with pipeline gas. So the further the gas needs to travel, the more economic sense it makes to transport it as LNG.¹⁴

The second difference is related to the fact that a pipeline creates a natural monopoly of distribution. An LNG train, in principle, is much more flexible in its destination than a pipeline. However, due to the market nature of upfront investment, LNG trains are constructed on take-or-pay long-term contracts. And only a limited amount is traded via short-term contracts. It is in the development of these short-term contracts that the start of a global LNG market should be seen. However, this reality seems to be something for the longer term. In practice the LNG market for the short and medium term will be very similar to the pipeline market in the sense that it offers very limited flexibility of delivery.

Currently, the LNG market has to be divided into two parts, the Atlantic basin and the Pacific basin. The Atlantic basin main producers include Trinidad and Tobago, Nigeria and Algeria, and its consumers are the EU and US. The Pacific basin main producer is Indonesia. Its consumers are Japan and South Korea, and the US West Coast in the near future. Middle Eastern LNG has a special position because it is economically viable to supply it to both basins, although the Pacific has a slight advantage. Potential suppliers of LNG to the EU include Algeria, Nigeria, Qatar and Oman. However, LNG supply to the EU will to a large part depend on LNG demand in the US and the Pacific basin. Thus, although LNG will in the future supply more and more gas to the EU, one must not be fooled by the quantities at first instance and realise that, although a world spot market is a long way off, the LNG market is one of worldwide competition.

Regarding EU policy, this means that in the short term, the gas market will be dominated by the traditional pipeline suppliers - especially Russia. It is only in 10-15 years that the geopolitics of gas supply will have expanded to encompass the complete Middle East, Central Asia and the globalising market of LNG.¹⁵ However, since the gas market is dominated by large scale investments that often require market predictions for periods up to 20 years, it is essential that the EU creates a market that is able to fully cope with the realities of today and a policy that can adapt to the future market conditions. This involves first and foremost the creation of trust and certainty for potential investors within the EU and within the producing countries. However, as the next section will show, the current EU

14 J.T. Jensen, 'The LNG Revolution', *Energy Journal of the International Association for Energy Economics* 2003, vol. 24, 2.

15 J. Stern, 'The new Security Environment for European Gas, worsening Geopolitics and increasing Global Competition for LNG' 2006b (available online at www.oxfordenergy.org).

policy often contributes to the opposite effect of additional uncertainty in the gas market. This analysis however, cannot be completed before there is a thorough understanding of the origins of EU energy policy.

Origins of EU energy policy

The EU has a problematic position in the classical theories of International Relations. The EU is an entity with power equal to a state in some fields of foreign policy. It has the soft power of a state, economic policy being the first pillar of the EU. However, it is almost completely lacking in any actual decision making power in the field of high politics, where the role of the EU can at best be described as facilitating. This has important consequences for an EU external energy policy because, in defining this external policy, the EU will look to the options it has available for the formation of this new policy aspect. Naturally, this policy will be located in the low politics sphere. Energy security, however, can be located in the sphere of high politics.¹⁶ Again, this is acknowledged in the EU treaty, which states that it is up to the individual member states to determine their own energy mix. The EU sees severe market distortions in the energy market, and sees competition policy as the way to deal with these distortions. It also sees itself as the ideal agent to guarantee a sustainable security of supply.¹⁷ The EU has power and control to a far greater degree over the first part, concerning competition policy, than it has in the field of energy security in general, the first being part of the first pillar EC treaty, whereas the second element is in effect part of the general EU treaty and CFSP. What we see is that this leads to a situation where the EU tries to use low politics competition policy in order guarantee high politics security of supply.

Moreover, energy is one of the last areas where neo-functionalist theory can still apply.¹⁸ This intra EU development process is still in progress. Because of the open nature of the policy developments on the external energy policy field we can view policy forming and decision-making (partly) within the scope of IR theory as policy between the member states and the EU as actors on the international field. But at the same time, one can also see this process as a two level game concept,¹⁹ where the first level consists of the intra EU spectrum of interests and the second level consists of the conflict of interest between the EU (whichever way defined) and the external partner. Thus the developments on the external policy field are influenced directly by the developments in the internal field. This fits in the general image of EU external policy as a product of EU internal policy.²⁰

16 This view is propagated, for instance, by the Copenhagen school (e.g. B. Buzan & O. Weaver, *Regions and Powers*, Cambridge: Cambridge University Press 2003).

17 Commission of the European Communities, *DG Competition Rapport on Energy Sector Inquiry* 2007a (SEC (2006) 1724).

18 J.G. Ruggie, P.J. Katzenstein, R.O. Keohane, P.C. Schmitter, 'Transformation in World Politics: The Intellectual Contributions of Ernst B. Hass', *Annual Review of Political Science* 2005, 8.

19 R.D. Putnam, 'Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games', *International Organization* 1988, vol. 42, 3, pag. 60.

20 C. Hill & M. Smith, 'International Relations and the European Union', in Hill, C., Smith, M. (eds), *International Relations and the EU*, Oxford; New York: Oxford University Press 2005, pag. 5.

A common EU energy policy thus automatically gains a certain bias. But apart from this classical IR explanation of the liberal bias of the EU, there is also an ideological motive.

Embedded liberalism

Although the exact form is heavily debated, the concept of viewing the current world in a civilisational divide, as introduced by Huntington,²¹ is the dominant view of the Western world. In this civilisational divide the Western world has an ideological, embedded liberal focus. This concept of embedded liberalism is based on the idea that western capitalist countries learned, each in their own unique way, to reconcile market efficiency with social values within their community.²² This balance ensured that the liberal market economy was firmly embedded in society. The EU now has a special place in the embedded liberal system. Its very existence originates from the liberal market ideal. The beating heart of the EU is its internal market and competition policy. The EU is in essence the child of embedded liberalism.

In the new century, economic power has, via globalisation, gone beyond the edges of the Western civilisation. In the words of Friedman: 'the world is flat'.²³ This new flatness complicates the ever-shrinking international economy. In finding an answer to the new situation, Western civilisation prefers its own systems as the ideal types that the other players should try to imitate. This ideological concept is the core of self definitions like the post-modern state and doctrines like liberal imperialism.²⁴ In reaction, this Western policy has been criticised by non-Western sources as Western arrogance, or as lacking a sense of reality and pragmatism. For instance, Russia states that the new world is formed by competition in the broadest sense of the word; competition of value systems and the Western ideological expansion should be seen in this light.²⁵

It is to this background of inherent policy bias, based on ideology and pragmatism, that we should look at the formation of the internal energy acquis of the EU.

Internal energy acquis

Since its inception, the gas market has been dominated by large (semi-)monopolists. Every member state within the EU had its own national champion to run the production and distribution of gas, due to the monopolistic nature of the market. Major steps were taken in 1998 and 2003 with the unbundling packages. However, the dominance of the national

21 S.P. Huntington, 'The Clash of Civilizations?', *Foreign Affairs* 1993, vol. 72, 3.

22 J.G. Ruggie, 'International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order', *International Organization* 1982, vol. 36, 2, pag. 393; J.G. Ruggie, 'Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection', in Held, D. & Koenig-Archibugi, M. (eds), *Taming Globalization: Annual Review of Political Science* 2003, 8, pag. 1.

23 T.L. Friedman, *The World is Flat: a brief history of the globalized world in the 21st century*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2005.

24 E. R. Cooper, 'The new liberal imperialism', *The Guardian* April 7, 2002.

25 S. Lavrov, 'The Present and the Future of Global Politics', *Russia in Global Affairs* 2007, vol. 5, 2, pag. 10.

champions and unfair competition continued, and ultimately the consumer paid the bill. The directorate general for Competition undertook a large scale research, culminating in a January 2007 report, which concluded that the situation in the sectors was still far from optimal and that a third liberalisation package was required. **According to the Commission**, three issues would require further attention. First and most important is the problem of insufficient unbundling. Although legally speaking, production and distribution have been unbundled, it is still possible for a production company to own assets in a distribution company and vice versa. Furthermore, the problems caused by regulatory gaps and the chronic lack of liquidity in the market still exist, resulting in the continuation of pre-liberalisation market powers. Lastly, the Commission notes a general lack of transparency in the market.²⁶

This view of the Commission was not shared by all the member states. Various issues, such as the special nature of public utilities, market and negotiation power, and hold-up have been mentioned.²⁷ **In July 2007, nine member states²⁸** submitted a letter to the Commission warning that liberalisation might have undesired effects on security of supply and might potentially put companies from the EU at a disadvantage compared to companies from third countries (France 2007). **In September 2007 the third liberalisation package was presented.** In addition to full unbundling, this package also offered countries the option of an Independent System Operator (ISO). This would mean that the physical network could still be owned by the exploitation company, but transmission prices would be determined by the ISO. **The nine member states have since proposed a ‘third way’** in which transmission price setting would remain in the hands of the companies. However, it is as yet unclear which of these options will actually be implemented. **In addition to the proposed legislation on unbundling, the Commission has proposed a reciprocity clause²⁹** and a system of independent regulators.

Consequences of liberalisation agenda

As can be seen from recent developments, liberalisation of the EU energy market remains a contested principle to this day. Various member states have put question marks at the policy. Also, from a theoretical point of view there is a substantial risk that, in the gas market, liberalisation will lead to hold-up of investment, affecting security of supply.³⁰ Three exemplary problems are highlighted below. Firstly, the prospects of investment uncertainty

26 Commission 2007a, pag. 14.

27 For an overview see A.R. Spanjer, ‘The impact of a new regulatory focus on current gas regulation: The case of unbundling’ (Papers and Proceedings of the 9th *European Conference of the International Association for Energy Economics*, 10-13 June 2007a, Florence, Italy).

28 France, Germany, Greece, Austria, Bulgaria, Latvia, Luxembourg, Slovakia and Cyprus.

29 This clause is perhaps better known under its popular name ‘Gazprom clause’. More on this in the next section of this article.

30 see A.R. Spanjer, ‘European Gas Regulation: A change of focus’ (Department of Economics Research Memorandum 2006.04, Universiteit Leiden).

in Russia will be looked into. Secondly, the EU's own priority project Nabucco will be dealt with. Finally, we will take a closer look at the proposed reciprocity clause in the third liberalisation package.

Russian investment uncertainty

Gazprom's main production fields are currently in decline. If the current decline continues, security of supply in the EU may in time be jeopardised. There are, however, several options available to increase production. **Gazprom can decide to invest in one of its super giant fields (Yamal fields or Shtokman), significantly boosting production.** But, it can also decide to let more independent producers operate in the domestic market. Thirdly, substantial quantities of gas can be bought from Central Asia. **Stern argues for a more demand-orientated view on the Russian gas supply.**³¹

This graph shows that Russia is highly dependent on future demand for its gas. Demand is flexible (at least in the medium term). **Because of the availability of alternatives, it is dependent on future price.** Higher domestic prices (due to price reforms in Russia) and stable high export prices will result in Gazprom not necessarily using all three options of developing a supergiant field; allowing independent producers on the domestic market; and buying

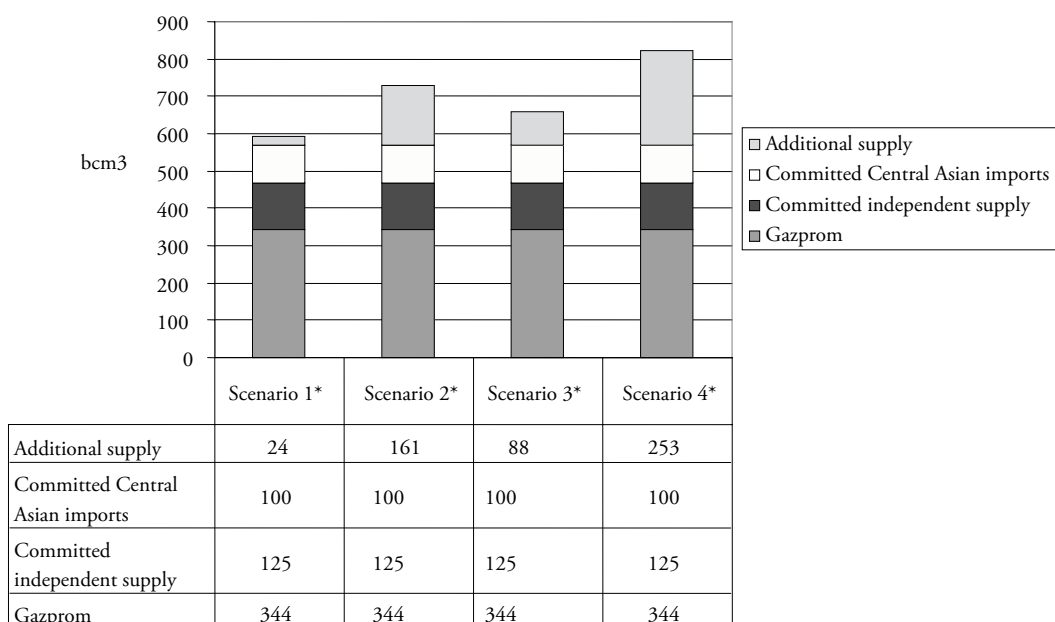


Table I Demand for Russian gas in 2020. Based on: Stern 2005: 208-9.³²

31 J. Stern, *The Future of Russian Gas and Gazprom*, Oxford: Oxford University Press 2005, pag. 206-210

32 The scenarios in the graph are based on internal and European price developments. Scenario 1 is a high price estimate for both. Scenario 2 is a high European/ low internal, scenario 3 is low European/high internal, and in scenario 4 both are low price levels.

Central Asian gas in order to reach sufficient supply. Both Yamal and Shtokman require huge investments in production and transmission that will not be economically viable in the short term if prices are low.³³ In this situation, Gazprom might prefer to spend its money on projects involving less risk (e.g. buying up assets in the EU) or setting up projects for markets other than the EU (e.g. the Sakhalin2 or Kovytko fields). However, it must also be noted that the estimated higher prices for gas here will lead to a situation where Gazprom is faced with declining market share to other gas suppliers or other resources. Evidently, that is not desirable from the point of view of Gazprom.

The EU's liberal answer to this problem is to hold to the policy of Russian ratification of the Energy Charter and Transit Protocol, so that EU companies will be able to develop new gas fields and transport this through Gazprom's pipeline network via a system of third party access (TPA). At the moment, this is highly undesirable from the point of view of Russia.³⁴ Also, while these points might seem to benefit the market and consumers at first sight, it is also evident that the additional uncertainty will lead to investment delays and thus a reduced security of supply. Moreover, the increased uncertainty on the market provides additional arguments for the lobby in Russia that wants to see diversity of energy export as Russia's main priority. Additionally, it also provides additional arguments for voices that prefer to export less gas for higher prices in order to make maximum profit over an extended period of time on Russian natural resources. Both points of view are not in the direct interest of the EU.

The basis of an energy policy towards Russia should be pragmatic. In the current climate of high energy prices it is not likely that Russia will liberalise its gas market. Thus, instead of focusing on creating an investment climate via the Energy Charter, the EU should focus more on possible alternatives that would improve accessibility of Russian gas to EU companies, via a more ad hoc system of asset swapping. Additionally, it would be wise to - at least partially - reconsider the current internal policy on long term contracting³⁵ in the gas sector, because this contributes to investment uncertainty in Russia.

The Nabucco project

The Nabucco project has been pinpointed by the EU as a priority project to represent a new common approach to energy. However, Nabucco is plagued by problems. The main reason is that it is as yet unclear what gas will be used to supply Nabucco. At first sight Azeri gas seems to be a good option. But, gas fields are as yet undeveloped in Azerbaijan and need an extremely favourable investment climate in order to provide sufficient gas for Nabucco. Moreover, Azeri gas might be used regionally, or for the previously mentioned TGI pipeline. A second option could be Central Asian gas, but this requires a pipeline to be

33 Stern 2005, pag. 16.

34 See e.g. Faber van der Meulen 2008.

35 See also K. Neuhoﬀ & C. Hirschhausen, *Long-Term vs. Short-Term Contracts: A European Perspective on Natural Gas* (Electricity Policy Research Group Working Paper 05/2005).

built through the legally contested Caspian Sea. Additionally, Russia and China have both signed memoranda of understanding with Turkmenistan and Kazakhstan, leaving very little gas, if any, to be exported directly to the EU via Nabucco. Iran does not seem to be a viable option, both because of the current Iranian policy and the current US policy. Other supply options for Nabucco also seem far away, either due to transport costs (Qatar, Egypt), or due to regional tensions (Iraq). All in all, there seems to be only a limited amount of gas available for Nabucco. Logically, the Nabucco project suffers from serious investment problems. And, in order to solve this hold-up problem, Nabucco has applied for exemptions under article 22 to EU third party access (TPA) rules. As of yet, these exemptions have only been given to the Austrian part of Nabucco; the rest of the applications remain pending. So, ironically, the EU itself is a considerable factor in the delay on one of its priority projects.

Article 22 exemptions are not uncontested. Via a combination of access holiday and real options theory, Spanjer claims that the regime as it stands will not solve the hold-up problem, because under this regime allowed profits will be too low.³⁶ This leads to a situation where investment will be delayed and not take place at a socially optimal moment. In another paper he stresses that this is especially worrisome in the case of large import pipelines, because they are risky monopoly investments with back-loaded profits.³⁷ Nabucco, being a large import pipeline, would definitely fit into this category and thus suffers from investment delays that are not socially optimal; or, in other words, damage security of supply.

The reciprocity clause

As previously mentioned, in September 2007 the Commission published its proposals for the third liberalisation package in the energy sector. Part of this package is the reciprocity clause that would ensure that companies from third countries are subject to EU legislation. The Commission uses the argument of unfair competition to justify this clause. It states that: 'It means in particular that no supply or production company active anywhere in the EU can own or operate a transmission system in any Member State of the EU.' And that: 'This requirement applies equally to EU and non-EU companies'.³⁸

However, on closer examination the last statement seems to be rhetorical. The actual proposed legislation (Article 7a 1) states that it would be illegal for any foreign company to own transmission systems or transmission system operators. In article 7a 2, exception is made if a third country has signed a specific agreement with the Commission.³⁹ It would

36 A.R. Spanjer, 'Do Article 22 exemptions adequately stimulate investments in European gas markets?', *Zeitschrift für Energiewirtschaft* 2008, vol. 32, 1.

37 A.R. Spanjer, 'Do TPA Exemptions Solve the Hold-Up Problem on European Gas Markets?', (Papers and Proceedings of the 30th Conference of the International Association for Energy Economics, 18-21 February 2007b, Wellington, New Zealand), pag. 17.

38 Commission of the European Communities, *Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council amending Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas*, 2007b (SEC(2007) 12), pag. 7.

39 Commission 2007b, pag. 30.

seem that the underlying thought to this clause is not a further liberalisation of the market, but the creation of leverage in negotiations with third parties. **The measure could be better described as a protectionist measure;** but this is clearly not the way the Commission interprets the clause.

There is actual economic sense to the measure. **Transmission systems are a natural monopoly** and thus are of greater social importance than other segments of the gas and electricity supply chain. As a last resort,⁴⁰ these assets can be kept under tighter government control. Additionally, the measure makes sense from a geopolitical point of view, because it might create the amount of additional leverage required for a strategic energy agreement with Russia, in a ‘language’ that Russians understand. The Commission would do well to stress these points in stead of the liberal policy claim, because this undermines the credibility of much required liberalisation efforts in other sectors of the internal energy market (e.g. windfall profits, interconnection of networks).

Conclusion

This article has attempted to shed some light on the current EU energy policy in a changing reality. An overview has been given of the supply options of the current and future gas market. **These options seem primarily external and in a climate of tight supply,** leading to a situation where the creation of trust and investment certainty are essential to security of supply.

Secondly, the formation of the EU internal energy market liberalisation agenda has been looked into. **This has been explained as having a deeper, embedded liberal, focus,** combined with a pragmatic approach in the power struggle between Commission and member states, based on the competition policy competences the EU has at its disposal. Moreover, this process of the formation of the internal energy market is still in the process of development. **This creates uncertainties in the market.**

Finally, with regard to these uncertainties, some critical notes have been put to the current EU agenda. **The example of Russian investment in new fields shows that unilateral liberalisation,** without due consideration for the external partners, can create significant uncertainty in the market, leading to investment delays, and thus worsened security of supply. The example of Nabucco shows that a tight regime on exemptions of the current unbundling legislation, can hamper a project that the EU itself has pinpointed as a priority project to ensure security of supply. The final example of the reciprocity clause shows that even in the case of a protectionist measure, the Commission still uses the rhetoric of liberalisation. In this case, the Commission would do well to heed its liberal motivation, in order not to damage its own liberalisation on other terrains.

40 O.E. Williamson, ‘The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead’, *Journal of Economic Literature* 2000, 38, pag. 603.

About the author

Evert Faber van der Meulen graduated in History (BA) and European Union Studies (MA) and is currently Junior Lecturer at Leiden University, Department of EU Studies.

The Future of European Security

Rio Praaning Prawira Adiningrat

The future of European Security was well represented at SIB's 60th anniversary conference. In full openness and without even a thought of any disturbance of the conference's peace, hundreds of students witnessed Dutch Foreign Minister Maxime Verhagen focus at human rights as a crucial element of Dutch Foreign and Security Policy. Security expert Tiny Kox of the Dutch Socialist Party – once a bastion of anti-NATO feelings – spoke realistic and balanced words on any global threats to Europe's undisturbed march towards the world's largest market place. There was not a great deal of difference with NATO Ambassador Herman Schaper or former Defense Minister Wim van Eekelen, who straightforwardly added that such a remarkable period of peace and prosperity was mainly enabled by the US-European security axis through NATO.

It's the economy

Of course there was debate. But with virtually all countries on the European continent either a member or a candidate member of the European Union or NATO, and with the US - and not Russia - deploying new (missile) defense systems in Europe, other security dimensions appeared more attractive targets for debate.

A first conclusion of that debate: European security is a global – not a regional - affair. Secondly, challenges to European security are no longer driven by military, but by economic, energy, technological, industrial, and last but not least, environmental concerns. Indeed, even if both China and Russia, fed by different sources of power, increase their impact on global developments, the sheer development of their own underdeveloped peoples will limit possibly less desirable claims.

Of course military power matters. But despite enormous US defence outlays and the projection of US military power in virtually all global hotspots, power gravitates away from the US. This may be caused by the demise of the US Presidency as moral, historical and intellectual authority. Or by the compromised US armed forces in Iraq. Or by the image of Arabs (not Jews) and Chinese (not Europeans) bailing out overspending US industries. Traveling through Asia and the Middle East, the question about the world's highest economic growth rates is easily answered: it's *there*. And where can markets, economies, industries, private incomes, health care and education grow fastest? There. So where would one wish to invest, to produce – and sell? Indeed, Europe wants to invest in China, in India, and in other 'emerging markets', while those own markets' dearest wish is to access Europe

and the US as their largest mature markets. Political behaviour, including in security terms, seems steered by that economic and trade reality. It's the economy, stupid – and not in the first place ours, but theirs!

Human Rights

Just imagine a similar conference discussion in, say, Darfur, Afghanistan, or the West Bank. If it was all, only, or even mainly about human rights, former human rights activist and current French Foreign Minister Bernard Kouchner would not have to be so diplomatic about whether France will boycott the Olympic Games. No boycott indeed - not when chances to improve are better promoted with mutual respect than with any alternative. And how is the balance between what is spent on military hardware, and what is spent on education and health care in Afghanistan? Why can't fantastically rich or strong Arab and US allies deal with a rather small group of impoverished Arabs in Palestine? Human rights are thus a function of foreign and security policy – and of the perceived national interests that lie below that legitimizing policy blanket. Human rights are thus also a function of European security – and today particularly in the 'offensive' sense. Although Europe has difficulties in dealing with ethnic, cultural and religious minorities at home, there is not much human rights abuse to complain about inside the EU.

That, of course, is different outside the EU. There, human rights are equally a function of foreign and security policy, but in the 'defensive' sense. From a theoretical point of view, this may explain the world's continued inability to deal with Myanmar – even under the most dramatic circumstances of a natural disaster killing tens of thousands with a military junta refusing international assistance. Today's global balance of power suggests we need ASEAN and Myanmar's best friend China to get closer to over one million people who are threatened by disease and death unless help is rapidly provided. A blurred human rights picture indeed.

Technology

Sweden and other Nordic countries seem to rigorously respect Kyoto. How much of that is based on the export to China of rather polluting technologies and industries? An onslaught of ever stricter European legislation - REACH/chemical industry, GMFFTL/biotech industry - is cleansing Europe of apparently less desirable production processes, effectively chasing EU based enterprises to Asia and particularly to China – taking technology, development, jobs and quite a carbon footprint with them. Dr Ivan Baines of the reputed German Max Planck Institute has warned that investment in European R&D is walking backwards. 'China', he says, 'introduces more patents to Europe than Europe', creating European mid- to long term vulnerabilities no one heard of before.

Both the US and Europe have stopped producing meaningful volumes of penicillin; cheap Chinese products chased all Western hemisphere industries out of this business. Vitamin C is a similar story: today, only one non-Chinese factory is left, in Scotland. This phenomenon is rapidly spreading to other pharmaceutical and health care domains. Quite apart from Chinese shoes, shirts and toys, this opens up a technology and production vulnerability that requires to be addressed.

While the Lisbon technology targets are not met, the EU and the US remain remarkably lenient on over 80 billion US in counterfeited products. Most of these are made in China and India, almost half of which in pharmaceuticals, and most of it popping up in the lesser developed world – causing and not resolving sources of disease and contamination.

Often overlooked, but relevant as a potential model (both for China and for the EU but for different reasons), is Japan. With the help of the US after WWII, Japan built the world's largest middle class society. Some claim that the US left Japan with the first ever successful form of Communism: in an effort to break the power of large landowners that were seen as promoters of Japan's expansionist policies, General McArthur broke up land in small pieces. Initially, this did create an income for many small farmers, but now it is causing one of Japan's largest problems and deficits: small farmers are dependent of a corrupted subsidies system and they are unable to provide for the nation's food. Hence Japan's ever larger dependence on China. Around 60% of Japan's crucial agriculture produce is imported from China. The recent 'guyoza crisis' (contaminated Chinese dumplings sold in Japan) caused panic throughout Japan and focused stongly on Japan's dependence of China – creating a disturbing picture for Japanese strategists that fear for Japan's long term sovereignty. A sovereignty that is considered incomplete as long as China threatens to unilaterally tap gas fields under the East China Sea while Japan's post- war constitution only allows for 'self defence forces'.

Even if they are not as dramatic as the Japanese dependence on Chinese (and Korean, other Asian and US) imports, Europe faces rather similar challenges. Chinese state-sponsored price dumping and aggressive low quality/low price exports, together with the technology drain caused by ever higher EU regulatory requirements, further stimulating Western companies to produce particularly new products in Asia and notably in China, *must* have long term consequences. This additional cause for falling technology investments in the EU must sooner or later also finds its dire expression in jobs. And what if the Asian/Chinese industries start driving up prices of goods Europe no longer produces?

Today, not only energy prices but also staple food prices are rising sky-high. The latter serves as a clear warning of what unexpected effects certain industrial policies (biofuel) and uncontrolled players (high food prices that do not benefit farmers) may have. These effects particularly hit emerging economies.

African and Asian perspectives – trade and food security

The quest for natural resources, and particularly energy, determines the direction and intensity of Asian/African relations. While the western hemisphere continues to focus at WTO's more traditional North-South issues, major Asian powers take from the smaller ones what they require and without giving much in return. Europe's potential criticism is not easily expressed – Europe did the same in colonial times. And Governments victimized by emerging superpower policies seem to acquiesce for their own reasons.

Many of the Asian/African deals are less than balanced. Some are truly at the expense of economic growth in the very poorest parts of the world. Cheap products (textiles, food, technical tools etc), mainly from China, push local African and Asian producers out of business – effectively destroying the fundament for a middle class without which the poverty trap cannot be escaped.

This has its consequences for Europe, directly and indirectly. A level playing field is required for to compete. This implies avoiding (state) subsidies, illegal forms of trade and price dumping. And even if there is no illegality in one Chinese city producing over 50% of the world's buttons, or in Chinese shoemakers producing 2 billion pairs each year, there is a point – as the traditional strategy has it – where sheer quantity becomes a *quality* that influences countries' choices. This has a direct impact on who sells what to whom and for what price. It concerns Europe just as much. For instance, if the EU energy market continues to be less attractive and liberalized than other markets, this will make energy flow away from and not to Europe. Unless the EU, as France, generously chooses nuclear energy, it will see its energy dependence grow substantially – and thus limit its choices.

So energy and fair trade are an issue in Asia and Africa as well as in Europe – and in many senses too, as was recently stated with regards to the impact of Europe's agricultural subsidies on both staggering food and energy prices. Piles of sometimes ancient conflict material defined by culture, history and religion and compounded by ethnic minority, continental shelf and border disputes can be enflamed by unfair trade. Conflicts in Asia and Africa directly involve Europe – bilaterally, through the UN or through NATO.

In domestic terms Governments that are not believed to be able to feed their hungry people may be weakened or even toppled, adding to atmospheres of regional conflict and even war. The current staple food price crisis highlights the interdependence between decisions and

(economic and energy) policies in different parts of the world and in different parts of the (global) economy. A further misjudging of causes and consequences may destabilize domestic regimes and regions with immediate repercussions for their relations with third parties – including with Europe.

In March 2008, PA International held a major international conference with the UN University in Tokyo on food safety issues. Too many people die or become ill after the consumption of contaminated foods, both inside and outside of China. One of the top speakers, former Norwegian Health Minister Dr Werner Christie, concluded that not China should be blamed, but those (foreign) investors instructing Chinese food (or tool or toy) production establishments. This requires serious investigation and certainly an accurate and transparent recording of producers or traders of foods and ingredients turned down at a country's borders. In April 2008, UN Secretary General Ban Ki Moon proposed a follow-up conference, this time on 'Food Safety and Food Security'. The production of food is one thing. What traders, industries and regulators do with this food afterwards is highly relevant to understand and to check - both for global and local impacts. How else can Cambodia, a net rise exporter since ten years, no longer afford to feed its own people? How else can Chinese farmers, at the bottom of the food production chain, no longer afford to buy the food that they produce? How should Indonesia's 40 million people living below the poverty line deal with simultaneous energy and staple food price surges?

Energy security and the environment

A most immediate effect of the world's gravitating power is in the energy domain. Slochteren as the largest Dutch gas field is emptying its pockets. European Commission and individual Member States fight to secure their energy independence. Russian actors are cautioned not to abuse their overwhelming energy superiority. Arab oil and gas producers are being courted by each and all as never before, putting an end to any Islamic-Arab underdog position. CNN screens seem to suggest that the world's economy revolves around Dubai. The EU and The Netherlands may not have quite made the connection yet, but Islamic minorities in our countries represent a culture and a religion that is experiencing an incredible 'renaissance'.

This not only redefines the European relationship with the Gulf and the Middle East, but also with those countries that compete with Europe to buy their own energy. Table I demonstrates the spectacular growth of EU energy imports from the Gulf Cooperation Council (GCC) countries between 2002 and 2006. Table II shows the division of crude and oil exports from the Middle East to Europe (downward after 1998), to Japan and Asia Pacific (much higher and upward all the way) and to China (rapidly upward since 1997 to almost half EU's consumption in 2006).

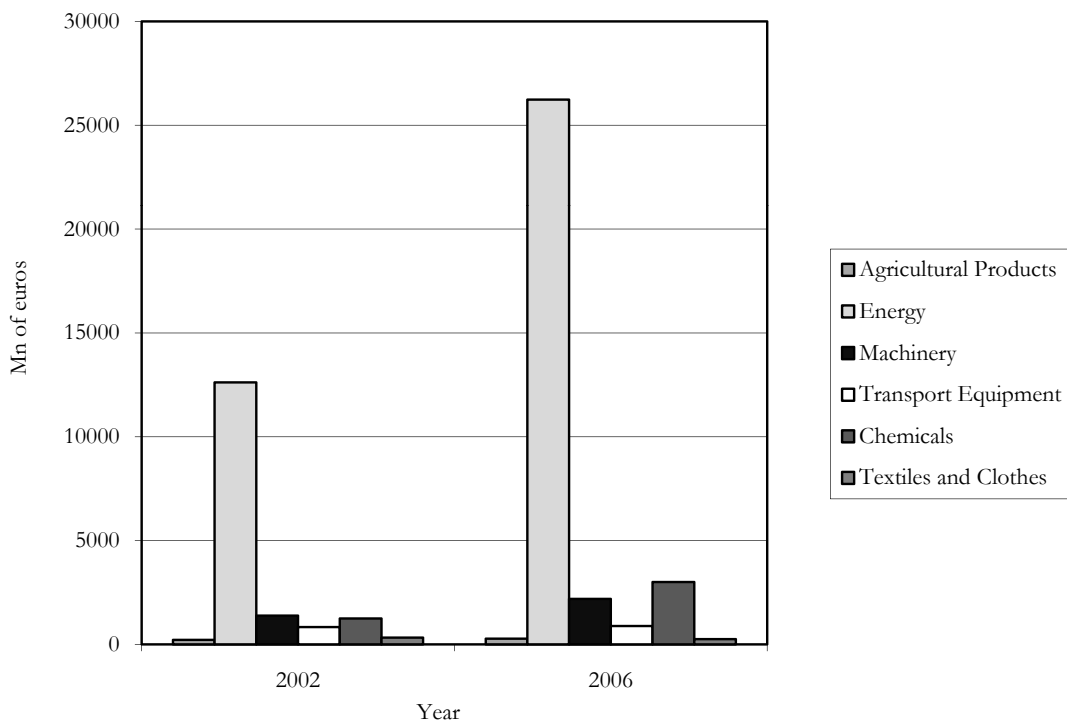


Table 1: EU25 Structure of Imports from GCC 2002-2006. Source: DG Trade/Eurostat.

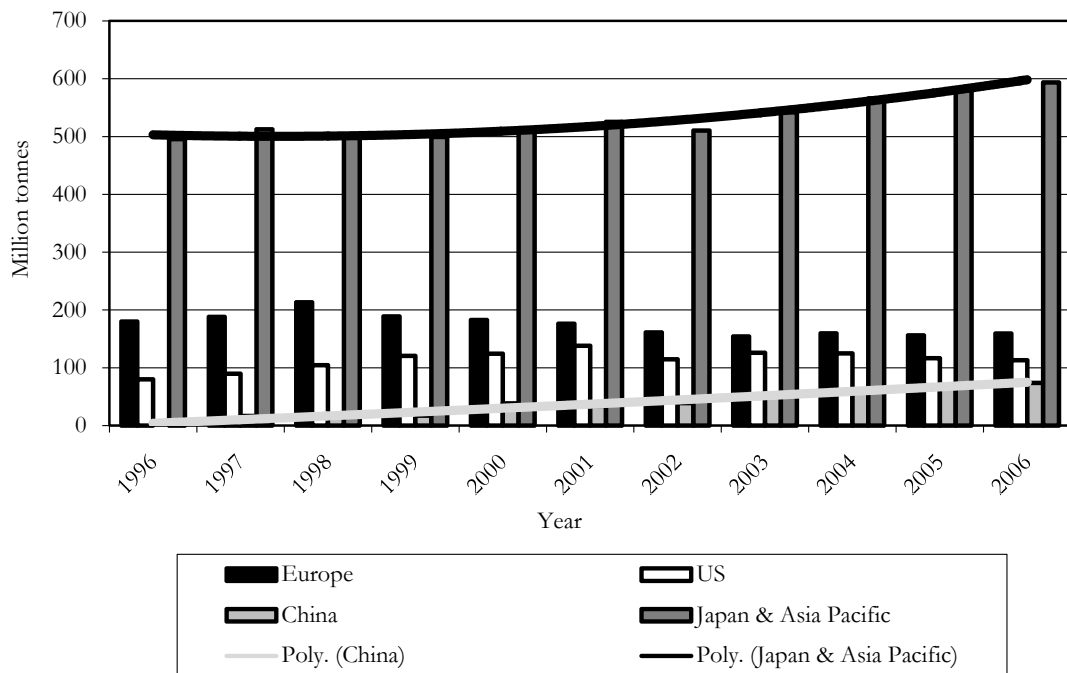


Table 2: Crude and Oil product exports from the Middle East: The Rise of Asia. Source: BP Statistical Review of World Energy 1996-2006.

How will these energy trade and consumption patterns develop, if the oil price indeed doubles?

A variety of mixed blessings seems at hand. At the negative end of the spectrum are unforeseen and severely limiting consequences for developing countries whose energy bills reach phenomenal levels as part of their GDP. At the positive end are reformulations of energy and environment policies of the richer world that may well have a positive impact on their ability to obtain lofty CO₂ reduction goals.

Global transport firms may have the most to fear. The shipping cost as element of the price of a globally traded product will rise to such an extent that it will become more attractive to produce these products locally. So this may imply a re-regionalisation of international trade. That produces scores of new chances for domestic industries in any part of the world.

Conclusion

So, interestingly, whilst the direct security concerns of Europe are a global affair, the energy-steered economic/environment developments may take the opposite direction and produce a re-regionalisation.

This re-emphasizes how the European Union deals with its new member states and with its immediate neighbours. In security terms, one would agree that policies and actions are ideally based not on the 'last war' but on 'the next'. If applied to the above pattern of multidimensional security concerns, this would provide Europe's decision makers with entirely new challenges – in terms of dealing with different cultures and religions, but also in terms of dealing with neighbours that we may or may not like, but that we simply may *need*. This is further exacerbated by the continued ageing of Europe's population. If we encourage Japan to be more open to foreigners to avoid the dire consequences of its ageing, Europe should at least apply similar wisdom.

Europe carries an excitingly mixed bag of advantages, opportunities and weaknesses and problems. Can we turn weaknesses into advantages? Perhaps. Why not consider the following options:

To create a forward looking balance (that includes the end of the Bush Administration) between national interests and European security interests: this will help redefine where to spend which budgets. A strategic reconsideration of Europe's relationship with the rapidly advancing yet still very poor Asian and African emerging economies should be included. Finding a strategic place for human rights and indeed a careful promotion of democracy in Europe's dealings with the rest of this not-so-quiet world may deliver adequate compromises between different national interests.

To secure optimal liberalization of Europe's energy market while requiring trading partners also from Asia to act similarly. This will help phase out disadvantages Europe currently has vis-à-vis its competitors.

To consider rather simple moves such as truly demanding countries and regions that want to access Europe's internal market with their products to fully implement the EU's regulatory health and safety requirements. This will create a level playing field that will benefit virtually all, including consumers outside Europe.

Sharply and continuously rising energy prices must be taken as a given when planning for energy conservation, new energy forms including the nuclear option, and for increasingly dramatic consequences for the consequential transportation cost; the anticipated re-regionalisation may allow strengthened and allowed Government supported technology policies both for multinational and smaller enterprises. Unwanted and undesirable new dependencies caused by the technology drain can be stopped through this approach.

This 're-balancing' approach by necessity must include a transparent and future-oriented new frame for the trade and security relationship between the 'established' major powers and 'new' ones. That frame should include both forms of cooperation and support and 'discouragements' of unacceptable international behaviour. This does require much stronger and better oriented forms of understanding and cooperation between democratic countries – for instance within NATO – than were exercised under the Bush administration. In the words of Fareed Zakaria: 'the US can still lead the world, but it must first join it'.

Frankly, that is precisely what SIB is about. To join the world. Keep up the good work.

About the author

Rio Praaning Prawira Adiningrat is Managing Partner PA companies in Europe, Asia, Russia, the Gulf and the US. Website: www.pa-international.org. He is also an honorary member of SIB-Leiden.

Recht
Law

De abnormaal lage inschrijving vanuit de positie van de aanbestedende dienst op grond van het Europese recht¹

Andrea Chao

Op 29 november 2007 vond het congres georganiseerd door SIB Leiden over de toekomst van de Europese Unie plaats. De EU bestaat uit een drietal pijlers, waarvan de meest omvattende de eerste pijler is: de Europese Gemeenschappen. Binnen de EG is sprake van een interne grensoverschrijdende markt, waarbinnen alle bedrijven gelijke kansen hebben. Met de overheden behorend tot de grootste opdrachtgevers was en is het van belang om de plaatsing van hun opdrachten te reguleren. Het totaal aan regels hieromtrent wordt het aanbestedingsrecht genoemd. Reeds vanaf 1971 werden de eerste aanbestedingsrichtlijnen uitgevaardigd om tot vrije en eerlijke concurrentie te komen. Sindsdien is dit rechtsgebied in de Europese Unie toegenomen qua belang. Vanuit deze overwegingen is een goedbezocht ochtendprogramma binnen het congres gecreëerd over het aanbestedingsrecht. Vanuit dezelfde gedachte ontstond ook de wens om een artikel over dit rechtstelsel op te nemen in de onderhavige bundel, waar de auteur met enthousiasme op in is gegaan.

Inleiding

Het aanbestedingsrecht is een groot vakgebied, dat continu in ontwikkeling is. Om onder andere de rechtszekerheid van en gelijkheid tussen de bedrijven die inschrijven op overheidsopdrachten te garanderen, behandelen de richtlijnen de aanbestedingsprocedures en diverse omstandigheden waar partijen mee geconfronteerd kunnen worden. Van een dergelijke situatie is sprake indien een offerte wordt ingediend die extreem laag is. Dan heeft de aanbestedder kort gezegd het recht om te controleren of deze inschrijving correct en serieus is en deze vervolgens eventueel af te wijzen indien er sprake is van een abnormaal laag aanbod.

In de richtlijnen is bepaald wanneer en hoe op Europese schaal aanbesteed moet worden. De beantwoording van de 'wanneer'-vraag gebeurt aan de hand van financiële drempels en typen opdrachten. Op deze schaal een opdracht plaatsen is dus niet altijd verplicht. Valt een opdracht onder deze drempel of is er sprake van een opdracht die is uitgesloten van de werking van de richtlijn, dan gelden in beginsel de Europese aanbestedingsregels

¹ Dit artikel is een bewerking van een deel van de afstudeerscriptie *Extreem lage inschrijvingen bij aanbestedingen - een onderzoek naar de positie van de inschrijver, aanbestedder en derde-inschrijver* d.d. mei 2008 van de auteur.

niet. Wel gelden andere, belangrijkere normen: de fundamentele beginselen van het EG-verdrag, waaruit verplichtingen voortvloeien. Regelmatig zullen deze verplichtingen overeenkomen met die uit de aanbestedingsrichtlijnen.

Recent heeft het Hof van Justitie EG (HvJEG) zich uitgelaten over de vraag of de procedure die voorafgaat aan het afwijzen van een inschrijving omdat deze abnormaal laag is, ook geldt 'onder de drempel'².

In de onderhavige bijdrage wordt de afwijzingsprocedure stap voor stap uiteengezet. Allereerst wordt de wettelijke grondslag beschreven. Vervolgens komt de gelding van de regeling 'onder de drempel' aan bod; en tot slot wordt er een nadere invulling gegeven aan de procedure, aan de hand van jurisprudentie. Hierbij is tevens aandacht voor het Duitse recht, om een beeld te schetsen hoe deze regeling is geïmplementeerd in een andere lidstaat.

Wettelijke procedure

De wettelijke procedure wordt uiteengezet in artikel 56 van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en artikel 59 Besluit aanbestedingen speciale sectoren, de implementaties van de geldende aanbestedingsrichtlijnen, te weten artikel 55 Richtlijn 2004/18/EG respectievelijk artikel 57 Richtlijn 2004/17/EG:³

1. Wanneer voor een bepaalde overheidsopdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem nodig geachte verduidelijkingen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving.
2. De verduidelijkingen, bedoeld in het eerste lid, kunnen in ieder geval verband houden met:
 - a. de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening,
 - b. de gekozen technische oplossingen of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waar van de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren,
 - c. de originaliteit van het ontwerp van de inschrijver,

2 HvJEG 15 mei 2008, C 147/06 & C-148/06 (SECAP).

3 Artikelen 2.27, 3.29, 4.28, 5.27, 6.24, 7.19 en 10.7 van de ARW 2005, evenals de niet langer toepasselijke artikel 30 lid 4 van Richtlijn 93/37/EEG voor werken, artikel 27 Richtlijn 93/36/EEG voor leveringen, artikel 37 van Richtlijn 92/50/EEG voor diensten, artikel 27 lid 5 Richtlijn 90/531/EEG voor nutssectoren en artikel 34 lid 5 Richtlijn 93/38/EEG voor nutssectoren kennen ditzelfde systeem. Ook de nog oudere artikelen 25 lid 5 Richtlijn 77/62/EEG voor leveringen en artikel 29 lid 5 Richtlijn 71/305/EEG zijn gebaseerd op hetzelfde systeem. Hierdoor is de later te behandelen jurisprudentie, gewezen onder deze regels, tenzij anders aangegeven, van toepassing op de huidige wetsartikelen omtrent abnormaal lage inschrijvingen. Voorzover nog van belang is: Deze procedure wijkt niet af van artikel 1.20 van het Voorstel voor de inhoud van de uitwerkingsregelgeving van het wetsvoorstel aanbestedingswet (Consultatiedocument Aanbestedingswet).

- d. de naleving van de bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden die gelden op de plaats waar de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, of
 - e. de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver.⁴
3. De aanbestedende dienst onderzoekt in overleg met de inschrijver de samenstelling van de desbetreffende inschrijving aan de hand van de ontvangen toelichtingen.
 4. Wanneer een aanbestedende dienst constateert dat een inschrijving abnormaal laag is omdat de inschrijver overheidssteun heeft gekregen, kan de inschrijving op die grond worden afgewezen, wanneer de inschrijver desgevraagd niet binnen een door de aanbestedende dienst bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun niet in strijd met de artikelen 87 en 88 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap is toegekend.⁵
 5. Wanneer de aanbestedende dienst in een situatie als bedoeld in het vierde lid een inschrijving afwijst, stelt hij de Commissie daarvan in kennis.⁶

Gedurende enige tijd was een uitzondering geregeld inzake de plicht om te verifiëren waarom een offerte zo laag was. In het systeem in de vervallen artikel 25 lid 5 Richtlijn 77/62/EEG, als gewijzigd bij Richtlijn 88/295/EEG voor leveringen en artikel 29 lid 5 Richtlijn 71/305/EEG, als gewijzigd bij artikel 20 Richtlijn 89/440/EEG, voor werken,⁶ werd op verzoek van één lidstaat een tijdelijke uitzonderingsbepaling op het vorige systeem opgenomen, wegens specifieke problemen in diens nationale rechtsorde.⁷ Bepaald was dat tot eind 1992 de nationale wetgever een uitzondering hierop mogelijk kon maken. Een vermelding in de aankondiging van de aanbesteding was hierbij vereist. Er kon enkel een beroep op deze uitzondering worden gedaan bij een groot aantal bijzonder lage inschrijvingen. In dat geval zou het doorlopen van de onderzoeksprocedure leiden tot aanzienlijke vertraging, hetgeen nadelig is voor de uitvoering van deze opdracht en het daarmee samenhangende openbare belang. In *Hera*⁸ en *Furlanis*⁹ is bepaald dat van deze datum in nationale wetgeving niet kan worden afgeweken en dat de uitzondering strikt moet worden uitgelegd.

4 Over de achtergronden van staatssteun in dit kader: H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland: een proeve van een wet voor het verstrekken van overheidsopdrachten* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2005, pag. 293-294.

5 'Op zich kunnen steunmaatregelen evenwel niet als een verkapte discriminatie, noch als een beperking van het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 59 van het Verdrag worden aangemerkt', aldus HvJEG 7 december 2000, C-94/99, (*ARGE Gewässerschutz*), r.o. 36.

6 De eerste Richtlijn voor diensten is 92/50/EEG.

7 HvJEG 26 oktober 1995, C-143/94 (*Furlanis*), r.o. 21.

8 HvJEG 16 oktober 1997, C-304/96 (*Hera*), r.o. 5-6, 14.

9 HvJEG 26 oktober 1995, C-143/94 (*Furlanis*), r.o. 20.

De regeling omtrent de afwijzing van de abnormaal lage inschrijving is zowel op gunningen op basis van de laagste prijs als op basis van de economisch meest voordelige aanbidding van toepassing.¹⁰ Op het moment dat daadwerkelijk een offerte op deze grond is afgewezen, moeten de redenen hiervoor vermeld staan in het proces-verbaal.¹¹ Dit is ongewijzigd in artikel 1.25 van het Consultatiedocument Aanbestedingswet.

De hierboven geciteerde wettelijke regeling is gebaseerd op de Europese Aanbestedingsrichtlijnen en dus gelijk aan het Duitse recht.¹² Er zijn een tweetal opvallende verschillen. In Duitsland is het verboden te gunnen aan een abnormaal lage inschrijving.¹³ Per deelstaat is daarnaast een Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Tariftrueugesetz) geregeld. Een bijzonder lage inschrijving mag niet leiden tot oneerlijke concurrentie als gevolg van het grootschalige gebruik van laag betaalde werknemers. Wijkt een aanbidding met een bepaald percentage af – meestal 10% – dan zal de aanbesteder de offerte moeten controleren.¹⁴

Gelding indien de richtlijnen niet toepasselijk zijn

De bovenstaande procedure geldt in beginsel enkel voor de plaatsing van overheidsopdrachten voor zover deze onder de toepasselijkheid van de richtlijnen en de daarop gebaseerde wetgeving vallen. Indien een opdracht een lagere waarde vertegenwoordigt dan de drempelwaarde,¹⁵ of om andere redenen deze regelgeving niet van toepassing is, geldt deze regeling niet.¹⁶ Desalniettemin kan de aanbesteding alsnog onder de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallen, indien het fundamentele regels van het EG-verdrag betreft.¹⁷

10 Aldus de Italiaanse rechter. Er is geen reden om aan te nemen dat in Nederland hier anders over geoordeeld zou worden. Consiglio di Stato 13 december 2005, 7059/2005, *Caselex* 2005:20:IT.

11 Op basis van artikel 43 lid 1 sub d 2004/18/EG en BAO. Bij aanbestedingen in de nutssectoren bestaat de plicht om gedurende minimaal vier jaar dergelijke gegevens te bewaren, ex artikel 50 van de Richtlijn 2004/17/EG.

12 Op basis van § 97 lid 6 en § 127 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* is in de volgende artikelen de regeling uit de richtlijnen overgenomen: §§ 25 lid 2 sub 2-3, 25a leden 2-3 en 25b lid 2 *Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A* (VOL/A) en §§ 25 lid 3 sub 1-3, 25a lid 2 en 25b lid 2 *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* (VOB/A).

13 ‘Auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden’ - § 25 lid 2 sub 3 VOL/A. Het equivalent hiervan bij de geldende regeling omtrent bouwprojecten luidt: ‘Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden’ - § 25 lid 3 sub 1 VOB/A.

14 Zie bijvoorbeeld § 6 van het *Tariftrueugesetz* van Schleswig-Holstein.
http://sh.juris.de/sh/gesamt/TarifTrueueG_SH.htm#TarifTrueueG_SH_rahmen.

15 HvJEG 21 februari 2008, C-412/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 65.

16 Zoals bijvoorbeeld de B-dienst waarop bij het gunnen de regeling omtrent de abnormaal lage inschrijving niet van toepassing is: Rb. ’s-Gravenhage (vzr.) 30 juni 2006, KG 06/520, *BR* 2007, 704 (*Jos Scholman*), r.o. 4.2, 4.4.

17 Europese Commissie 2006, nr. 2.2.1; HvJEG 3 december 2001, C-59/00 (*Vestergaard*), r.o. 19; HvJEG 20 oktober 2005, C-264/03 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 32-33.

Vereist is dat de opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben.¹⁸ De vraag is in hoeverre deze afwijzingsprocedure en in het bijzonder de plicht om te verifiëren alvorens af te wijzen fundamenteel gemeenschapsrecht is.

Zoals eerder opgemerkt heeft het HvJEG hier recent uitspraak over gedaan. Enkele van de fundamentele regels waar aanbesteders aan gebonden zijn, zijn het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit, de vrijheid van vestiging en dienstverlening.¹⁹ Er zijn diverse redenen waarom een bedrijf een markt – bijvoorbeeld in een ander land – wil betreden. Een gebruikelijke manier om dit te doen is door het verrichten van opdrachten tegen bijzonder lage tarieven, wat behaald kan worden door schaalvoordelen, innovatie of door het verlies te nemen. Dergelijke offertes hebben bij een automatische afwijzing van lage aanbiedingen op basis van mathematische criteria een grote kans om afgewezen te worden.

Een dergelijk afwijzingssysteem hoeft in beginsel geen probleem te zijn bij opdrachten waar sprake is van een grensoverschrijdend belang, mits deze regel gerechtvaardigd wordt door een extreem groot aantal (bijzonder lage) inschrijvingen, waardoor de administratieve lasten van het verifiëren het project in gevaar brengen.²⁰ Echter, in casu was deze regel al van toepassing indien er minimaal zes geldige inschrijvingen waren, wat geen bijzonder groot aantal is.²¹

Tegelijkertijd wendden lokale partijen deze regeling aan om de markt afgeschermd te houden tegen buitenlandse partijen, door middel van vooroverleg.²²

Hoewel dit systeem op zichzelf gezien objectief en niet discriminerend was, bleek deze regeling contrair aan het belang van de aanbesteders en was van een daadwerkelijke mededinging geen sprake.²³ Het Hof kwam dan ook tot de conclusie dat deze procedure zich verzetten tegen de eerder genoemde fundamentele regels van het EG-verdrag.²⁴

Kortom: vereist is dat bij opdrachten waarop de richtlijnen niet van toepassing zijn, voorafgaand aan een mogelijke afwijzing de aanbesteder de gegadigde in de gelegenheid moet hebben gesteld zijn aanbod te verklaren. Hoe hier concreet vorm aan wordt gegeven is niet van belang, zolang de fundamentele beginselen van het EG-verdrag in acht worden genomen. Een dergelijke uitwerking is dan ook aan de betreffende aanbestedende dienst.²⁵

18 HvJEG 13 november 2007, C-507/03 (*Commissie/Ierland*), r.o. 29; HvJEG 21 februari 2008, C-412/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 66-67.

19 HvJEG 7 december 2000, C-324/98, (*Telaustria*), r.o. 60; HvJEG 3 december 2001, C-59/00 (*Vestergaard*), r.o. 20 en 21; HvJEG 20 oktober 2005, C-264/03 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 32; HvJEG 14 juni 2007, C-6/05 (*Medipac-Kazantzidis*), r.o. 33; Europese Commissie 2006, nr. 2.2.1.

20 HvJEG 15 mei 2008, C-147/06 & C-148/06 (*SECAP*), r.o. 32.

21 R.o. 33.

22 R.o. 26-27.

23 R.o. 25, 28-29.

24 R.o. 35.

25 Aldus ook de Italiaanse rechter in: Consiglio di Stato 20 maart 2007, 1343/2007, *Casalex* 2007:8:IT.

Nadere invulling ‘abnormaal lage inschrijving’

De wettelijke procedure is te onderscheiden in vier fases. De aanbesteder mag vermoedelijk abnormaal lage inschrijvingen aanwijzen. De betreffende bedrijven mogen vervolgens aantonen dat hun offerte serieus is. De opdrachtgever beoordeelt hierop de relevantie van deze uitleg, om gemotiveerd te concluderen tot toelating of afwijzing van de inschrijvingen.²⁶

Door middel van jurisprudentie is bepaald in hoeverre gesproken kan worden van bevoegdheden dan wel plichten ten aanzien van deze vier fases, hetgeen samenhangt met de mate van beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst.²⁷ Op het moment dat de aanbesteder deze grenzen overschrijdt, is er sprake van een onrechtmatige daad dan wel wanprestatie jegens de inschrijver respectievelijk de derde-inschrijvers. Dit wordt hier niet verder besproken.

Algemene opmerkingen

De beoordelingsvrijheid van de aanbesteder is groot, maar wordt te allen tijde begrensd door procedure- en motiveringsvoorschriften, juiste vaststelling van feiten en kennelijke beoordelingsfouten of misbruik van bevoegdheid.²⁸ Dit resulteert erin dat rechters regelmatig de beslissingen van de aanbesteder zullen toetsen, doch marginaal.²⁹ De exacte mate van vrijheid verschilt echter per fase, waardoor een gefaseerde bespreking van deze procedure noodzakelijk is.

Duitse aanbestedende diensten zijn, zoals bij de bespreking van het recht hieronder blijkt, meer dan in Nederland gebonden aan normen inzake de onderhavige procedure. Dit volgt al uit de extra bepaling waarin een verbod staat opgenomen om te gunnen aan abnormaal lage offertes. Een deel van deze normen is mathematisch van aard.³⁰ De rechter toetst inhoudelijk. De beoordelingsvrijheid in Duitsland is dan ook ten opzichte van ons systeem beperkt.

Fase I: Aanwijzen

De procedure tot het aanmerken van een inschrijving als daadwerkelijk abnormaal laag, start bij het abnormaal laag lijken te zijn van het aanbod en niet slechts zodra dit duidelijk is.³¹ Uit de jurisprudentie blijkt dat het aan de aanbesteders is om te beslissen of iets ab-

26 HvJEG 27 november 2001, C-285/99 & C-285/94 (*Lombardini*), r.o. 55.

27 HvJEG 24 februari 2000, T-145/98 (*ADT Projekt*), r.o. 147 ; HvJEG 26 februari 2002, T-169/00 (*Esedra*), r.o. 95.

28 HvJEG 6 juli 2005, T-148/04, *TA* 2005, 239 (*TQ3/WT*), r.o. 47; HvJEG 27 september 2002, T-211/02 (*Tideland*), r.o. 33; HvJEG 24 februari 2000, T-145/98 (*ADT Projekt*), r.o. 147 ; HvJEG 26 februari 2002, T-169/00 (*Esedra*), r.o. 95.

29 HvJEG 6 juli 2005, T-148/04, *TA* 2005, 239 (*TQ3/WT*), r.o. 47, 61.

30 R. Weyand, *Kommentar Vergaberecht*, Ibr-online.de: 28 april 2008, § 25 VOB/A, nr. 5634.
<http://www.ibr-online.de/IBRKommentare/index.php?zg=0&Textnr=3> (artikelen alleen toegankelijk voor abonnees); VK Thüringen 30 januari 2006, 360-4003.20-055/05-EF-S.

31 HvJEG 18 juni 1991, C-295/89 (*Donà Alfonso*) r.o. 1-2; HvJEG 22 juni 1989, 103/88 (*Fratelli Costanzo*) r.o. 26-27.

normaal laag lijkt of niet.³² Zoals opgemerkt is deze vrijheid begrensd,³³ hoewel vooralsnog binnen Europese en Nederlandse jurisprudentie geen voorbeelden zijn van het overschrijden ervan.³⁴ Op het moment dat een offerte als dubieus wordt gekenmerkt, zal de inschrijving gecontroleerd moeten worden, ook als deze besteksconform is.³⁵

De aanbesteder is niet verplicht om elke aanbieding te controleren op mogelijke onbetrouwbaarheid,³⁶ hoewel dergelijk onderzoek is toegestaan en aanleiding kan geven tot nadere doorlichting.³⁷ Hierbij kan een mathematisch criterium worden gehanteerd. De exacte drempel hoeft niet van tevoren bekend te zijn bij de inschrijvers en aanbesteder, maar kan bijvoorbeeld bij ministerieel besluit worden vastgesteld.³⁸ Op grond van artikel 41 lid 4 AIV bestond overigens de plicht om de inschrijver ervan op de hoogte te stellen indien zijn inschrijving met een bepaald percentage afweek van het gemiddelde van de inschrijvingen. Kortom: er kan dus geen algemene onderzoeksplicht worden aangenomen.³⁹

In Duitsland komt het vaak voor dat mathematische criteria worden gebruikt als eerste schifting voor te onderzoeken offertes.⁴⁰ Een voorbeeld is te vinden in het eerdergenoemde *Tariftreugesetz*, waar veelal een afwijking van 10% van de op een na laagste inschrijving wordt gehanteerd. Daarnaast kan er ook gekozen worden voor een ingewikkelder systeem, waarbij regionale verschillen meewegen.⁴¹ Mocht een inschrijving binnen deze marges blijven, dan zal het moeilijk aantoonbaar blijken dat er daadwerkelijk sprake is van een abnormaal lage inschrijving.⁴²

32 Zie bijvoorbeeld ook: Rb. Rotterdam (vzr.) 23 november 2006, AZ2992, *TA* 2007, 51 (*Internos*), r.o. 4.2.

33 HvJEG 24 februari 2000, T-145/98 (*ADT Projekt*), r.o. 147; HvJEG 26 februari 2002, T-169/00 (*Esedra*) r.o. 95.

34 Een reden van het ontbreken van dergelijke rechtspraak is wellicht daarin gelegen dat voornamelijk derde-inschrijvers zullen betogen dat de plicht om een inschrijving als abnormaal laag te kwalificeren is verzuimd. Een dergelijk argument wordt echter snel gepareerd met onder andere de reden dat deze regeling geen bevoegdheden aan de derde-inschrijver geeft, hetgeen hieronder uiteen wordt gezet. Het is moeilijk voor te stellen dat de opdrachtgever zal betogen dat hij deze plicht heeft verzaakt. Indien een inschrijver zich tegen een dergelijk betiteling verzet, zal hij dat volgens de procedure inhoudelijk moeten doen.

35 HvJEG 25 februari 2005, T-4/01 (*Renco/de Raad*), r.o. 76.

36 HvJEG 25 februari 2005, T-4/01 (*Renco/de Raad*), r.o. 76; Rb. Rotterdam (vzr.) 16 februari 2007, AZ 8796, *TA* 2007, 242 (*Zorgcompagnie*), r.o. 3.5; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 6 oktober 2006, KG06/921, *NJF* 2006, 613; *TA* 2007, 39 (*Baggerbedrijf De Boer*), r.o. 3.3-3.4.

37 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 13 augustus 2007, BB1626, *NJ* 2007, 556; *TA* 2007, 493 (*Haskoning*), r.o. 4.6.

38 HvJEG 27 november 2001, C-285/99 & C-285/94 (*Lombardini*) r.o. 17, 73.

39 Dit ontslaat de partij die namens de opdrachtgever de aanbesteding leidt, overigens niet van zijn verplichtingen jegens de aanbesteder om bijzonder lage inschrijvingen te onderzoeken, aldus Aibk 15 januari 1986, *BR* 1986, 373, r.o. 5.2.

40 Weyand 2008, § 25 VOB/A, nr. 5634; VK Thüringen 30 januari 2006, 360-4003.20-055/05-EF-S.

41 OLG Düsseldorf 30 november 2005, Verg 65/05; OLG Düsseldorf 23 november 2005, Verg 66/05.

42 Een duidelijk voorbeeld hiervan is te vinden in: VK Lüneburg 23 februari 2007, VgK-06/2007.

Fase II: Vragen om een verklaring

Op het moment dat de aanbestede de inschrijving onderzoekt, eventueel met het oog op afwijzing, is hij verplicht de gegadigde om een verklaring te vragen.⁴³ Het doel hiervan is te waken tegen willekeur.⁴⁴ Zonder deze verificatie is afwijzing verboden⁴⁵. Een dergelijk verzoek is dan ook niet in strijd met de aanbestedingsregels.⁴⁶ De inschrijver moet hierbij een redelijke termijn krijgen.⁴⁷

Deze termijn is in het Duitse recht gecodificeerd. Verder is er geen onderscheid met het bovengenoemde.⁴⁸

Fase III: Soorten verklaringen

De verklaringen die zowel in Nederland als Duitsland worden afgegeven, kunnen van allerlei aard zijn. Een verbod op een bepaald type uitleg is verboden.⁴⁹ Relevant is dat de kwaliteit van de aangeboden diensten is gewaarborgd⁵⁰ en het bedrijf aantoon dat het financieel gezond genoeg is om een dergelijke kostenpost te kunnen dragen.⁵¹

De lijst van verklaringen die is opgenomen in de wet, zoals blijkt uit het eerder geciteerde artikel, is niet limitatief. Een afwijking van zelfs 42% van de basisprijs is voldoende te verklaren door de efficiëntie van de organisatiestructuur, een doelmatige werkwijze en technische redenen om minder personeel in te schakelen.⁵² Een verklaring kan ook voortvloeien uit het verbod op het voorschrijven van een bepaald fabricaat en dergelijke.⁵³ Nu dit is verboden, kan een opdrachtnemer een dergelijk voorschrift negeren – het mag van professionals worden verwacht dat zij op de hoogte zijn van de in hun branche van belang zijnde wettelijke voorschriften – en kan een opmerkelijk lagere prijs verklaard worden.⁵⁴

43 HvJEG 16 oktober 2003, C-283/00 (*Europese Commissie/Spanje*), r.o. 33; HvJEG 10 februari 1982, 76/81 (*Transporoute*), r.o. 16-18; HvJEG 22 juni 1989, 103/88 (*Fratelli Costanzo*) r.o. 26.

44 Een voorbeeld van een dergelijke procedure: Onderzoekscommissie Aanbestedingen concessies Stads- en Streekvervoer, Provincie Noord-Brabant 2007, p. 20.

45 Rb. Assen (vzr.) 8 mei 2006, KG ZA 06-76, *TA* 2006, 68 (*Tauw*).

46 Met welke aanbestedingsregels dit in strijd zou kunnen zijn, wordt niet vermeld in de uitspraak. Rb. Breda (vzr.) 5 september 2007, BB3119, *TA* 2007, p. 503 (*ROC Zuid-Holland*), r.o. 3.5.

47 HvJEG 10 februari 1982, 76/81 (*Transporoute*), r.o. 18. Er is echter een grens aan de hoeveelheid keren dat de aanbestede de inschrijver om uitleg hoeft te vragen, aldus HvJEG 25 februari 2005, T-4/01 (*Rencol de Raad*), r.o. 77-78.

48 VK Sachsen 27 januari 2003, 1/SVK/123-02.

49 HvJEG 27 november 2001, C-285/99 & C-285/94 (*Lombardini*) r.o. 85.

50 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 13 augustus 2007, BB1626, *NJ* 2007, 556; *TA* 2007, 493 (*Haskoning*), r.o. 4.5.

51 Zie bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 4 mei 2004, KG 04/353, te kennen uit M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, 's-Gravenhage: Elsevier Overheid 2006, p. 244 en M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht 16*, [manuscript, te publiceren door Kluwer: Deventer zomer 2008], nr. 908, 935b (*Kender Thijssen*); OLG Düsseldorf 23 januari 2008, Verg 36/07; OLG Dresden 1 juli 2005, WVer 7/05; OLG Celle 24 april 2003, 13 Verg 4/03, *IBR* 2003, 324; VK Sachsen 24 april 2008, 1/SVK/015-8; VK Schleswig-Holstein 6 oktober 2005, VK-SH 27/05; VK Sachsen 12 juli 2005, 1/SVK/073-05; VK Lüneburg 5 januari 2004, 203-VgK-37/2003.

52 HvJEG 6 juli 2005, T-148/04, *TA* 2005, 239 (*TQ3/WT*), r.o. 55 e.v.

53 In de hierna te bespreken zaak was dit op basis van artikel 10 lid 2 Richtlijn 71/305/EG.

54 Hof 's-Hertogenbosch 26 november 1990, 189/88/MA, *BR* 1991, 641 (*Kunicon*).

Van een niet afdoende verklaring kan sprake zijn indien globale en/of opvallende prijzen slechts bevestigd maar niet uitgelegd worden.⁵⁵ Een enkele bevestiging van de prijzen kan soms weer wel adequaat zijn.⁵⁶

Fase IV: Afwijzen/gunnen

Het uiteindelijke besluit om een inschrijving al dan niet af te wijzen op grond van onbetrouwbaarheid valt – vanzelfsprekend – net als de beoordeling van de uitleg binnen de beoordelingsvrijheid van de aanbesteder.⁵⁷ De Raad van Arbitrage leest ‘nergens in de vigerende Richtlijnen dat het aanbestedende diensten niet zou zijn toegestaan werken te gunnen tegen prijzen die zij abnormaal laag achten’.⁵⁸ Echter, op het moment dat blijkt dat de inschrijving daadwerkelijk reëel onuitvoerbaar is qua uitvoeringsduur, is het niet alleen geoorloofd om de inschrijving af te wijzen,⁵⁹ maar *moet* het ook op grond van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Hiermee in strijd handelen is derhalve in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid handelen.⁶⁰

De aanbesteder kan niet overgaan tot afwijzing zonder de toelichting daadwerkelijk inhoudelijk te beoordelen. Ambtshalve afwijzing op basis van een mathematisch criterium zonder een contradictoire verificatieprocedure is verboden, omdat het inschrijvers de mogelijkheid ontnemt aan te tonen dat hun inschrijving serieus is.⁶¹

Niet alles mag worden afgewezen: zo zal een afwijking van 3% van de op een na laagste inschrijving, niet abnormaal laag zijn.⁶² En ook het enkele feit dat sprake is van de laagste inschrijving, is niet voldoende om tot deze conclusie te komen.⁶³

Negatieve prijzen daarentegen zijn ontoelaatbaar,⁶⁴ wegens misbruik van de aangekondigde maatstaf tegelijk met het gebruik van een oneigenlijk middel om aan de concurrentie te ontkomen.⁶⁵ Daarentegen mag men wel een negatief opslagpercentage hanteren; dit wijst namelijk op een mogelijke daling van de prijzen.⁶⁶

55 HvJEG 25 februari 2005, T-4/01 (*Renco/de Raad*), r.o. 73-74.

56 Rb.’s-Gravenhage (vzr.) 6 oktober 2006, KG06/921, *NJF* 2006, 613; *TA* 2007, 39 (*Baggerbedrijf De Boer*), r.o. 3.5.

57 Zie onder andere : HvJEG 27 november 2001, C-285/99 & C-285/94 (*Lombardini*), r.o. 55.

58 RvA 3 december 2004, 27.046, r.o. 26.

59 RvA 6 december 2002, 24.954, *BR* 2003, 533, r.o. 13.

60 Hof Amsterdam 30 november 2006, 1325/06 SKG & 1328/06 SKG, *BR* 2007, 437, m.nt. T.H. Chen (*BBA Personenvervoer/Naco*), r.o. 5.2.

61 Zie onder andere: HvJEG 27 november 2001, C-285/99 & C-285/94 (*Lombardini*) r.o. 73; HvJEG 16 oktober 1997, C-304/96 (*Hera*) r.o. 16; HvJEG 26 oktober 1995, C-143/94 (*Furlanis*) r.o. 22; HvJEG 22 juni 1989, 103/88 (*Fratelli Costanzo*) r.o. 19, 21; HvJEG 18 juni 1991, C-295/89 (*Donà Alfonso*) r.o. 1, 2.

62 Hof ’s-Hertogenbosch 26 november 1990, *BR* 1991, 641.

63 RvA 3 december 2004, 27.046, r.o. 28.

64 Negatieve prijs voor het ontwerp, Rb. Amsterdam (vzr.) 30 november 2003, KG 02/2992, *BR* 2003, 531 (*Ballast Nedam*), r.o. 5.

65 Negatieve eenheidsprijzen, RvA 9 oktober 2002, 70.682, *BR* 2003, 260 (*Negatieve prijs II*), r.o. 19-21, hoger beroep van RvA 8 juli 2002, 24.464, *BR* 2003, 257 (*Negatieve prijs I*), waar arbiters een dergelijke prijs niet direct kwalificeerden als kennelijk onredelijk.

66 Hof ’s-Gravenhage 15 maart 2007, BB2093 (*Issue Information Technology*), r.o. 17.

Een (mogelijke) bieding onder kostprijs is toelaatbaar.⁶⁷ Zolang het risico op uitvoeringsproblemen nauwelijks bestaat, is het aan de aannemer om op basis van haar moverende redenen zo in te schrijven.⁶⁸ Daarnaast kunnen opmerkelijk lage inschrijvingen op bepaalde posten⁶⁹ of zelfs van € 0,00⁷⁰ acceptabel zijn, met inachtneming van de bestekssystematiek,⁷¹ bijvoorbeeld omdat een dergelijke inschrijving gebruikelijk is, het een klein percentage van de gehele aanbestedingssom betreft⁷² of het verlies op deze post gecompenseerd wordt door hogere tarieven voor andere posten.⁷³ Het is echter ook gerechtvaardigd om een verlieslijdende inschrijving af te wijzen wegens angst voor een dusdanig bedrag aan meerwerk en verhoogde directiekosten, dat het uiteindelijke bedrag niet langer het laagste bedrag zal zijn.⁷⁴ Of wegens angst voor een financiële strop om de nek van de inschrijver.⁷⁵ Kennelijke calculatiefouten bij de inschrijving kunnen een reden zijn tot afwijzing.⁷⁶ Als de lage prijs desondanks in de ogen van de aanbesteder redelijkerwijs onverklaarbaar blijft, kan de inschrijving worden afgewezen.⁷⁷

In Duitsland lijkt de vrijheid van de aanbesteder om de uitleg te mogen beoordelen in tegenstelling tot in Nederland gebonden aan een duidelijke norm. Op het moment dat de inschrijver heeft aangetoond dat hij de opdracht goed en betrouwbaar kan uitvoeren en niet in economische problemen zit, is de afwijzing van zijn offerte verboden.⁷⁸ Het enkele feit dat een inschrijver de markt wil betreden en daarom een zeer scherp aanbod doet, is

67 In casu Hof 's-Gravenhage 15 maart 2007, BA0867, *TA* 2007, 70 (*Transvision*); Hof 's-Hertogenbosch 26 november 1990, 189/88/MA, *BR* 1991, 641 (*Kunicon*); RvA 3 december 2004, 27.046, r.o. 28.

68 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 4 mei 2004, KG 04/353, te kennen uit Essers 2006, p. 244 en Chao-Duivis 2008, nr. 935b (*Kender Thijssen*).

69 Hof 's-Gravenhage 28 april 2005, AW7668 (*Grontmij*), r.o. 13.

70 CBb (vzr.) 3 mei 2005, AWB 05/129, *TA* 2005, p. 243 (*Novio*), r.o. 6.3.

71 Een dergelijke inschrijving op een post past daar niet in, indien bijvoorbeeld het vergelijken plaatsvindt door het bepalen van de verhoudingen tussen inschrijvers per onderdeel en hier vervolgens punten voor toe te kennen. Een inschrijving van € 0,00 laat zich niet delen, waardoor in het onderhavige geval geen van de andere inschrijvers voor dit onderdeel punten kreeg, ook niet de partij die voor € 0,01 had ingeschreven. Rb. Groningen (vzr.) 3 augustus 2007, BB2292 (*Consulmij*), r.o. 4.3 en ook Rb. Utrecht (vzr.) 13 juni 2007, BA7015, *TA* 2007, 314 (*Elektronisch kind dossier*), r.o. 4.15-4.16. Zie voor een wiskundig/economische uitwerking van strategisch inschrijven: T.H. Chen, 'De speltheoretisch voordeligste inschrijving', *TA* 2007, p. 458-471 en E. Belhadj, 'Verslag najaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht', *TA* 2008, p. 34-40.

72 CBb (vzr.) 3 mei 2005, AWB 05/129, *TA* 2005, p. 243 (*Novio*), r.o. 6.3.

73 Hof 's-Gravenhage 28 april 2005, AW7668 (*Grontmij*), r.o. 13.

74 Rb. 's-Hertogenbosch 9 mei 2007, BA5770, *TA* 2007, 388 (*Rosmalen Bouw/Mariapoli*), r.o. 4.6.

75 RvA 9 oktober 2002, 70.682, *BR* 2003, 260 (*Negatieve prijs II*), r.o. 21.

76 H.D. van Romburgh, *Een proeve van een wet voor het verstrekken van overheidsopdrachten* (dissertatie UvA) 2005, p. 294.

77 HvJEG 10 februari 1982, 76/81 (*Transportroute*), r.o. 18; Rb. 's-Gravenhage 7 april 2004, 02.2414, te kennen uit Essers 2006, p. 245 en Chao-Duivis 2008, nr. 935b (*Faunafonds*), r.o. 3.3.

78 Zie bijvoorbeeld: OLG Düsseldorf 23 januari 2008, Verg 36/07; OLG Dresden 1 juli 2005, WVG 7/05; OLG Celle 24 april 2003, 13 Verg 4/03, *IBR* 2003, 324; VK Sachsen 24 april 2008, 1/SVK/015-08; VK Schleswig-Holstein 6 oktober 2005, VK-SH 27/05; VK Sachsen 12 juli 2005, 1/SVK/073-05; VK Lüneburg 5 januari 2004, 203-VgK-37/2003.

bijvoorbeeld geen reden om af te wijzen.⁷⁹ Daarentegen mag een bijzonder lage inschrijving niet leiden tot oneerlijke concurrentie als gevolg van het grootschalig gebruik van laag betaalde werknemers.⁸⁰

In beginsel worden in Duitsland inschrijvingen waar sprake is van een calculatiefout afgewezen.⁸¹ De inschrijver komt voorafgaand daaraan wel de mogelijkheid toe te bewijzen dat daar geen sprake van is.⁸² Het HvJEG heeft geoordeeld dat dit niet in strijd is met de richtlijnen: er wordt immers niet voldaan aan de eisen van de aanbesteding.⁸³

Conclusie

Het HvJEG heeft geoordeeld dat de afwijzingsregeling omtrent de abnormaal lage inschrijving een direct voortvloeisel is van de fundamentele beginselen van het EG-verdrag. Hierdoor dient de aanbestedende dienst zich te houden aan deze procedure.

De tweede vraag is echter: welke normen gelden daarbij. Het moge duidelijk zijn dat de beoordelingsvrijheid van de aanbesteder erg ver gaat in Nederland. Om de uitersten aan te geven: er mag gegund worden aan zelfs een abnormaal lage inschrijving – zolang de niet-financiële kanten ervan uitvoerbaar zijn – maar tegelijkertijd mag uit angst voor hoge toezichtskosten of een financiële strop de scherpe inschrijving worden afgewezen. In dit laatste geval bekruipt het gevoel dat bij een dergelijke interpretatie van de bevoegdheid om af te wijzen wellicht de invulling van het begrip ‘abnormaal’ bijzonder wordt opgerekt en niet slechts beperkt blijft tot onverklaarbare offertes. Een dergelijke angst bestaat immers ook indien een bedrijf verlieslijdende opdrachten aanneemt om een markt te betreden of om welke reden dan ook. Er is gechargeerd gezegd dus geen peil op te trekken. Hetgeen niet het doel van de wetgever is geweest. Kortom, de mate van beoordelingsvrijheid lijkt zo groot, dat wellicht de rechtszekerheid van de inschrijvers en mogelijk ook andere beginselen in het geding zijn.

Het zou m.i. een aanbeveling kunnen zijn om deze vrijheid te binden aan (strengere) normen.⁸⁴ Het Duitse recht biedt dergelijke normen. Het komt er daar op neer dat relatief veel inschrijvingen worden onderzocht op onbetrouwbaarheid, maar dat een inschrijving pas als abnormaal laag wordt gekwalificeerd zodra de gegadigde niet kan aantonen dat hij de opdracht naar voldoening kan uitvoeren en de financiële lasten kan dragen. Totdat de

79 OLG Düsseldorf 12 oktober 2005, Verg 37/05, *IBR* 2006, 1062.

80 Zie noot 78.

81 BGH 7 juni 2005, X ZR 19/02; BGH 18 mei 2004, X ZB 7/04; OLG Karlsruhe 16 maart 2007, 17 Verg 4/07; OLG Thüringen 23 januari 2006, 9 Verg 8/05.

82 OLG Frankfurt 17 oktober 2005, 11 Verg 8/05; OLG Naumburg, 5 augustus 2005, 1 Verg 7/05.

83 HvJEG 31 januari 2005, T-447/04 (*Capgemini*), r.o. 71-82.

84 Het zou de rechtszekerheid dienen om ook andere aspecten binnen het aanbestedingsrecht nader te normeren, aldus: H.D. van Romburgh, ‘De passendheid van een niet-passende aanbidding in het aanbestedingsrecht?’, in: D.L.M.Th. Dankers-Hagenaars, P.A.W. Piepers (red.), *Aan Wil Besteeld* (Wedekind-bundel), Deventer: Kluwer 2003, pag. 93 e.v. De RvA leek ook op zoek naar normen omtrent niet-passendheid, N.J.M. Donders, ‘(Niet-)passende inschrijving’, *BR* 2001, pag. 482; Nijholt op basis van RvA 29 december 2000, *BR* 2001, 607 in H. Nijholt, ‘Arbiters en gunningsplicht’, *BR* 2002, pag. 225.

offerte onverklaarbaar blijkt, is er de facto een verbod op afwijzing. Blijkt de inschrijving abnormaal, dan moet deze worden afgewezen. Dit zijn heldere criteria, die passen binnen het systeem van de Nederlandse wet, op basis waarvan een potentiële opdrachtnemer reeds voordat hij inschrijft al een gerede schatting kan maken of zijn aanbod zal worden afgewezen.

Over de auteur

Andrea Chao is advocaat-stagiair bij Allen & Overy. Zij was tevens nauw betrokken bij de organisatie van het Congres in de functies van penningmeester en commissaris juridisch programma.

De ontwikkeling van het Mededingingsrecht in de EG en Nederland

Piet Slot

Inleiding

In het Europa van de vijftiger jaren was kartelrecht zoals wij dat nu kennen geen gemeengoed. In de meeste Europese landen was men eerder kartelvriendelijk. Door het sluiten van samenwerkingsovereenkomsten kon de Europese industrie haar concurrentiepositie ten opzichte van derde landen versterken. Zo voorzag de Nederlandse wetgeving erin dat de regering kartels algemeen verbindend kon verklaren. Voor het overige was de geldende kartelwetgeving gebaseerd op het verbodstelsel. Dit stelsel werd ook ingevoerd bij de in 1956 ingediende Wet Economische Mededinging. Een wet waar, ondanks het zeer gematigde karakter ervan, lang niet iedereen in Nederland van gecharmeerd was en die alleen werd aangenomen na een bezielende verdediging door de zeer jonge Minister van Economische zaken: de briljante econoom Zijlstra. Dezelfde houding manifesteerde zich ook toen kort daarop het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap door de Eerste Kamer moest worden geloodst. Een meerderheid van de senatoren dreigde het Verdrag te verwerpen, omdat men bang was dat de bepalingen over de mededinging in het Verdrag de belangen van Nederlandse industrie zouden kunnen schaden. Elders in het Europa van de oude zes was dat al niet anders. Alleen in de Duitse Bondsrepubliek was er sprake van een mededingingsbeleid waarin kritisch naar kartels en machtsposities werd gekeken. De Duitse kartelwetgeving was tot stand gekomen onder sterke druk van de belangrijkste bezettende macht: de Verenigde Staten.

Het kartelrecht in de EG heeft zijn wortels in het oude, nu afgelopen Verdrag over de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal. In dat Verdrag zijn vooral op aandringen van Jean Monnet, de grote architect van de Europese integratie, bepalingen opgenomen ter beugeling van de Duitse 'Ruhrkartelle.' Deze kartels bestonden uit een samenbundeling van de kolen- en staal industrie in Duitsland. Jean Monnet was er van overtuigd dat deze zeer achtige kartels, die een sleutelrol hebben gespeeld bij de opbouw van de Duitse oorlogs-industrie, onder controle moesten worden gebracht. Hij schrijft in zijn *Mémoires*, bij zijn commentaar op de totstandkoming van het EGKS Verdrag in 1951:

... C'était une innovation fondamentale en Europe, et l'importante législation antitrust qui règne sur le marché commun trouve son origine dans ces quelques lignes pour lesquelles je ne regrette pas de m'être battu quatre mois durant'.¹

1 Jean Monnet, *Mémoires*, Paris: Fayard 1976, pag. 413.

Monet kreeg de steun van de Duitse Bondskanselier Konrad Adenauer, maar wel op de voorwaarde dat dan ook deze industrie in de andere EG landen zouden worden aangepakt. Zo ontstonden de artikelen 65 waarin kartels werden verboden en artikel 66(7) waarin misbruik van machtspositie werd verboden. Het EGKS Verdrag bevatte voorts een regeling van voorafgaande controle van fusies.

Bij de opstelling van het EEG Verdrag werden de EGKS bepalingen zonder heel veel discussie overgenomen, behalve de bepaling over voorafgaande fusiecontrole. Het zou nog tot 1989 duren alvorens in de EEG een systeem van voorafgaande fusiecontrole zou worden ingevoerd.²

Het Europese kartelrecht

Het Europese kartelrecht heeft zich de afgelopen decennia ontwikkeld tot een hoeksteen van het economisch beleid van de EG.³ Het heeft een veel grotere invloed gekregen op het nationale beleid dan aanvankelijk voor mogelijk werd gehouden. Dit kwam vooral door de ruime interpretatie van de basisbegrippen van art. 81 en 82 EG-verdrag. Vooral het arrest *Grundig en Consten* was hiervoor baanbrekend.⁴

Het EG-mededingingsrecht werd in het begin veel forser ingezet dan velen in Nederland voor mogelijk hadden gehouden. Allereerst werd in 1963 in het arrest *Van Gend en Loos*⁵ de directe werking van het gemeenschapsrecht erkend, ondanks andersluidende pleidooien van onder andere de Nederlandse regering in haar interventie in die zaak. Van hieruit was het later in de arresten *Sabam I*⁶ en *Haecht II*⁷ nog maar een kleine stap om rechtstreekse werking toe te kennen aan art. 81 en 82 EG-verdrag. Deze kleine stap bracht wel de toepassing van het EG-mededingingsrecht binnen het bereik van de Nederlandse rechter. Het EG-kartelrecht kreeg zo binnen de Nederlandse rechtsorde een duidelijke plaats. Ontkenning van de rechtstreekse werking zou de toepassing van EG-mededingingsrecht volledig in de handen van de chronisch onderbezette Commissie hebben gebracht, een situatie die het hof in het arrest *Banks* wel creëerde voor de toepassing van het EGKS-kartelrecht.⁸

2 Verordening 4064/89, PbEG 1989, L 395/1.

3 Zie voor een overzicht Piet Jan Slot, 'A view from the mountain: 40 years of developments in EC competition law' 41 *CMLRev.* No.2, April 2004, pag. 443-473.

4 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, *Grundig en Consten*, Jur. 1966, pag. 448.

5 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *van Gend en Loos*, Jur. 1963, pag. 3.

6 HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73, *BRT v Sabam (BRT I)*, Jur. 1974, pag. 51.

7 HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72, *Haecht II*, Jur. 1973, pag. 77.

8 HvJ EG 13 april 1994, zaak C-128/92, Jur. 1994, pag. I-1268. Met een sterk legalistische interpretatie week het hof af van de m.i. veel overtuigendere conclusie van A-G Van Gerven en stelde vast dat de tekst van art. 65 en 66 EGKS in een exclusieve bevoegdheid voor de Commissie heeft voorzien. Op grond daarvan laten deze bepalingen niet de mogelijkheid open dat particulieren zich rechtstreeks tot de nationale rechter wenden. Het arrest baarde destijds in de commentaren nogal opzien. De uiteindelijke 'schade' ervan is niettemin beperkt nu het EGKS-Verdrag in 2002 is afgelopen. De kolen- en staalsectoren vallen sindsdien onder het EG-kartelrecht.

Een andere belangrijke ontwikkeling in dit verband was de ruime interpretatie die vrijwel gelijk vanaf het begin werd gegeven aan het jurisdictionele criterium: 'de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten'.⁹ Het criterium werd verder verruimd in het arrest Vereniging van Cementhandelaren VCH¹⁰ doordat het hof oordeelde dat ook puur nationale kartels onder het verbod van art. 81 EG-Verdrag kunnen vallen.

Deze twee lijnen tezamen zorgden ervoor dat voor het bedrijfsleven het Europese mededingingsrecht een blijvende factor van betekenis werd, waarvan de werking aanmerkelijk werd versterkt door de toenemende handel in de interne markt en de voortschrijdende globalisering van het bedrijfsleven. Het gecombineerde effect van deze vier ontwikkelingen heeft ertoe geleid dat de eerste doelstelling van het EG-mededingingsrecht, de bevordering van marktintegratie en de daaruit afgeleide mededingingsrechtelijke beleidslijnen met name ten aanzien van verticale overeenkomsten, ook voor het Nederlandse bedrijfsleven een realiteit werd.

De ontwikkeling van het Nederlandse kartelbeleid

Door de hiervoor beschreven ontwikkelingen ontstond er in toenemende mate een spanning tussen het EG-mededingingsregime en het weinig rigoureuze Nederlandse WEM-systeem. Het bedrijfsleven dat ook maar enigermate internationaal opereerde, was daardoor genoodzaakt zich op het strengste mededingingsregime te richten.

De lankmoedige houding van de Nederlandse kartelautoriteiten opererend onder het regime van de WEM leidde er ook toe dat een flink aantal Nederlandse kartels door de Commissie werd aangepakt: de VCH,¹¹ FRUBO,¹² Haarden en Kachels,¹³ het verkoopsysteem van de Gero-fabriek,¹⁴ het Centraal bureau voor de Rijwielhandel,¹⁵ Stremsel,¹⁶ de Stichting Sigaretten Industrie,¹⁷ Meldoc,¹⁸ IJsselcentrale,¹⁹ het Bouwkartel (SPO),²⁰ en ten-

9 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, LTM v Maschinenbau Ulm, Jur. 1966, pag. 392 en gev. zaken 56 en 58/64, Jur. 1966, pag. 448.

10 HvJ EG 17 oktober 1972, zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren (VCH) v Commissie, Jur. 1972, pag. 977.

11 PbEG 1972 L 303/7.

12 PbEG 1974 L 237/16.

13 PbEG 1975 L 159/22.

14 PbEG 1977 L 16/8.

15 PbEG 1978 L 20/18.

16 PbEG 1980 L 51/19.

17 PbEG 1982 L 232/1.

18 PbEG 1986 L 348/50.

19 PbEG 1991 L 28/32. Deze beschikking leidde tot een hele reeks procedures in de Nederlandse elektriciteitssector: GEA 18 november 1992, zaak T-16/91, Rendo, Jur. 1992, pag. II-2417; HvJ EG 19 oktober 1995, zaak C-19/93 P, Rendo, Jur. 1995, pag. I-3319; GEA 12 december 1996, zaak T-16/91 RV, Rendo, Jur. 1996, pag. II-1827 en HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92, Almelo, Jur. 1994, pag. I-1477. Ze leidde ook tot de gedeeltelijke liberalisering van de sector in de Richtlijn 96/92/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, PbEG 1996 L 27/20.

20 PbEG 1992 L 92/1. Dit was vooral een bijzondere zaak wegens de dekking die de Nederlandse overheid

slotte de Stichting Kraanverhuurbedrijven.²¹ Al met al een waslijst van overtredingen. Men zou ook kunnen stellen dat de bouwfraude een gevolg is van het milde kartelrechtelijke regime dat in Nederland tot de invoering van de Mw gold.

Voorts dient hier natuurlijk melding te worden gemaakt van de op verzoek van de Nederlandse regering opgenomen 'Nederlandse clause' in de Europese concentratieverordening.²² De op grond van deze bepaling naar Brussel verwezen fusies inzake Endemol en Blokker Toys zijn beide door de Commissie verboden.²³ Deze ontwikkelingen en het feit dat, anders dan gehoopt, de drempels bij de herziening van de EG-concentratieverordening niet substantieel zijn verlaagd, hebben er sterk toe bijgedragen dat, ondanks de aanvankelijke plannen, de fusiecontrole alsnog in de nieuwe Mw is opgenomen. De steeds groter wordende greep van het EG-mededingingsregime op het Nederlandse bedrijfsleven heeft ook geleid tot tegenkrachten. Deze werden vooral veroorzaakt doordat de Commissie een extensieve bevoegdheid claimde met behulp van een expansieve uitleg van art. 81 lid 1 EG-verdrag, maar de aldus verkregen bevoegdheden niet op een bevredigende wijze kon waarmaken. Hier is vooral het monopolie van de Commissie om individuele ontheffingen te verlenen op grond van art. 81 lid 3 EG-verdrag, de flessenhals, een probleem. Door het afgeven van de zogenoemde troostbrieven heeft de Commissie geprobeerd hieraan enigszins tegemoet te komen, maar dit is wegens de onduidelijke juridische status van de troostbrieven slechts ten dele gelukt. Voorts richtte de kritiek zich op de te restrictieve aanpak van de Commissie van verticale kartels.²⁴ Deze kritiek heeft geleid tot de veel ruimer geformuleerde groepsvrijstelling verticale overeenkomsten.²⁵

De onvrede met deze ontwikkelingen heeft er mede toe geleid dat er meer en meer bereidheid ontstond deze mededingingsvormen door de Nederlandse regering te laten aanpakken. De Commissie heeft overigens van haar kant deze harmonisatie van het kartelrecht krachtig gestimuleerd. Zij deed dit door de nationale rechter en de nationale mededingings-

had geboden door middel van het KB Bouwregelingen. In verband hiermee heeft de Commissie overwogen de Nederlandse regering via een art. 169 EG-verdrag-procedure aan te pakken.

21 PbEG 1994 L 117/30. In deze zaak heeft de Commissie vanwege de ernst ervan de procedure van art. 15 lid 6 toegepast en de boete-immuniteit opgeheven.

22 Art. 22 lid 3 Verordening 4064/89, PbEG 1990 L 257/3, gewijzigd bij Verordening 1310/97, PbEG 1997 L 180/1.

23 PbEG 1996 L 134/32 en IP/97/570. De verwijzing in de fusiezaak Endemol gebeurde op het moment dat er in de nationale perssector wel een belangrijke concentratie plaatsvond, de overname van de Perscombinatie door de Nederlandse Dagblad Unie, die niet kon worden gezien met Nederlandse wetgeving. De dagbladconcentratie werd wel bestreken: de vrijwillige, maar wel op sterk aandringen van de regering, persfusie viel net onder de 33,3%-grens. De Minister van Economische Zaken voelde zich onder andere wegens het bestaan van de persfusieregeling gebonden om niet naar Brussel te verwijzen.

24 Zie bijv. B. Hawk, 'System failure: Vertical restraints and EC competition law', *CML Rev.* 1995, pag. 973.

25 Verordening (EG) nr. 2790/1999, PbEG 1999 L 336/21.

autoriteiten nadrukkelijk uit te nodigen hun aandeel te nemen in de toepassing van het EG-mededingingsrecht.²⁶ In dit streven past uiteraard ook het aansporen van de regeringen van de lidstaten tot het aannemen van passende Mededingingswetgeving.²⁷

Internationale samenwerking

De sterke ontwikkeling van het Mededingingsbeleid binnen de EG leidde er onvermijdelijk ook toe dat het EG recht werd toegepast op buitenlandse bedrijven, d.w.z. bedrijven die van oorsprong uit derde landen komen en die zaken deden met bedrijven binnen de EG. Dit werd lange tijd aangeduid als extraterritoriale toepassing van het mededingingsrecht. De landen van de EG waren er in de periode na de Tweede Wereldoorlog erg op tegen dat de Amerikaanse antitrust wetgeving werd toegepast op 'hun' bedrijven en protesteerden daar dan ook heftig tegen. De sterke ontwikkeling van het EG kartelrecht leidde er echter toe dat ook de EG buitenlandse bedrijven aanpakte. In het arrest Woodpulp I²⁸ heeft het Hof van Justitie beslist dat voor zover ondernemingen gevestigd in derde landen betrokken zijn bij kartels die worden uitgevoerd binnen de EG, het EG-recht van toepassing is. Door dit arrest werd in wezen het toepassingsbereik van het mededingingsbeleid van de EG gelijkgeschakeld aan dat van de VS, hetgeen de weg opende voor nauwe samenwerking tussen deze twee jurisdicties.

Een belangrijke mededingingsrechtelijke ontwikkeling op het internationale vlak vormt de intensieve samenwerking tussen de EU en de VS onder de bilaterale samenwerkingsverdragen uit 1991²⁹ en 1998³⁰ (hierna: het Verdrag van 1998). In het Verdrag van 1998 werd het instrument van 'positive comity'³¹ geïntroduceerd. Het succes van de samenwerking tussen de EU en de VS heeft in de afgelopen jaren aanleiding gegeven tot het sluiten van een aantal nieuwe samenwerkingsverdragen op het terrein van het mededingingsrecht.³² Concrete resultaten hiervan zijn op het moment van het schrijven van deze tekst nog nauwelijks te melden.

Hoewel er vele verschillen zijn aan te wijzen tussen het Amerikaanse en het Europese systeem van mededingingsrecht, heeft de intensieve samenwerking tussen de VS en de EU bijgedragen tot een toenemende mate van convergentie van het Europese en Amerikaanse

26 Een en ander is onder meer tot uitdrukking gekomen in de Bekendmakingen betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van art. 85 en 86 EG-verdrag, PbEG 1993 C 39/6, en een vergelijkbare bekendmaking voor de nationale mededingingsautoriteiten, PbEG 1997 C 313/3.

27 Zie bijvoorbeeld het 26e Verslag over het mededingingsbeleid, pag. 319 e.v.

28 Zaak 89 e.a.85, HVJ EG 27 september 1988, Jur. 1988, 5193.

29 'Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America Regarding the Application of Their Competition Laws, and the exchange of interpretative letters', gewijzigd in 1995 (95/145/EC, ECSC), PbEG 1995 L 132/45.

30 Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America Regarding the Application of Positive Comity Principles in the enforcement of their Competition Laws', PbEG 1998 L 173/28.

31 In het Nederlands aangeduid met de weinig verhelderende term 'positieve internationale courtoisie'.

32 VS, Canada, en laatstelijk met Japan, getekend op 10 juli 2003.

mededingingsrecht: een ‘organische groei’ van de beide systemen in een gemeenschappelijke richting. Hierbij zijn zowel de betrokken autoriteiten als de ondernemingen gebaat, omdat het risico op tegenstrijdige uitkomsten afneemt. Dat dit vooralsnog geen garanties biedt, heeft de zaak GE/Honeywell aangetoond: hier kwamen de Commissie en de Amerikaanse autoriteiten tot verschillende uitkomsten. Ook op andere punten blijven er gebreken bestaan: zo hebben de betrokken bedrijven vaak weinig invloed op de gegevensuitwisseling, lopen de processuele waarborgen aan weerszijden van de oceaan sterk uiteen en lopen zij bovendien het risico om verschillende malen veroordeeld te worden voor dezelfde inbreuk op grond van informatie uit hetzelfde onderzoek.³³ Tevens biedt bilaterale samenwerking geen oplossing voor de twee grootste hinderpalen voor een effectief internationaal mededingingsbeleid: jurisdictie (de bevoegdheid om regels te stellen, en om deze te handhaven) en politieke kwesties. Bij dit laatste valt te denken aan de neiging die veel landen vertonen om hun ‘national champions’ te beschermen tegen inmenging van buiten. De betrokken ondernemingen blijven in een bilaterale situatie sterk afhankelijk van de welwillende medewerking van de betreffende regeringen.

Van verschillende zijden zijn er voorstellen gedaan om te komen tot wat wel een ‘multilaterale optie’ wordt genoemd: een uniform internationaal systeem van mededingingsrecht in het kader van een nieuw of bestaand multilateraal verdrag. Het is nog maar de vraag of dit in de nabije toekomst verwezenlijkt zal worden. De EU heeft weliswaar een voorstel voor een multilateraal systeem van mededingingsrecht in het kader van de WTO ingediend, maar inmiddels is in het kader van de zogenaamde DOHA ronde besloten dit onderwerp van de agenda af te voeren.

De nieuwe uitvoeringsverordening 1/2003

Met de inwerkingtreding per 1 mei 2004 van Verordening 1/2003 heeft de EG een belangrijke stap naar een nieuw tijdperk gemaakt. De voorafgaande administratieve controle door middel van het meldingssysteem voor kartels is definitief vervangen door controle achteraf door de rechter en de nationale kartelautoriteiten, een en ander onder supervisie van de Commissie. In dit systeem is een belangrijke plaats ingeruimd voor de samenwerking tussen de Commissie, de nationale rechter en de nationale autoriteiten. Met de laatste wordt een netwerk opgezet waarmee een uitwisseling van gegevens tot stand zal worden gebracht en een afstemming van het inhoudelijk kartelbeleid vormgegeven zal worden. Het beleid dat is voorzien in Verordening 1/2003 draait in zekere zin de slinger weer terug naar de lidstaten. De medewerking van de nationale autoriteiten wordt immers cruciaal. Aan de andere kant is dit nieuwe beleid alleen mogelijk omdat zich een heel sterke ontwikkeling van het kartelbeleid in de individuele lidstaten heeft voorgedaan, vergezeld van een duidelijke institutionele vormgeving.

33 Dit was onder meer het geval in de Lysine-kartelzaken. Zie bijv. GEA 9 juli 2003, zaak T-224/00, Archer.

Een belangrijke doelstelling van het nieuwe systeem is om meer ruimte voor het vervolgingsbeleid van de Commissie vrij te maken. De capaciteit die nodig was voor het behandelen van de aanvragen voor individuele ontheffingen kan nu worden ingezet om zware, 'hardcore', kartels op te sporen. Dit beleid wordt verder ondersteund door de in Verordening 1/2003 uitgebreide mogelijkheden tot verificatie. Het clementiebeleid biedt de Commissie hiervoor extra instrumenten.³⁴

Met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 is ook een belangrijke stap gezet in de richting van een verdere harmonisatie met het antitrustbeleid in de VS. Het belangrijkste verschil tussen het kartelrecht van de EG en de VS is de betekenis van de civiele handhaving. Met name de zogenoemde 'treble damage action' biedt in de VS een sterke stimulans voor particulieren om schadevergoeding te claimen.³⁵

De bescherming van grondrechten in de toepassing van het kartelrecht

Een opmerkelijke trend is voorts de in de jurisprudentie ontwikkelde bescherming van grondrechten. In het arrest *A.M. & S.*³⁶ accepteerde het hof het 'legal privilege'. Dit betreft het recht van advocaten om hun correspondentie met cliënten niet te hoeven overhandigen in kartelprocedures. De recente *AKZO* zaak³⁷ heeft echter niet geleid tot een verdere uitbreiding van het legal privilege tot bedrijfsjuristen.

Vervolgens waren er de arresten *Hoechst*³⁸ en *Orkem*,³⁹ waarin respectievelijk het huisrecht en het recht geen getuigenis tegen zichzelf te hoeven afleggen ('self incrimination'), werden erkend.

Daarna kwam het recht om het dossier in te kunnen zien onder gelijke voorwaarden als de Commissie ('equality of arms') in het arrest *Solvay*.⁴⁰ Deze jurisprudentiële ontwikkeling werd voorlopig besloten met het arrest *Roquette*.⁴¹ Voor een deel werden deze ontwikkelingen gecodificeerd in art. 21 lid 3 Verordening 1/2003.

34 Zie hiervoor de Mededeling van de Commissie betreffende Immunititeit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, PbEG 2002 C 45/3.

35 Op grond van de bepaling in section 4A van de Sherman Act kunnen private partijen, ingeval zij schade hebben geleden als gevolg van een overtreding van de antitrustregels, een vergoeding eisen die het driedubbele omvat van de werkelijke schade.

36 HvJ EG 18 mei 1982, zaak 155/79, *AM & S v Commissie*, Jur. 1982, pag. 1575.

37 Pres. GEA beschikking van 30 oktober 2003, zaak T-125/03R en T-253/03R, *AKZO v Commissie Jur. II-x*. In hoger beroep heeft de President van het Hof vernietigd omdat de zaak naar zijn oordeel niet spoedeisend was.

38 HvJ EG 21 september 1989, gev. zaken 46/87 en 227/88, *Hoechst v Commissie*, Jur. 1899, pag. 2859.

39 HvJ EG 18 oktober 1989, zaak 374/87, *Orkem v Commissie*, Jur. 1989, pag. 3283.

40 GEA 29 juni 1995, zaak T-31/91, *Solvay v Commissie*, Jur. 1995 pag. II-1821

41 HvJ EG 22 oktober 2002, C-94/00, *Roquette Frères v Commissie*, Jur. 2002, pag. I-9011.

Ontwikkelingen op het terrein van de concentratiecontrole

De invoering van de concentratiecontroleverordening in 1989 heeft het EG-kartelrecht duidelijk meer tanden gegeven. De fusiecontrole heeft er ook toe geleid dat de EG een belangrijke speler is geworden op wereldniveau. Met de beschikkingen Boeing/McDonnell Douglas, maar vooral met de verbodsbeschikking in de zaak GE/Honeywell, heeft de EG zich voorgoed op de kaart gezet. Deze laatste beschikking heeft ook geleid tot intensivering van de dialoog tussen de EG en de VS.

Ook het beleid op het gebied van de controle van concentraties is sterk in ontwikkeling. Voor het Directoraat-Generaal voor de Concurrentie van de Europese Commissie verliep het jaar 2002 bijzonder dramatisch. Hier is door de rechtspraak een ware storm onttekend. Het GEA schreef geschiedenis met de uitspraken in de arresten *Airtours*,⁴² *Schneider Electric*⁴³ en *Tetra Laval*.⁴⁴ Al deze uitspraken resulteerden in een nietigverklaring van verbodsbeschikkingen van de Commissie. De laatste twee uitspraken deed het gerecht volgens de versnelde procedure af. Over het algemeen worden de uitspraken beschouwd als een grote tegenslag voor het werk van de Commissie en in het bijzonder van de Merger Task Force. De tegenslag werd nog groter toen het GEA besliste dat de Commissie de schade die *Schneider* heeft geleden als gevolg van het fusieverbod moet vergoeden.⁴⁵

Een tweede cruciaal element in de recente discussie rond het concentratietoezicht binnen de EG was de verbodsbeschikking van de Commissie in de zaak GE/Honeywell.⁴⁶ Deze beschikking onderstreepte twee belangrijke punten. Ten eerste werd duidelijk dat binnen het internationale bedrijfsleven rekening dient te worden gehouden met de Commissie bij concentraties. Ten tweede werd nadrukkelijk de noodzakelijkheid van verdere samenwerking tussen de mededingingsautoriteiten in de VS en de EU aangetoond. De effecten van deze beslissing worden nog steeds aan beide kanten van de Atlantische Oceaan besproken. Om de gebleken divergentie tussen de twee systemen van fusiecontrole te verminderen werd een werkgroep in het leven geroepen. Op 6 december 2002 heeft de Commissie de bevindingen van deze werkgroep gepubliceerd: 'Best Practices on Cooperation in Merger Investigations'. Het document voorziet in een adviserend raamwerk voor transatlantische samenwerking tussen de mededingingsautoriteiten en is hoofdzakelijk gebaseerd op de 1991 VS-EG Overeenkomst op de toepassing van hun mededingingsrecht.⁴⁷

42 GEA 6 juni 2002, zaak T-342/99, *Airtours*, Jur. 2002, pag. II-2585.

43 GEA 22 oktober 2002, zaak T-310/01, *Schneider Electric*, Jur. 2002, pag. II-4071. In de zaak T-77/02, gewezen op dezelfde dag, heeft het GEA de 'scheidingsbeschikking' van de Commissie nietig verklaard.

44 GEA 25 oktober 2002, zaak T-5/02, Jur. 2002, pag. II-4381. In de zaak T-80/02, gewezen op dezelfde dag, heeft het GEA de 'scheidingsbeschikking' nietig verklaard.

45 GEA Zaak T-351/03 hoger beroep ingesteld zaak C-440/07 P.

46 Commissiebeschikking van 3 juli 2001, zaaknr. COMP/M.2220 – General Electric/Honeywell, te vinden op www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf.

47 In overeenstemming met de praktijk uit het verleden houdt in iedere relevante zaak slechts één VS-autoriteit – het Department of Justice óf de Federal Trade Commission – toezicht en coördineert dit met de Europese autoriteiten.

In de tussentijd is het beroep tegen de verbodsbeschikking in de zaak GE/Honeywell door het Gerecht verworpen.⁴⁸

Conclusie

Het Europese kartelrecht is met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 zeer grondig gewijzigd van een systeem met voorafgaande controle van kartels naar controle achteraf. Het systeem van groepsvrijstellingen heeft zijn diensten bewezen en is vergaand gestroomlijnd. Dit komt met name tot uitdrukking in de verordening voor verticale overeenkomsten. Verordening 1/2003 brengt tevens een harmonisering van de tot voor kort verschillende procedures in de diverse groepsvrijstellingsverordeningen. Het fusiecontrolebeleid heeft zich in bijna vijftien jaar krachtig geprofileerd en is aangepast aan de forse kritiek van het GEA.

Het Nederlandse kartelrecht is in verrassend korte tijd volwassen geworden. De ontwikkeling was mogelijk doordat het systeem van de Mw gebaseerd werd op het EG-kartelrecht en hierdoor kon profiteren van de aldaar opgedane ervaringen. Aan de andere kant heeft er een endogene ontwikkeling plaatsgevonden op grond waarvan, onder invloed van marktgerichte politieke inzichten, het elan ontstond om de Mw ook daadwerkelijk toe te passen. Het indrukwekkende aantal besluiten van de NMa getuigt hiervan.⁴⁹ De NMa kreeg ook al snel het vertrouwen van de Commissie toen op grond van art. 9 lid 2 Verordening 4064/89 de zaak Vendex/KBB naar de NMa werd verwezen.

De NMa-besluiten zijn ook in beroep grotendeels in stand gebleven, in tegenstelling tot de besluiten onder de oude Wet Economische Mededinging.⁵⁰ De eerste schok van de vernietiging van het besluit in de zaak Wegener werd in hoger beroep door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven weer tenietgedaan. Aan de andere kant laat het eindeloos lange voortslepen van de zaak De Telegraaf v de NOS⁵¹ zien dat op cruciale momenten effectieve remedies door het uitputtend gebruik van rechtsmiddelen zich heel lang kunnen voortzetten.⁵²

Ook de bouwfraudezaken hebben laten zien dat de NMa nog niet alles helemaal in de vingers heeft. De NMa krijgt door de ruime aandacht in de media en de politiek in toenemende mate ook te maken met een hoog opgeschroefd verwachtingspatroon dat lang niet altijd makkelijk waar te maken is. Een laatste vraag betreft de rol van de civiele rechter in Nederland. Zal deze in staat zijn de belangrijke rol die haar of hem door Verordening

48 GEA zaken T-209/01, Honeywell v Commissie, en T-210/01, General Electric v Commissie., Jur. 2005, II- 5527 en 5575.

49 Zie hiervoor o.a. de jaaroverzichten in M&M en SEW.

50 Zie met name de uitspraak van het CBB in de zaak *Hoffmann-La Roche* van 24 juli 1979, SEW 1980, pag. 125 m.nt. Mok. Zie voor een kritische beoordeling van het functioneren van de NMa: M.B.W. Biesheuvel en R. Wesseling, 'Kroniek van het mededingingsrecht', NJB 2003, pag. 1647-1654. De auteurs zijn vooral kritisch over de door de NMa gevolgde procedures.

51 Besluit NMa nr. 1, 10 september 1998.

52 De zaak is inmiddels beëindigd met de uitspraak van het CBB van 17 juli 2004, LJN; AQ1727.

1/2003 is toebedeeld, ook werkelijk waar te maken? In het juridisch deelonderzoek van de evaluatie van de Mw kwam naar voren dat het overgrote merendeel van de respondenten meende dat naar hun inschatting de burgerlijke rechter doorgaans nog onvoldoende was ingevoerd in het mededingingsrecht. Als dit zo is, is dit zorgelijk te noemen, temeer daar te voorzien is dat in de nabije toekomst art. 81 EG-verdrag geheel door de rechter zal worden toegepast. Ook meenden veel respondenten dat er bij veel rechters weerstand te bespeuren was om ingevoerd te raken in het mededingingsrecht, wellicht omdat het lastig toe te passen is en veel economisch inzicht vereist. Daar staat tegenover dat ook sommige advocaten een aarzeling lijken te voelen om hun vordering aan de rechter voor te leggen en liever de gang naar de NMa maken.

Ook in Brussel is dit een onderwerp waaraan de nodige aandacht wordt besteed. De Commissie heeft haar pogingen om meer acties door particulieren te stimuleren voortgezet. De Commissie publiceerde onlangs een witboek over dit onderwerp.⁵³ Ondanks deze promotionele activiteiten van de Commissie is het niet waarschijnlijk dat particuliere acties ter effectuering van het mededingingsrecht een even grote vlucht zullen nemen als in de VS, waar met name de zogenaamde 'treble acties' spectaculaire vormen hebben aangenomen. Dit laat echter onverlet dat de betekenis van het kartelrecht gestadig is toegenomen en dat het een omvang heeft bereikt die weinigen in de jaren vijftig voor mogelijk hadden gehouden.

Over de auteur

Piet Slot is hoogleraar Europees en Economisch Recht aan de Universiteit Leiden sinds 1981. Hij is tevens directeur van het Europa instituut, rechter-plaatvervanger bij de rechtbank 's-Gravenhage en editor van de tijdschriften *Common Market Law Review* en *Markt en Mededinging*.

53 Brussel, 2.4.2008 COM(2008)165 definitief WITBOEK betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels.

Conclusie
Conclusion

Er is weer een verhaal nodig bij Europa in de Nederlandse politiek

Sjerp van der Vaart

De Ieren hebben 'Nee' gezegd tegen het Verdrag van Lissabon. En zij stortten de Unie daarmee in een onversneden crisis, hoezeer de Europese regeringsleiders het ook proberen voor te stellen als een Iers probleem. Ze suggereren dat het ratificatieproces van het Lissabon-Verdrag moet doorgaan, en dat als er 26 lidstaten 'Ja' hebben gezegd, de Ieren met een paar zoethoudertjes tevreden kunnen worden gesteld.

Dit zou een gevaarlijke aanpak zijn. Het duidt namelijk op een tekortschietende analyse van de onderliggende ontwikkelingen bij niet alleen het Ierse electoraat in zijn verhouding tot Europa. De Ieren hebben niet 'Nee' gezegd tegen de Europese Unie, evenmin als de Nederlanders in 2005. De Ieren hebben 'Nee' gezegd tegen een onvoldoende democratische legitimering van soevereiniteitsoverdracht - een duur woord voor machtsoverdracht - naar Brussel. De vraag is nu wat het Ierse Nee zegt over het draagvlak bij burgers voor Europese integratie. En vooral hoe een nieuwe democratische legitimering van de Europese dimensie in de lokale - lees Haagse - politiek gestalte moet krijgen.

Vluchtig gezien is het een veelvoud aan argumenten dat de Ierse Nee-campagne onder leiding van een rijke zakenman en zijn groep Libertas de vleugels heeft gegeven. Naast het gestuntel van de Ja-campagne speelt de kredietcrisis in Ierland de Nee-campagne in de kaart, net als de aanwezigheid van veel Poolse gastarbeiders. Deze Polen laten zien dat het hemd nader is dan de rok, nu de economische crisis scherper wordt. Sterker, veel Ieren zien de gevolgen van de globalisering als onvermogen van de EU om daar iets aan te doen. De Unie is dan - en niet alleen daar - een deel van het probleem en niet van de oplossing.

Het is op zijn minst schrijnend dat het nieuwe verdrag, de spelregels van de EU, nu juist de meest vergaande poging is om daar precies wat aan te doen. Het Verdrag van Lissabon moet als opvolger van de EU-Grondwet Europa democratischer, duidelijker maar vooral ook slagvaardiger maken. Niet alleen om gezamenlijk effectiever op te kunnen treden tegen criminaliteit of terreur, maar ook om met één stem in de economische wereldfora te kunnen praten. En tenslotte moet het de Unie niet alleen flexibeler maken; het wil ook meer oog krijgen voor een socialere Europese Unie.

Dat deze argumenten niet voor het voetlicht zijn gekomen is niet verwonderlijk. Kiezers voelen in de regel op hun klompen aan dat ze voor de gek worden gehouden, hoe mooi de woorden ook zijn. Feit is dat het Verdrag van Lissabon voor het overgrote deel de substantie van de Grondwet heeft overgenomen. Dan gaat het om het handvest van Grondrechten; als verwijsregeling minder zichtbaar, maar *wel* rechtsgeldig. Het gaat eveneens om versterking van zowel de democratische rechten van het Europees Parlement, als ook van de nationale parlementen. Maar vooral gaat het om het toepassen van meerderheidsbesluitvorming op veel juridische onderwerpen (asiel, immigratie, veiligheid etc). Er verdwijnen in totaal vijftig veto's omdat de zogeheten derde pijler van justitiezaken en binnenlandse zaken-issues gemeenschappelijk wordt en dus verdwijnt. Exit veto's dus. Lidstaten dragen dan macht over, maar krijgen daar wel iets voor terug: versterking van het Europees Parlement. Wat blijft hangen, is het afschaffen van veto's en dat is geen populair argument uit het repertoire van de regeringsleiders om het Verdrag aan de man te brengen.

De Ierse kiezer heeft feilloos aangevoeld dat er opnieuw sprake is van machtsoverdracht, zonder dat daar een steekhoudend verhaal bij zit. Zonder vooral ook een maatschappelijk debat, in parlement en op straat. Kenmerkend voor de Europese integratie van de afgelopen decennia is de geruisloze overdracht van macht naar Europa, en vooral de technische aanpak ervan. Uit angst voor een bespreking van de vraag waar de trein naar toe gaat (zit er wel een machinist op de bok?) en uit angst om politieke integratie op de agenda te zetten, hebben veel regeringsleiders voor de technocratische aanpak van Europese wetgeving gekozen. Niet teveel in de openbaarheid politiseren graag, werd het parool. Dat is immers electoraal gevaarlijk gebleken. Europa werd zo voer voor techneuken in de Tweede Kamer en gespecialiseerde ambtenaren, ook 'best belangrijk', maar het raakte niet de essentie.

De essentie is dat het taboe op verdere politieke integratie van tafel moet omdat dit uiteindelijk de economische integratie - van één markt en één munt - moet schragen. Anders gezegd: zonder verdere politieke integratie staat al wat op economisch vlak is verworven op den duur ook op het spel. De Ierse burger heeft aangevoeld dat er opnieuw sprake was van machtsoverdracht, nu vooral in de traditioneel beladen sfeer van de nationale zwaarmacht. De Ieren hebben gedacht 'we weten wat we hebben en niet wat we krijgen: bij twijfel niet inhalen'. De rest van Europa mag dan misnoegd zijn en mokken dat het juist de Ieren waren die het meest hebben geprofiteerd van de Europese samenwerking, helder is ook dat als dit verdrag in pakweg Engeland, Nederland of Denemarken aan de burgers was voorgelegd, het lot van de ingewikkelde tekst net als in Ierland ook aan een zijden draadje had gehangen. De Ieren hadden de kans om 'nee' te zeggen en grepen die.

Er is dus meer aan de hand. De vraag is nu, hoe een nieuwe democratische legitimering van Europa in de nationale politiek gestalte moet krijgen. Meer dan dat: de vraag is ook hoe politici weer draagvlak bij burgers kunnen verwerven voor een uniek project dat evi-

dent zoveel heeft te bieden, maar desondanks niet geliefd is bij haar burgers. 'Je wordt niet verliefd op een interne markt', luidt het bijna spreekwoordelijke antwoord van de critici. Voordelen? Men gaapt erbij. Van economische voordelen tot aan vrede en veiligheid, het is vanzelfsprekend geworden. Geld en eigenbelang, alleen daarmee kun je nog mensen werven, is de gedachte.

Maar hier ligt een gevaarlijke premisse van politici. Namelijk de gedachte dat een jonge generatie Europeanen niet meer warm loopt voor zaken als vrede en veiligheid. En dat deze jongeren vooral denken aan financiële voordelen. Curieus genoeg is dat laatste niet alleen onjuist, erger is dat het een houding blootlegt van politieke elites in heel Europa. Die is dat in tijden van (economische) onzekerheid je vooral moet koersen op de vraag 'what's in it for me?' als legitimering. Maar geld alleen is wel een erg smalle basis om zoiets als een rechts- en waardengemeenschap op te bouwen. Zo is de politiek langzaam maar zeker het verhaal rond Europa kwijtgeraakt. De Londense hoogleraar William Wallace (Londen School of Economics) verwoordde dat mooi toen hij zei: 'Ergens onderweg zijn we het grotere verhaal ('the narrative') over Europa kwijtgeraakt.' Nationalisme is namelijk niet weg, en vrede en veiligheid zijn niet vanzelfsprekend.

Wat dan in ieder geval nodig is, is een lange termijn visie op de toekomst van Europa en de plek van Nederland daarin. Met een verhaal over samenhang tussen vrede, veiligheid, economie/energie en een schoon milieu. Europa is daarbij niet alleen een hoera-verhaal voor de lidstaten, maar het heeft ook een keerzijde. Wie veto's schrappt op justitieel terrein, zoals het Verdrag van Lissabon doet, moet weten dat landen macht inleveren en dat dat pijn doet. Maar kiezers moeten ook weten dat je daar veel voor terugkrijgt: meer rechten voor het Europees parlement dat medewetgever wordt naast de Raad van ministers. Daar mogen burgers terecht veel van verwachten.

Het is dan ook tekenend voor het huidige klimaat van nationalistische reflexen dat in het debat in de Tweede Kamer over de ratificatie van het Verdrag van Lissabon (juni 2008) een aantal kamerleden aangaf daar weinig boodschap aan te hebben. 'Dat het Europees parlement meer rechten krijgt is mooi, maar het verdedigt niet mijn nationale belangen.' Aan die uitspraak ligt een kromme redenering ten grondslag. Het Europese parlement moet de macht controleren in Europa. Dat is de macht van de Europese Commissie als dagelijks bestuur van de EU. Dan is het dus zaak goed te weten wat de precieze rol is van de verschillende democratische controle-instellingen (Tweede Kamer versus Europees Parlement) en vooral wanneer de ene aan zet is en wanneer de ander.

Zo kan de Nederlandse Tweede Kamer het nationale belang veiligstellen door in een vroegtijdig stadium te onderhandelen over de vraag of we iets nationaal moeten behandelen óf dat we dat samen Europees doen. Weer later kan de Kamer invloed uitoefenen op

de regering als die een standpunt moet innemen in de Europese Raad van Ministers. Maar vervolgens is het spel aan het Europese Parlement en de Eu-ministerraad. Niet alleen is er dus een volwaardiger politiek debat over Europa nodig. Er is vooral behoefte aan een scherper en eerder politiseren van de issues. Aan een vooral tijdiger debat met meer helderheid over elkaars rol. We moeten Europese wetgeving behandelen als ware het binnenlandse wetsvoorstellen. De Tweede Kamer controleert de regering en beïnvloedt via haar de EU-ministerraad. Het Europees parlement controleert de Europese Commissie en is met de EU-ministerraad samen de wetgever in Europa. Tweede Kamer en Europees Parlement vullen elkaar dus aan en moeten elkaars rol en waarde erkennen en daarvan beide profijt trekken. Op het juiste moment en op de juiste plek in de verschillende huizen van democratie het debat politiek scherp stellen, schept draagvlak en dus legitimiteit voor Europa in Nederland.

Het voorstel om die scherpste in te bouwen door te pleiten voor een zogeheten behandelingsvoorbehoud, waarom de VVD vroeg, is een middel om de regering eerder en consequenter te controleren of zij wel op de juiste weg is met Europese wetsvoorstellen. De regering bleek daar niet zo happig op: je gaat dan immers met min of meer gebonden handen naar de onderhandelingstafel in Brussel, luidt de redenering. Feit is dat het instrumentarium dat de Tweede Kamer nu al ten dienste staat om de ministers voorafgaande aan hun gang naar Brussel te controleren, juist voor zo'n doel aanwezig is en ook kan worden gebruikt. Maar deze hele discussie gaat voorbij aan de hoofdzaak: een discussie over een behandelingsvoorbehoud maakt immers niet dat Nederlanders rooie oortjes krijgen van Europa. Sterker: het is een wat technisch-ambtelijke discussie die de hamvraag omzeilt: wat is onze visie op een meer politiek geïntegreerd Europa en de rol en plek van Nederland daarin?

Zo'n visie veronderstelt een verhaal, over Nederland en Europa. Een verhaal dat minder onder druk staat van electorale angst op de korte termijn, of dat de oren laat hangen naar opiniepeilingen. Zo'n verhaal gaat over wat we zelf kunnen en wat we niet meer alleen kunnen oplossen. Vies water stopt niet bij de grens, CO2 evenmin, net als criminelen. Zo'n verhaal gaat - inderdaad - óók over spelregels die de Unie slagvaardiger én democratischer maken. In het belang van kiezers - niet alleen Nederlandse.

Wie op zo'n manier vragen stelt, krijgt andere antwoorden. Als de politiek die antwoorden schuldig blijft, zoeken de veldspelers hun eigen wegen. Dat is al aan het gebeuren. Belangenorganisaties in de markt- en non-profitsector kijken al naar alliantiepartners over grenzen heen. Zij zien de EU in toenemende mate als (kennis)netwerk en formuleren voor zichzelf een visie met een doel. Ze maken zelf hun verhaal en richten vaker direct hun pijlen op Brussel. Als de huidige crisis rond het EU-verdrag zal bewerkstelligen dat Europa in

Er is weer een verhaal nodig bij Europa in de Nederlandse politiek

Nederland een steviger democratischer legitimering gaat krijgen, is dat belangrijke winst. Maar een terugval naar nationalistische kaders met alleen de voet op de terugtraprem als het om Europa gaat, is ook mogelijk.

Een ding is dan zeker: dát is niet in het Nederlandse belang.

Over de auteur

Sjerp van der Vaart is hoofd van het Bureau Europees Parlement te Den Haag en was tevens voorzitter van het *Congres De Toekomst van de Europese Unie*.

The Future of the European Union

Different aspects of the EU as discussed during the SIB Leiden Conference 2007

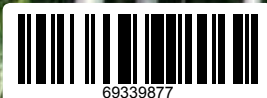
On November 29th 2007, the Dutch United Nations Student Association (SIB Leiden) organized a Conference, titled: “The Future of the European Union – How to Proceed in an Ever Closer Union?” The conference was meant to offer students, young academics and professionals the opportunity to engage in a debate with prominent scholars and politicians on the Future of Europe.

This book contains an overview of the various issues that were discussed during the conference and attempts to do justice to both the interdisciplinarity of the conference programme and the variety of people who attended. Therefore, readers will find contributions from both Dutch and international scholars; from young academics from SIB Leiden; and from various politicians and other professionals working daily on European Union issues. As this book offers a collection of essays resulting from a Dutch conference on an international topic, contributions are either in English or in Dutch. The editors have aimed at an equal number of English and Dutch texts.

This book does not claim to be exhaustive, nor does it attempt to offer one single vision of the Union’s future. Quite the contrary: the conference was meant to explore as many scenarios for the EU as possible, and to put every aspect of the European Union up for discussion. Each of the essays in this book thus explores one such aspect of the EU, and offers the author’s view of the road that has been taken, or *should* be taken. In this way, SIB Leiden sincerely hopes to contribute to a lively – and continuing – debate.

Sidestone Press

ISBN: 978-90-8890-011-2



69339877

Bestelnummer: SSP34150001



9 789088 900112 >