



Het Hervormingsverdrag van de EU: stap vooruit of stap achteruit?

mr. B.J. Drijber*

Al jaren wordt er in Europa op het hoogste politieke niveau met enige regelmaat geknokt over de verdeling van de macht. In de impasse die was ontstaan na het verwerpen van de Europese Grondwet in Frankrijk en Nederland was er een tweede thema bijgekomen: de kloof met de burgers. Beide thema's stonden centraal in de onderhandelingen tijdens de Europese Raad van 21 en 22 juni 2007.¹ Inzet was de Europese verdragen zo aan te passen, dat zowel de legitimiteit als de effectiviteit van het bestuur van een uitgebreide EU verbeterd.

In de kleine uurtjes bereikten de regeringsleiders een akkoord volgens het beproefde recept van ingewikkelde compromissen en vergaande concessies aan de grootste lastpakken, dit keer Polen en het Verenigd Koninkrijk. Nieuw is dat het bereikte akkoord ook voor de beoefenaar van *het mededingingsrecht* iets te bieden heeft. Onvervalste mededinging is niet langer een van de doelstellingen van de EU. Verder komt er een Protocol over diensten van algemeen economisch belang. Zeker de eerste wijziging heeft de nodige beroering veroorzaakt. In deze bijdrage ga ik na of dat terecht is.

Institutionele context

Iedere Europese Raad wordt afgesloten met conclusies van het voorzitterschap.² Volgens goede diplomatieke traditie plegen die van te voren door een select clubje ambtenaren te worden opgesteld. Dat verliep dit keer totaal anders,

Berend Jan Drijber is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag.

gezien het grote aantal onderwerpen waar de dames en heren regeringsleiders het zelf eens over moesten zien te worden.

Het akkoord over de nieuwe verdragen (hierna: 'het Akkoord') vormt bijlage I bij deze conclusies. Het Akkoord draagt als titel 'Ontwerp-Mandaat voor de IGC'. Wijzigingen van de Europese verdragen worden namelijk door een Intergouvernementele Conferentie ('IGC') voorbereid. Een gewijzigd verdrag moet daarna door alle lidstaten worden bekrachtigd.³ Zoals bekend is dat met het Grondwettelijk Verdrag van 2004 (hierna: 'de Grondwet') niet gelukt. In het Akkoord wordt de Grondwet neutraal aangeduid als: 'de IGC 2004 resultaten'.

Met de Grondwet zouden het EU-Verdrag en EG-Verdrag worden samengevoegd tot één grondwettelijk verdrag, bestaande uit drie delen. Deel I had veel weg van een 'echte grondwet' en kwam grotendeels in de plaats van het EU-Verdrag. Deel II vormde het Handvest van de grondrechten, dat daarmee in het Verdrag zou worden geïncorporeerd. Deel III bevatte de overige institutionele bepalingen en de materieel-rechtelijk bepalingen. *Grosso modo* verving deel III het EG-Verdrag.

Volgens het nu bereikte Akkoord blijven er twee verdragen bestaan: (i) het Verdrag betreffende de Europese Unie

1 Dit is het gremium van staatshoofden en regeringsleiders dat in beginsel twee maal per semester bijeenkomt. De Europese Raad, waarvan ook de voorzitter van de Commissie deel uitmaakt, is het hoogste politieke orgaan (zie art. 4 EU). De Europese Raad is, tot op heden, geen communautaire instelling. De Raad van de Europese Unie is dat wel. Dat is de 'wetgever' van de EG/EU, doorgaans samen met het Europees Parlement.

2 De Europese Raad neemt geen formele besluiten, waardoor de conclusies strikt genomen die van de voorzitter zijn. In de praktijk moet echter over de conclusies consensus zijn bereikt tussen alle regeringsleiders.

3 Art. 48 EU.

en (ii) het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Het laatste verdrag vervangt het EG-Verdrag. Een nieuwe naam is nodig, omdat de Unie in de plaats komt van de Gemeenschap.⁴ Het ‘Hervormingsverdrag’ is de naam van het wijzigingsverdrag waarmee die aanpassingen in de beide verdragen worden doorgevoerd.⁵

De tekst van de Grondwet is als uitgangspunt genomen. De meeste wijzigingen die de Grondwet zou doorvoeren, zijn gehandhaafd. Het komt echter aan op de afwijkingen van de Grondwet, die immers niet acceptabel was gebleken voor (de bevolking van) een aantal lidstaten.⁶ De nu overeengekomen wijzigingen in het EU-Verdrag staan in hoofdstuk II van het Akkoord; een bijlage 1 bevat een aantal ‘exacte formuleringen ter verduidelijking’. De overeengekomen wijzigingen in het EG-Verdrag staan in hoofdstuk III en bijlage 2.

Het Akkoord zal in de komende maanden in verdragsbepalingen worden uitgewerkt. Dit belooft een technisch-juridische exercitie te worden. Voor de IGC valt er namelijk weinig te onderhandelen, omdat haar mandaat *top down* is vastgelegd. Sommige lidstaten zullen wellicht toch gaan morrelen aan de meest controversiële punten. Een daarvan is het schrappen van onvervalste mededinging uit de doelstellingen van het EU-Verdrag.

Onvervalste mededinging ten offer aan onvervalst nationalisme?

Genoemde schrapping kwam – in een zeer laat stadium – uit Franse koker. Op de achtergrond speelt het Franse ‘nee’ tegen de Grondwet, maar ook een – bij president Sarkozy zelf levende – onvrede over de strikte aanpak van staatssteunzaken in een door globalisering gekenmerkte wereld. Het kartelrecht en fusiecontrole speelden nauwelijks een rol.

Om deze schrapping enigszins te compenseren is aanvankelijk gewerkt aan een door de Europese Raad goed te keuren verklaring, waarin de koppeling tussen de interne markt en een regime van onvervalste mededinging zou worden benadrukt. Een verklaring heeft echter geen bindende kracht. Een protocol bij de verdragen heeft dat wel en biedt daarom meer rechtszekerheid.⁷ Naar verluidt hebben enkele regeringsleiders, onder wie de premiers van Italië en Nederland, zich ter plekke sterk gemaakt voor een protocol in plaats van de aanvankelijk beoogde verklaring. Ook vanuit Londen werd de druk opgevoerd door aantredend premier Brown, die er in Brussel niet bij was. Uiteindelijk werd een protocol aanvaard, ook door president Sarkozy. De tekst zal ik hierna bespreken.

De inkt van het Akkoord was nog niet droog of er klonk vanuit Londen al weer ongezoeten kritiek. Volgens de *Financial Times* zou Europa vervallen tot mercantilistische praktijken.⁸ Op deze tendentieuze uitspraken heeft de directeur-generaal van de juridische dienst van de Commissie gereageerd.⁹ Alle reden dus om te onderzoeken wat er nu precies aan de hand is.

Tekstvergelijking

Ik begin met de geldende verdragsteksten. Art. 2 EU noemt de doelstellingen van de Unie. Daartoe behoort onder meer ‘het totstandbrengen van een ruimte zonder binnengrenzen’; onvervalste mededinging wordt niet genoemd. Art. 2 EG noemt evenmin onvervalste mededinging als doelstelling van de Gemeenschap. Art. 3, lid 1, EG legt vast met welke middelen de in art. 2 genoemde doelstellingen worden bereikt. Volgens de bepaling sub g) omvat het optreden van de Gemeenschap ‘een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst’. Dan is er nog art. 4 EG waarvan het eerste lid bepaalt:

‘Teneinde de in artikel 2 genoemde doelstellingen te bereiken, omvat het optreden van de lidstaten en de Gemeenschap (...) de invoering van een economisch beleid (...) dat wordt gevoerd met inachtneming van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging.’ Dezelfde zinsnede staat in het tweede lid over de EMU.

Dan de tekst van de (niet-ingevoerde) Grondwet. Art. I-3 bevat de doelstellingen van de Unie. Lid 2 luidt:

‘De Unie biedt haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen, en een interne markt waarin de mededinging vrij en onvervalst is.’

Twee heel verschillende onderwerpen zijn dus in één bepaling gepropt. Verder valt op dat met betrekking tot de mededinging ineens twee adjectieven – vrij én onvervalst (‘free and undistorted’) – worden gebruikt. Wat daar ook van zij, onvervalste mededinging werd in de Grondwet tot constitutionele hoogte verheven; en dat was een ‘innovatie’. Gelet op deze doelstelling werd echter het huidige art. 3, lid 1, sub g EG niet langer nodig geacht. Deze bepa-

4 Het Hof zal het Hof van Justitie van de Europese Unie gaan heten.

5 De tekst staat in Raadsdocument 11177/02 CONCL 2 van 23 juni 2007.

6 Naast Frankrijk en Nederland waren dat het Verenigd Koninkrijk, Polen en Tsjechië.

7 Zie art. 311 EG.

8 De bewuste bijdrage van Wolfgang Münchau stond in de *Financial Times* van 25 juni en dezelfde dag in vertaling op de opiniepagina van *NRC Handelsblad*.

9 Ingezonden brief van Michel Petite in de *Financial Times* van 27 juni. Hij wees erop dat ‘onvervalste mededinging’ thans ook geen doelstelling is en dat het overeengekomen protocol bindende werking heeft. Daarop stuurde prof. Giavazzi van de Bocconi Universiteit Milaan een reactie waaruit bleek dat althans bij hem de bezorgdheid niet was weggenomen. Aardig detail is dat hiermee een kwartet ‘*professori*’ in economie en mededingingsrecht compleet is. De toevoeging die nu is geschrapt, is naar verluidt opgenomen op voorstel van Giuliano Amato, destijds een van de vice-voorzitters van de Conventie die de Europese Grondwet heeft voorbereid. In die tijd was Mario Monti, ook afkomstig van Bocconi, nog mededingingscommissaris. Een vierde Italiaanse professor, Romano Prodi, was als premier een van de pleitbezorgers van een protocol in plaats van een verklaring.

ling is opgegaan in de bepalingen over de bevoegdheidsverdeling.¹⁰ Art. 4 werd op een logische plaats gezet, in het hoofdstuk over het economische en monetair beleid, maar stond zodoende niet langer bij 'de beginselen'. Voor zover mij bekend heeft in 2004 niemand van deze wijzigingen een groot punt gemaakt.¹¹

Tot slot de tekst van het Akkoord. Het door mij zojuist gecursiveerde zinsdeel werd geschrapt uit wat lid 2 van (het nieuwe) art. 3 wordt. De interne markt staat nu aan het begin van lid 3 van datzelfde art. 3: '*De Unie brengt een interne markt tot stand*'. De onvervalste mededinging dreigde echter tussen wal en schip te vallen door een samenloop van twee factoren: de Grondwet (en niet de huidige verdragen) werd als uitgangspunt gehanteerd en onvervalste mededinging werd daaruit geschrapt. Om te voorkomen dat de mededinging onder water zou verdwijnen is als gezegd een protocol gemaakt.

Het Protocol betreffende de interne markt en de mededinging luidt als volgt:

'De Hoge Verdragsluitende Partijen, overwegende dat de interne markt als omschreven in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt verstoord,

Zijn overeengekomen dat,

De Unie daartoe indien nodig actie zal ondernemen overeenkomstig de bepalingen van de verdragen, met inbegrip van artikel 308 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.'

Een aantal zaken valt op:¹²

- Met het zinsdeel 'overwegende ...' wordt aangegeven dat de interne markt genoemd in het derde lid, mede een regime van onvervalste mededinging bevat. Wat expliciet uit lid 2 is geschrapt, moet kennelijk in lid 3 weer worden ingelezen.
- Doordat moest worden aangeknoopt bij de interne markt van lid 3, lijkt het erop alsof onvervalste mededinging onderdeel vormt van de interne markt ('omvat'), als ware het een deel van een groter geheel. Strikt genomen zijn beide complementaire, maar wel gescheiden concepten.¹³
- Vraag is of de woorden 'niet verstoord' alleen 'onvervalst' of ook 'vrij' omvatten. Veel maakt het denk ik niet uit.
- De verwijzing naar art. 308 EG is opmerkelijk; ik ga daar nog op in.

Analyse van de gevolgen

De speculaties als zou een lidstaat voortaan nationale bedrijven kunnen beschermen, tonen aan dat dit onderwerp om een zakelijke analyse vraagt. Ik zal pogen daar een begin mee te maken, wetende dat er nog veel inkt zal vloeien. De relevante vraag is: wat kunnen de Commissie,

het Hof van Justitie en de communautaire wetgever straks niet meer wat ze nu wel kunnen?

De Commissie zal, zelfs zonder het protocol, niet worden belemmerd in de uitoefening van haar autonome bevoegdheden op mededingingsgebied. Zowel de mededingingsbepalingen gericht tot ondernemingen (art. 81 en 82 EG) als de mededingingsbepalingen gericht tot de lidstaten (art. 86, 87 en 88 EG) zijn volledig onaangetaast. Deze bepalingen worden sinds jaar en dag in een omvangrijke bestuurspraktijk toegepast, zonder dat 'onvervalste mededinging' onder de doelstellingen van het EG-Verdrag is opgenomen. Het Akkoord laat de vrij verkeerbepalingen geheel onverlet. Zou, bijvoorbeeld, de Franse regering een overname van een Frans bedrijf bemoeilijken, dan kan de Commissie ingrijpen op grond van de regels inzake vrij kapitaalverkeer (art. 56 EG) en/of de vrijheid van vestiging (art. 43 EG), en zo nodig op grond van art. 21 van Verordening 139/2004 (hierna: 'de fusieverordening').¹⁴ Helaas zijn er recentelijk in diverse lidstaten (ook Spanje en Polen) nogal wat voorbeelden van protectionistisch gedrag.

Dan het Hof van Justitie. Een eerste invalshoek is of 'de nuttig effect rechtspraak' – op grond waarvan een lidstaat in strijd met de art. 10, juncto 3, lid 1, sub g) en 81 EG handelt als hij kartels oplegt, bevordert of bekrachtigt – kan worden gehandhaafd. Ik zou menen van wel. In deze vaste rechtspraak staat namelijk het nuttig effect van art. 81 centraal, niet het nuttig effect van art. 3, lid 1, sub g). Sinds de arresten *Meng* en *OHRA* heeft het Hof bevestigd dat genoemde bepalingen alleen zijn geschonden als de omstreden overheidsmaatregel in verband staat met mededingingsbeperkend ondernemingsgedrag.¹⁵ Bovendien wordt de in deze rechtspraak genoemde 'onthoudingsverplichting'

10 Zie art. 1-11 e.v.. Volgens art. 1-13, lid 1, letter b) is de Unie exclusief bevoegd voor de vaststelling van mededingingsregels die voor de werking van de interne markt nodig zijn. De toepassing van de mededingingsregels is, op grond van Verordening (EEG) 1/2003, een gedeelde bevoegdheid c.q. verplichting.

11 Zie art. III-177. De Grondwet bevat overigens andere bepalingen die het mededingingsbeleid raken maar waar je nooit iemand over hoort. Een voorbeeld is de 'horizontale sociale clausule' (art. III-117), die mogelijk zo zou kunnen worden gelezen dat de Commissie bij de beoordeling van een fusie rekening moet houden met de gevolgen voor de werkgelegenheid. Deze bepaling blijft gehandhaafd in de nieuwe verdragen.

12 Afgezien van het feit dat de verwijzing naar de artikelnummers verwarrend is. Er wordt gerefereerd aan 'artikel 3', het nieuwe nummer voor het bestaande art. 2. De verwijzing naar art. 308 ziet dan weer op het bestaande EG-Verdrag. Het staat niet vast dat dit artikel onder dezelfde nummering terugkomt.

13 Historisch is onvervalste mededinging ouder dan de interne markt. Beide worden ook apart genoemd in art. 3, lid 1, EG, onder letter c) respectievelijk letter g).

14 Een versnelde inbreukprocedure die de Commissie zelfstandige bevoegdheden geeft ten aanzien van veto's, respectievelijk aanvullende voorwaarden die lidstaten aan fusies met een communautaire dimensie stellen, ook als dergelijke voorwaarden op zichzelf strijdig zijn met andere bepalingen van het Verdrag.

15 C-2/91, *Meng* en C-245/91, *Ohra*, *Jur.* 1993, p. I-5751 en I-5851. Nadien heeft het Hof die rechtspraak steeds bevestigd. Ook in *CIF* was er een band met een mededingingsbeperkende ondernemingsgedraging, zij het dat die tijdens een bepaalde periode niet in strijd was met art. 81 EG. Zie C-198/01, *Jur.* 2003, p. I-8055.

van de lidstaten 'getriggered' door art. 10 EG (het beginsel van loyale samenwerking), en niet door art. 3, lid 1, sub g). In het recente arrest *Cipolla* wordt laatstgenoemde bepaling zelfs niet in het rijtje genoemd.¹⁶ Tot slot heeft het Hof het in zijn vermogen leerstukken te creëren die niet in het Verdrag zijn terug te vinden, zonder daarmee de Gemeenschap/Unie nieuwe bevoegdheden te bezorgen. Het oudste voorbeeld is de voorrang van het gemeenschapsrecht.¹⁷ Een ander voorbeeld is de aansprakelijkheid van lidstaten wegens schending van het gemeenschapsrecht.¹⁸ Terzijde: ook de verplaatsing van art. 4 EG hoeft geen gevolgen te hebben voor deze rechtspraak.¹⁹

Een tweede invalshoek is de rechtspraak over de openbare-orde-status van de mededingingsbepalingen uit het EG-Verdrag. Het belang van die vraag is dat bepalingen van openbare orde door de rechter ambtshalve moeten worden toegepast. Nadat het Hof aanvankelijk het openbare orde karakter van art. 81 EG leek te hebben afgewezen,²⁰ ging het in de arbitrageprocedure *Ecoswiss/Benetton* daar wel van uit.²¹ Het overwoog:

'In overeenstemming met artikel 3, lid 1, sub g, EG vormt artikel 81 van het Verdrag evenwel een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap in het bijzonder voor de werking van de interne markt (...).'

Het Hof had in die zaak echter in de kern te oordelen over het procedurele gelijkheidwaardigheidsbeginsel: als schending van de openbare orde naar nationaal recht een grond is voor vernietiging van een arbitraal vonnis, dan moet strijd met art. 81 EG evenzeer als zodanig worden aangemerkt, zelfs als in de voorafgaande arbitrageprocedure op die bepaling geen beroep is gedaan.²² In het recentere arrest *Manfredi* overwoog het Hof zonder omhaal van woorden 'dat de artikelen 81 en 82 EG van openbare orde zijn'.²³ Diverse commentatoren hebben er terecht op gewezen dat de bewuste overweging is opgenomen in het deel van het arrest over de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag.²⁴ Zo blijft er dus nog steeds onzekerheid bestaan.²⁵

De vraag is nu of met de meer genoemde schrapping de mededingingsbepalingen hun (veronderstelde) openbare orde karakter weer dreigen te verliezen en zo nee, of dat laatste dan alleen te danken is aan het toegevoegde protocol. Ik ben geneigd beide vragen ontkennend te beantwoorden. Het is zeer wel denkbaar dat het Hof een verdragsbepaling als fundamenteel aanmerkt, ook zonder dat het mogelijk is daarbij te verwijzen naar een doelstelling van het verdrag of een middel ter verwezenlijking van een dergelijke doelstelling. Let op: 'fundamenteel' wil niet automatisch zeggen 'van openbare orde'. Tot op heden bestaat er overigens op communautair niveau geen eenduidig concept 'openbare orde'.

Tot slot de **communautaire wetgever**. Er bestond op en rond de Top bezorgdheid over de fusieverordening, omdat die mede is gebaseerd op art. 308 EG (de 'flexibiliteitsclausule'). Deze bepaling biedt een rechtsgrondslag als optreden

van de Gemeenschap noodzakelijk blijkt *om een van de doelstellingen van de Gemeenschap te verwezenlijken*, zonder dat het EG-Verdrag in de daartoe vereiste bevoegdheid voorziet. Gevreesd werd dat, wanneer onvervalste mededinging niet langer een doelstelling is, art. 308 niet meer zou kunnen worden gebruikt als rechtsgrondslag voor de fusieverordening. Vandaar de noodzaak van een protocol. Ik begrijp die vrees, maar ben er toch niet helemaal van overtuigd dat zonder het protocol er werkelijk een bevoegdheidsmanco zou zijn ontstaan.

De wetgever knoopt namelijk vrij makkelijk bij een bepaalde doelstelling aan voor 'actie' op grond van art. 308 EG.²⁶ Dat laatste kan worden geïllustreerd aan de hand van de fusieverordening zelf. De oorspronkelijke versie²⁷ verwijst in overweging (1) naar de algemene doelstellingen van het Verdrag en naar art. 3, lid 1, sub g) om die doelstellingen te verwezenlijken. Verder staat in overweging (2) dat 'deze doelstelling' van fundamenteel belang is met het oog op de interne markt. Waar echter in overweging (8) staat toegelicht waarom het nodig is de verordening mede te baseren op art. 308 (toen: art. 235 EEG), wordt slechts algemeen gerefereerd aan 'haar doelstellingen' (namelijk: van de Gemeenschap). Ik wijs er nog op dat alle andere verordeningen die toepassing geven aan de art. 81 en 82 EG, gebaseerd zijn op de speci-

16 Gevoegde zaken C-94/04 en C-202/94, n.n.g.

17 Zaak 6/64, *Costa/ENEL*. In een kort advies van 22 juni 2007 (11197/07 JUR 260) aan de Europese Raad stelt de juridische dienst van de Raad: 'The fact that the principle of primacy will not be included in the future treaty shall not in any way change the existence of the principle and the existing case-law of the Court of Justice'.

18 C-6/90 en C-9/90, *Francoovich en Bonifaci*, *Jur.* 1991, p. I-5357, sindsdien talloze malen toegepast, laatstelijk in het arrest van 17 april 2007, C-470/03, *A.G.M.-COS.MET*, n.n.g..

19 In het arrest *CIF* heeft het Hof naar art. 4 verwezen (zie overweging 47). Die verwijzing was echter niet nodig voor de redengeving van de beslissing.

20 C-430/93 en 431/93, *Van Schijndel*, *Jur.* 1995, p. I-4705.

21 C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055 en *NJ* 2000, 339.

22 Het arrest *Ecoswiss* lijkt alleen relevant voor arbitrageprocedures, wanneer het gevaar dreigt dat geen enkele instantie een prejudiciële vraag kan stellen, zoals al eerder werd aangenomen in het arrest *Peterbroeck*, C-312/93, *Jur.* 1995, p. I-4599. Zie over dit onderwerp verder mijn bijdrage aan de bundel 'Variatie in Cassatie', Deventer: Kluwer 2006, p. 77, met verwijzing naar andere schrijvers.

23 Gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619, overweging 31. Het arrest is vooral van belang omdat het steun geeft aan de plannen van de Commissie de private handhaving van het mededingingsrecht te bevorderen. Zie over die plannen: E.H. Pijnacker Hordijk, 'Private handhaving als alternatief voor overheids handhaving, mede in het licht van overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2006, p. 31.

24 Onder meer R.J.G.M. Widdershoven in *NJ AB* 2006, 404.

25 In het arrest van 7 juni 2007, C-222/05 t/m C-225/05, *Van der Weerd*, toonde het Hof zich terughoudend in het aannemen van een verplichting van de rechter over te gaan tot ambtshalve toetsing aan het gemeenschapsrecht.

26 Daar wijst ook de juridische dienst van de Raad op in zijn advies van 22 juni 2007, Raadsdocument 11198/07, JUR 261. Je kunt daar wellicht tegen in brengen dat de vraag nu juist is of als gevolg van de wijzigingen art. 308 restrictiever moet worden toegepast.

27 Verordening (EEG) nr. 4064/89, *PbEG* 1989, L 395/1.

fieke 'mededingingsrechtsbasis' vervat in art. 83 EG²⁸ of op de machtigingsverordening die zelf op die bepaling is gebaseerd.

Vooruitblik

Naar mijn idee zou er juridisch geen beletsel hoeven zijn om het bestaande art. 3 EG, en dus ook letter g, alsnog op te nemen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, al dan niet in aangepaste vorm. Beide beoogde verdragen zijn van dezelfde juridische rangorde. Mij lijkt dat te betekenen dat niet alles wat in het tweede verdrag komt te staan, een uitwerking hoeft te zijn van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Het is echter niet uitgesloten dat bepaalde delegaties in de komende IGC daar anders over denken en zullen willen vasthouden aan de tekst van de Grondwet, zoals gewijzigd in het Akkoord. Juist vanwege dat risico was een protocol stellig te prefereren boven een verklaring. De voornaamste functie van dit protocol blijft echter toch vooral de politieke balans te herstellen.

Aan de doorwerking van de het gemeenschapsrecht, mogelijk straks Unierecht te noemen, wijzigt het Akkoord denk ik niets. Waar het gaat om wetgevende bevoegdheden zal het Hof echter moeilijk heen kunnen om de talrijke signalen tegen het oprekken van de bevoegdheden van de Unie, waar het Akkoord vol van staat.²⁹ Verder is te verwachten dat het Hof waar nodig naar het hiervoor genoemde protocol zal verwijzen.

Diensten van algemeen belang of diensten van nationaal belang?

Diensten van algemeen economisch belang hebben in het EG-Verdrag een plaats in de art. 16 en 86, lid 2. In diverse mededelingen, een Groenboek uit 2003 en een Witboek uit 2004 heeft de Commissie getracht dit weerbarstige onderwerp enige handen en voeten te geven. Het zijn met name Frankrijk, België, Duitsland en ook wel Oostenrijk die zich sterk maken voor de erkenning van diensten van algemeen economisch belang in het geheel van de interne markt. Tegelijkertijd pleiten deze landen ervoor dat lidstaten zelf kunnen bepalen welke activiteiten als een zodanige dienst kunnen worden ingericht. Vooral landen met een federale structuur leggen een koppeling met het begrip subsidiariteit.

Met het aantreden van het kabinet Balkenende IV zijn diensten van algemeen (economisch) belang ook in Nederland hoger op de politieke agenda komen staan. Het coalitieakkoord van 7 februari 2007 bevat een passage over de verhouding tussen de interne markt en publieke voorzieningen, welke passage mede is ingegeven door het referendum over de Grondwet.³⁰ Vanuit die achtergrond heeft Nederland zich diplomatiek ingespannen om meer zekerheid te krijgen dat sectoren als de volksgezondheid³¹ en de sociale woningbouw³² door de EU met rust worden gelaten. Om daaraan tegemoet te komen heeft de Commissie een protocol opgesteld. Zo kon het gebeuren dat Nederland kort voor de Euro-

pese Raad vragende partij was voor een protocol dat bepaalde publieke sectoren uit de kille wind van de mededinging moest houden, maar op de Top hoorde tot de delegaties die hebben voorkomen dat het begrip onvervalste mededinging uit beeld zou verdwijnen.

Het Protocol over diensten van algemeen belang is als volgt geredigeerd:

'Artikel 1: "De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van art. 16 van EG-Verdrag omvatten met name:

de essentiële rol en de ruime bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te machtigen en te organiseren op een manier die zo veel mogelijk in overeenstemming is met de behoefte van de gebruikers;

de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden;

een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang van de rechten van de gebruiker;

Artikel 2: De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te machtigen en te organiseren.'

28 Mocht de Commissie als follow-up van haar Groenboek over *private enforcement* een harmonisatierichtlijn willen voorstellen en mocht art. 83 daarvoor geen afdoende rechtsbasis bieden, dan lijkt art. 95 (interne markt) de meest voor de hand liggende additionele rechtsbasis. Art. 308 hoeft dan niet in beeld te komen.

29 Zie bijvoorbeeld de Verklaring betreffende de afbakening van bevoegdheden (voetnoot 10 bij het Akkoord), waar uitdrukkelijk is vastgelegd dat bevoegdheden die in de verdragen niet aan de Unie worden toebedeeld, aan de lidstaten zijn blijven toebehoren. Een ander voorbeeld geven de verklaringen over art. 308 EG (voetnoot 13 bij het Akkoord).

30 Zie daarover mijn bijdrage 'Interne markt en publieke diensten – een schijntegenstelling', te verschijnen in *SEW 7/8* van het lopend jaar. Zie ook de bijdrage van P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M & M* 2007, nr. 4, p. 101 e.v.

31 Ik merk op dat niet alle zorgaanbieders kunnen worden aangemerkt als ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang. Dan biedt dit protocol dus geen uitkomst.

32 Hier speelt mogelijk mee de brief van 14 juli 2005 van DG COMP over de financiering van de woningcorporaties. Deze brief, die door het ministerie van VROM via een steunaanmelding is uitgelokt, dwingt ertoe een betere scheiding aan te brengen tussen sociale woningbouw en commerciële activiteiten.

Ook dit protocol heeft voor alles de functie van een politiek signaal. Een positief signaal voor de vrienden van de diensten van algemeen economisch belang. Alles werkt echter altijd twee kanten op. Voor de tegenstanders van een kaderrichtlijn over diensten van algemeen economisch belang,³³ die binnen de Commissie goed zijn vertegenwoordigd, zal het verleidelijk zijn te zeggen dat met dit protocol een kaderrichtlijn niet meer nodig is.

Voor de praktijk verandert het protocol vermoedelijk niets. Art. 1 expliciteert wat uit eerdere uitingen van de Commissie volgt. Het principiële belang is echter dat een en ander nu in een protocol is verankerd. Interessant is verder dat bij het eerste gedachtestreepje niet staat dat lidstaten 'de ruime bevoegdheid' hebben diensten van algemeen belang te *financieren*.³⁴ Verder is een 'ruime bevoegdheid' per definitie niet onbeperkt. De wijze waarop een lidstaat die bevoegdheid invult, zal ook straks door de Commissie worden getoetst, om te voorkomen dat het label 'dienst van algemeen economisch belang' oneigenlijk wordt gebruikt. De Commissie verklaart steeds dat zij alleen een marginale toetsing op 'kennelijke fouten' ('manifest errors') uitvoert. De praktijk toont dat de Commissie zo nodig bepaalt wat wel en wat niet onder een publieke taakopdracht mag vallen. Het Omroepprotocol, aangehecht aan het Verdrag van Amsterdam, heeft de controle door de Commissie over de financiering van de publieke omroepen niet ingeperkt. Met dit nieuwe protocol zal het niet veel anders gaan. Tot slot: art. 2 is overbodig, omdat zowel de vrij verkeerbepalingen als de mededingingsbepalingen hoe dan ook alleen van toepassing zijn op economische activiteiten.

Slotsom

De somberheid van sommige commentatoren dat de Europese Unie afglijdt naar een intergouvernementeel systeem waar vrije mededinging op het tweede plan komt, deel ik niet. Dat de onderhandelingen zacht gezegd scherp waren, komt omdat bepaalde lidstaten (ook Nederland) met iets naar huis moesten komen, maar vooral omdat de spelregels opnieuw moesten worden vastgesteld. Net als bij ondernemingen bepalen de spelregels de verdeling van de macht: tussen de EU en de lidstaten, tussen de EU-instellingen onderling en – vooral – tussen de lidstaten onderling in die instellingen. Bij zo'n gelegenheid staat het nationale belang sterk voorop. Een sterk Europa en een strikt mededingingsbeleid worden, gelukkig, door veel landen nog steeds gezien als een eigen nationaal belang. Over het geheel genomen is het Akkoord zeker een stap vooruit ten opzichte van de bestaande verdragen. Voor de mededinging heeft het nog het meeste weg van een pas op de plaats.

33 De sociaal-democratische fractie van het Europees Parlement heeft een richtlijnvoorstel doen opstellen. In mijn genoemde bijdrage in *SEW* ga ik daar op in.

34 Mogelijk omdat dit onderwerp in feite al is behandeld in het 'Altmark-pakket' van najaar 2005.