

## 2 Beleidskansen bij de regels van vrij verkeer

*Karin van den Brand, Bart Hessel, Sybe de Vries*

### 2.1 Wanneer hebben decentrale overheden met de regels van vrij verkeer te maken?

Decentrale overheden kunnen met de regels van vrij verkeer te maken krijgen wanneer zij ‘als overheid’ activiteiten verrichten of juist nalaten. Hierbij moet gedacht worden aan decentrale regelgeving, in autonomie of in medebewind, de toepassing van regelgeving bijvoorbeeld door het verlenen van vergunningen, ontheffingen en activiteiten op het gebied van handhaving.

Verder kunnen de vrijverkeersregels ook van toepassing zijn op feitelijke handelingen van overheden en op de overheid die handelt als opdrachtgever op de markt (denk aan productclausules bij aanbesteding). De vrijverkeersregels kunnen meespelen op allerlei beleidsterreinen, zelfs die terreinen die niet expliciet in de Europese verdragen worden genoemd zoals volkshuisvesting (het verbieden van Nederlandse woningcorporaties als *Sint Servatius* om over de grens actief te zijn), ruimtelijke ordening (het verbieden van permanente bewoning van vakantiehuisjes) enzovoort. Daarmee hebben deze regels een sluipende maar vergaande invloed op het beleid van de decentrale overheden.

In eerste instantie zijn de vrijverkeersregels bedoeld voor overheden op verschillende niveaus en niet voor particulieren en ondernemingen<sup>1</sup>. Voor ondernemingen gelden de mededingingsregels. Het verschil kan als volgt worden verduidelijkt. Wanneer de overheid prijsvoorschriften geeft voor bepaalde goederen, krijgt zij te maken met de regels van vrij verkeer van goederen. Wanneer ondernemingen onderling afspraken maken over prijzen die zij hanteren krijgen zij te maken met de kartelverboden (art. 101 VWEU of artikel 6 Mw).

#### *a. Dit hoofdstuk neemt een bijzondere positie in*

De omvang van dit hoofdstuk maakt al duidelijk dat dit een bijzondere positie inneemt in dit boek. Decentrale overheden hebben over het algemeen nog weinig kennis van de regels van vrij verkeer. Een uitzondering hierop vormt de Dienstenrichtlijn. In dit hoofdstuk willen wij bij de beschrijving van de beleidskansen bij de regels van vrij verkeer de decentrale ervaringen met de Dienstenrichtlijn doortrekken naar de

<sup>1</sup> Voor de goede orde wijzen wij erop dat die strikte scheiding niet meer volledig opgaat. In de rechtspraak over het vrij verkeer is al jaren een ontwikkeling gaande om in bepaalde situaties ook particulieren gebonden te achten aan de vrijverkeersbepalingen en als gevolg hiervan deze laatste een (beperkte) horizontale rechtstreekse werking te verlenen. In dit boek gaan wij daar niet verder op in.

andere regels van vrij verkeer. Daarmee wordt duidelijk dat bij de inventarisatie van de beleidskansen de Dienstenrichtlijn als een eerste aanzet voor en in samenhang moet worden gezien met die andere regels van vrij verkeer. Het is onmogelijk om in dit hoofdstuk een volledig beeld te geven van de betekenis van de verschillende vrijheden voor decentrale overheden. Er heeft geen algemene screening plaatsgevonden van de decentrale regels die betrekking hebben op het vrij verkeer. Publicaties op deelgebieden maken echter duidelijk dat niet alleen het vrij verkeer van diensten maar ook andere vrijheden, zoals het vrij verkeer van personen voor decentrale overheden van groot belang zijn.<sup>2</sup> De beleidsterreinen zoals brancheringsregels voor de detailhandel, huisvesting, gebruik van tweede huisjes, die als een rode draad door dit hoofdstuk lopen, hebben dan ook slechts een voorbeeldfunctie.

### 2.2 De opbouw van de regels van vrij verkeer

De basisregels van vrij verkeer vinden we in het EU-Werkingsverdrag (VWEU), voorheen in het EG-Verdrag. Wat betreft het vrij verkeer van goederen onderscheiden we het zogenoemde verbod van tarifaire belemmeringen van vrij verkeer en het verbod van non-tarifaire belemmeringen. Tarifaire belemmeringen van het vrij verkeer van goederen, waarbij we moeten denken aan heffingen op bepaalde in- of uitgevoerde goederen zoals een milieuheffing op ingevoerde vervuilende producten, vallen onder het verbod van in- en uitvoerrechten of heffingen van gelijke werking (art. 30 VWEU). Non-tarifaire belemmeringen van het vrij verkeer van goederen, waarbij we kunnen denken aan een verbod om afval in te voeren of aan voorschriften over de samenstelling van bepaalde goederen, zoals milieuvriendelijke rioolbuizen, worden in twee artikelen verboden. Het verbod van kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking (art. 34 VWEU) en het verbod van kwantitatieve uitvoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking (art. 35 VWEU). Voor de samenhang met de andere vrijheden is het verbod voor invoerbelemmeringen van artikel 34 het belangrijkste voor decentrale overheden.

Andere belangrijke onderwerpen binnen het vrij verkeer waar decentrale overheden mee te maken hebben, zijn het vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU), de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU), het vrij verkeer van diensten (art. 56 VWEU) en het vrij verkeer van kapitaal (art. 63 VWEU). Het vrij werknemersverkeer speelt bijvoorbeeld een rol bij het huisvestingsbeleid, afgifte van rijbewijzen. Vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten zijn uiteraard relevant voor de Dienstenrichtlijn maar daarnaast ook voor de brancheringsregeling voor markten, vergunningen voor particuliere beveiligingsbureaus. Het vrij verkeer van kapitaal komt aan de orde bij aankoop, gebruik en verkoop van onroerend goed door onderdanen uit andere lidstaten.

<sup>2</sup> H. Luijendijk, *Nederlandse gemeenten en het Europese personenverkeer* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005. Dit boek geeft een uitgewerkt overzicht van de betekenis van het vrij verkeer van personen voor de beleidsterreinen burgerzaken, ruimtelijke ordening en huisvesting.

Naast deze regels van primair Europees recht (ofwel de regels die rechtstreeks uit het Werkingsverdrag voortkomen) zijn er op dit terrein ook allerlei regels uitgewerkt in de vorm van richtlijnen en verordeningen of het secundair Europees recht.

In dit boek ligt de nadruk op de beleidskansen die de verboden van het Werkingsverdrag en de uitzonderingen daarop bieden. Het is onmogelijk alle richtlijnen en verordeningen die betrekking hebben op het vrij verkeer te behandelen. Bovendien hebben die meestal slechts betrekking op een bepaald beleidsterrein.

We maken echter een uitzondering voor twee richtlijnen die voor de decentrale overheden van groot belang zijn en een ruime reikwijdte hebben: de Dienstenrichtlijn en de richtlijn die betrekking heeft op de inreis- en verblijfsrechten van Unieburgers en hun familie in andere lidstaten.

Hoewel het primaire Europese recht uit het Werkingsverdrag van hoger orde is dan het secundair Europees recht van de richtlijnen – de richtlijnen mogen niet in strijd zijn met de Verdragsbepalingen – beginnen we met de beleidskansen die de verboden en uitzonderingen van de Dienstenrichtlijn en de richtlijn voor de Unieburgers bieden om de volgende redenen:

- door eerst naar de Dienstenrichtlijn te kijken komt de samenhang met de andere vrijheden goed naar voren. Het wordt dan ook duidelijk dat de andere vrijheden ook van belang zijn voor het beleid van de decentrale overheden. De richtlijn voor de Unieburgers is van even groot belang voor de decentrale overheden als de Dienstenrichtlijn en bovendien cruciaal voor de uitleg van de begrippen openbare orde en openbare veiligheid uit de Dienstenrichtlijn;
- als er secundair Europees recht is, zoals de Dienstenrichtlijn, moet eerst gekeken worden naar de beleidskansen die de verboden en uitzonderingen van de toepasselijke richtlijn of verordening bieden.

Voordat we naar de Dienstenrichtlijn gaan kijken, moeten we nog een aantal algemene punten vermelden.

### 2.2.1 *De positie van de eigen onderdanen*

In dit hoofdstuk zal nader worden uitgewerkt dat de Verdragsregels van vrij verkeer alleen betrekking hebben op grensoverschrijdende situaties. Dat betekent dat in Nederland wonende Nederlanders geen beroep kunnen doen op de Verdragsbepalingen tegenover een Nederlandse overheid.

Zogenoemde harmonisatierichtlijnen en -verordeningen, denk aan de aanbestedingsrichtlijnen, milieuriichtlijnen e.d., zijn daarentegen ook van toepassing op eigen onderdanen. Nederlanders kunnen zich dus ook op die richtlijnen beroepen tegenover gemeenten, provincies of waterschappen.

De richtlijn voor de Unieburgers uit 2004, die we hierna bespreken (par.2.4) en die voor decentrale overheden net zo belangrijk is als de Dienstenrichtlijn, vormt daarop een uitzondering. Deze kan immers alleen worden ingeroepen bij een verblijf in een andere lidstaat.

Over de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op eigen onderdanen bestond verschil van mening. In de omzettingwetgeving zoals de Dienstenwet en de aanpassingsregels zoals de model-APV van de VNG is echter expliciet bepaald dat ook eigen onderdanen een beroep kunnen doen op de voordelen van die richtlijn, zodat daarover nu geen onzekerheid meer bestaat.

### 2.2.2 *Sterke samenhang tussen de verschillende vrijheden*

Er is een nauwe samenhang ontstaan tussen het verbod van kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 34 VWEU voorheen art. 28 EG-Verdrag) en de andere vrijheden. De rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot maatregelen van gelijke werking heeft de toon gezet en de ontwikkelingen op dat terrein zijn in de loop der jaren door het Hof ook doorgetrokken naar de andere vrijheden. De consequenties daarvan hebben de decentrale overheden al kunnen ervaren bij de implementatie van artikel 9 Dienstenrichtlijn maar zij strekken zich ook uit tot de andere vrijheden.

Zo is voor al die vrijheden het oorspronkelijke discriminatieverbod uitgebreid tot indirecte discriminatie en zelfs niet-discriminerende belemmeringen van vrij verkeer. Zoals we zullen zien betekent dit voor de decentrale overheden bijvoorbeeld dat onder de Dienstenrichtlijn, maar ook onder de andere vrijverkeersregels niet alleen vergunningen die discrimineren naar nationaliteit (alleen voor Nederlanders) verboden zijn, maar ook vergunningen die beperkt zijn tot bewoners van een bepaalde regio, ja zelfs vergunningen die zowel voor eigen onderdanen gelden als voor onderdanen uit andere lidstaten. Ook op het gebied van de uitzonderingen is er in de loop van de tijd overeenstemming ontstaan tussen de verschillende vrijheden in die zin dat het Hof naast de Verdragsuitzonderingen bij al die vrijheden ook de *rule of reason* heeft erkend.

Deze *rule of reason*, als open categorie van dwingende reden van algemeen belang vinden we terug in artikel 9 Dienstenrichtlijn, maar kan ook bij de andere vrijheden een rol spelen. Dat biedt dus ruime beleidskansen voor de decentrale overheden (zie nader par. 2.7.1).

Verder is er een samenhang tussen de verschillende verboden die betrekking hebben op personen. We moeten dan denken aan vrij verkeer van werknemers, vrijheid van vestiging voor natuurlijke personen en vrij verkeer van diensten voor natuurlijke personen. Bij die vrijheden moet een onderscheid worden gemaakt tussen (a) migratierechten die betrekking hebben op het recht om een andere lidstaat binnen te gaan en er te verblijven; (b) markttoegangsrechten die betrekking hebben op de eisen die gesteld worden om bepaalde marktactiviteiten te mogen verrichten en (c) begeleidende rechten die zijdelings van invloed zijn op het vrij verkeer. De migratierechten zijn nu voor al deze natuurlijke personen geregeld in de richtlijn voor Unieburgers. Daarbij is bovendien de eis van het verrichten van een economische activiteit losgelaten want die richtlijn geldt ook voor familie van economisch actieven en personen die nog niet of niet meer economisch actief zijn.

Ten slotte zal hierna duidelijk worden dat het verbod op tarifaire belemmeringen van het vrij verkeer van goederen (art. 30VWEU) een aparte positie inneemt, in die zin dat de samenhang met de andere regels ontbreekt. Dat betekent dat de beleidsruimte bij die Verdragsbepaling voor decentrale overheden minimaal is (zie par. 2.6.3.1).

### 2.3 De verboden en uitzonderingen van de Dienstenrichtlijn

Decentrale overheden hebben kennis gemaakt met de vier vrijheden via de Dienstenrichtlijn. Door dit hoofdstuk met deze richtlijn te beginnen en vervolgens de andere vrijheden (goederen, personen, vestiging buiten de Dienstenrichtlijn, diensten buiten de Dienstenrichtlijn en kapitaal) te bespreken, kan worden aangetoond dat de kansenbenadering die bij de Dienstenrichtlijn gevolgd kan worden ook bij de andere vrijheden toegepast wordt; de Dienstenrichtlijn wordt nu nog te veel geïsoleerd gezien.

Toen de Dienstenrichtlijn geïmplementeerd werd, hebben alle (decentrale) overheden hun wet- en regelgeving moeten screenen op mogelijke strijdigheid met de Dienstenrichtlijn. De gedachte die daarbij vaak gevolgd werd, was dat wanneer de Dienstenrichtlijn niet van toepassing was op een bepaalde bepaling, de kous daarmee af was. Er werd dan niet meer verder gekeken of de betreffende bepaling mogelijk wel strijd opleverde met bijvoorbeeld het vrij verkeer van goederen.

Een voorbeeld dat in dit kader genoemd kan worden is de standplaatsvergunning. Tijdens het screeningsproces is hiervan gezegd dat het zwaartepunt bij het vrij verkeer van goederen lag en dat deze vergunning dus niet onder de Dienstenrichtlijn viel. Vervolgens dient deze vergunning dan natuurlijk wel in overeenstemming te zijn met het vrij verkeer van goederen en zal dus aan het Verdrag getoetst moeten worden. Wil men als decentrale overheid beleidsmatig Europabewust handelen, dan dient men zich ervan bewust te zijn dat het proces niet stopt op het moment dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is, maar dat men ook de kansen van de andere vrijverkeersregels moet benutten.

Als we aannemen dat de standplaatsvergunning onder het vrij verkeer van goederen valt, kunnen onderdanen uit andere lidstaten een beroep doen op het vrij verkeer van goederen. De vergunning is dan een belemmering die gelegitimeerd moet worden met een beroep op de uitzonderingen. Verderop zullen we zien dat voor die vergunning dan dezelfde beleidskansen benut moeten worden als voor een vergunning die onder artikel 9 Dienstenrichtlijn valt: niet-discriminerend, beroep op de *rule of reason*, noodzakelijkheid- en proportionaliteitstoets en eisen aan de procedure (par. 2.7.1).

#### 2.3.1 *Wanneer is de Dienstenrichtlijn van toepassing?*

De Dienstenrichtlijn heeft als doel de belemmeringen voor de vrijheid van vestiging van dienstverleners in de lidstaten en voor het vrije verkeer van diensten tussen de lidstaten weg te nemen. De Dienstenrichtlijn heeft dus betrekking op het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van vestiging van dienstverrichters. De richtlijn is alleen van toepassing op economische activiteiten die als dienst zijn te kwalificeren. Een economische activiteit is een activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt waarvoor een economische tegenprestatie wordt geleverd.

Daarnaast moet die economische activiteit dus te kwalificeren zijn als een dienst. Onder dienst, in de zin van het Verdrag en zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, moet worden verstaan 'elke economische activiteit anders dan in loondienst, welke gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt'. Een bepaling valt daarnaast slechts onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn wanneer er sprake is van een voorschrift dat ziet op de toegang tot of de uitoefening van een dienst. Zo is de richtlijn, volgens het befaamde punt (9) van de preambule, niet van toepassing op voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van toepassing zijn, maar die dienstverleners bij de uitvoering van hun economische activiteit op gelijke wijze in acht moeten nemen als natuurlijke personen die als particulier handelen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan verkeersregels.

### 2.3.2 *Kansen benutten van de verboden*

Hierboven is kort in herinnering gebracht wanneer de Dienstenrichtlijn van toepassing is. Samengevat is het dus verboden om dienstverleners eisen op te leggen die hen belemmeren in de toegang tot of bij de uitoefening van hun dienst. Een decentrale overheid die beleidsmatig Europabewust wil handelen, dient dan de kansen te benutten die dit verbod biedt. Wanneer decentrale overheden beleidskeuzes maken die ertoe leiden dat voorschriften aangenomen worden waarop de Dienstenrichtlijn van toepassing is, dan dienen zij zich ervan bewust te zijn dat daarmee alle verplichtingen voortvloeiend uit de Dienstenrichtlijn van toepassing zullen zijn op die bepalingen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de toepassing van de Lex Silencio Positivo, eisen aan beslistermijnen enzovoort. Wanneer men de toepassing van de Dienstenrichtlijn en de daaruit voortvloeiende verplichtingen wil voorkomen, dient men de kansen te benutten die het hiervoor genoemde verbod biedt. De mogelijkheden om deze kansen te benutten komen hierna aan de orde.

Zoals gezegd moet men er rekening mee houden dat het buiten toepassing laten van de Dienstenrichtlijn niet betekent dat er Europeesrechtelijk niets aan de hand is: een van de andere vrijheden kan dan van toepassing zijn en dat vraagt dan om het benutten van de kansen die de verboden en uitzonderingen bij die vrijheid bieden.

#### *a. Er is geen sprake van een dienstenactiviteit/vestiging van een dienstverlener*

Wanneer er geen sprake is van een dienstenactiviteit is de Dienstenrichtlijn uiteraard ook niet van toepassing op de desbetreffende bepaling. Het is echter niet altijd gemakkelijk om te bepalen of er wel of niet sprake is van een dienstenactiviteit of dat een economische activiteit onder een van de andere vrijheden (goederen, kapitaal of personen) valt. Om dit te bepalen, gebruikt het Europese Hof van Justitie in gevallen waarin twee of meer vrijverkeerbepalingen toepasselijk kunnen zijn, de zogeheten zwaartepuntmethode. Bij deze beoordeling wordt gekeken naar het zwaartepunt van de economische activiteit. Omvat de activiteit, zoals de verkoop van goederen, een aantal aspecten van een 'dienst', dan dient vervolgens gekeken te worden of deze dienst 'al dan niet een aspect is dat volledig ondergeschikt is aan de elementen van de activiteit die verband houden met het vrije verkeer van goederen.' Als het zwaartepunt van de activiteit ligt bij de elementen die verband houden met het vrije verkeer van goede-

ren, dan zal de beoordeling van de relevante voorschriften enkel geschieden aan de hand van de beginselen van het vrije verkeer van goederen en niet ook aan de beginselen van het vrije verkeer van diensten.

– *Detailhandel: vrij verkeer van diensten of goederen?*

Een voorbeeld waar zich duidelijk een probleem voordoet bij de afbakening van het begrip dienst is de detailhandel. De Projectgroep Implementatie Dienstenrichtlijn (PID) heeft zich indertijd op het standpunt gesteld dat bij regulering van detailhandel het zwaartepunt meestal valt bij de verkoop van goederen en niet bij diensten. Volgens de PID valt veel regulering van deze sector dan ook buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Echter, in het implementatiehandboek voor de Dienstenrichtlijn van de Europese Commissie wordt detailhandel expliciet onder de reikwijdte van het begrip dienst geplaatst.<sup>3</sup> In een artikel van De Vries Juristen<sup>4</sup> wordt gesteld: 'Naar onze mening dient er echter een onderscheid te worden gemaakt tussen eisen aan goederen en eisen aan het distribueren van goederen. Indien er eisen worden gesteld aan bijvoorbeeld het alcoholpercentage in een bepaalde drank, valt dit binnen het kader van het vrije verkeer van goederen. Bij het distribueren van goederen lijkt er sprake te zijn van een activiteit anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen een vergoeding geschiedt oftewel een dienst.' Ook Bart Hessel stelt zich in een artikel in de *Gemeentestem*<sup>5</sup> en in het boek over de Dienstenrichtlijn in deze serie<sup>6</sup> op het standpunt dat de Dienstenrichtlijn betrekking heeft op het *distribueren* van goederen. Hoewel er inmiddels wel Nederlandse rechtspraak is die steun geeft aan het aanvankelijke standpunt van de PID, moeten we vaststellen dat de wetgever inmiddels het standpunt van Hessel en Scheurs te Hofsté heeft overgenomen althans voor zover het de brancheringsregels (regels die een limiet stellen aan het aantal ondernemers in een branche) voor de detailhandel betreft.

Op grond van artikel VIII van het Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn is namelijk aan het Besluit ruimtelijke ordening artikel 1.1.2 toegevoegd, dat erop is gericht om bij het stellen van regels in een bestemmingsplan en een aantal andere ruimtelijke ordeningsbesluiten<sup>7</sup> te 'voorkomen dat strijdigheid ontstaat met artikel 14, aanhef en onder 5' van de Dienstenrichtlijn.<sup>8</sup> In de toelichting bij artikel VIII wordt gesproken van 'de vestiging van diensten, zoals de detailhandel.'<sup>9</sup>

3 Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, 2007, p. 14.

4 S. Scheurs-te Hofsté, 'Brancheringsregels voor detailhandel in relatie tot de Europese Dienstenrichtlijn', *De Vries Juristen*, 8 maart 2011.

5 B. Hessel, 'Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (1)', *de Gemeentestem*, 7296, 10 maart 2007, p. 113-125.

6 B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn en de decentrale overheden', in: B. Hessel, E. Perton & M. Schiebhoek, *De Dienstenrichtlijn decentraal, de gevolgen van de Dienstenrichtlijn voor decentrale overheden*, Praktijkcahiers Europees recht deel 3, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 56.

7 Naast regels in een bestemmingsplan wordt ook gesproken van regels in wijzigings- of uitwerkingsplan als bedoeld in art. 3.6 lid 1 onder a of b van de beheersverordening, bij het nemen van een projectbesluit en bij de beslissing op een aanvraag om een ontheffing van een bestemmingsplan of van een beheersverordening. Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn, *Stb.* 2009, 500.

8 Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn, *Stb.* 2009, 500.

9 Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn, *Stb.* 2009, 500.

*b. De eis ziet niet op de toegang tot of de uitoefening van een dienst*

Zoals aangegeven is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing op eisen die de dienstactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar door dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit wel moeten worden nageleefd op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen. Met andere woorden, wanneer regels voor iedereen gelden en dus niet alleen voor dienstverleners, is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing. Dit betekent dat de Dienstenrichtlijn in algemene zin geen gevolgen heeft voor bijvoorbeeld verkeersregels, regels voor ontwikkeling of gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw of voor bouwnormen.<sup>10</sup> Echter, wanneer voorschriften van ruimtelijke ordening eisen bevatten die dienstverleners belemmeren in de toegang tot of bij de uitoefening van een dienst, dan vallen deze wel degelijk onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.

Ten tijde van het screeningsproces heeft Nederland met de Europese Commissie de afspraak gemaakt dat bestemmingsplannen niet gescreend hoeften te worden. Dit leidde bij veel decentrale overheden tot de gedachte dat bestemmingsplannen daarmee geheel niet onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen. Dat is niet altijd juist. Het handboek licht hierover toe dat overheden bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn ‘rekening moeten houden met het feit dat wetgeving onder de vlag van “voorschriften voor ruimtelijke ordening” of “bouwnormen” eisen kan bevatten waarmee dienstenactiviteiten specifiek worden gereguleerd en die dus onder de Dienstenrichtlijn vallen. Zo vallen bijvoorbeeld voorschriften over de maximale oppervlakte van bepaalde winkelbedrijven, ook wanneer zij zijn opgenomen in algemene wetgeving voor ruimtelijke ordening, onder de verplichtingen van het vestigingshoofdstuk van de richtlijn.<sup>11</sup> Het gaat dus om een beoordeling van de daadwerkelijke effecten van de desbetreffende eisen om vast te stellen of zij al dan niet algemeen van aard zijn.

*– Vallen brancheringsregels in bestemmingsplannen onder de Dienstenrichtlijn?*

In het eerdergenoemde artikel van De Vries juristen wordt ingegaan op de vraag tot op welke hoogte brancheringsregels in bestemmingsplannen zijn aan te merken als generieke eisen die niet vallen onder de Dienstenrichtlijn en tot op welke hoogte sprake is van eisen die de toegang tot of de uitoefening van een dienst belemmeren. Zij stellen dat het toekennen van algemene bestemmingen zoals detailhandel, maar ook wonen of horeca kan worden beschouwd als een generieke eis; het bestemmingsplan geldt immers voor een ieder en maakt op dit punt geen onderscheid naar dienstverrichters. Het toekennen van een subbestemming zoals detailhandel in auto's kan wel worden beschouwd als een eis die zich specifiek richt tot een dienstverrichter. Een dergelijke eis valt mogelijk wel te rechtvaardigen, maar daar zal in de volgende paragraaf op worden ingegaan. Echter, het opnemen van bijvoorbeeld een assortimentslijst

10 Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, 2007, p. 15.

11 Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, 2007, p. 15.



waarin bepaald wordt welke producten al dan niet mogen worden aangeboden vanaf een perceel met een bepaalde bestemming, zal als een eis worden beschouwd die niet te rechtvaardigen is.<sup>12</sup> Door zich dus bij het opstellen van bestemmingsplannen bewust te zijn van de mogelijkheden die de Dienstenrichtlijn biedt, kan strijdigheid worden voorkomen en wordt de kans die de Dienstenrichtlijn biedt benut.

– *De bouwvergunning en de reikwijdte van punt (9) preambule*

Een ander voorbeeld dat in dit kader genoemd kan worden is de bouwvergunning. Tijdens het screeningsproces is vastgesteld dat de bouwvergunning niet onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, aangezien de verplichting te beschikken over een bouwvergunning geldt voor eenieder die bouwactiviteiten wil verrichten, en niet specifiek voor een dienstverlener (bijvoorbeeld een aannemer).

Dat de screeners van de Dienstenrichtlijn op grond van punt (9) van de preambule tot de conclusie komen dat de bouwvergunning niet aangepast hoeft te worden aan de Dienstenrichtlijn sluit echter niet uit dat de bouwvergunning – of die nu betrekking heeft op dienstverleners of op anderen – aan de Verdragsregels voor vrij verkeer moet voldoen.

Bart Hessel heeft eerder gewezen op de spanning tussen punt (9) van de preambule van de Dienstenrichtlijn en de ruime rechtspraak van het Hof van Justitie over vrij verkeer en met name de zogenoemde begeleidende rechten.<sup>13</sup> Juist op het terrein van de begeleidende rechten gaat de bescherming van de Europese regels van vrij verkeer dus verder dan de Dienstenrichtlijn. Dit zou betekenen dat niet alleen personen die buiten de Dienstenrichtlijn vallen – hierna zullen we het hebben over Nederlandse en buitenlandse meubelmakers als fabrikanten van goederen –, maar ook de grensoverschrijdende dienstverleners in aanvulling op de Dienstenrichtlijn een beroep kunnen doen op de vrijverkeersregels. Bij het bepalen van de beleidskansen moeten de decentrale beleidsmakers daar rekening mee houden om niet voor een verrassing te komen staan. Zoals bekend is de bouwvergunning inmiddels opgegaan in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Inmiddels is onderkend dat de Wabo op bepaalde punten in overeenstemming moet zijn met de Dienstenrichtlijn. Dat de Europese vrijverkeersregels verder reiken dan de Dienstenrichtlijn zal worden geïllustreerd door verderop te bezien dat al lange tijd is erkend dat de bouwvergunning aan bepaalde Europese eisen moet voldoen (zie par. 2.7.4 onder b). Dit betekent dat die eisen naast de consequenties van de Dienstenrichtlijn ook in de Wabo moeten worden verwerkt. Zoals we zullen zien komen deze eisen sterk overeen met die van de Dienstenrichtlijn, maar zijn zij niet alleen op dienstverleners van toepassing.

*c. Dienstenrichtlijn ook van toepassing op zuiver interne situatie*

In de inleiding van dit hoofdstuk is gesteld dat de kansenbenadering die bij de Dienstenrichtlijn gevolgd kan worden voor een groot deel hetzelfde is als de kansenbenadering bij de andere vrijheden. Een essentieel verschil is echter dat de vier vrijheden

12 S. Schreurs-te Hofsté, 'Brancheringsregels voor detailhandel in relatie tot de Europese Dienstenrichtlijn', *De Vries Juristen*, 8 maart 2011.

13 B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn en de decentrale overheden', in: Hessel e.a. 2009, p. 59.

## 2.3.3

erop gericht zijn grensoverschrijdende belemmeringen weg te nemen en daarom niet van toepassing zijn als er geen sprake is van grensoverschrijding maar van een zuiver interne situatie. Nederlandse onderdanen die geen grensoverschrijdende activiteiten verrichten kunnen daarmee geen beroep doen op de Verdragsbepalingen tegenover Nederlandse decentrale overheden. Zoals gezegd bestond er bij de Dienstenrichtlijn onduidelijkheid over de vraag of deze ook van toepassing is op eigen onderdanen. Maar dat is inmiddels via de omzettingwetgeving geen punt van discussie meer: Nederlandse dienstverleners die onder de Dienstenrichtlijn vallen, kunnen dus tegenover Nederlandse overheden wel een beroep doen op de richtlijn.

– *Een verschil tussen een taxivergunning en een vergunning voor het verhuren van auto's*  
Het is dus belangrijk om goed in de gaten te houden wanneer de Dienstenrichtlijn wel van toepassing is en wanneer niet. Wanneer een gemeente de eis stelt dat voor het verkrijgen van een taxivergunning de aanvrager in de gemeente woonachtig moet zijn, is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing. Een taxi is een vervoersdienst en is als zodanig uitgesloten van de richtlijn. Er moet dan worden teruggegrepen naar de verdragsbepalingen van het vrij verkeer van diensten (zie par. 2.6.5). Wanneer het echter zou gaan om dezelfde eis voor het verkrijgen van een vergunning om auto's te verhuren (dit is geen vervoersdienst als zodanig en valt daarom wel onder de Dienstenrichtlijn), dan kan wel, dus ook in een zuiver interne situatie, een beroep gedaan worden op de Dienstenrichtlijn.

*d. Samenhang Dienstenrichtlijn en andere vrijheden*

De Europabewuste beleidsmaker die de kansen van de verboden benut, is zich ervan bewust dat decentrale beleidsmaatregelen die niet onder de verboden van de Dienstenrichtlijn vallen nog wel afgestemd zouden moeten worden op de verboden en uitzonderingen van andere vrijheden. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de standplaatsvergunning en de bouwvergunning. In dergelijke gevallen komen de latere passages van dit hoofdstuk aan de orde.

Als de decentrale beleidsmaatregel wel onder het verbod van de Dienstenrichtlijn valt, kijkt de Europabewuste beleidsmaker naar de volgende paragraaf.

**2.3.3 Kansen benutten van de uitzonderingen**

Hierboven hebben we gezien hoe de Europabewuste beleidsmaker gebruik kan maken van de kansen die het verbod voortvloeiend uit de Dienstenrichtlijn biedt. Het is echter niet zo dat wanneer de Dienstenrichtlijn toch van toepassing blijkt te zijn, daarmee elke bepaling of eis die een decentrale overheid een dienstverlener wil opleggen verboden is. De Dienstenrichtlijn kent uitzonderingen waarvan decentrale overheden ook gebruik kunnen maken. Het is belangrijk zich bewust te zijn van de kansen die deze uitzonderingen bieden. Een overzicht van de belangrijkste mogelijkheden.

*a. Er is sprake van een (diensten)activiteit die uitgezonderd is door de Dienstenrichtlijn*  
In artikel 1 en 2 van de Dienstenrichtlijn wordt een aantal (diensten)activiteiten uitgezonderd van toepassing van de Dienstenrichtlijn. Er dient echter voorzichtig om te worden gegaan met deze uitzonderingen. Een goed voorbeeld om dat aan te tonen zijn de hiervoor genoemde vervoersdiensten. Artikel 2 lid 2 d van de richtlijn sluit diensten op het gebied van vervoer uit van de reikwijdte van de richtlijn. Onder deze uitzondering vallen echter, zo valt te lezen in het handboek implementatie van de Dienstenrichtlijn van de Europese Commissie, niet vervoersdiensten die geen vervoersdiensten als zodanig zijn, waaronder bijvoorbeeld rijtscholen, verhuisbedrijven of begrafenisondernemingen. Daarnaast is het zo dat wanneer het wel een 'echte' vervoersdienst betreft, alsnog rekening moet worden gehouden met artikel 56 VWEU betreffende het vrij verkeer van diensten.

Zoals we later zullen zien (par. 2.6.5), kan een Belgische taxichauffeur met succes een beroep doen op het Verdrag wanneer een Nederlandse gemeente een bepaling wil invoeren die stelt dat alleen personen met de Nederlandse nationaliteit het beroep van taxichauffeur binnen die gemeente uit mogen oefenen. Men dient er dus rekening mee te houden dat de uitzonderingen restrictief geïnterpreteerd kunnen worden en dat mogelijk het Verdrag dan wel andere secundaire wetgeving van toepassing is op de uitzonderingen.

*b. Kansen benutten van artikel 9 e.v. Dienstenrichtlijn: vrij verkeer van vestiging van dienstverleners*

Artikel 9 bevat de kernvoorwaarden voor het opleggen van vergunningstelsels aan dienstverleners die zich in Nederland willen vestigen. In het artikel wordt gesteld dat de lidstaten de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk stellen van een vergunningstelsel *tenzij* aan een aantal voorwaarden is voldaan. Wanneer dat het geval is, is een vergunningstelsel dus ondanks dat het een belemmering vormt van het vrij verkeer, toch toegestaan. Bij de screening van de decentrale regels die onder de Dienstenrichtlijn vallen, hebben de decentrale overheden deze kansen benut. Zoals hierna zal blijken is daarmee niet gezegd dat dit altijd op de juiste manier is gebeurd.

In paragraaf 2.6 van dit hoofdstuk worden de kansen behandeld die decentrale overheden kunnen halen uit de uitzonderingen op de Verdragsverboden. Daar zal duidelijk blijken dat de kansen die artikel 9 e.v. Dienstenrichtlijn biedt, overeenkomen met de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende de kansen die de uitzonderingen op de vrijverkeersverboden bieden: eis van non-discriminatie voor een beroep op de *rule of reason*; eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit van de belemmering en eisen aan vergunningvoorwaarden en procedure.

Om de kansen van artikel 9 e.v. Dienstenrichtlijn te benutten moeten de decentrale beleidsmakers achtereenvolgens aan een aantal eisen voldoen:

– *het vergunningstelsel moet niet-discriminerend zijn (art. 9 lid 1a)*

De eisen mogen geen direct of indirect onderscheid maken naar nationaliteit of, voor rechtspersonen, de lidstaat waar zij gevestigd zijn. Daarbij moet niet alleen gedacht worden aan discriminatie op grond van nationaliteit maar ook aan indirecte discriminatie, die de dienstverlener uit een andere lidstaat in een ongunstiger positie brengt dan de dienstverlener van eigen bodem. Zo kan een eis waarin gesteld wordt dat slechts personen met de Nederlandse nationaliteit een vergunning kunnen krijgen om een seksinrichting te exploiteren niet gerechtvaardigd worden. Hetzelfde geldt voor een vergunning die alleen wordt verleend aan inwoners van een gemeente of een bepaalde regio. Kortom, een beleidsmaker die een vergunningstelsel opstelt dat betrekking heeft op vestigers en onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, moet dit zo opstellen dat het niet-discriminerend is.

– *het vergunningstelsel moet expliciet gelegitimeerd worden met een beroep op een dwingende reden van algemeen belang (art. 9 lid 1b)*

Ook een niet-discriminerende vergunning is in beginsel een verboden belemmering van het vrij verkeer. Om voor een dergelijke vergunning beroep te kunnen doen op de uitzonderingen van het verbod moet deze expliciet worden gelegitimeerd met een beroep op een dwingende reden van algemeen belang, de *rule of reason*.

In overweging 40 van de Dienstenrichtlijn wordt een lijst opgesomd van dwingende redenen van algemeen belang die zijn erkend door het Europese Hof van Justitie. Dit is echter een niet-limitatieve lijst. Na de vaststelling ervan zijn al andere dwingende redenen van algemeen belang door het Hof erkend zoals criminaliteitsbestrijding, en in de toekomst kunnen daar nog andere bijkomen. Wanneer een beleidsmaker dus een maatregel op wil stellen die het vrij verkeer van vestiging belemmert, moet deze maatregel gerechtvaardigd kunnen worden op basis van een, niet-economische, reden van algemeen belang. Denk hierbij bijvoorbeeld aan behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed, consumentenbescherming, bescherming van het milieu en het stedelijke milieu enzovoort.

In het boek over de Dienstenrichtlijn heeft Bart Hessel erop gewezen dat het niet de bedoeling kan zijn dat er een waaier van dwingende redenen van algemeen belang wordt ingeroepen om een vergunningstelsel te legitimeren.<sup>14</sup> Dan wordt de door het Europese recht vereiste noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets te vaag. Om die reden heeft Hessel ook kritiek geuit op de screening van de model-APV door de VNG. Daar is voor bijna alle vergunningen een beroep gedaan op het volledige kwartet van openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en milieu dat in artikel 1:8 modelverordening is opgenomen in aansluiting op artikel 16 Dienstenrichtlijn. Nog afgezien van de problemen met de interpretatie van het begrip openbare orde kan dat nooit de bedoeling zijn als we kijken naar de rechtspraak van het Hof van Justitie. Gemeenten die deze aanpak van de VNG hebben overgenomen lopen dan ook het risico dat dienstverleners – waaronder dus ook Nederlandse! – die moeite hebben

<sup>14</sup> B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn en de decentrale overheden', in: Hessel e.a. 2009, p. 62.

met de gestelde vergunningseis, deze aanpak zullen aanvechten voor de nationale rechter.<sup>15</sup>

- *het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn (art. 9 lid 1c)*

Een dwingende reden van algemeen belang alleen is niet voldoende om een maatregel die de vrijheid van vestiging van dienstverleners beperkt te rechtvaardigen. De beleidsmaker moet aan kunnen tonen dat het doel dat beoogd wordt met de maatregel niet door een minder beperkende maatregel bereikt kan worden. De markt mag verstoord worden wanneer een dwingende reden dat rechtvaardigt, maar niet meer dan nodig is. Bij deze Europese proportionaliteitstoets moet bedacht worden dat een vergunning vooraf een zwaardere belemmering is van het vrij verkeer dan vergaande en ingrijpende maatregelen achteraf. Omdat het in Nederland bij een proportionaliteitstoets gebruikelijk is te kijken naar de omvang van de activiteit – denk aan bouwvergunningen – vraagt de Europese proportionaliteitstoets om een omslag in het denken.

In het boek over de Dienstenrichtlijn heeft Bart Hessel met verwijzing naar zijn eerdere publicatie in *de Gemeentestem*<sup>16</sup> en het *Konle*-arrest<sup>17</sup> deze Europese proportionaliteitstoets nog eens uitgewerkt. Aanleiding hiervoor was dat bij de screening door de VNG naar zijn mening geen sporen van die Europese proportionaliteitstoets zijn terug te vinden.<sup>18</sup> Ook hiermee lopen gemeenten dus het risico dat hun legitimering van een vergunningstelsel voor de nationale rechter wordt aangevochten.

Artikel 9 is alleen gericht op vergunningstelsels. Het biedt dus alle kans om gebruik te maken van een informatieve melding vooraf of zware maatregelen achteraf, maatregelen die volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie sneller gerechtvaardigd zullen worden, omdat zij het vrij verkeer minder belemmeren.

- *de eisen aan de vergunningvoorwaarden en de vergunningsprocedures moeten in acht worden genomen (art. 10 t/m art. 13)*

Als een vergunning noodzakelijk en proportioneel is, moeten bij de vergunningvoorwaarden nog de eisen van artikel 10 in acht genomen worden. Volgens dit artikel moeten deze voorwaarden ook niet-discriminatoir, gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang en evenredig zijn. Verder moeten zij duidelijk, objectief vooraf bekendgemaakt en transparant zijn. Voor de uitwerking van deze eisen verwijzen wij naar de uitwerkingen in het boek over de Dienstenrichtlijn. In artikel 11 worden vervolgens eisen gesteld aan de vergunningsduur. Zo heeft een vergunning die

<sup>15</sup> Omdat Nederland in verhouding tot andere lidstaten de screening van de Dienstenrichtlijn goed heeft uitgevoerd kunnen we aannemen dat de Commissie voorlopig haar handen vol heeft met die andere lidstaten en voorlopig niet toekomt aan de screening door de VNG.

<sup>16</sup> B. Hessel, 'Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (1)', *de Gemeentestem*, 7296, 10 maart 2007, p. 113-125.

<sup>17</sup> HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97 (*Konle*).

<sup>18</sup> B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn en de decentrale overheden', in: Hessel e.a. 2009, p. 63-64.

valt onder de Dienstenrichtlijn, behoudens uitzonderingsgevallen, geen beperkte geldigheidsduur. In artikel 13 worden de vergunningprocedures besproken. De vergunningprocedures en -formaliteiten zijn duidelijk, worden vooraf openbaar bekend gemaakt en bieden de aanvragers de garantie dat hun aanvraag objectief en onpartijdig wordt behandeld. Daarnaast mogen de procedures geen ontmoedigend effect hebben en de dienstverrichting niet onnodig bemoeilijken of vertragen. Ook wordt in artikel 13 de Lex Silencio Positivo, de van rechtswege verleende vergunning, verplicht gesteld voor Dienstenrichtlijnvergunningen, mits er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die zich daartegen zouden verzetten.

Voor de samenhang in dit hoofdstuk is het van belang erop te wijzen dat we de eisen aan vergunningvoorwaarden ook tegenkomen in de rechtspraak van het Hof van Justitie over de Verdragsbepalingen (zie par. 2.7.1). In de rechtspraak over de Verdragsbepalingen wordt ook gekeken naar de vergunningsprocedures en de snelheid waarmee de aanvrager van een vergunning deze kan krijgen. Deze rechtspraak gaat niet zo ver dat er sprake zou moeten zijn van een Lex silencio positivo. Dat is een specifieke regeling van de Dienstenrichtlijn, die zoals bekend in Nederland ook buiten de reikwijdte van die richtlijn is terug te vinden.

Tot zo ver de verschillende stappen die de beleidsmaker moet zetten om de kansen voor een vergunningstelsel te benutten.

– *Zijn brancheringsregelingen onder de Dienstenrichtlijn te rechtvaardigen?*

Hiervoor hebben we gezien dat brancheringsregels in bestemmingsplannen slechts onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen wanneer zij niet aan te merken zijn als generieke eisen zoals bedoeld in overweging 9 van de richtlijn. Wanneer het echter eisen betreft die de toegang tot of de uitoefening van een dienst beperken dan vallen zij wel degelijk onder de richtlijn. Artikel 14 Dienstenrichtlijn bevat een limitatieve opsomming van eisen die verboden zijn. Voor deze eisen is dus geen enkele rechtvaardiging mogelijk. Zo bevat artikel 14 lid 5 een belangrijk verbod in het kader van de vraag of brancheringsbesluiten wel of niet gerechtvaardigd kunnen worden. Dit artikel stelt namelijk kort gezegd dat lidstaten de toetreding tot de markt niet afhankelijk mogen maken van economische criteria. Bij economische criteria kan men bijvoorbeeld denken aan het slechts verlenen van een vestigingsvergunning wanneer uit marktonderzoek gebleken is dat er voldoende vraag is naar een bepaalde dienstverleningsactiviteit. Hoewel brancheringsregels in bestemmingsplannen dus niet gebaseerd mogen zijn op economische criteria, kunnen deze wel gerechtvaardigd worden wanneer zij non-discriminatoir zijn, gebaseerd op de *rule of reason* – denk aan ruimtelijke ordening, bescherming van de consument, van het (stedelijk) milieu e.d. – evenredig en noodzakelijk.

De eis dat een beroep op de uitzonderingen op het verbod gebaseerd moet zijn op niet-economische doelstellingen vinden we ook terug in de rechtspraak van het Hof van Justitie over de uitzonderingen op de Verdragsverboden. Wanneer het om economische doelstellingen gaat, geldt de markt en zijn er geen inbreuken op de marktwerking te rechtvaardigen.

– *Rechtspraak van de Raad van State*

De Raad van State heeft zich veelvuldig uitgesproken over het doel van bestemmingsplannen. Een ruimtelijk besluit mag volgens de Raad niet zijn ingegeven door overwegingen van economische ordening. Aan het besluit moet altijd een ruimtelijk orderingsdoel ten grondslag liggen. Ook in de Wet ruimtelijke ordening is het uitgangspunt vastgelegd dat bestemmingsplannen worden vastgesteld ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. De Raad van State heeft in zijn rechtspraak laten zien dat besluiten die bijvoorbeeld de vestiging van een grote bouwmarkt tegenhouden pas gerechtvaardigd zijn wanneer de komst van de bouwmarkt zou leiden tot duurzame ontwrichting van de voorzieningenstructuur. Daarbij gaat het erom dat inwoners van de gemeente op een aanvaardbare afstand van hun woonplaats hun geregelde inkopen kunnen doen. Dat bijvoorbeeld de bestaande winkeliers zullen lijden onder de komst van een grote concurrent betekent volgens de Raad van State nog niet dat de voorzieningenstructuur duurzaam ontwricht is. Duurzame ontwrichting wordt dan ook niet snel aangenomen. Wanneer er dus dwingende redenen van algemeen belang ten grondslag liggen aan een brancheringsregeling in een bestemmingsplan zal deze rechtvaardigen zijn mits zij proportioneel is.

– *Voorbeeld: kleine gemeente verbiedt komst groot warenhuis*

Het Hof van Justitie heeft sinds de inwerkingtreding van de Dienstenrichtlijn nog geen uitspraken gedaan over de verenigbaarheid van brancheringsregels met de richtlijn. We bespreken hieronder een fictief voorbeeld om de stappen die gezet moeten worden te illustreren. Daarbij gaan we ervan uit dat detailhandel onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt.

Een kleine gemeente weigert de vergunning voor de vestiging van een groot warenhuis. De gemeente stelt dat de komst van het warenhuis ervoor zal zorgen dat alle kleinere winkels in de kernen daarmee zullen verdwijnen en inwoners niet meer dichtbij huis hun boodschappen kunnen doen. Is dit gerechtvaardigd op basis van de Dienstenrichtlijn?

– *Niet-discriminerende werking?*

Er is geen sprake van discriminerende werking. We gaan ervan uit dat de gemeente dezelfde beslissing zou nemen bij een vergunningaanvraag van een Nederlands bedrijf als wanneer de vergunning door een bedrijf uit een andere lidstaat zou worden aangevraagd.

– *Is er sprake van een dwingende reden van algemeen belang, niet zijnde een economisch motief?*

Aangezien het hier een kleine gemeente betreft waar waarschijnlijk geen ruimte is voor een groot warenhuis naast kleinere winkeltjes in de kernen, kan in dit geval een beroep op bescherming van het voorzieningenniveau gerechtvaardigd zijn. Waarschijnlijk leidt de komst van het warenhuis daadwerkelijk tot duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau. In een grotere gemeente zal dit niet snel aangenomen worden en zal een beroep van de ondernemer op handelen van de gemeente in strijd

met artikel 14 lid 5 Dienstenrichtlijn kans van slagen hebben. Dat de komst van een groot warenhuis de bestaande winkeliers in economische problemen kan brengen mag geen reden zijn.

– *Vergunning vooraf evenredig?*

Wanneer er inderdaad sprake zou zijn van een dwingende reden van algemeen belang, moet vervolgens gekeken worden of dit belang niet ook met minder vergaande maatregelen dan een vergunning gerealiseerd zou kunnen worden. Mogelijk zou je in dit geval kunnen stellen dat maatregelen achteraf te laat komen omdat de kleinere winkels dan al vertrokken zijn.

De bovengenoemde brancheringsregel kan dus mogelijk gerechtvaardigd worden, maar het voorbeeld toont wel aan dat het moeilijk kan zijn motieven van verboden bescherming van de zittende winkeliers buiten de overwegingen te houden. Dit is echter afhankelijk van de omstandigheden van het geval en zal zeker niet altijd mogelijk zijn.

c. *Kansen benutten van artikel 16 Dienstenrichtlijn: tijdelijk verrichten van diensten*

Een soortgelijke redenering als die we hiervoor hebben gezien om vergunningstelsels die het vrij verkeer van vestiging van dienstverleners belemmeren te rechtvaardigen, kan ook gevolgd worden om maatregelen van decentrale overheden te rechtvaardigen die het (tijdelijke) vrij verrichten van diensten belemmeren. Evenals bij artikel 9 worden in artikel 16 de eis van non-discriminatie en de evenredigheidseis gesteld voor maatregelen die tijdelijke dienstverleners belemmeren. Er is echter één groot verschil: in artikel 16 worden slechts vier belangen genoemd die dergelijke belemmerende maatregelen kunnen rechtvaardigen. Dat zijn openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu. De *rule of reason* vinden we in artikel 16 niet terug. Dat is opmerkelijk als we bedenken dat het Hof van Justitie voor de uitzonderingsmogelijkheden op het Verdragsverbod van het vrij verkeer van diensten (voorheen art. 49 EG-Verdrag en nu art. 57 WVEU) wel de *rule of reason* heeft erkend, zoals dat ook voor alle andere vrijheden geldt (zie par. 2.7.1 en par. 2.7.4 onder b.). De keuze voor de vier belangen is kennelijk gemaakt omdat de Commissie vond dat meer marktwerking nodig is voor het vrij verrichten van diensten dan voor de andere vrijheden. Decentrale beleidsmakers dienen dus te beseffen dat er onder de Dienstenrichtlijn weinig mogelijkheden zijn om maatregelen te nemen die het vrij verrichten van diensten beperken. Dat geldt te meer omdat de begrippen openbare orde en openbare veiligheid door het Hof van Justitie veel enger worden geïnterpreteerd dan in het Nederlandse recht gebruikelijk is. Wij komen daar later op terug in het kader van de richtlijn voor het verblijf van Unieburgers (par. 2.4.2 onder a.).

Hier willen wij wel opmerken dat Bart Hessel in het boek over de Dienstenrichtlijn heeft geconstateerd dat de VNG bij het screenen van de model-APV het begrip openbare orde niet heeft geïnterpreteerd zoals dat in het Europese recht behoort.<sup>19</sup> Omdat

<sup>19</sup> B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn en de decentrale overheden', in: B. Hessel e.a. 2009, p. 72 e.v.



de VNG het begrip te ruim heeft geïnterpreteerd is bij de screening niet naar voren gekomen dat de vier belangen van artikel 16 Dienstenrichtlijn voor gemeenten te beperkt zijn. Ook hier lopen gemeenten dus het risico dat hun legitimering van een vergunning voor de nationale rechter wordt aangevochten. Bovendien is het te betreuren dat bij deze screening niet duidelijk is geworden dat de marktwerking in artikel 16 Dienstenrichtlijn te ver is doorgeschoten omdat gemeenten geen ruimte hebben om de markttoegang te beperken om redenen van criminaliteitsbestrijding. Dat is een volledig legitiem belang en later zullen we zien dat dit belang door het Hof van Justitie buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn expliciet is erkend binnen de *rule of reason* (par. 2.7.5 onder b.). Dit voor gemeenten belangrijke verschil tussen diensten die wel en niet onder de Dienstenrichtlijn vallen, is moeilijk te begrijpen.

Er is wel een parallel te trekken met de rechtspraak van het Hof van Justitie over vrij verkeer van diensten en artikel 16 lid 3 Dienstenrichtlijn wat betreft de mogelijkheid om bij tijdelijke dienstverlening een vergunning te eisen. Het onduidelijke artikel 16 lid 3 moet zo worden uitgelegd dat er bij tijdelijke dienstverlening wel ruimte is voor een vergunning maar dat er dan een zwaardere bewijslast geldt dan bij artikel 9. Dat sluit aan op de rechtspraak van het Hof van Justitie die er ook van uitgaat dat het moeilijker is om aan tijdelijke dienstverleners een vergunningseis te stellen dan aan vestigers.

– *Opmerkelijke verschillen met de regels van de Verdragsverboden*

Met deze beperking tot de vier genoemde belangen wijkt de Dienstenrichtlijn dus duidelijk af van de rechtspraak over de Verdragsbepalingen voor vrij dienstenverkeer. Omdat het secundair Europees recht niet in strijd mag zijn met het primair Verdragsrecht rijst de vraag of de richtlijn zich wel verdraagt met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Op dat punt zullen we het oordeel van het Hof moeten afwachten.

Verder moeten we vaststellen dat er door artikel 16 Dienstenrichtlijn een opmerkelijk verschil bestaat tussen de maatregelen die overheden gerechtvaardigd kunnen nemen tegen dienstverleners die onder artikel 57 VWEU vallen en dienstverleners die onder de Dienstenrichtlijn vallen. We kunnen dat illustreren aan de hand van een voorbeeld.

– *Voorbeeld: quota in een brancheringsregeling voor markten*

Verderop in dit hoofdstuk wordt ingegaan op een zaak waarin de rechter oordeelt over een regel die de gemeente Rotterdam hanteerde op grond waarvan een maximaal aantal vaste plaatsen op de weekmarkt vastgesteld werd voor de verkoop van aardappelen, groenten en fruit en voor kleding (par. 2.7.4 onder b.).<sup>20</sup> In deze zaak oordeelde de rechter dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is omdat het de verkoop van goederen betreft.

Echter, wat gebeurt er nu als men eenzelfde regeling zou hanteren voor dienstverleners, bijvoorbeeld een maximaal aantal plaatsen op de markt voor simkaartverwijderaars? In dat geval zou de Dienstenrichtlijn wel van toepassing zijn; simkaartverwijderaars zijn

<sup>20</sup> Vzng. Rb. Rotterdam 1 december 2010, LJN BO6006.

immers dienstverleners. Omdat het hier echter geen vestiging maar tijdelijke dienstverlening betreft, is artikel 16 van toepassing. In tegenstelling tot het hiervoor besproken voorbeeld onder artikel 9 Dienstenrichtlijn van de gemeente die het warehouse wilde weigeren en een beroep deed op de dwingende reden van algemeen belang consumentenbescherming, kan in dit geval slechts een beroep worden gedaan op openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en bescherming van het milieu. We zullen zien dat de rechter in de Rotterdamse zaak de maatregel goedkeurt. Hij stelt: 'De voorzieningenrechter acht voorshands door verweerder voldoende aannemelijk gemaakt dat de brancheringsbesluiten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel (een aantrekkelijke en goed lopende warenmarkt) te waarborgen en is van oordeel dat deze besluiten niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken.' Wanneer de Dienstenrichtlijn van toepassing zou zijn kan de rechter zich niet beroepen op de doelstelling 'een aantrekkelijke en goed lopende warenmarkt waarborgen'. Het is dan niet aannemelijk dat de maatregel in stand kan blijven. In ieder geval kan het begrip openbare orde in de Europese betekenis hier niet als rechtvaardigingsgrond worden ingeroepen.

*d. Kansen benutten bij een samenloop van permanente vestiging en tijdelijke dienstverlening*

Wanneer er sprake is van een vergunningstelsel of andere eis die zowel de toegang tot of de uitvoering van de vestiging van dienstverleners als de tijdelijke dienstverrichting beperkt, dus wanneer er sprake is van samenloop van artikel 9 en 16 Dienstenrichtlijn, dan dient aan beide artikelen getoetst te worden. Dit heeft als gevolg dat overheden bij diensten die mede onder artikel 16 Dienstenrichtlijn kunnen vallen, ook bij vestiging slechts gebruik kunnen maken van de vier excepties openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en milieu. Bovendien geldt bij een samenloop van beide groepen dienstverleners de verzwaarde bewijslast voor vergunningen.

Bij de aanpassing van de model-APV in 2007 en 2008 aan de komst van de Dienstenrichtlijn heeft de VNG ervoor gekozen het regime van de tijdelijke dienstverleners van artikel 16 Dienstenrichtlijn ook toe te passen op grensoverschrijdende dienstverleners die zich volgens artikel 9 Dienstenrichtlijn vestigen in Nederland en op de eigen dienstverleners.

Volgens Bart Hessel had deze op zich logische keuze ertoe moeten leiden dat de gemeenten – die veel meer met de Dienstenrichtlijn van doen hebben dan de provincies en de waterschappen – bij de screening zouden constateren dat de vier belangen van artikel 16 voor hen ontoereikend zijn omdat zij geen mogelijkheid bieden om bepaalde legitieme belangen in te roepen jegens dienstverleners die toegang willen krijgen tot bepaalde markten. Dat geldt met name voor markten, zoals de markt voor evenementen, horeca, kinderopvang e.d. die men – volkomen terecht – wil beschermen tegen personen met een crimineel verleden. (Daarbij gaat het dan niet alleen om buitenlandse criminelen maar ook om 'eigen' criminelen). Wanneer de beleidsmaker zich bij het opstellen van nieuwe regelgeving hiervan bewust is, kan er – bij wijze van noodoplossing – voor gekozen worden de voorschriften voor vestigers (inclusief eigen

dienstverleners) af te splitsen van de tijdelijke grensoverschrijdende dienstverleners. Op de vestigers en eigen dienstverleners kan dan de *rule of reason* worden toegepast terwijl de tijdelijke grensoverschrijdende dienstverleners slechts kunnen worden aangepakt met een beroep op de vier excepties en de verzwaarde bewijslast voor vergunningen van artikel 16 Dienstenrichtlijn.

Als de gemeenten zich voldoende bewust worden van de beperkingen van artikel 16 zou er volgens Hessel voor gepleit moeten worden artikel 16 Dienstenrichtlijn aan te passen door – elementen van – de *rule of reason* daarin op te nemen. Daarmee zou ook het verschil met de rechtspraak van het Hof van Justitie en de dienstverleners die onder de Verdragsbepalingen vallen, worden opgeheven.

Voor de goede orde moet hierbij het volgende worden opgemerkt. Zoals later zal blijken ( par. 2.7.5 onder d.) heeft het Hof van Justitie na de publicatie van het boek over de Dienstenrichtlijn twee uitspraken gedaan (de later te noemen arresten *Josemans* en *Sayn-Wittgenstein*) waarbij het begrip openbare orde juist bij dienstverlening wat ruimer lijkt te worden geïnterpreteerd. Anderzijds heeft het Hof ook weer in het arrest *Sint Servatius* bevestigd dat het begrip openbare orde eng moet worden geïnterpreteerd.<sup>21</sup> Afgezien van deze onduidelijkheid willen wij benadrukken dat de mogelijk iets ruimere interpretatie van het begrip openbare orde volstrekt ontoereikend is om de door de VNG gehanteerde traditioneel Nederlandse interpretatie van dat begrip te legitimeren. Dit probleem van de screening door de VNG blijft dus volledig in stand.

– *Het voorbeeld van de vergunning voor seksinrichtingen uit de model-APV escortbedrijf*  
In het boek over de Dienstenrichtlijn gebruikt Bart Hessel de vergunning voor seksinrichtingen uit de model-APV om het probleem te illustreren van de samenloop van artikel 9 en 16.<sup>22</sup> Deze vergunning kan zowel worden toegepast op de exploitant van een seksinrichting die zich vestigt als op de prostituee die uit een andere lidstaat komt en tijdelijk diensten aanbiedt in Nederland. In de aangepaste model-APV wordt de mogelijkheid genoemd om de vergunning te weigeren als de aanvrager bepaalde strafrechtelijke veroordelingen heeft gekregen. Om deze weigering te rechtvaardigen, kan de gemeente slechts een beroep doen op de hiervoor genoemde vier excepties. Hessel wijst erop dat het Europese begrip openbare orde geen mogelijkheid biedt om de vergunning te weigeren wegens strafrechtelijke veroordelingen. Onder toepassing van artikel 16 Dienstenrichtlijn kan daar voor de tijdelijk overwippende prostituee weinig aan gedaan worden. Maar wanneer de gemeente voor de vestigende bordeelhouder (uit een andere lidstaat maar ook voor ‘eigen’ bordeelhouders) een aparte verguntingsregeling invoert, kan deze onder het regime van artikel 9 Dienstenrichtlijn worden geweigerd met een beroep op de *rule of reason*. Het Hof van Justitie heeft het belang van criminaliteitsbestrijding – na de invoering van de Dienstenrichtlijn – als een *rule of reason* erkend voor de markt van kansspelen die buiten de richtlijn valt (zie par. 2.7.5 onder b). Als men voor eigen dienstverleners, voor vestigers en voor tijdelijke grensoverschrijdende dienstverleners hetzelfde regime wil toepassen – wat het

21 HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-567/07 (*Sint Servatius*).

22 B. Hessel, ‘De Dienstenrichtlijn en de decentrale overheden’, in: Hessel e.a. 2009, p. 76.

meest voor de hand ligt en ook de expliciete keuze van de VNG is – moet artikel 16 Dienstenrichtlijn volgens Hessel worden aangepast. Wij wijzen er met nadruk op dat het probleem met de vergunning voor seksinrichtingen maar een voorbeeld is. De enge interpretatie van openbare orde sluit ook bij andere samenlopen van artikel 9 en artikel 16 uit dat vergunningen kunnen worden geweigerd om redenen van criminaliteitsbestrijding.

#### 2.3.4 *Wat als de Dienstenrichtlijn niet van toepassing?*

Zoals gebleken is het dus niet zo dat wanneer de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is, daarmee de kous af is. Een voorbeeld dat dit mooi illustreert, is de Rotterdamse zaak met betrekking tot branchering van de markt. De rechter achtte de Dienstenrichtlijn niet van toepassing omdat het om de verkoop van goederen zou gaan, maar toetst vervolgens wel aan artikel 49 VWEU, dus aan de vrijheid van vestiging. Hierna wordt in dit hoofdstuk bijzondere aandacht besteed aan de samenhang tussen de Dienstenrichtlijn en de andere regels van vrij verkeer. Zo zullen met name bij de behandeling van de kansen die de Verdragsverboden geven en de daarop bestaande uitzonderingen bij vestiging (par. 2.7.5) en bij dienstverlening (par. 2.7.6) meer voorbeelden worden genoemd die de samenhang met de Dienstenrichtlijn aantonen. De decentrale beleidsmaker dient zich ervan bewust te zijn dat de Dienstenrichtlijn maar een onderdeel is van het algemene Europese leerstuk van de vrijverkeersregels en de betekenis daarvan voor decentrale overheden.

#### 2.4 **De verboden en uitzonderingen van de richtlijn voor migratierechten van Unieburgers**

De Nederlandse gemeenten zijn in Nederland het directe aanspreekpunt voor migranten.<sup>23</sup> Bij het stellen van regels voor migranten op terreinen van burgerzaken, ruimtelijke ordening of huisvesting worden zij geconfronteerd met het vrije verkeer van personen. Voor Unieburgers is dan in de eerste plaats Richtlijn 2004/38/EG van belang. Deze richtlijn betreft het recht op vrij verkeer en verblijf van EU-burgers en hun familieleden op het grondgebied van de lidstaten van de EU en geeft uitwerking aan artikel 21 VWEU. Het gaat hier dus om de *migratierechten* en niet om *markttoegangsrechten*. De richtlijn heeft betrekking zowel op economisch actieven, zoals werknemers, zelfstandigen, dienstverleners en -ontvangers, als op economisch niet-actieven.

*a. Richtlijn 2004/38/EG is van toepassing naast de Dienstenrichtlijn en daar buiten*  
Voor dienstverleners en -ontvangers die onder de Dienstenrichtlijn vallen, is Richtlijn 2004/38/EG ook van belang. De Dienstenrichtlijn heeft betrekking op de regels die van toepassing zijn op de uitoefening van de diensten die zij verrichten. Daarbij gaat het om markttoegangsrechten. Als de dienstverlener en Unieburger uit een andere lidstaat Nederland binnenkomt, moet de decentrale overheid de administratieve forma-

<sup>23</sup> Luijendijk 2005, p. 279.

liteiten van Richtlijn 2004/38/EG in acht nemen die betrekking hebben op migratierechten en spelen de kansen die deze richtlijn biedt een rol. Volgens artikel 17 Dienstenrichtlijn is artikel 16 Dienstenrichtlijn niet van toepassing op de formaliteiten van Richtlijn 2004/38/EG. Maar deze richtlijn is eveneens van toepassing op dienstverleners uit andere lidstaten die zich willen vestigen in de zin van artikel 9 Dienstenrichtlijn.

Decentrale overheden moeten dus bij grensoverschrijdende vestigende of tijdelijke dienstverleners naast de Dienstenrichtlijn ook kijken naar Richtlijn 2004/38/EG. Daarnaast is de richtlijn, zoals we later zullen zien, ook van toepassing op grensoverschrijdende werknemers (par. 2.7.3 onder a.), natuurlijke personen die zich vestigen op wie de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is (par. 7.2.4 onder a), natuurlijke personen die tijdelijke diensten verrichten waarop de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is (par. 2.7.5 onder a) en op niet-economisch actieve Unieburgers.

Voor de beleidskansen van Richtlijn 2004/38/EG is in de eerste plaats van belang om de kring van personen die door de richtlijn worden beschermd aan te geven en vervolgens te bepalen wat de inhoud van rechten is (par. 2.4.1). Ten slotte kan bekeken worden of de richtlijn nog kansen biedt in haar uitzonderingen (par. 2.4.2).

#### 2.4.1 *Kansen benutten van de verboden*

##### *a. Ruime kring van personen laat weinig beleidsruimte*

Volgens artikel 1 heeft de richtlijn betrekking op het recht van vrij verkeer en verblijf, inclusief het duurzaam verblijfsrecht, op het grondgebied van de lidstaten door burgers van de Unie en hun familieleden. De begunstigden zijn onderdanen van de EU-lidstaten, dat wil zeggen werknemers, dienstverleners en -ontvangers, zelfstandigen, studenten, gepensioneerden, economisch niet-actieven en de familieleden van deze categorieën burgers. *Derdelanders, ofwel mensen uit landen die niet tot de EU behoren*, zijn dus in beginsel uitgesloten van de werking van de richtlijn, tenzij zij familielid zijn, zoals gedefinieerd in deze richtlijn.

De ruimte voor decentrale overheden om bij het stellen van randvoorwaarden en administratieve formaliteiten voor het recht op vrij verkeer en verblijf buiten de kring van begunstigden te blijven is dus aanzienlijk beperkt. Immers, ook niet-economisch actieven vallen onder de richtlijn. De beleidsruimte moet vooral gezocht worden in de begrippen familielid, partner of derdelander (en dan niet zijnde een familielid of partner). Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen EU-burgers en hun familieleden zoals omschreven in artikel 2 van de richtlijn en die in de zin van artikel 3 van de richtlijn als begunstigden van de richtlijn worden gezien enerzijds; en familieleden en partners die niet onder de definitie van artikel 2 vallen, maar niettemin het recht op vrij verkeer en verblijf hebben volgens artikel 3 lid 2 van de richtlijn. Het gaat dan, bijvoorbeeld, om familieleden die vanwege ernstige gezondheidsredenen een persoonlijke verzorging door de unieburger vereisen.

Een partner, met wie de burger van de Unie overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, wordt in beginsel gelijkgesteld met een echtgenoot, volgens artikel 2 lid 2. Dit hangt echter wel af van de wetgeving van

de ontvangende lidstaat, in het kader van dit boek dus Nederland. Indien geregistreerd partnerschap gelijk wordt gesteld aan een huwelijk, dan moeten partners van EU-burgers dezelfde rechten krijgen als echtgenoten.

– *De positie van de ongehuwde partner in Nederland*

Mevrouw Reed had de Britse nationaliteit en vroeg in Nederland een verblijfsvergunning aan vanwege haar Britse partner die in Nederland werkzaam was. Zij waren niet getrouwd. Het verzoek werd afgewezen omdat op grond van de Nederlandse regelgeving alleen partners van Nederlanders uit een andere lidstaat recht op een verblijfsvergunning hadden. Als beide werknemers-onderdanen uit andere lidstaten kwamen, gold dat zij gehuwd moesten zijn. Volgens het Hof van Justitie is deze wetgeving in strijd met het non-discriminatiebeginsel. Het EU-recht vereist dat 'een Lidstaat die zijn onderdanen de mogelijkheid biedt om voor hun ongehuwde partner die geen onderdaan van die Lidstaat is, toestemming voor verblijf op zijn grondgebied te verkrijgen, datzelfde voordeel niet kan weigeren aan migrerende werknemers-onderdanen van andere Lidstaten'.<sup>24</sup>

b. *Rechten van EU-burgers onder Richtlijn 2004/38/EG*

Ook hier zijn decentrale overheden zeer beperkt om beleidshalve aanvullende voorwaarden te stellen en bepaalde formaliteiten te eisen die de rechten van EU-burgers beperken. Burgers van de Unie en hun familieleden hebben uit- en inreisrechten en verblijfsrechten, inclusief een duurzaam verblijfsrecht onder bepaalde voorwaarden. De regels met betrekking tot uit- en inreisrechten zijn geregeld in de artikelen 4 en 5 van de richtlijn. Unieburgers met een geldig identiteitsbewijs of paspoort moeten worden toegelaten behoudens legitieme uitzonderingen (par. 2.4.2) van familieleden die derdelanders zijn, dus niet de nationaliteit van een lidstaat van de EU hebben, mag de lidstaat op grond van artikel 5, lid 2 wel een inreisvisum vragen.<sup>25</sup> Overigens is ook van belang op te merken dat de ruimte voor decentrale overheden om, in het geval de burger van de Unie of het familielid dat niet de nationaliteit van een lidstaat bezit, niet over de vereiste reisdocumenten beschikt, maatregelen te nemen, zoals uitzetting, beperkt is. Artikel 5 lid 4 en lid 5 stelt hier grenzen aan.

– *Een verblijfsrecht van drie maanden*

Het verblijfsrecht voor meer dan drie maanden is in artikel 7 geregeld. Hier geldt grofweg de volgende indeling van personen die dit recht al dan niet onder voorwaarden toekomen.

1. Unieburger die in het gastland werknemer of zelfstandige is (art. 7 lid 1 onder a).
2. EU-onderdaan in het algemeen die kan aantonen dat hij over voldoende bestaansmiddelen en een ziektekostenverzekering beschikt (art. 7 lid 1 onder b).
3. Studenten die een opleiding volgen en over voldoende bestaansmiddelen en een ziektekostenverzekering beschikken (art. 7 lid 1 onder c).

<sup>24</sup> HvJ EG 17 april 1986, zaak C-59/85 (*Nederland/Reed*), r.o. 30.

<sup>25</sup> Zie ook Lujendijk 2005, p. 179.

4. Een familielid, al dan niet onderdaan van de EU, dat de burger van de Unie begeleidt of zich bij hem voegt en over voldoende bestaansmiddelen en een ziektekostenverzekering beschikt (art. 7 lid 1 onder d).
5. Ex-werknemers en ex-zelfstandigen hebben onder bepaalde voorwaarden ook het verblijfsrecht van drie maanden (art. 7 lid 3).

*c. Beperking van administratieve formaliteiten laat geen beleidsruimte*

Van groot praktisch belang voor de decentrale overheden zijn de administratieve formaliteiten die voor EU-burgers gelden. Ook hier vormt de richtlijn het kader waarbinnen de decentrale overheden moeten opereren.<sup>26</sup> Zo mogen de decentrale overheden bepaalde inlichtingen eisen van migranten op basis van de richtlijn. Het gaat dan grofweg om de volgende twee eisen: het overleggen van een geldige identiteitskaart of paspoort voor Unieburgers; het overleggen van bewijs van voldoende bestaansmiddelen en het bezit van een ziektekostenverzekering, dan wel van een indienstneming/tewerkstelling of bewijs van uitoefening van zelfstandig beroep.<sup>27</sup>

Deze administratieve formaliteiten zijn van declaratoire aard zijn, dat wil zeggen het recht op verblijf van Unieburgers en hun familieleden wordt ontleend aan het Unierecht zelf.<sup>28</sup> Uitzetting als sanctie is alleen onder de voorwaarden van de richtlijn toegestaan (zie par. 2.4.2). Er kunnen wel bepaalde sancties opgelegd worden, die proportioneel dienen te zijn.

*d. Niet van toepassing op een interne situatie*

Normaal gesproken zijn richtlijnen die in nationale wetgeving zijn omgezet ook van toepassing op eigen onderdanen, maar op eigen onderdanen is de richtlijn niet van toepassing (zie ook hierna, paragraaf 2.6.8).<sup>29</sup> Het Hof van Justitie heeft in de McCarthy-zaak duidelijk gemaakt dat het verblijfsrecht op grond van Richtlijn 2004/38/EG verband houdt met de uitoefening van het vrij verkeer van personen. Dat betekent dat voor zover een burger van de Unie nooit zijn recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend en dus altijd heeft verbleven in een lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit, deze burger niet onder het begrip 'begunstigde' in de zin van artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2004/38/EG valt.

#### 2.4.2 **Kansen benutten van de uitzonderingen**

Ondanks de beperkte beleidsruimte voor decentrale overheden is het interessant te zien dat Richtlijn 2004/38/EG een aantal uitzonderingen noemt die de nationale overheden kunnen inroepen ter rechtvaardiging van beperkingen op het inreis- en verblijfsrecht van Unieburgers en hun familieleden. In artikel 27 lid 1 staat namelijk dat de lidstaten de vrijheid van verkeer en verblijf van burgers van de Unie en hun familieleden, ongeacht hun nationaliteit, kunnen beperken 'om redenen van openbare

<sup>26</sup> Zie hierover uitgebreid: Luijendijk 2005, p. 279-386

<sup>27</sup> Luijendijk 2005, p. 285.

<sup>28</sup> HvJ EG 3 juli 1980, zaak C-157/97 (*Pieck*).

<sup>29</sup> HvJ EG 5 mei 2011, zaak C-434/09 (*McCarthy*), r.o. 39.

orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. Deze redenen mogen niet voor economische doeleinden worden aangevoerd.<sup>2</sup>

*a. Openbare orde en openbare veiligheid worden eng geïnterpreteerd*

Om als overheid een geslaagd beroep te kunnen doen op de openbare orde- of openbare veiligheid-exceptie is het van belang artikel 27 lid 2 te raadplegen. Hierin staan de voorwaarden die in de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn ontwikkeld. Volgens de artikelen 27 (algemene beginselen) en 28 (bescherming tegen verwijdering) moet aan een vijftal eisen zijn voldaan voordat een migrerende EU-burger of zijn familielid kan worden uitgezet. Na de opsomming van de eisen hierna volgen enkele voorbeelden ter verduidelijking:

1. het evenredigheidsbeginsel (proportionaliteitstoets);
2. de genomen maatregel mag uitsluitend op het persoonlijk gedrag van betrokkene berusten, waarbij strafrechtelijke veroordelingen als zodanig geen reden voor de maatregel vormen;
3. het gedrag van betrokkene moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen;
4. de maatregel mag niet losstaan van het individuele geval of verband houden met algemene preventieve redenen;
5. op grond van artikel 28 van de richtlijn moet rekening worden gehouden met de duur van het verblijf, de leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het gastland en de mate van binding met zijn land van oorsprong.

Voorbeelden uit de jurisprudentie laten zien dat deze excepties restrictief worden uitgelegd door het Hof van Justitie en dat de decentrale overheden weinig beleidsruimte hebben bij het nemen van maatregelen die de migratierechten van EU-burgers en hun familieleden betreffen.

*– Strafrechtelijke veroordeling op zich niet voldoende*

Uit de *Calfa*-zaak blijkt dat een strafrechtelijke veroordeling op zich niet voldoende is om een uitzetting te legitimeren of een toelating te weigeren.

De Italiaanse toeriste Calfa was in Griekenland strafrechtelijk veroordeeld wegens het verboden bezit van softdrugs. Als gevolg daarvan werd zij uitgezet en werd haar door de Griekse autoriteiten een levenslang verblijfsverbod opgelegd. Toeristen vallen onder het vrij verkeer van diensten en Griekenland deed een beroep op de uitzondering van openbare orde. Dit beroep werd verworpen.<sup>30</sup>

Het Hof van Justitie stelde 'dat het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling slechts ter zake doet, voor zover uit de omstandigheden die tot deze veroordeling hebben geleid, blijkt van het bestaan van een persoonlijk gedrag dat een actuele bedreiging van de openbare orde vormt (arrest Bouchereau)'.<sup>31</sup> Op grond van Griekse

<sup>30</sup> Deze zaak speelde voor de invoering van Richtlijn 2004/38/EG en was gebaseerd op de eerdere Richtlijn 64/221/EG waarin dezelfde interpretatie van het begrip openbare orde voorkwam.

<sup>31</sup> HvJ EG 27 oktober 1977, zaak C-30/77 (*Bouchereau*), r.o. 28.



wetgeving volgde automatische uitzetting uit Griekenland indien een niet-Griek betrapt werd op het bezit van drugs. Een dergelijke maatregel houdt geen rekening met het persoonlijk gedrag van betrokkene en voldoet niet aan het evenredigheidsvereiste, aldus het Hof van Justitie.<sup>32</sup>

In ieder geval dient de decentrale overheid hier uiterste terughoudendheid te betrachten.<sup>33</sup>

Verder is van belang dat indien maatregelen worden genomen tegen Unieburgers en hun familieleden op basis van bepaald gedrag, voor dit gedrag normaal gezien ook repressieve maatregelen worden genomen, indien begaan door eigen onderdanen.<sup>34</sup>

– *Grondrechten gaan een belangrijker rol spelen*

Bij het invoeren van de excepties van openbare orde en veiligheid gaan grondrechten een steeds belangrijkere rol spelen waardoor de beleidskansen nog extra worden beperkt. In de zaak *Orfanopoulos* bepaalde het Hof van Justitie dat uitzetting van een EU-burger, wanneer die burger een actuele bedreiging van de openbare orde vormt, gerechtvaardigd zou kunnen zijn op grond van de openbare orde-exceptie 'mits de beoordeling door de nationale autoriteiten in het concrete geval van de vraag waar het billijke evenwicht tussen de betrokken legitieme belangen ligt, wordt verricht met inachtneming van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, en met name door naar behoren rekening te houden met de grondrechten zoals de bescherming van het gezinsleven'.<sup>35</sup> Orfanopoulos was een Griekse onderdaan die veroordeeld was voor drugs en verschillende strafbare feiten, maar die al geruime tijd met zijn gezin in Duitsland woonde. Bij zijn eventuele uitzetting uit Duitsland moeten de autoriteiten dus rekening houden met grondrechten, zoals in dit geval het recht op eerbiediging van het gezinsleven.

b. *Procedurele waarborgen*

Wanneer decentrale overheden de beperkte beleidskansen die de begrippen openbare orde en openbare veiligheid bieden denken te benutten moeten zij ook nog een aantal procedurele waarborgen in acht nemen. Naast de 'materiële' voorwaarden die hiervoor kort zijn uitgewerkt, moet de lidstaat procedurele waarborgen in acht nemen. Deze eisen zijn uitgewerkt in artikel 30 van de richtlijn en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>36</sup>

## 2.5 Verboden en uitzonderingen in het VWEU

In deze paragraaf worden de verboden van vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal alsmede uitzonderingen daarop uit het Verdrag beknopt uiteengezet,

32 HvJ EG 19 januari 1999, zaak C-348/96 (*Calfa*) en HvJ EG 27 oktober 1977, zaak C-30/77 (*Bouchereau*).

33 Luijendijk 2005, p. 185.

34 HvJ EG 18 mei 1982, gevoegde zaken C-115/81 en C-116/81 (*Adoui en Cornuaille*); HvJ EG 25 april 2001, zaak C-100/01 (*Olazabal*).

35 HvJ EG 29 april 2004, gevoegde zaken C-482/01 en C-493/01 (*Orfanopoulos*), r.o. 100.

36 Luijendijk 2005, p. 185.

alvorens in paragraaf 2.6 ingegaan wordt op de beleidskansen. Bij het vrij verkeer van personen wordt een onderscheid gemaakt tussen vrij verkeer van werknemers (par. 2.5.1, onder b.) en vrijheid van vestiging (par. 2.5.1, onder c.).

### 2.5.1 *De Verdragsverboden*

In artikel 26 VWEU wordt de interne markt omschreven. Het vertrekpunt voor de interne markt is een ruimte zonder binnengrenzen voor goederen, personen – met name economische actieven – diensten en kapitaal. Later is het vrije verkeer van personen door de introductie van het burgerschap van de Unie uitgebreid tot economisch niet-actieven.

#### a. *Vrij verkeer van goederen*

##### – *Tarifaire en fiscale belemmeringen*<sup>37</sup>

Bij de toepassing van de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen wordt een onderscheid gemaakt tussen zogenoemde tarifaire belemmeringen, fiscale belemmeringen en non-tarifaire belemmeringen. De nadruk in deze bijdrage ligt op de laatste categorie belemmeringen. Deze is het belangrijkste voor decentrale overheden en vertoont ook grote samenhang met de andere vrijheden van personen, diensten en kapitaal. Voor de toepasselijkheid van deze bepalingen is uiteraard van belang dat het gaat om ‘goederen’, een begrip dat ruim wordt uitgelegd en nader wordt toegelicht met het oog op de kansen voor decentrale overheden (zie par. 2.6.3 onder a.).

Voor tarifaire belemmeringen is artikel 30 VWEU van belang dat douanerechten en heffingen van gelijke werking (HGW) verbiedt. HGW zijn omschreven als ‘elke eenzijdig opgelegde geldelijke last, ongeacht de benaming of de structuur ervan, die wegens grensoverschrijding over goederen wordt geheven en geen douanerecht *stricto sensu* is’.<sup>38</sup> Decentrale overheden zullen hier niet veel mee te maken hebben. Er moet sprake zijn van een heffing op bepaalde goederen die alleen betrekking heeft op ingevoerde of uitgevoerde goederen. Als voorbeeld kan gedacht worden aan een milieuheffing op ingevoerde milieuvervuilende goederen.

Concrete voorbeelden van decentrale overheden zijn ons niet bekend.<sup>39</sup>

37 Art. 30 VWEU luidt als volgt: In- en uitvoerrechten of heffingen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden. Zulks geldt eveneens voor douanerechten van fiscale aard.

Art. 110 VWEU bepaalt het volgende: De lidstaten heffen op producten van de overige lidstaten, al dan niet rechtstreeks, geen hogere binnenlandse belastingen van welke aard ook dan die welke, al dan niet rechtstreeks, op gelijksoortige nationale producten worden geheven. Bovendien heffen de lidstaten op de producten van de overige lidstaten geen zodanige binnenlandse belastingen, dat daardoor andere producties zijdelings worden beschermd.

38 HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-90/94 (*Haahr Petroleum*), r.o. 20, HvJ EG 14 september 1995, gevoegde zaken C-485/93 en C-486/93 (*Kos*), HvJ EG 2 april 1998, zaak C-213/96 (*Outokumpu Oy*).

39 In de zaak *Carni en Ponente II* heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken over een gemeentelijke heffing bij slachting van vee: HvJ EG 15 december 1993, gevoegde zaken C-277/91, C-318/91 en C-319/91.

Artikel 110 VWEU heeft betrekking op fiscale belemmeringen. Het verbod van artikel 110 VWEU strekt minder ver en verbiedt slechts discriminerende belastingmaatregelen, inclusief belastingmaatregelen die protectionistisch zijn. In tegenstelling tot heffingen van gelijke werking maken fiscale maatregelen onderdeel uit van een stelsel van binnenlandse belastingen: 'Wanneer [de maatregel] behoort tot een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen waardoor categorieën producten stelselmatig worden getroffen volgens objectieve, onafhankelijk van de oorsprong van de producten toegepaste criteria, (...)'.<sup>40</sup>

Als voorbeeld kan hier gedacht worden aan een decentrale belastingheffing op milieuvervuilende goederen die zich niet-discriminerend uitstrekt tot zowel ingevoerde als Nederlandse producten. Decentrale overheden zouden bijvoorbeeld hiermee te maken kunnen krijgen als zij bij de tarieven voor energie een prijsverschil hanteren tussen milieuvriendelijke en niet-milieuvriendelijke energie.<sup>41</sup>

– *Non-tarifaire belemmeringen*<sup>42</sup>

Voor non-tarifaire belemmeringen zijn de artikelen 34 en 35 VWEU van belang. Artikel 34 VWEU heeft betrekking op invoer en artikel 35 VWEU op uitvoer. Beide bepalingen verbieden kwantitatieve beperkingen, zoals quota en in- of uitvoerbeperkingen, en maatregelen van gelijke werking (MGW).

Het begrip MGW is bij invoer zeer breed uitgelegd in de rechtspraak van het Hof van Justitie en omvat volgens de Dassonville-uitspraak van het Hof 'iedere handelsregeling der lidstaten die de communautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen'.<sup>43</sup> Uit latere jurisprudentie blijkt dat niet alleen discriminerende maatregelen, maar ook maatregelen zonder onderscheid onder het verbod vallen.<sup>44</sup> Decentrale overheden kunnen met dit zeer ruime begrip maatregel van gelijke werking te maken krijgen als een regio de invoer van afval wil tegenhouden of als een gemeente de verkoop van seksartikelen of softdrugs wil verbieden. Wanneer men met de VNG van mening is dat standplaatsvergunningen niet onder het dienstenverkeer vallen maar betrekking hebben op goederen, komt ook daarbij het verbod van artikel 34 met de mogelijke uitzonderingen daarop aan de orde.

Sinds de *Keck*-uitspraak moet echter een onderscheid gemaakt worden tussen producteisen, die onder het verbod van artikel 34 VWEU vallen, en verkoopmodaliteiten, die in beginsel buiten het verbod vallen en daarom niet gerechtvaardigd hoeven te

40 HvJ EG 2 april 1998, zaak C-213/96 (*Outokumpu Oy*), r.o. 20.

41 Zie HvJ EG 2 april 1998, zaak C-213/96 (*Outokumpu Oy*).

42 Het verbod op invoerbeperkingen is neergelegd in art. 34 VWEU en luidt als volgt: Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

Het verbod op uitvoerbeperkingen is neergelegd in art. 35 VWEU dat het volgende bepaalt: Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

43 HvJ EG 11 juli 1974, zaak C-8/74 (*Dassonville*), r.o. 5.

44 HvJ EG 20 februari 1979, zaak C-120/78 (*Cassis de Dijon*).

worden.<sup>45</sup> Deze *Keck*-uitspraak en het begrip verkoopmodaliteit is ook van belang voor decentrale overheden. Op grond daarvan kan namelijk worden aangenomen dat de Winkeltijdenwet als niet-discriminerende verkoopmodaliteit is toegestaan en niet onder het verbod van artikel 34 VWEU valt.

Verder is van belang dat het begrip MGW allerlei maatregelen van zowel de centrale als decentrale overheid kan omvatten, alsmede uitlatingen van een ambtenaar die gevolgen kunnen hebben voor de afzet van goederen uit andere lidstaten. In de *A.G.M.-COS.MET*-zaak werden door het Hof van Justitie uitlatingen van de Finse klokkenluider Lehtinen over de vermeende onveiligheid van Italiaanse hefbruggen voor auto's als maatregel van gelijke werking bestempeld.<sup>46</sup> Decentrale overheden moeten zich dus ook onthouden van bepaalde uitlatingen waarbij de voorkeur voor Nederlandse producten wordt uitgesproken.

Voor non-tarifaire exportbelemmeringen geldt dat het begrip altijd enger is uitgelegd dan het begrip MGW bij invoer.<sup>47</sup> Alleen discriminerende of protectionistische maatregelen vielen onder de reikwijdte van het verbod van artikel 35 VWEU. In de *Gysbrechts*-zaak, waar de verenigbaarheid van Belgische consumentenregelgeving betreffende verkoop op afstand met artikel 35 VWEU centraal stond, schaarde het Hof van Justitie een zonderonderscheidmaatregel onder het verbod van artikel 35 VWEU, echter zonder veel duidelijkheid te geven over de precieze reikwijdte van het begrip MGW bij uitvoer.<sup>48</sup>

#### b. *Vrij verkeer van werknemers*<sup>49</sup>

Het vrij verkeer van werknemers is voor decentrale overheden niet alleen van belang in hun rol van werkgever en bij het aantrekken van werknemers. Het verbod spreekt zich ook uit tot beleidsterreinen als burgerzaken en huisvesting waarbij decentrale maatregelen het vrij verkeer van werknemers kunnen belemmeren.

45 HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (*Keck*). S.A. de Vries, 'Annotatie onder Dassonville', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten & R. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

46 S.A. de Vries, 'Case Note: Case C-470/03, A.G.M.-COS.MET Srl v. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen, Judgment of the Grand Chamber of the Court of 17 April 2007 (casenote)', *CMLRev.* Vol. 45, afl. 2, 2008, p. 569-585; HvJ EG 17 april 2007, zaak C-470/03, *Jur.* 2007, p. I-02749 (*A.G.M.-COS*).

47 Het begrip 'maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve uitvoerbeperkingen' is door het Hof van Justitie in de *Groenveld*-zaak beperkt tot een discriminatieverbod en een verbod om protectionistische maatregelen te nemen: HvJ EG 8 november 1979, zaak 15/79 (*Groenveld*).

48 HvJ EG 16 december 2008, zaak C-205/07 (*Gysbrechts*); zie ook J. Snell, 'The notion of market access: a concept or slogan?', *CMLRev.* vol. 47, afl. 2, 2010, p. 453.

49 Het verbod met betrekking tot het vrij verkeer van werknemers van art. 45 VWEU voorheen art. 39 EG-Verdrag luidt:

1. Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij.
2. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.
3. Het houdt behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen het recht in om,

*Vervolg zie volgende pagina*

Artikel 45 VWEU bevat het verbod om het vrije verkeer van werknemers te beperken. Bij het vrije werknemersverkeer moet onderscheid gemaakt worden tussen migratierechten, waarvoor de hiervoor besproken Richtlijn 2004/38/EG van belang is, en markttoegangsrechten die de werknemer het recht geeft op toegang tot de arbeidsmarkt. Het non-discriminatieverbod dat neergelegd is in artikel 45 VWEU is verder uitgewerkt door Verordening (EEG) 1612/68.<sup>50</sup> Dit heeft tot gevolg dat werknemers uit andere lidstaten aanspraak kunnen maken op gelijke behandeling voor huisvesting, onderwijs, fiscale en sociale voordelen, bijvoorbeeld vergoeding voor begrafeniskosten. Uit de *Bosman*-zaak over de transferregels opgesteld door de UEFA, de organisatie die de nationale voetbalbonden van de Europese landen vertegenwoordigt, blijkt dat een voetballer die van een voetbalclub uit België grensoverschrijdend overgaat naar een voetbalclub in Frankrijk, een werknemer is in de zin van het Verdrag. In dat arrest heeft het Hof van Justitie ook vastgesteld dat niet alleen discriminerende maatregelen onder het verbod van artikel 45 VWEU vallen, maar ook zonderonderscheidmaatregelen.<sup>51</sup> Dit betekent dat decentrale overheden niet aan het verbod van artikel 45 VWEU kunnen ontsnappen door bepaalde belemmeringen – denk aan een vergunning – niet alleen op te leggen aan buitenlandse werknemers maar ook aan Nederlandse.

*c. Vrijheid van vestiging*<sup>52</sup>

Artikel 49 VWEU is van toepassing op zelfstandigen en ondernemingen die zich in een andere lidstaat willen vestigen. Deze bepaling is van belang wanneer de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is (zie hiervoor). Evenals bij werknemers geldt hier ook dat artikel 49 VWEU migratierechten en markttoegangsrechten, waarvoor het Hof van Justitie in de *Gebhard*-zaak heeft bepaald dat ook zonderonderscheidmaatregelen onder het verbod vallen, omvat.<sup>53</sup>

Ook hier geldt dus dat niet-discriminerende maatregelen die het vrij verkeer belemmeren verboden zijn, behoudens een beroep op de uitzonderingen.

*Vervolg voetnoot 49:*

- a) in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling;
  - b) zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied der lidstaten;
  - c) in een der lidstaten te verblijven teneinde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden;
  - d) op het grondgebied van een lidstaat verblijf te houden, na er een betrekking te hebben vervuld, overeenkomstig de voorwaarden die zullen worden opgenomen in door de Commissie vast te stellen verordeningen.
4. De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op de betrekkingen in overheidsdienst.

<sup>50</sup> *PbEG* 1968, L 257.

<sup>51</sup> HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (*Bosman*), r.o. 103.

<sup>52</sup> De vrijheid van vestiging is neergelegd in art. 49 VWEU en luidt als volgt: In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

<sup>53</sup> HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (*Gebhard*).

*d. Vrij dienstenverkeer*<sup>54</sup>

Evenals bij vestiging geldt dat artikel 56 VWEU pas in het vizier komt indien de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is. Artikel 56 VWEU verbiedt beperkende maatregelen die migratierechten en markttoegangsrechten betreffen. Het verbod wordt breed uitgelegd. Ook niet-discriminerende maatregelen die de toegang tot de dienstenmarkt beperken, vallen onder het verbod van artikel 56 VWEU, zo blijkt uit de *Alpine Investments-zaak*.<sup>55</sup>

De sporen van deze ruime interpretatie van het verbod vinden we terug in de Dienstenrichtlijn. Uit artikel 9 blijkt immers dat ook niet-discriminerende vergunningen in beginsel verboden zijn en moeten worden geëlitimeerd met een beroep op de *rule of reason*.

*e. Vrij kapitaalverkeer*<sup>56</sup>

Het verbod op belemmeringen op het vrije kapitaal- en betalingsverkeer is neergelegd in artikel 63 VWEU en omvat zowel discriminerende maatregelen als maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn. Bij kapitaalverkeer moet gedacht worden aan financiële operaties gericht op beleggingen of investeringen en niet op de vergoeding van een prestatie. Bij betalingsverkeer betreft het betalingen die een tegenprestatie vormen van een bepaalde transactie.<sup>57</sup> Decentrale overheden hebben vooral met het vrij kapitaalverkeer te maken wanneer onderdanen uit andere lidstaten onroerend goed willen kopen, gebruiken of verkopen omdat zij daarbij hun geld in de grond van een Nederlandse gemeente steken. De regelmatig genoemde *Konle-zaak* is hiervan een sprekend voorbeeld. Een andere bekende zaak is de *Servatius-zaak*, waarin het beleid van het voormalige ministerie van VROM over grensoverschrijdende activiteiten van woningcorporaties getoetst werd aan artikel 63 VWEU.<sup>58</sup>

*f. Burgerschap*<sup>59</sup>

Naast de al besproken Richtlijn 2004/38/EG kunnen de artikelen 20 en 21 VWEU een rol spelen wanneer nationale maatregelen belemmerend werken voor het vrije verkeer

54 Het verbod van vrij verkeer van diensten van art. 56 VWEU (voorheen art. 49 EG-Verdrag) luidt: In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.

55 HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93 (*Alpine Investments*).

56 Het verbod van het vrij verkeer van kapitaal van art. 63 VWEU (voorheen art. 56 EG-Verdrag) luidt: 1. In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.

In het tweede lid van art. 63 staat een zelfde verbod voor beperkingen van het betalingsverkeer.

57 P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 632.

58 HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-567/07 (*Sint Servatius*).

59 Art. 20 VWEU bepaalt onder meer: 1. Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie komt naast het nationale burgerschap doch komt niet in de plaats daarvan. 2. De burgers van de Unie genieten de rechten en hebben de plichten die bij de Verdragen zijn bepaald. (...)

Art. 21 lid 1 VWEU bepaalt het volgende: Iedere burger van de Unie heeft het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.

en verblijf van EU-burgers. De nadruk in dit boek ligt op de economische vrijheden, die in de eerste plaats van belang zijn voor de decentrale overheden. Dat blijkt ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. In de *Josemans*-zaak, bijvoorbeeld, onderzoekt het Hof nadrukkelijk eerst of het vrije verkeer van goederen of diensten beperkt zijn alvorens de bepaling inzake burgerschap aan de orde komt.<sup>60</sup> Unieburgerschap zou als vangnet kunnen worden gebruikt wanneer de economische vrijheden niet van toepassing zijn.<sup>61</sup>

Vaak wordt artikel 21 VWEU samen met artikel 18 VWEU, het discriminatieverbod, toegepast. Situaties die binnen de reikwijdte van de artikelen 21 en 18 VWEU vallen, zijn het recht om niet gediscrimineerd te worden bij de toekenning van kinderbijslag, van levensonderhoud of van studiefinanciering. Niettemin laat het Hof in een aantal zaken, zoals *Schwartz*, doorschemeren dat artikel 21 VWEU mogelijk verder strekt dan een discriminatieverbod. Op dit punt is de rechtspraak nog in beweging.

Naast artikel 21 VWEU heeft artikel 20 VWEU in de *Zambrano*-zaak een zelfstandige betekenis gekregen voor situaties die niet onder Richtlijn 2004/38/EG vallen. Het feit dat artikel 20 VWEU een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit de status verleent van burger van de Europese Unie betekent volgens het Hof van Justitie dat nationale maatregelen die tot gevolg hebben dat burgers van de Unie 'het effectieve genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten' verboden zijn.<sup>62</sup> Op grond van deze uitspraak kunnen derdelanders die verzorgende ouders zijn van kinderen met de nationaliteit van een lidstaat van de EU een verblijfsrecht in de EU claimen.<sup>63</sup>

De verbodsbepalingen uit het EU-Werkingsverdrag hebben dus een brede werkingssfeer, wat betekent dat de mogelijkheden voor decentrale overheden om buiten de reikwijdte van de *verboden* te vallen beperkt zullen zijn. Wel moet worden opgemerkt dat de reikwijdte van de Verdragsbepaling over binnenlandse belastingen beperkter is en dat vooralsnog onduidelijk is hoe ver de verbodsbepalingen betreffende uitvoer van goederen en burgerschap strekken.

### 2.5.2 De Verdragsuitzonderingen

Voor decentrale overheden is, gezien de brede werkingssfeer van de verbodsbepalingen van die vier vrijheden, het belang van de uitzonderingen, of excepties daarop, groot. Als we de Verdragsbepalingen bezien kunnen we vaststellen dat het Verdrag voor een aantal verboden geen uitzonderingen kent en voor een aantal slechts limitatief genoemde belangen.

60 HvJ EU 16 december 2010, zaak C-137/09 (*Josemans*); H.J. van Harten en H. van Eijken, "'Lookin' for a little green bag?... en de werkingssfeer van het Unierecht', *NTER* 2011/4, p. 105-113.

61 H. van Eijken, 'Onderwijsdiensten: een burgerrecht, maar wie betaalt de rekening?', *NTER* 2008/1-2, p. 7.

62 HvJ EU 8 maart 2011, zaak C-34/09 (*Zambrano*); zie ook HvJ EU 2 maart 2010, zaak C-135/08 (*Rottmann*).

63 Maar de reikwijdte van *Zambrano* wordt beperkt in de zaak *McCarthy*.

*a. De tarifaire en fiscale belemmeringen van het goederenverkeer*

Op het verbod van tarifaire en fiscale belemmeringen van het goederenverkeer kent het Verdrag geen uitzonderingen. Voor de goede orde: hier kan ook geen beroep worden gedaan op de *rule of reason*-exceptie die gebaseerd is op de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zoals gezegd zijn deze verboden voor de Nederlandse decentrale overheden minder relevant zodat het ontbreken van uitzonderingen daarop ook minder problematisch is. Voor Europabewuste beleidsmakers kan dat wel een aansporing zijn om terughoudend te blijven met maatregelen die onder deze verboden vallen.

*b. Verdragsuitzonderingen op non-tarifaire belemmeringen van het goederenverkeer*

In artikel 36 VWEU staan de volgende limitatieve belangen opgesomd om een non-tarifaire belemmering van het vrij verkeer van goederen te kunnen rechtvaardigen: openbare zedelijkheid, openbare orde, openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit en de industriële en commerciële eigendom.<sup>64</sup> De belangen die in de Verdragsbepalingen genoemd staan, moeten restrictief worden uitgelegd.

Voor een geslaagd beroep op artikel 36 VWEU moet:

- de maatregel binnen een van de uitzonderingsgronden vallen die in artikel 36 VWEU expliciet genoemd staan; en
- mag de maatregel geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen lidstaten vormen.

De Verdragsuitzonderingen kunnen niet worden uitgebreid tot belangen die hierin niet expliciet worden genoemd. De bescherming van leefmilieu, bijvoorbeeld, wordt niet in artikel 36 VWEU genoemd. Milieumaatregelen kunnen daarom alleen op grond van deze bepaling worden gerechtvaardigd, indien zij een rechtstreekse invloed hebben op de bescherming van mensen, dieren of planten.<sup>65</sup>

Artikel 36 VWEU laat daarmee bijvoorbeeld in beginsel ruimte aan een gemeente om de verkoop van seksartikelen die uit andere lidstaten worden ingevoerd, tegen te houden met een beroep op de openbare zedelijkheid. Artikel 36 biedt echter geen ruimte om de invoer van afval tegen te houden met een beroep op het milieu. Zoals we later zullen zien, is dat op grond van het *Waalse afvalstoffen*-arrest wel mogelijk met een beroep op de *rule of reason* (par. 2.7.2.2).

64 Art. 36 VWEU luidt als volgt: De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

65 Zie H. Temmink, 'From Danish Bottles to Danish Bees: The Dynamics of Free Movement of Goods and Environmental Protection – A Case Law Analysis', in: H. Somsen (red.), *Yearbook of European Environmental Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 87. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 25 juni 1998, zaak C-203/96 (*Dusseldorp*) en HvJ EG 14 juli 1998, zaak C-389/96 (*Aher-Waggon*).



*c. Verdragsuitzonderingen op vrij verkeer van werknemers, vestiging en diensten*

De artikelen 45 (de leden 3 en 4) en 51 en 52 (voor diensten in samenhang met artikel 62) VWEU bevatten Verdragsuitzonderingen voor beperkingen op het vrije personen en dienstenverkeer. De belangen die in deze bepalingen worden genoemd zijn: openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en betrekkingen in overheidsdienst of werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag.<sup>66</sup> Bij de behandeling van Richtlijn 2004/38/EG is er al op gewezen dat deze begrippen eng moeten worden geïnterpreteerd. Dat is ook al aan de orde gekomen bij de interpretatie van artikel 16 Dienstenrichtlijn.

*d. Verdragsuitzonderingen op vrij verkeer van kapitaal*

Artikel 65 VWEU bevat de mogelijkheid om op het verbod een uitzondering te maken om overtreding van nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, te voorzien in procedures voor kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden en maatregelen op grond van openbare orde of openbare veiligheid.

Gegeven de restrictieve betekenis van het begrip openbare orde biedt dit artikel niet de mogelijkheid om uit een oogpunt van ruimtelijke ordening voorschriften te geven over permanente bewoning. Uit het reeds meerdere malen genoemde *Konle*-arrest blijkt dat dit wel mogelijk is met een beroep op de *rule of reason*.

*e. De rule of reason-exceptie naast de Verdragsuitzonderingen*

Terwijl de Verdragsuitzonderingen bij de non-tarifaire belemmeringen van het vrij verkeer van goederen en bij de vrijverkeersregels voor personen, diensten en kapitaal beperkt zijn, is uit de rechtspraak bij deze vrijheden inmiddels duidelijk geworden dat bij al deze vrijheden naast de Verdragsexcepties ook een beroep op de *rule of reason* mogelijk is.

Er is echter een belangrijk verschil in mogelijkheid. De Verdragsexcepties kunnen worden ingeroepen voor direct discriminerende, indirect discriminerende en niet discriminerende maatregelen, dus in beginsel altijd. Een beroep op de *rule of reason* is, zoals later zal worden uitgewerkt, in beginsel alleen mogelijk bij een niet-discriminerende maatregel.

Afgezien daarvan zal verderop blijken dat bij het benutten van de kansen van de Verdragsuitzonderingen en de *rule of reason* niet alleen relevant is of het door de decentrale overheid gewenste belang kan worden ingeroepen. Als er een legitiem belang is, moet het inroepen daarvan nog worden afgewogen tegen de mate van verstoring van de markt die daardoor ontstaat. In paragraaf 2.7.1 gaan wij daar nader op in.

<sup>66</sup> In een aantal recente zaken betreffende nationaliteitseisen voor het beroep van notaris hebben verschillende lidstaten art. 45 VWEU ingeroepen, maar dit is niet gehonoreerd door het Hof van Justitie: zie bijvoorbeeld HvJ EU 24 mei 2011, zaak C-47/08 (*Commissie/België*); HvJ EU 24 mei 2011, zaak C-50/08 (*Commissie/Frankrijk*).

– *Belang van grondrechten*

Naast de ‘traditionele’ algemene belangen spelen grondrechten een steeds belangrijkere rol in het EU-recht en in de rechtspraak van het Hof van Justitie; een rol die versterkt is door het Verdrag van Lissabon met artikel 6 VEU en door de nu bindende werking van het Handvest van de Grondrechten.<sup>67</sup> Lidstaten en dus ook de decentrale overheden moeten, volgens de *ERT*-zaak, bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond voor beperkingen van het vrije verkeer grondrechten respecteren.<sup>68</sup> Daarnaast kunnen grondrechten als *per se* exceptie worden ingeroepen ter rechtvaardiging van inbreuken op het vrije verkeer. Voorbeelden zijn de zaken *Schmidberger*, *Omega* en *Viking/Laval*.<sup>69</sup>

## 2.6 Kansen benutten van de Verdragsverboden

Hoewel de Verdragsverboden ruim worden uitgelegd bieden zij ook wel beleidskansen die decentrale beleidsmakers zouden kunnen benutten.

### 2.6.1 *De Verdragsverboden zijn niet van toepassing op een zuiver interne situatie*

De vier vrijheden zijn erop gericht grensoverschrijdende belemmeringen weg te nemen. Dat betekent dat die vrijheden niet van toepassing zijn als er geen sprake is van grensoverschrijding maar van een zuiver interne situatie. De regels van het vrij verkeer laten toe dat lidstaten aan hun eigen onderdanen zwaardere eisen stellen dan aan onderdanen uit andere lidstaten. Deze merkwaardige mogelijkheid van zogenoemde omgekeerde discriminatie staat in het Europese recht wel ter discussie maar tot nu toe gaat het Hof van Justitie ervan uit dat eigen onderdanen zonder dat er sprake is van grensoverschrijding jegens hun eigen overheid geen beroep kunnen doen op de vrijheden. Voor decentrale overheden is dat erg belangrijk, want dat betekent dat in geschillen met Nederlanders die in Nederland wonen de vier vrijheden niet van toepassing zijn.

Dat is een essentieel verschil met harmonisatiewetgeving. Wanneer op een bepaald beleidsterrein de Europese wetgever harmonisatierichtlijnen of -verordeningen heeft vastgesteld gelden deze ook tussen Nederlanders en de Nederlandse overheden. Denk bijvoorbeeld aan de aanbestedingsrichtlijnen en de vele milieuriichtlijnen. De eerder besproken richtlijn voor de inreis- en verblijfsrechten van Unieburgers vormt de neerslag van de rechtspraak van het Hof van Justitie en kan niet door Nederlanders jegens de Nederlandse overheid worden ingeroepen. De inhoud leent zich daar niet voor. Over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn bestonden twijfels, maar inmiddels is via de omzettingwetgeving duidelijk dat ook eigen onderdanen daar een beroep op kunnen doen.

67 D. Chalmers, G. Davies & G. Monti, *European Union law: cases and materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

68 HvJ EG 19 juni 1991, zaak C-260/89 (*ERT*).

69 HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00 (*Schmidberger*); HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02 (*Omega Spielhallen*); HvJ EG 11 december 2007, zaak C-438/05 (*Viking*) en HvJ EG 18 december 2007, zaak C-341/05 (*Laval*).

Dat de vier vrijheden niet van toepassing zijn op zuiver interne situatie vormt een van de belangrijkste kansen voor decentrale overheden die de verboden bieden. Dat wordt voor de verschillende verboden verder uitgewerkt. Hier noemen we slechts een voorbeeld.

– *Een Amsterdammer protesteert tegen het verbod van permanente bewoning van zijn tweede huisje in Buren*

Enkele jaren geleden deed onder makelaars het verhaal de ronde dat het in strijd zou zijn met het Europese recht dat gemeenten permanente bewoning van vakantiehuisjes zouden verbieden. Omdat er geen richtlijn of verordening bestaat die het gebruik van tweede huisjes regelt, moet alleen gekeken worden naar het primaire Europees recht: de verdragsbepalingen van de vier vrijheden. Dat de vier vrijheden niet van toepassing zijn op een interne situatie heeft tot gevolg dat een in Amsterdam wonende Nederlander die een tweede huisje bezit in Buren geen beroep kan doen op het vrij verkeer. Voor de meeste bewoners van tweede huisjes was het verhaal van de makelaars dus onjuist. De regels van het vrij verkeer – verboden en uitzonderingen – komen pas in het vizier wanneer bijvoorbeeld een Duitser een tweede huisje heeft in Buren dat hij permanent wil gaan bewonen.

a. *Beleidskansen maar met bedenkingen*

Hoewel de uitsluiting van zuiver interne gevallen decentrale overheden duidelijke beleidskansen biedt, kan daar wel een drietal bedenkingen tegen worden aangevoerd. Terwijl de Dienstenrichtlijn de decentrale overheden verplicht vooraf hun regelgeving in overeenstemming te brengen met de richtlijn, kunnen deze overheden buiten de reikwijdte van die richtlijn in beginsel nog een afwachtende houding aannemen. Zolang er geen bezwaar wordt gemaakt tegen bepaalde regels of bepaald beleid door personen die zich in een grensoverschrijdende situatie bevinden kunnen regels en beleid blijven bestaan. Professionele beleidsmakers die zich niet willen laten verrassen door de Europese regels doen er verstandig aan vooraf hun regels en beleid te toetsen aan en af te stemmen op de regels van vrij verkeer, zodat zij niet voor onaangename verrassingen komen te staan wanneer er een grensoverschrijdende situatie optreedt. Ook als er geen sprake is van een grensoverschrijdende klager lopen decentrale overheden die zich afwachtend opstellen het risico dat de Europese Commissie een inbreukprocedure begint omdat zij vindt dat bepaalde regels of beleid in strijd zijn met de regels van vrij verkeer. Zo heeft de Commissie uit eigen initiatief de Nederlandse regelgeving voor particuliere beveiligingsbureaus aangepakt (zie par. 2.7.5). Het punt van de omgekeerde discriminatie staat in het Europese recht ter discussie. Het Hof van Justitie houdt in beginsel nog wel vast aan het uitgangspunt dat er sprake moet zijn van een grensoverschrijdende situatie om de vier vrijheden toe te passen maar afgezien van de mogelijkheid dat het Hof op termijn omgaat, lopen de decentrale overheden nu al een risico. Het komt veelvuldig voor dat het Hof in een prejudiciële procedure die wordt gevolgd door een nationale rechter bereid is een algemene uitleg te geven van de Europese regels ook al is er in concreto sprake van een interne situatie. Door zo'n prejudiciële uitleg wordt zo'n interne situatie overgoten met een Europese saus. De kans is dan aanwezig dat de nationale rechter bij het oplossen van het geschil

toch het Europese recht toepast. Als voorbeeld kan hier gedacht worden aan de aanpak van de Rotterdamse voorzieningenrechter van de Rotterdamse brancheringsregeling voor markten (zie par. 2.7.4).

In het voorbeeld van de gemeente Buren zien we dat deze gemeente haar beleid om de permanente bewoning van tweede huisjes tegen te gaan op voorhand in overeenstemming heeft gebracht met de regels – verboden en uitzonderingen – van het vrij verkeer. Er is in het kader van het ruimtelijk ordeningsbeleid niet gekozen voor een vergunning vooraf maar voor een dwangsom achteraf. Daarmee voldoet de maatregel aan de eisen zoals gesteld in het *Konle*-arrest en heeft de gemeente alle risico's vermeden.

### 2.6.2 *De verboden zijn zeer ruim*

In het spraakgebruik worden de verboden van de vier vrijheden wel aangeduid als discriminatieverboden. Wanneer een decentrale overheid alleen woonruimte ter beschikking stelt aan Nederlanders of een exploitant van een jachthaven voorschrijft dat hij alleen ligplaatsen verhuurt aan Nederlanders is het duidelijk dat dergelijk optreden in strijd is met de vrijheid van vestiging of het vrij verkeer van diensten.

#### – *Directe en indirecte discriminatie*

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt echter dat de verboden niet alleen directe discriminatie naar nationaliteit verbieden maar ook indirecte discriminatie. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer decentrale overheden bij hun huisvestingsbeleid of bij het ter beschikking stellen van ligplaatsen voorrang geven aan de eigen bewoners.

#### – *Ook niet-discriminerende maatregelen*

Decentrale overheden moeten zich echter realiseren dat de verboden nog verder gaan. Zelfs niet-discriminerende maatregelen zijn in strijd met de regels van vrij verkeer wanneer zij voor grensoverschrijdende goederen, personen of kapitaal een belemmering vormen.

Zo kunnen decentrale overheden niet aan de regels van vrij verkeer ontkomen wanneer zij bijvoorbeeld voor het uitoefenen van bepaalde activiteiten als werknemer, voor de vestiging van bepaalde zelfstandigen of voor het verrichten van bepaalde diensten een vergunning vereisen voor zowel Nederlanders als onderdanen uit andere lidstaten. Een niet-discriminerende vergunning is een zware belemmering voor de grensoverschrijdende personen om zijn vrijheid uit te oefenen – de vrijheid kan immers pas worden uitgeoefend als de vergunning is verleend – en kan daarmee alleen met een beroep op de uitzonderingen op het verbod gelegitimeerd worden.

Zoals we later (par. 2.7.1) zullen zien, heeft het niet-discriminerende karakter van een belemmering tot gevolg dat er meer ruimte is voor uitzonderingen. De *rule of reason* kan dan worden ingeroepen.

– *Geen de minimis-drempel*

Ten slotte moet worden bedacht dat het Hof van Justitie bij de vrijverkeersregels een beroep op een de minimis-regel expliciet heeft afgewezen. In afwijking van de mededingingsregels en de regels voor staatssteun, waar wel een de minimis-regel geldt, valt iedere denkbare belemmering van het vrij verkeer onder de verboden.

Omdat de verboden zo ruim zijn, hebben decentrale beleidsmakers daar vaak mee te maken. Het is dan zaak bij de vormgeving van het beleid vooraf in te spelen op de kansen die de uitzonderingen op de verboden bieden.

### 2.6.3 *Vrij verkeer van goederen*

Er zijn mogelijkheden voor decentrale overheden om gebruik te maken van de Verdragsverboden met betrekking tot het vrij verkeer van goederen. Beleidsmatig is het dan interessant of het mogelijk is dat er geen sprake is van goederen en dat dan ook geen andere vrijheden van toepassing zijn. De interpretatie van het begrip goed speelde een belangrijke rol in het *Waalse afvalstoffen*-arrest en vrij recent in het arrest *Josemans*. In de *Waalse afvalstoffen*-zaak interpreteerde het Hof van Justitie het begrip goed opnieuw zodat ook niet-herbruikbaar afval onder het vrij verkeer van goederen viel. De Waalse wetgever moest zich daarmee aan de Europese regels houden. In de zaak *Josemans* kreeg de gemeente Maastricht echter wel ruimte omdat illegale producten niet onder het begrip goed vallen (zie onder a.).

#### a. *Er is geen sprake van goederen*

Uiteraard is het mogelijk dat er een grensoverschrijdende activiteit plaatsvindt die geen betrekking heeft op goederen maar op personen of diensten. Dat betekent dat niet het vrij verkeer van goederen aan de orde is maar een van de andere vrijheden. Zo valt het over de grens brengen van filmcassettes onder het vrij verkeer van goederen, het verhuren daarvan en het uitzenden van films onder het vrij verkeer van diensten. Daarmee ontsnappen de decentrale overheden dus niet aan de regels van het vrij verkeer. De afbakening tussen goederen en diensten is niet zonder problemen, onder meer omdat de Commissie er in het kader van de Dienstenrichtlijn van uitgaat dat niet alleen de distributie van diensten maar ook die van goederen onder de Dienstenrichtlijn valt. Zo moest het Hof van Justitie zich ook in het kader van de toepassing van de Zesde btw-richtlijn uitlaten over vragen van het Duitse Bundesfinanzhof, die betrekking hadden op het lastige onderscheid tussen levering van goederen en dienstverrichtingen. Bog verkocht op weekmarkten in drie gelijksoortige snackwagens drank en kant-en-klaargerechten voor onmiddellijke consumptie (in het bijzonder worst en friet). In zijn btw-aangifte voor 2004 paste Bog op de omzet uit de verkoop van drank het normale btw-tarief toe, terwijl hij op de omzet uit de verkoop van spijzen het verlaagde tarief toepaste. De fiscus betoogde echter dat het verstrekken van eetwaren gepaard was gegaan met het leveren van prestaties (bereiding van het voedsel tot spijzen en aanbieden van overdekte eetvoorzieningen) die verder gingen dan verkoop alleen.

Volgens het Hof van Justitie in deze zaak gaat het bij verkoop van warme spijzen in snackwagens, snackbars of bioscoopfoyers voor onmiddellijke consumptie om de levering van goederen. Bij de bestelling en levering van spijzen door een partyservice, die de spijzen in warmhoudbakken levert met, op verzoek van de klant, bestek, servies, statafels en personeel gaat het daarentegen om dienstverlening.<sup>70</sup>

Deze rechtspraak over de Zesde btw-richtlijn staat op gespannen voet met de ruime interpretatie door de Commissie van de Dienstenrichtlijn. Hetzelfde geldt voor de later nog te bespreken uitspraak van de Rotterdamse voorzieningenrechter over de brancheringsregeling van markten. Het daarin gemaakte onderscheid tussen goederen en diensten lijkt steun te vinden in het *Bog*-arrest.<sup>71</sup>

– *Het begrip goed wordt ruim uitgelegd*

Een ruime interpretatie van het begrip goed was aan de orde in het *Waalse afvalstoffen*-arrest.<sup>72</sup> De Waalse overheid had een invoerverbod afgekondigd voor afval. Daarbij was sprake van herbruikbaar afval met een zekere waarde en niet herbruikbaar afval dat dus geen waarde heeft.

In eerdere rechtspraak had het Hof van Justitie goederen omschreven als ‘waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van een handelstransactie kunnen vormen.’ (arrest *Italiaanse kunstschaten*). In de *Waalse afvalstoffen*-zaak paste het Hof het begrip goed aan, aan het probleem van het waardeloze niet herbruikbare afval en omschreef goederen als ‘voorwerpen die in het kader van handelstransacties over de grens worden vervoerd, ongeacht de aard van die transactie.’ Let op dat aan het begrip goed de eis wordt verbonden van grensoverschrijding.

De overige vrijheden speelden hier geen rol. Zoals we zullen zien, moest de Waalse overheid daarmee gebruik maken van de uitzonderingen op het verbod om haar regeling alsnog te legitimeren (par. 2.7.2.2).

– *Maar voorschriften voor illegale producten vallen buiten het verbod*

Goederen die verboden zijn om aan te bieden op de interne markt vallen echter buiten de Verdragsbepaling betreffende goederen. Zo heeft het Hof van Justitie zich in verschillende zaken uitgelaten over softdrugs. In de zaken *Happy Family* en *Coffeeshop Siberië* bepaalde het Hof dat ‘verdovende middelen die zich niet in een door de bevoegde autoriteiten strikt gecontroleerd circuit ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden bevinden, wegens hun aard onder een volstrekt invoer- en verhandelingsverbod in alle lidstaten vallen.’<sup>73</sup> Dit bracht met zich mee dat de Btw-richtlijn niet van toepassing was op henneproducten.

In de *Josemans*-zaak liet het Hof van Justitie zich uit over het Nederlandse gedoogbeleid en de mogelijkheid van grensgemeenten om drugstoerisme tegen te gaan. Als

70 HvJ EU 10 maart 2011, gevoegde zaken C-497/09, C-499/09, C-501/09 en C-502/09 (*Bog e.a.*).

71 HvJ EU 10 maart 2011, gevoegde zaken C-497/09, C-499/09, C-501/09 en C-502/09 (*Bog e.a.*), r.o. 66-74.

72 HvJ EG 9 juli 1992, zaak C-2/90 (*Waalse Afvalstoffen*).

73 HvJ EG 5 juli 1998, zaak C-289/86 (*Happy Family*), r.o. 17 en 20; HvJ EG 29 juni 1999, zaak C-158/98 (*Coffeeshop Siberië*), r.o. 14; HvJ EU 16 december 2010, zaak C-137/09 (*Josemans*), r.o. 41.

onderdeel van dat beleid is op grond van de Maastrichtse APV de toelating tot coffeeshops beperkt met een woonplaatscriterium. Niet ingezetenen, dat wil zeggen personen die niet hun werkelijke woonplaats in Nederland hebben, hebben geen toegang tot coffeeshops in Maastricht. Bij controles had de politie van Maastricht vastgesteld dat zich in de coffeeshop *Easy Going* van *Josemans* onderdanen uit andere lidstaten bevonden. De burgemeester van Maastricht besloot daarop de coffeeshop te sluiten voor een periode van drie maanden.

Toen de zaak voor het Hof van Justitie kwam, bepaalde deze het volgende: ‘Daar het verboden is om verdovende middelen die geen deel uitmaken van een dergelijk strikt gecontroleerd circuit, in het economische en commerciële circuit van de Unie te brengen, kan de houder van een coffeeshop zich met betrekking tot de activiteit van verkoop van cannabis niet met een beroep op de verkeersvrijheden of op het beginsel van non-discriminatie verzetten tegen een gemeentelijke regeling als die van het hoofdgeding.<sup>74</sup> De regeling van de gemeente Maastricht kan daarmee in stand blijven. Uiteraard biedt dit arrest ook mogelijkheden voor andere gemeenten om het drugs-toerisme te beperken.

*b. Een zuiver interne situatie*

Als er sprake is van overheidsmaatregelen ten aanzien van goederen die een zuiver interne situatie betreffen, is het vrij verkeer van goederen niet van toepassing. Dit ligt anders bij de toepassing van de bepaling over tarifaire belemmeringen (zie hierna).

– *Nederlandse regels voor in Nederland verhandelde Nederlandse boeken*

Zo was een Nederlandse regeling die betrekking had op in Nederland geproduceerde en verhandelde encyclopedieën in het kader van de oude Wet beperking cadeaustelsel niet onderworpen aan het vrij verkeer van goederen (zaak 286/81, *Oosthoek*). Hetzelfde gold voor een Duitse regeling die louter betrekking had op Duitse bierbrouwerijen (zaak 178/84, *Reinheitsgebot*). Daarmee is er dus in beginsel ruimte voor decentrale overheden om regelingen vast te stellen die alleen betrekking hebben op een zuiver interne situatie.

2.6.3.1 *Tarifaire belemmeringen goederen*

De beleidskansen bij tarifaire belemmeringen in de zin van artikel 30 VWEU zijn minimaal. Indien een maatregel van de decentrale overheid is vormgegeven als een heffing van gelijke werking en zelfs wanneer de maatregel van toepassing is op goederen die binnen een lidstaat van regio naar regio worden in- of uitgevoerd, dan is de maatregel verboden. Het begrip ‘interne situatie’ is hier dus niet meer van belang. Alleen wanneer sprake is van retributie, heffingen op grond van Unierecht<sup>75</sup> of een

74 HvJ EU 16 december 2010, zaak C-137/09 (*Josemans*), r.o. 42.

75 HvJ EG 27 september 1988, zaak C-18/87 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 8.

## 2.6.3.1

binnenlandse belasting<sup>76</sup> kan niet gesproken worden van een heffing van gelijke werking en is artikel 30 VWEU niet van toepassing. Bij een retributie moeten we denken aan een reële vergoeding voor een door de overheid aan een importeur of exporteur verleende dienst, bijvoorbeeld een keuring.

– *Belgische heffingen van magazijnrechten invoerrechten voor de opslag van goederen*  
In België waren magazijnrechten verschuldigd voor ingevoerde goederen. Deze heffingen werden niet alleen geheven op ingevoerde goederen die werden opgeslagen in door gemeenten ter beschikking gestelde openbare entrepots, maar ook ter vervulling van douaneformaliteiten wanneer de goederen waren vrijgesteld van opslag en wanneer de importeur niet had verzocht om voorlopige opslag. Het Hof van Justitie oordeelde in deze zaak dat heffingen op ingevoerde goederen die een daadwerkelijke vergoeding vormen voor een geleverde dienst en evenredig zijn aan de door de staat of gemeente geleverde dienst, deze heffingen geen heffingen van gelijke werking zijn.<sup>77</sup> In dit geval is artikel 30 VWEU dus niet van toepassing en kunnen de heffingen gehandhaafd blijven.

– *Duitse deelstaten en veterinaire inspecties*

In de Bondsrepubliek Duitsland werd door de deelstaten Bremen, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen en Rheinland-Pfalz bij de in- en doorvoer van levende dieren een heffing toegepast ter dekking van de veterinaire controles die één keer op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland worden verricht. Deze heffing werd geheven overeenkomstig een bepaling uit een richtlijn inzake de bescherming van dieren tijdens internationaal vervoer.<sup>78</sup> Volgens het Hof van Justitie konden deze heffingen niet als heffingen van gelijke werking als douanerechten worden gekwalificeerd, 'wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- de heffingen overschrijden niet de werkelijke kosten van de controles ter zake waarvan zij worden toegepast;
- de verrichte controles zijn voor alle betrokken producten in de Gemeenschap verplicht gesteld en uniform;
- zij zijn door het gemeenschapsrecht in het algemeen belang van de Gemeenschap voorgeschreven;

76 HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76 (*Steinike*); zie P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 518; In de zaak *Co-Frutta* bepaalde het Hof van Justitie 'dat een als verbruiksbelasting aangeduide belasting, die zowel op ingevoerde als op binnenlandse producten wordt gelegd, maar die in feite nagenoeg uitsluitend de ingevoerde producten treft omdat er slechts een uiterst kleine binnenlandse productie bestaat, geen heffing van gelijke werking als een invoerrecht (...) is, indien zij deel uitmaakt van een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen, waardoor groepen producten stelselmatig worden getroffen volgens objectieve criteria die onafhankelijk van de oorsprong der producten worden toegepast. Zij is derhalve een binnenlandse belasting in de zin van artikel 95 [nu: artikel 110 VWEU]'; HvJ EG 7 mei 1987, zaak 193/85 (*Co-frutta*), r.o. 14.

77 HvJ EG 17 mei 1983, zaak 132/82 (*Commissie/België*), r.o. 8.

78 Richtlijn 81/389/EEG tot vaststelling van bepaalde maatregelen voor de tenuitvoerlegging van Richtlijn 77/489/EEG inzake de bescherming van dieren tijdens internationaal vervoer, *PbEG* 1981, L 150/1.



- zij bevorderen het vrije goederenverkeer, met name doordat zij hinderpalen neutraliseren die door eenzijdige controlemaatregelen overeenkomstig artikel 36 kunnen zijn opgeworpen.<sup>79</sup>

Aangezien aan deze voorwaarden was voldaan, was er geen sprake van een heffing van gelijke werking wat betekent dat de heffing gerechtvaardigd werd bevonden.

– *Heffing maakt deel uit van stelsel van binnenlandse belastingen*

Een heffing op ingevoerde goederen kan alleen als een binnenlandse belasting worden gekwalificeerd, indien nationale en ingevoerde producten stelselmatig en volgens dezelfde maatstaven worden belast.<sup>80</sup>

De beleidskansen voor decentrale overheden zijn hier dus zeer beperkt. In de praktijk kunnen we denken aan retributies voor ingevoerde of uit te voeren goederen of aan heffingen die deel uitmaken van een belastingstelsel. Dan komen de beleidskansen van artikel 110 VWEU aan de orde.

### 2.6.3.2 Fiscale belemmeringen

De beleidsruimte voor de (decentrale) overheid binnen de grenzen van artikel 110 VWEU is, in tegenstelling tot de ruimte die artikel 30 VWEU biedt, veel groter. Artikel 110 verbiedt slechts discriminatie of protectionisme; fiscale belemmeringen als gevolg van zogenoemde distorsies, zoals dubbele belastingen, zijn niet verboden op grond van het Verdrag. Zolang de belastingmaatregel neutraal is vormgegeven wordt artikel 110 VWEU niet geschonden. Een voorbeeld waarbij dit artikel wel werd geschonden, vinden we in Roemenië.

– *Roemeense heffingen op ingevoerde tweedehands auto's*

In deze zaak stond de verenigbaarheid van een Roemeense belastingmaatregel met artikel 110 VWEU centraal. Volgens een nieuwe noodverordening werd in Roemenië op ingevoerde tweedehands auto's een milieuheffing geheven. Deze was echter niet van toepassing op auto's die precies dezelfde eigenschappen hadden, bijvoorbeeld wat betreft ouderdom en technische kenmerken, maar vóór de inwerkingtreding van de noodverordening in Roemenië waren geregistreerd. Volgens het Hof van Justitie moet elke lidstaat de heffingen op motorvoertuigen zo kiezen en vaststellen 'dat zij niet de verkoop van nationale tweedehands voertuigen begunstigen waardoor de invoer van gelijksoortige tweedehands voertuigen zou worden ontmoedigd'.<sup>81</sup> Het feit dat op auto's die op de binnenlandse markt te koop worden aangeboden geen belastingdruk rust en op versleten en oude ingevoerde tweedehands auto's wel, betekent dat de Roemeense regeling discriminerend is. Als de milieuheffing wordt gelegd op elke in Roemenië in het verkeer gebrachte auto, ongeacht of deze is ingevoerd of niet, dan is er geen sprake van onverenigbare discriminatie.

79 HvJ EG 27 september 1988, zaak C-18/87 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 8.

80 HvJ EG 14 juni 1988, zaak C-29/87 (*Denkavit*), r.o. 33.

81 HvJ EG 7 april 2011, zaak C-402/09 (*Ioan Tatu*), r.o. 56.

## 2.6.3.3

Als decentrale overheden een heffing willen opleggen die gelegitimeerd kan worden op grond van artikel 110 VWEU moet die heffing dus niet-discriminerend zijn ten opzichte van zowel ingevoerde of uitgevoerde goederen als nationale goederen.

*2.6.3.3 Non-tarifaire belemmeringen (nadruk op invoer)*

Het verbod van artikel 34 VWEU (invoer) is het belangrijkste voor decentrale overheden. Bij het inventariseren van de beleidskansen die deze verbodsbepaling biedt, moet gedacht worden aan de mogelijkheden dat er geen sprake is van goederen (zie hiervoor), dat er een interne situatie is (zie hiervoor) en dat de maatregel een niet-discriminerende verkoopmodaliteit betreft.

*a. Een niet-discriminerende verkoopmodaliteit*

Er moet onderscheid gemaakt worden tussen producteisen (bijvoorbeeld het gebruik van Nederlandse rioolbuizen of de eis dat likeur 15% alcohol moet bevatten) en eisen die gesteld worden aan de wijze waarop producten worden aangeboden op de markt. Onder de voorwaarden dat (1) zij niet discrimineren naar marktdeelnemers en (2) zij feitelijk en rechtens hetzelfde effect op nationale producten hebben als op producten uit andere lidstaten, vallen deze niet-discriminerende verkoopmodaliteiten niet onder het verbod van artikel 34 VWEU. Zij zijn dan geoorloofd.

*– Voorschriften voor zondagssluiting, strenger verbod van verkoop sterke drank aan minderjarigen*

Als de decentrale overheden expliciet beide voorwaarden nakomen, kunnen zij, zonder met het vrij verkeer van goederen geconfronteerd te worden, voorschriften geven op terreinen als zondagssluiting, winkelsluiting, een strenger verbod van verkoop van sterke drank aan minderjarigen dan de nationale regeling, regelgeving voor ambulante handel.

Op basis van deze regels voor verkoopmodaliteiten wordt aangenomen dat de Winkel-tijdenwet in overeenstemming is met het Europese recht.

*– Een mogelijke complicatie*

De komst en de interpretatie van de Dienstenrichtlijn kunnen hier een complicatie geven. Wanneer we een strikte scheiding tussen distributie van goederen en die van diensten hanteren, moeten we vaststellen dat er winkels zijn zoals reisbureaus, die geen goederen verkopen maar diensten aanbieden. De vraag komt dan op of voor dergelijke winkels ook de Winkeltijdenwet Europeesrechtelijk is toegestaan. Het probleem is namelijk dat het Hof van Justitie bij het vrij verkeer van diensten expliciet de mogelijkheid van verkoopmodaliteit heeft uitgesloten en zich daar bij vestiging nog niet over heeft uitgesproken. Dit probleem lijkt zich uit te breiden tot de volledige detailhandel als we met de Commissie aannemen dat de distributie van goederen ook onder de Dienstenrichtlijn valt. Met het eerder genoemde artikel VIII van het Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn is die situatie voor Nederland actueel. Op dit punt is nader onderzoek noodzakelijk want het kan niet de bedoeling zijn dat de Winkel-

tijdenwet problematisch wordt. Het komt ons echter voor dat we een onderscheid moeten maken tussen de gelegitimeerde invloed van de Winkeltijdenwet als niet discriminerende verkoopmodaliteit op het vrij verkeer van goederen en de wijze waarop die distributie van goederen is geregeld. Punt (76) van de preambule van de Dienstenrichtlijn, dat door Hessel ook is aangevoerd als argument dat de distributie van goederen ook onder de Dienstenrichtlijn valt, lijkt hier een aanknopingspunt voor te geven. Van daaruit ligt het voor de hand de toepasselijkheid van de Winkeltijdenwet op winkels die alleen diensten aanbieden ook te bepleiten. Anders zou er binnen de detailhandel een moeilijk te rechtvaardigen onderscheid ontstaan.

*b. Geen gebruiksvoorschriften*

Uit recentere jurisprudentie blijkt dat gebruiksvoorschriften onder het verbod van artikel 34 VWEU vallen en niet als verkoopmodaliteiten worden gezien.<sup>82</sup> Een Italiaans verbod op het gebruik van aanhangwagens voor motorfietsen en een Zweeds verbod op het gebruik van waterscooters in bepaalde wateren werden door het Hof van Justitie als maatregel van gelijke werking gekwalificeerd.<sup>83</sup>

#### 2.6.4 *Vrij verkeer van werknemers*

Bij de inventarisatie van de beleidskansen die het verbod biedt, kunnen we hier slechts twee mogelijkheden onderscheiden

*a. Er is geen sprake van werknemer*

Ook hier hebben we te maken met een ruime interpretatie van het begrip werknemer. Er moet sprake zijn van een persoon die de grens over gaat en dan arbeid in loondienst gaat verrichten. Bij de interpretatie van het begrip werknemer moet gekeken worden naar het Europese recht en de uitleg door het Hof van Justitie. Personen die op zoek zijn naar werk of gedurende een bepaalde tijd werkloos zijn vallen ook onder de Europese regels. Als een persoon niet in loondienst gaat werken maar zelfstandig dan wel tijdelijk diensten gaat verrichten, valt hij onder de regels van vestiging of dienstverlening. Verricht hij in het geheel geen economische activiteiten, bijvoorbeeld omdat hij gepensioneerd is, dan zijn de regels van burgerschap van toepassing. Er is derhalve niet veel beleidsruimte om aan het begrip werknemer te ontkomen en tevens aan de regels van vrij verkeer.

*b. Een zuiver interne situatie*

– *Een Nederlandse voetballer die van de ene Nederlandse club overgaat naar een andere*  
Uit het arrest *Bosman* blijkt dat ook op een beleidsterrein als sport de regels van vrij

82 S.A. de Vries, 'Goods Revisited – Nieuwe inzichten in de rechtspraak over het vrij verkeer van goederen', *NTER* 2009/4, p. 121-130.

83 HvJ EG 10 februari 2009, zaak C-110/05 (*Commissie/ Italië*); HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-142/05 (*Mickelsson*).

84 HVJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (*Bosman*).

verkeer van toepassing zijn.<sup>84</sup> De Belgische profvoetballer Bosman die van de voetbalclub van Luik overstapt naar de Franse voetbalclub Duinkerken kan aanspraak maken op de Europese regels van vrij verkeer van werknemers. Dat geldt niet voor de Nederlandse voetballer die van Ajax overstapt naar PSV. Dat is een zuiver interne situatie.

- *Een werknemer die uit Rotterdam komt, protesteert tegen de voorrang voor eigen bewoners bij het huisvestingsbeleid van de gemeente Utrecht*

De gemeente Utrecht hanteerde (of hanteert?) een voorrangbeleid voor eigen bewoners bij het ter beschikking stellen van huurwoningen in Leidsche Rijn. Een in Rotterdam wonende Nederlander die in Leidsche Rijn wil gaan wonen omdat hij werknemer wordt van de Universiteit Utrecht kan geen beroep doen op het vrij verkeer van werknemers en het daarbij behorende recht op huisvesting, omdat er sprake is van een zuiver interne situatie. De regels van het vrij verkeer – verboden en uitzonderingen – komen pas in het vizier wanneer een Belg aan die universiteit gaat werken, in Leidsche Rijn wil gaan wonen en bezwaar maakt tegen de voorrang voor mensen die al in Utrecht wonen.

- c. *Hier geen verkoopmodaliteit*

In het *Bosman*-arrest heeft het Hof van Justitie expliciet de mogelijkheid uitgesloten om bij het vrij verkeer van werknemers een vergelijkbare constructie toe te passen als de verkoopmodaliteiten bij goederen.

### 2.6.5 *Vrijheid van vestiging buiten Dienstenrichtlijn*

Zoals bekend valt de vestiging van dienstverleners in eerste instantie onder de Dienstenrichtlijn. De verdragsregels – verboden en uitzondering – van de vrijheid van vestiging zijn voor decentrale overheden van belang als zij (1) te maken hebben met vestiging die geen betrekking heeft op dienstverlening maar op goederen en (2) er sprake is van dienstverlening die in de Dienstenwet is uitgezonderd.

Bij de afbakening ten opzichte van de Dienstenrichtlijn speelt hier het probleem dat het onderscheid tussen goederen en diensten niet geheel duidelijk is.

Als een natuurlijke of rechtspersoon zich uit een andere lidstaat in Nederland vestigt en zich bezig houdt met de productie van goederen – fabrikant van conserven of een meubelmaker – is het in ieder geval duidelijk dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is maar de verdragsregels van de vrijheid van vestiging.

Zoals gebleken neemt de Commissie aan dat de distributiehandel van zowel goederen als diensten onder de Dienstenrichtlijn valt en heeft de Nederlandse wetgever dat standpunt overgenomen voor de detailhandel in het Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn (par. 2.3.2 onder a). Anderen zijn van mening dat de distributiehandel van goederen daar niet onder valt zodat er op dat punt verschil van mening bestaat die voor decentrale overheden, met name gemeenten vervelend is.

Bij de inventarisatie van de beleidskansen die dit verbod biedt, kunnen we twee en wellicht drie mogelijkheden onderscheiden.

*a. Er is geen sprake van vestiging*

Er is sprake van vestiging als een natuurlijke of rechtspersoon zich vanuit een andere lidstaat duurzaam vestigt in een andere lidstaat. Bij een natuurlijk persoon bestaat het onderscheid met het vrij werknemersverkeer hieruit dat de vestiger als zelfstandige economische activiteiten gaat verrichten. Omdat de vier vrijheden de verschillende economische activiteiten van personen dekken en voor niet economisch actieven de regels voor het Unieburgerschap van toepassing zijn, zijn er ook bij de vrijheid van vestiging weinig beleidsmogelijkheden om aan de regels van vestiging te ontkomen en niet bij een andere vrijheid of bij het burgerschap terecht te komen.

De afbakening van de duurzame vestiging ten opzichte van de tijdelijke dienstverlening is soms lastig. Beleidsmatig kan het voor decentrale overheden juist gunstig zijn om een maatregel te kiezen die onder de vestiging valt en niet onder de dienstverlening. Bij de uitwerking van de Dienstenrichtlijn is al gebleken dat er voor lidstaten meer ruimte is om eisen te stellen ten aanzien van personen die zich duurzaam vestigen dan ten aanzien van tijdelijke dienstverleners (denk aan de verzwaarde bewijslast voor vergunningen volgens artikel 16 Dienstenrichtlijn).

*b. Een zuiver interne situatie*

*– Een Amsterdammer die zich in Utrecht wil vestigen protesteert tegen het voorrangsbeleid van de gemeente*

Zoals de Nederlandse bewoner van Rotterdam die werknemer wordt aan de Universiteit Utrecht geen beroep kan doen op het vrij verkeer van werknemers, zo kan de Nederlandse bewoner van Amsterdam die zich als meubelmaker wil vestigen in Utrecht niet protesteren tegen het voorrangsbeleid van de gemeente.

De regels van de vrijheid van vestiging – verbod en uitzonderingen – komen pas in het vizier als een Franse meubelmaker zich wil vestigen in Utrecht.

*– De aanvrager voor een taxivergunning moet woonachtig zijn in de gemeente*

Omdat diensten op het gebied van vervoer niet onder de Dienstenrichtlijn vallen, is dit een aardig voorbeeld. De gemeente Manchester had voor het verkrijgen van een taxivergunning de eis gesteld dat de aanvrager van de vergunning in de gemeente woonachtig moest zijn.

Als een Engelse taxichauffeur uit een naburige plaats zich beroepen had op de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening was er sprake geweest van een zuiver interne situatie. De Verdragsregels van vrijheid van vestiging en dienstverlening – verboden en uitzonderingen – zouden pas aan de orde zijn gekomen als een Nederlandse taxichauffeur tegen de eis van vestiging zou hebben geprotesteerd. Taxivervoer is een dienst en het Europese recht verbiedt dat daarbij een eis van vestiging wordt gesteld.

Zo ver hoefde het echter niet te komen want Manchester werd aangepakt door de Commissie die van mening was dat het woonplaatsvereiste een feitelijke discriminatie kan opleveren die in strijd is met de vrijheid van vestiging (toenmaals art. 43 EG-Verdrag). Omdat de taxivergunning niet onder de Dienstenrichtlijn valt, kan een Nederlandse taxichauffeur geen beroep doen op de oude artikelen 43 en 49 EG-Verdrag, thans de artikelen 49 en 56 WVEU, als hij woonachtig is in een andere Nederlandse gemeente,

maar een buitenlandse taxichauffeur wel. Zie hier het duidelijke verschil met de Dienstenrichtlijn.

– *Een Nederlandse meubelmaker of een Nederlandse horecaondernemer heeft bezwaar tegen de bouwvergunning van een Nederlandse gemeente*

Zoals gezegd is in het kader van de implementatie van de Dienstenrichtlijn aandacht besteed aan de bouwvergunning. Daarbij heeft men geconcludeerd dat de bouwvergunning niet onder de Dienstenrichtlijn valt op grond van punt (9) van de preambule.

Dit sluit echter niet uit dat de bouwvergunning – en inmiddels de bepalingen uit de Wabo die daarop betrekking hebben – in overeenstemming moet zijn met de Verdragsregels van de vrijheid van vestiging. Die regels gelden niet alleen voor anderen dan de dienstverleners die onder de Dienstenrichtlijn vallen zoals meubelmakers maar ook voor grensoverschrijdende dienstverleners die wel onder de richtlijn vallen, zoals horecaondernemers. Er bestaat immers één belangrijke beperking: de Verdragsrechtelijke regels van vrijheid van vestiging kunnen alleen worden ingeroepen als er sprake is van grensoverschrijding. De Nederlandse meubelmaker en de Nederlandse horecaondernemers kunnen dus geen beroep doen op de vrijheid van vestiging ten opzichte van een Nederlandse bouwvergunning.

De regels van vrijheid van vestiging – verboden en uitzonderingen – zouden pas aan de orde komen als een Belgische meubelmaker of een Franse horecaondernemer zich in de gemeente wil vestigen.

Uit een oogpunt van de vergelijking tussen de Dienstenrichtlijn en de Verdragsbepalingen van de vrijheid van vestiging is het interessant te bezien welke kansen de overheid in het laatste geval zou hebben. We komen daar later op terug (par. 2.7.4).

Let op: er bestaat dus een essentieel verschil tussen Nederlandse vestigers die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen en Nederlandse vestigers die daar wel onder vallen. Niet alleen de Franse horecaondernemer die zich in Nederland wil vestigen kan een beroep doen op de Dienstenrichtlijn maar ook de Nederlandse horecaondernemer uit Rotterdam die zich in Utrecht wil vestigen.

– *Hoe zit het met gemeentelijke brancheringsbesluiten voor markten?*

De gemeente Rotterdam had een brancheringsbesluit vastgesteld voor een markt. Daarbij werd een maximumaantal staanplaatsen vastgesteld voor aardappelen, groeten en fruit en kramerijkleding. Een aantal meelopers werd een dagplaats geweigerd en deze beriepen zich op de Dienstenrichtlijn. De voorzieningenrechter kwam tot het voorlopige oordeel dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is omdat het gaat om de verkoop van goederen.<sup>85</sup> Vervolgens toetste de rechter de maatregelen aan artikel 49 VWEU. Daarbij paste de rechter het verbod en de uitzonderingen toe en kwam tot de conclusie dat de maatregel van de gemeenten aan de eisen van de uitzonderingen voldeed. Dit is een interessante uitspraak.

<sup>85</sup> Vzng. Rb. Rotterdam 1 december 2010, LJN BO6006.

Als de distributie van goederen onder de Dienstenrichtlijn valt, kunnen ook Nederlandse marktkeoplui een beroep doen op de Dienstenrichtlijn. Moeten we bij de distributie van goederen echter een beroep doen op de Verdragsvrijheid van vestiging dan komen de regels van vrij verkeer – verbod en uitzonderingen – alleen in het vizier wanneer er sprake is van grensoverschrijdende marktkeoplui (of wanneer de Commissie een infractieprocedure start). Als het gaat om Nederlandse keoplui die jegens de Nederlandse overheid een beroep willen doen op het vrij verkeer, gaat dat niet op omdat er sprake is van een zuiver interne situatie. In de uitspraak zijn de namen en de woonplaatsen van de klagende meelopers niet vermeld. Het moet sterk betwijfeld worden dat we hier (mede) te maken hebben met grensoverschrijdende marktkeoplui. Als dat niet het geval was, had de rechter een beroep op artikel 49 VWEU moeten afwijzen. De gemeente heeft daar recht op.

Het kan ook zo zijn dat de voorzieningenrechter bewust rekening heeft gehouden met een zo niet aanwezige dan wel mogelijke grensoverschrijdende situatie. De uitspraak geeft dan een aardig beeld van de stappen die de professionele beleidsmaker zou moeten zetten wanneer hij zijn marktbrancheringsbeleid in overeenstemming wil brengen met de vrijheid van vestiging. Wij komen daar op terug (par. 2.7.4 onder b).

Wij stellen overigens vast dat er een moeilijk te rechtvaardige verschil bestaat tussen het hier voor markten gemaakte onderscheid tussen goederen en diensten – in overeenstemming met de mening van PID, IPO en VNG – en het inmiddels door de Nederlandse wetgever ingenomen standpunt voor de detailhandel. Dat wordt nog problematischer als we vaststellen dat veel andere lidstaten niet alleen de detailhandel voor goederen maar ook de distributie via markten en ambulante handel aan de Dienstenrichtlijn hebben getoetst.<sup>86</sup>

- *Een eigen onderdaan kan regels van ruimtelijke ordening niet aanpakken met beroep op vrij verkeer*

Het mag bekend worden verondersteld dat in het voor decentrale overheden zeer belangrijke *Konle*-arrest sprake is van een Duitser Konle die zich in Oostenrijk wil vestigen. Daarmee kon de Tiroler regelgeving inzake ruimtelijke ordening getoetst worden aan de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal.

Dat een eigen onderdaan die nooit in een andere lidstaat heeft gewoond of gewerkt de ruimtelijke ordeningsregels van zijn eigen lidstaat niet kan aanpakken met een beroep op de regels van vrij verkeer is duidelijk door het Hof van Justitie beslist in het arrest *Gauchard*.<sup>87</sup>

De Fransman Gauchard werd strafrechtelijk vervolgd omdat hij ervan verdacht werd dat hij de verkoopruimte van zijn supermarkt in Falaise had uitgebreid zonder de daarvoor benodigde vergunning. Gauchard verweerde zich met te stellen dat de Franse regeling inzake de aanleg of uitbreiding van warenhuizen in strijd is met het vrij ver-

86 Commission Staff Working Paper, On the process of mutual evaluation of the Service Directive, Brussels, 27 januari 2011 SEC(2011) 102 final, p. 62.

87 HvJ EG 8 december 1987, zaak 20/87 (*Gauchard*).

keer van vestiging omdat zij discrimineert tussen ondernemingen. In de prejudiciële procedure die door de Franse strafrechter was gevolgd verwierp het Hof een beroep op de regels van vrij verkeer omdat er sprake was van een zuiver interne situatie.

*c. Onzekerheid over de mogelijkheid van verkoopmodaliteiten*

Het Hof van Justitie heeft zich nog niet kunnen uitspreken over de vraag of er bij de vrijheid van vestiging een vergelijkbare constructie mogelijk is als de verkoopmodaliteiten bij het vrij verkeer van goederen. Er bestaat dus onduidelijkheid of hier beleidskansen zijn voor de decentrale overheden.

**2.6.6 Vrij verkeer van diensten buiten de Dienstenrichtlijn**

Zoals bekend geldt voor dienstverlening in eerste instantie de Dienstenrichtlijn. De Verdragsregels voor het vrij verkeer van diensten zijn voor decentrale overheden van belang wanneer zij (1) te maken hebben met dienstverlening die expliciet van de Dienstenrichtlijn is uitgezonderd; (2) er sprake is van een casus over dienstverlening waarin de regels van de Dienstenrichtlijn niet voorzien; en (3) wanneer er een geschil is over de uitleg of reikwijdte van de dienstenrichtlijn die in conflict lijkt te zijn met de uitleg of reikwijdte van de primaire Verdragsregels. Het secundair Europees recht zoals de richtlijn, mag niet in conflict zijn met het primair Europees recht, de verdragen.

Bij diensten die expliciet van de Dienstenrichtlijn zijn uitgesloten kunnen we denken aan vervoersdiensten zoals taxi's, ambulances, ziekenzorg, gokken en particuliere beveiliging.

Bij de inventarisatie van de beleidskansen die het verbod biedt, kunnen we twee mogelijkheden onderscheiden

*a. Er is geen sprake van dienstverlening*

Het begrip dienstverlening is in het Europese recht een soort vangnet ten opzichte van de andere vrijheden. In de zin van de verdragen worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze verrichtingen niet van toepassing zijn. Deze ruime omschrijving maakt het moeilijk om aan het begrip dienstverlening te ontkomen. De belangrijkste beperking van het begrip ligt in de eis dat er sprake moet zijn van een grensoverschrijdende activiteit.

Ook de eis dat er sprake moet zijn van een vergoeding biedt enige ruimte. Zo wordt regulier onderwijs waar studenten of ouders alleen maar collegegeld of schoolgeld voor betalen niet als een dienst aangemerkt omdat die financiële bijdrage geen reële tegemoetkoming is aan de kosten.<sup>88</sup> Men moet er echter op bedacht zijn dat de vergoeding niet betaald hoeft te worden door de ontvanger van de dienst. Als een VVV gratis bemiddelt bij het vinden van hotels omdat zij dat kan dankzij overheidssubsidie

<sup>88</sup> HvJ EG 27 september 1988, zaak C-263/86 (*Humbel*) en HvJ EG 7 december 1993, zaak C-109/92 (*Wirth*).



is daarmee niet gezegd dat die VVV geen diensten verricht. Deze punten spelen een rol bij de staatssteun maar hebben betrekking op het begrip dienst in de zin van artikel 56 VWEU.

*b. Een zuiver interne situatie*

Bij een zuiver interne situatie kan geen beroep worden gedaan op de Verdragsbepalingen van het vrij verkeer van diensten.

– *Een Nederlandse taxichauffeur heeft bezwaar tegen de vergunningseisen*

Bij het vrij verkeer van vestiging hebben we er al op gewezen dat een Nederlandse taxichauffeur – die niet onder de Dienstenrichtlijn valt – geen beroep kan doen op het vrij verkeer van diensten en op de vrijheid van vestiging.

– *Een Nederlands particulier beveiligingsbureau heeft bezwaar tegen de vergunningseis in de Nederlandse wet*

Zoals bekend zijn particuliere beveiligingsbureaus uitgezonderd van de Dienstenrichtlijn. De Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus stelt een vergunning vereist voor de uitoefening van deze dienstenactiviteit. Een Nederlands bureau dat bezwaar heeft tegen deze vergunningseis kan jegens de Nederlandse overheid geen beroep doen op het vrij verkeer van diensten. Er is sprake van een zuiver interne situatie.

De Verdragsbepalingen van het vrij verkeer van diensten komen wel aan de orde als een Belgisch beveiligingsbureau de Nederlandse overheid aanspreekt op de vergunningseis.

De Nederlandse regelgeving kan ook in het geding komen als de Commissie een inbreukprocedure start. Dit is, zoals we later zullen zien, hier het geval geweest (par. 2.7.5 onder b).

*c. Hier geen verkoopmodaliteit*

In het arrest *Alpine Investments* heeft het Hof van Justitie de mogelijkheid uitgesloten om bij het vrij verkeer van diensten een vergelijkbare constructie toe te passen als de verkoopmodaliteiten bij goederen.<sup>89</sup>

### 2.6.7 Vrij verkeer van kapitaal

Het vrij verkeer van kapitaal speelt voor decentrale overheden met name een rol wanneer onderdanen uit andere lidstaten onroerend goed kopen. Voorschriften op het gebied van ruimtelijke ordening kunnen in aanraking komen met het vrij verkeer van kapitaal.

*a. Er is geen sprake van kapitaalverkeer*

Omdat er bij artikel 63 VWEU (voorheen art. 56 EG-Verdrag) sprake moet zijn van een grensoverschrijdende activiteit is er geen sprake van kapitaalverkeer in de zin van

<sup>89</sup> HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93 (*Alpine Investments*), r.o. 33 t/m 39.

het Verdrag als een Nederlandse onderdaan woonachtig in een Nederlandse gemeente een stuk grond koopt in een andere Nederlandse gemeente.

*b. Een zuiver interne situatie*

– *De Amsterdammer die protesteert tegen het verbod van permanente bewoning van zijn tweede huisje in Buren*

Eerder zijn we al in gegaan op de Europese regels die van invloed zouden zijn op het verbod om tweede huisjes permanent te bewonen (par. 2.6.1). Zoals gezegd is er geen secundaire Europese regelgeving op dat punt zodat alleen de regels van het vrij verkeer aan de orde kunnen komen.

Wanneer een in Amsterdam woonachtige Nederlander in bezwaar komt tegen het verbod van de gemeente Buren om zijn tweede huis permanent te bewonen is er sprake van een zuiver interne situatie. De Amsterdammer kan zich dus niet beroepen op het vrij verkeer van kapitaal (en de vrijheid van vestiging). Dat is anders voor zijn Duitse buurman. Omdat de maatregelen van de gemeente Buren voldoen aan de Europese regels en uitzonderingen, staat de gemeente ook sterk tegen de Duitse buurman.

*c. Onzekerheid over de mogelijkheid van verkoopmodaliteiten*

Het Hof van Justitie is nog niet voor de vraag gesteld of bij het vrij verkeer van kapitaal een vergelijkbare constructie van toepassing is als de niet-discriminerende verkoopmodaliteit bij het vrij verkeer van goederen.

### 2.6.8 *Vrij verkeer van EU-burgers buiten de Burgerschapsrichtlijn*

Voor het vrije verkeer van EU-burgers is in de eerste plaats de Burgerschapsrichtlijn 2004/38/EG van belang. Daarnaast spelen de Verdragsbepalingen een aanvullende rol, vooral wanneer het gaat om burgers die langer dan drie maanden, maar korter dan vijf jaar in een andere lidstaat verblijven.<sup>90</sup> Het gaat bijvoorbeeld om toegang tot onderwijs voor EU-onderdanen. De beleidskansen die artikel 21 VWEU biedt worden vooral begrensd door het non-discriminatiebeginsel.

Verder biedt het Hof van Justitie met zijn uitspraak in *Zambrano* aan EU-burgers een tweede route door verblijfsrechten van EU-burgers los te koppelen van vrijverkeersrechten. Dit betekent dat de kansen voor decentrale overheden om de verblijfsrechten van EU-onderdanen en hun familieleden aan banden te leggen in ieder geval beperkter zijn geworden; maar hoe beperkt is voornog onduidelijk. In de *Zambrano*-zaak stond het verblijfsrecht van de familie Zambrano ter discussie. De Zambrano's hebben de Colombiaanse nationaliteit en waren destijds uit Colombia naar België gevlucht. Ondanks het feit dat hun asielaanvraag was afgewezen, werden ze België niet uitgezet gezien de burgeroorlog destijds in Colombia. Ondertussen worden twee kinderen in België geboren die de Belgische nationaliteit verkrijgen. De vragen die het Hof van

<sup>90</sup> C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 459.

Justitie in deze zaak uiteindelijk moet beantwoorden betreffen enerzijds of de kinderen die Unieburgers zijn een recht op verblijf hebben zonder gebruik te hebben gemaakt van het vrije verkeer – zij zijn immers altijd in België gebleven; anderzijds of de ouders, die derdelanders zijn, een afgeleid verblijfsrecht hebben op grond van het Unieburgerschap van hun kinderen. Het Hof beantwoordt deze vragen bevestigend (zie hiervoor, par. 2.5.1 sub f). Maar uit de meer recente *McCarthy*-zaak blijkt dat een derdelander die weliswaar een band heeft met een Unieburger niet zonder meer een verblijfsrecht in de Europese Unie heeft. In deze zaak stond de vraag centraal of een Brits-Ierse onderdaan op grond van het Unieburgerschap voor haar Jamaicaanse echtgenoot een verblijfsrecht in het Verenigd Koninkrijk kon claimen, hetgeen door het Hof van Justitie ontkennend werd beantwoord. Uit de zaken *Zambrano* en *McCarthy* kan worden afgeleid dat slechts in bijzondere omstandigheden door de nationale overheid het effectieve genot kan worden ontzegd van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten.<sup>91</sup>

## 2.7 Kansen benutten van de uitzonderingen op de Verdragsverboden

Als een bepaalde overheidsmaatregel in strijd is met een van de Verdragsbepalingen van vrij verkeer is zij in beginsel verboden tenzij er een beroep kan worden gedaan op een van de uitzonderingen op dat verbod. In het voorgaande hebben we verschillende keren gezien dat bepaalde overheidsmaatregelen onder een van de verboden van vrij verkeer vallen en dat die verboden dus niet de gewenste beleidsruimte bieden. Dat betekent niet dat de decentrale overheid dat gewenste beleid niet zouden kunnen uitvoeren, maar dat zij dat beleid moet afstemmen op de kansen die de uitzonderingen op de Verdragsverboden bieden.

### a. Ruime verboden vragen om vooraf inspelen op de uitzonderingen

Omdat de vier vrijheden en de regels inzake non-discriminatie en burgerschap van de Unie zo ruim worden geïnterpreteerd, dienen de decentrale overheden zich te realiseren dat zij zeer vaak op allerlei beleidsterreinen met deze verboden te maken hebben. Dan is het zaak dat zij van meet af aan hun beleid zo vorm geven dat zij vooraf inspelen op de kansen die de Europese uitzonderingen op het verbod bieden.

### 2.7.1 *Het EU-recht biedt ruimte voor een afweging tussen marktverstoring en niet-economische belangen*

Hoewel de interne markt en het tegengaan van verstoringen daarvan cruciaal zijn voor het Europese recht, bieden de Europese verdragen vanouds al de mogelijkheid om verstoringen van de interne markt – in dit hoofdstuk door overheidshandelen – af te wegen tegen het nastreven van niet-economische belangen en die onder nadere voorwaarden te laten prevaleren boven de verstoring van de markt door een inbreuk op een van de vrijheden. Economische belangen kunnen geen reden zijn voor een uitzondering op het verbod want daarvoor geldt de markt.

91 HvJ EU 8 maart 2011, zaak C-34/09 (*Zambrano*); HvJ EU 5 mei 2011 (*McCarthy*).

Naast de limitatief geldende verdragsexcepties (par. 2.5.2) heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak in de loop der jaren voor alle vrijheden de *rule of reason* toegepast. Dat is een open categorie van belangen, die naast de reeds in de rechtspraak erkende belangen ook ruimte laat voor andere dwingende redenen van algemeen belang. De *rule of reason* is echter vanouds alleen inroepbaar bij niet-discriminerende maatregelen, zij het dat er ook wel ruimte lijkt te zijn voor de *rule of reason* bij indirect discriminerende maatregelen zoals een woonplaatsvereiste. Bij een discriminerende maatregel kan alleen een beroep worden gedaan op de Verdragsexcepties.

– *Parallellen met artikel 9 e.v. Dienstenrichtlijn*

Decentrale overheden hebben met de uitzonderingsmogelijkheden op de verboden al kennisgemaakt bij de Dienstenrichtlijn. Zoals gezegd wijkt artikel 16 Dienstenrichtlijn voor tijdelijke dienstverlening af van de rechtspraak van het Hof van Justitie bij het verdragsverbod van vrij verkeer van diensten omdat de *rule of reason* is uitgeschakeld (par. 2.3.3 onder c). Maar in het navolgende zullen we zien dat de stappen die bij toepassing van artikel 9 Dienstenrichtlijn gezet moeten worden parallel lopen met de stappen die bij uitzonderingen op de andere verbodsbepalingen gezet moeten worden. Om de kansen van de uitzonderingen van zowel de Verdragsexcepties als de *rule of reason* te benutten moeten de professionele decentrale beleidsmakers een aantal stappen zetten. In de uitwerking van de stappen kunnen we het *Konle*-arrest herkennen dat zo belangrijk is voor de toepassing van artikel 9 Dienstenrichtlijn.

a. *Onderzoeken of er richtlijnen of verordeningen zijn voor het beleidsterrein*

Het is mogelijk dat de Europese wetgever in een richtlijn of verordening al een evenwicht heeft gezocht tussen de marktwerking en bepaalde belangen. Als er voor een bepaald beleidsterrein richtlijnen of verordeningen bestaan moet de beleidsmaker zich richten op die Europese regels. Wanneer de Europese regels volledige harmonisatie beogen – en daarmee de spanning tussen markt en niet-economisch belang volledig beogen op te lossen – kan de overheid geen beroep meer doen op de Verdragsexcepties of de *rule of reason*.

Als er geen secundair Europees recht is, kan de beleidsmaker zijn toevlucht nemen tot de primaire Verdragsregels en de daarvoor geldende uitzonderingen. Dan moeten de volgende stappen gezet worden.

– *Permanente bewoning van tweede huisjes kan verboden worden*

Een gemeente die het gebruik van tweede huisjes wil beperken door permanente bewoning te verbieden moet zich realiseren dat een dergelijke maatregel ten opzichte van onderdanen uit een andere lidstaat een inbreuk vormt op het vrij verkeer van kapitaal. Als de gemeente desalniettemin het permanent bewonen van tweede huisjes wil verbieden, moet zij de uitzonderingen op het vrij verkeer van kapitaal benutten. De beleidsmaker kijkt allereerst of er richtlijnen of verordeningen zijn die het gebruik van tweede huisjes regelen. Die zijn er niet en dan kan de beleidsmaker gebruik maken van de excepties op het Verdragsverbod. Daarbij moet de beleidsmaker een aantal stappen zetten die we herkennen in de –juiste! – toepassing van artikel 9 Dienstenrichtlijn.

*b. Een expliciete keuze van een Verdragsbelang of een dwingende reden van algemeen belang*

De beleidsmaker moet allereerst de maatregel die inbreuk maakt op een van de vrijverkeersregels expliciet baseren op hetzij een van de belangen die in het Verdrag worden genoemd, hetzij op een belang dat onder de *rule of reason* kan worden gebracht.

– *Maatregel niet-discriminerend maken voor beroep op de rule of reason*

Dat betekent dat de beleidsmaker de maatregel nadrukkelijk niet-discriminerend moet maken wanneer de verdragsexcepties geen soelaas bieden en een beroep op de *rule of reason* nodig is. In verband met de volgende te zetten stappen is het van groot belang dat er een duidelijke selectie wordt gemaakt van het in te roepen belang.

– *Beroep op de ruimtelijke ordening onder de rule of reason*

Een niet-professionele beleidsmaker zou in de verleiding kunnen komen een beroep te doen op de verdragsexceptie van de openbare orde van artikel 63 VWEU (par. 2.5.2 onder d). Gegeven de enge interpretatie van dat begrip is dat echter een verkeerde keuze. Er moet een beroep worden gedaan op de *rule of reason*. Gekozen kan worden voor het belang van de ruimtelijke ordening als dwingende reden van algemeen belang. In dat geval is het belangrijk dat de maatregel een niet-discriminerend karakter heeft. Zou de gemeente gekozen hebben voor een vergunning die alleen voor buitenlanders geldt, dan kan de *rule of reason* niet worden ingeroepen. Een eerste stap is dan dat de vergunning zowel voor eigen onderdanen als voor buitenlanders geldt.

*c. Noodzakelijkheid van de te nemen maatregel*

Vervolgens moet de beleidsmaker bezien of de maatregel die een inbreuk maakt op het vrij verkeer noodzakelijk en geschikt is om het in te roepen belang te realiseren.

De gemeente kan aannemelijk maken dat het beperken van het gebruik van tweede huisjes noodzakelijk en geschikt is voor de realisering van de ruimtelijke ordening.

*d. Proportionaliteit van de maatregel*

Als de maatregel noodzakelijk en geschikt is veronderstelt een goede afweging tussen de marktverstoring en het in te roepen belang dat de maatregel de markt niet meer verstoort dan nodig is. Als een minder versturende maatregel ook geschikt is, moet daarvoor worden gekozen. Deze proportionaliteitstoets is met name van belang wanneer de decentrale overheid kiest voor een vergunning of een andere vorm van toestemming vooraf. Een vergunning of toestemming vooraf is een zware belemmering van het vrij verkeer. Als het te bereiken doel ook gerealiseerd kan worden met een eenvoudige melding of met maatregelen achteraf, moet daarvoor gekozen worden.

– *Vergunning vooraf belemmert de vrijheid meer dan zware maatregelen achteraf*

Hoewel de verleiding groot is het in Nederland veel gebruikte instrument van de vergunning vooraf proportioneel te vinden, is de professionele beleidsmaker zich ervan bewust dat de vergunning vooraf een ernstige belemmering is van het vrij verkeer. Uit het *Konle*-arrest is gebleken dat het Hof van Justitie het instrument van de vergun-

ning vooraf niet proportioneel vindt als het gaat om het regelen van het gebruik van huizen. Het toezicht op de bewoning van huizen kan volgens het Hof ook gerealiseerd worden met maatregelen achteraf zoals geldboeten, een bevel aan de verkrijger om het goorloofd gebruik van het goed onmiddellijk te beëindigen op straffe van gedwongen verkoop daarvan en door de vaststelling van de nietigheid van de rechtshandeling met aanpassing van het kadaster.<sup>92</sup>

De gemeente kiest hier dan ook niet voor een vergunning of een andere toestemming vooraf maar voor controle achteraf, desgewenst in combinatie met geldboeten en onmiddellijke beëindiging of straffe van gedwongen verkoop.

*e. Eisen aan de vergunningscriteria en de procedure*

Ten slotte moet de beleidsmaker die de kansen van de uitzonderingen wil benutten, zich realiseren dat de regelgeving waarop een vergunning of andere toestemming vooraf is gebaseerd ook aan bepaalde eisen moet voldoen.

Het Hof van Justitie staat kritisch tegenover een discretionaire bevoegdheid bij vergunningen of toestemmingen vooraf omdat die ruimte laat voor willekeur door de overheid. Om die reden moet de regeling gebaseerd zijn op objectieve criteria die niet-discriminerend zijn en vooraf kenbaar. Verder moet de procedure die gevolgd wordt bij het toekennen van een vergunning of toestemming vooraf ook aan bepaalde eisen voldoen: er moet sprake zijn van gemakkelijk toegankelijke procedureregels die de aanvrager waarborgen dat zijn aanvraag binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zal worden behandeld terwijl er bovendien een beroepsmogelijkheid moet bestaan.

*f. Goede toepassing van artikel 9 Dienstenrichtlijn kan worden doorgetrokken naar uitzonderingen van de Verdragsverboden*

Wanneer de decentrale overheden de stappen van artikel 9 e.v. Dienstenrichtlijn goed hebben gezet kan deze wijze van handelen worden doorgetrokken naar de uitzonderingen op de Verdragsverboden.

Dat is natuurlijk geen verrassing als we bedenken dat de stappen van artikel 9 Dienstenrichtlijn zijn ontleend aan het *Konle* -arrest waar we te maken hebben met vrijheid van vestiging en vrij verkeer van kapitaal. Deze overeenstemming met de andere vrijheden en hun uitzonderingen mag tevens duidelijk maken dat de screening en aanpassing door de VNG, waarin de Europese proportionaliteitstoets niet goed is verricht en een ruime interpretatie van het begrip openbare orde is gehanteerd, nog eens tegen het licht gehouden moet worden. In ieder geval moet die wijze van handelen door decentrale overheden niet worden toegepast bij het benutten van de kansen van de uitzonderingen op de Verdragsverboden.

<sup>92</sup> HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97 (*Konle*).

## 2.7.2 *Uitzonderingen op het vrije goederenverkeer*

### 2.7.2.1 *Uitzonderingen op tarifaire en fiscale belemmeringen*

#### *a. Geen uitzonderingen voor tarifaire belemmeringen*

Bij tarifaire belemmeringen bestaan geen mogelijkheden om een beroep te doen op niet-economische belangen ter rechtvaardiging van heffingen die in strijd zijn met artikel 30 VWEU. Het doel van de heffing is namelijk irrelevant. Dit blijkt uit de zaak *Sociaal Fonds Diamantarbeiders*, waarbij een heffing die gold voor ingevoerde diamanten en diende ter ondersteuning van een sociaal fonds voor de diamantarbeiders in Antwerpen, als een heffing van gelijke werking werd gekwalificeerd.<sup>93</sup>

Omdat het verbod nagenoeg geen beleidsruimte laat en er geen uitzonderingsmogelijkheden bestaan op tarifaire belemmeringen, doen Europabewuste beleidsmakers er goed aan niet te kiezen voor het beleidsinstrument van heffingen op in- of uit te voeren goederen.

#### *b. Wel uitzonderingsmogelijkheden voor fiscale belemmeringen*

Voor fiscale belemmeringen ligt dit anders. Ook al bestaat er geen Verdragsexceptie voor fiscale belemmeringen, uit een aantal zaken kan worden afgeleid dat indirecte discriminerende belastingmaatregelen gerechtvaardigd kunnen worden indien ze een bepaalde doelstelling van algemeen belang nastreven, zoals de bescherming van consumenten, regionale ontwikkeling of milieubescherming. Zo bepaalde het Hof van Justitie in de *Bergandi*-zaak dat een progressief belastingstelsel dat verband houdt met de verschillende categorieën van speelautomaten, waarmee wettige sociale doelen worden nagestreefd en dat de binnenlandse productie niet fiscaal bevoordeelt ten koste van de soortgelijke of concurrerende ingevoerde productie, niet onverenigbaar is met artikel 110 VWEU.<sup>94</sup> Uit de *Outokumpu Oy*-zaak kan worden afgeleid dat een gedifferentieerd belastingstelsel, dat tarieven op elektriciteit invoert afhankelijk van het productieprocedé, gerechtvaardigd zou kunnen worden op basis van overwegingen verband houdend met het milieu.<sup>95</sup> Naast milieubescherming zijn ook andere gronden erkend die een mogelijke rechtvaardiging vormen voor een gedifferentieerd belastingstelsel,<sup>96</sup> zoals de bescherming van de consument, of de bescherming van regionale *economische* ontwikkeling, zoals de ondersteuning van de productie van bepaalde zoete wijnen in een regio in Frankrijk.<sup>97</sup>

Decentrale beleidsmakers die overwegen om een gedifferentieerd belastingstelsel in te voeren op grond van bepaalde niet-economische belangen, dienen hun beleidsinstrument af te stemmen op de rechtspraak van het Hof van Justitie over belastingstelsels.

93 HvJ EG 1 juli 1969, gevoegde zaken 2/69 en 3/69 (*Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*).

94 HvJ EG 15 december 1987, zaak 252/86 (*Bergandi*), r.o. 32.

95 HvJ EG 2 april 1998, zaak C-213/96 (*Outokumpu Oy*), r.o.31. Zie ook de Roemeense heffingen op vervuulende auto's: HvJ EU 7 april 2011, zaak C-402/09 (*Ioan Tatu*), r.o. 60.

96 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 60-61.

97 HvJ EG 7 april 1987, zaak 196/85 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 7-9.

### 2.7.2.2 *Uitzonderingen op non-tarifaire belemmeringen*

Beleidsmakers die de beleidskansen van deze uitzonderingen willen benutten hebben de keuze uit de Verdragsexcepties van artikel 36 VWEU (zie par. 2.5.2 onder b) en – bij een niet-discriminerende maatregel – de *rule of reason*.

#### – *De regio Wallonië wilde de toestroom van afval indammen*

Hoewel de Europese regels voor grensoverschrijdend vervoer van afval nu anders zijn, is het interessant naar het arrest *Waalse afvalstoffen*<sup>98</sup> te kijken omdat daarin sprake was van een regionale regeling waar deels een richtlijn op van toepassing was en die deels onder de Verdragsregels – verbod en uitzondering – van het vrij verkeer van goederen valt.

In 1985 stelde de Waalse gewestwetgever een verordening vast die verbiedt afval afkomstig uit andere lidstaten of een ander Belgisch gewest op te slaan, te storten of te lozen. De regeling spreekt van afval zonder meer en maakt geen onderscheid tussen gevaarlijk en niet gevaarlijk afval. Op dat moment is er een Richtlijn 84/631/EEG die voorschrijft dat bij grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen de bevoegde autoriteiten de lidstaat van invoer een gedetailleerde kennisgeving moeten zenden. De autoriteiten van de lidstaat van invoer moeten die bevestigen en kunnen in uitzonderingsgevallen bezwaar maken tegen de invoer uit een oogpunt van milieu, volksgezondheid e.d.

De Commissie startte een inbreukprocedure en het Hof van Justitie toetste de regeling aan de richtlijn voor zover het gevaarlijke afvalstoffen betreft en aan het vrij verkeer van goederen voor zover het gaat om niet gevaarlijke afvalstoffen.

#### – *Gevaarlijke afvalstoffen en Richtlijn 84/631/EEG*

Voor zover het gevaarlijke afvalstoffen betreft, is de Waalse regeling in strijd met Richtlijn 84/631/EEG. De Waalse regeling kent een verbodstelsel met zeer beperkte uitzondering en de richtlijn gaat uit van de mogelijkheid van grensoverschrijdend vervoer behoudens uitzonderingen. Richtlijnconforme interpretatie is niet mogelijk, dus de Waalse regeling moet voor gevaarlijke afvalstoffen buiten toepassing worden gelaten.

#### – *Niet gevaarlijke afvalstoffen*

Voor niet gevaarlijke afvalstoffen is er geen richtlijn, zodat het Hof van Justitie hier toetst aan de regels van het Verdrag. Het verbod van invoer is in strijd met het verbod van het vrij verkeer van goederen. Het Hof acht voor niet gevaarlijk afval echter een beroep op milieubescherming als dwingende reden van algemeen belang gerechtvaardigd.

Omdat we hier te maken hebben met een invoerverbod is het merkwaardig dat het Hof hier een beroep op de *rule of reason* mogelijk acht. Er wordt wel gedacht dat het Hof met dit arrest ook ruimte heeft gemaakt voor de *rule of reason* bij discriminerende maatregelen. Het Hof beperkt in deze uitspraak de *rule of reason* echter expliciet tot

<sup>98</sup> HvJ EG juli 1992, zaak C-2/90 (*Waalse afvalstoffen*).



zonderonderscheid-maatregelen. Het spreekt van een bijzondere situatie bij milieu als gevolg van het zelfvoorzienings- en het nabijheidsbeginsel uit het Verdrag van Bazel. Hiermee lijken de beleidskansen die de milieuetceptie biedt ruimer dan louter zonderonderscheid-maatregelen.

Zoals gezegd is de Europese regelgeving voor grensoverschrijdend vervoer inmiddels veranderd. Mede naar aanleiding van het *Waalse afvalstoffen*-arrest heeft de Europese wetgever in 1993 Verordening (EG) nr. 259/93 vastgesteld betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap.<sup>99</sup> Deze verordening is vervangen door Verordening (EG) nr. 1013/2006 van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen.<sup>100</sup> De centrale overheden moeten nu dus deze verordening volgen waar het overbrenging van afvalstoffen betreft.

– *Vrij verkeer van goederen in samenhang met aanbesteding: productclausules*

Dat de verschillende regels van de interne markt in onderlinge samenhang bezien moeten worden blijkt duidelijk uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>101</sup>

De Ierse gemeente Dundalk had in een bericht van openbare aanbesteding van een drinkwatervoorzieningsproject de clausule opgenomen dat de te gebruiken waterleidingbuizen van asbestcement moeten voldoen aan de Ierse norm. Spaanse buizen die wel aan de internationale normen, zoals ISO 160, voldeden maar niet aan de Ierse, kwamen niet in aanmerking.

In de inbreukprocedure van de Commissie bepaalde het Hof van Justitie dat de eis van Dundalk in strijd was met het vrij verkeer van goederen. Het technische argument van de Ierse regeling dat de buizen moesten aansluiten op het bestaande leidingnet en het beroep op de Verdragsexceptie van volksgezondheid werden door het Hof verworpen.

– *Vrij verkeer van goederen en samenhang met staatssteun*

Dat de verschillende regels van de interne markt in onderlinge samenhang bezien moeten worden, blijkt duidelijk uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>102</sup>

Een Italiaanse regeling schrijft voor dat gemeentelijke openbaarvervoerbedrijven hun voertuigen van Italiaanse fabrikanten moeten betrekken om voor financiële steun van staatswege in aanmerking te komen.

In de inbreukprocedure van de Commissie verwerpt het Hof het standpunt van de Italiaanse regering dat hier sprake is van een regeling die onder de staatssteun valt en dus niet getoetst mag worden aan de regels van vrij verkeer. Naar vaste rechtspraak hebben de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen en die betreffende de steunverlening een gemeenschappelijk doel, namelijk het verzekeren van het vrije verkeer van goederen onder normale concurrentievoorwaarden. Dat het hier slechts ging om de subsidiëring van prototypes doet niet ter zake want ook een geringe invoerbelemmering valt onder het verbod van vrij verkeer van goederen (bij de vrijverkeersregels is er geen de minimis-drempel.)

99 *PbEU* 1993, L 30/1.

100 *PbEU* 2006, L 190/1.

101 HvJ EG 22 september 1988, zaak 45/87 (*Dundalk*).

102 IIvJ EG 5 juni 1986, zaak 103/84 (*Italiaanse bussen*).

### 2.7.3 *Uitzonderingen op vrij werknemersverkeer*

Bij het vrij werknemersverkeer van artikel 45 e.v. VWEU moeten we bij het benutten van de kansen van de uitzonderingen op het verbod een onderscheid maken tussen migratierechten, markttoegangsrechten en begeleidende rechten.

Voor de migratierechten bestaan vanouds uitzonderingsmogelijkheden op grond van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Deze uitzonderingen worden eng geïnterpreteerd en die vinden we terug in de Richtlijn voor inreis- en verblijfsrechten van Unieburgers. Daarmee zijn zij ook van toepassing op natuurlijke personen die zich willen vestigen of tijdelijk diensten komen verrichten en op Unieburgers die geen economische activiteiten verrichten.

Op de markttoegangsrechten zijn ook uitzonderingen mogelijk met een beroep op de drie Verdragsexcepties. Daarnaast kan bij niet-discriminerende belemmeringen de *rule of reason* worden ingeroepen.

De begeleidende rechten voor werknemers, zoals recht op huisvesting en recht op onderwijs voor hun kinderen zijn in eerste instantie gebaseerd op Verordening (EEG) nr. 1612/68. Met de invoering van Richtlijn 2004/38/EG zijn de begeleidende rechten ook doorgetrokken naar natuurlijke personen die zich vestigen, tijdelijke diensten verlenen of als Unieburgers en hun familie in een andere lidstaat mogen verblijven. Als de begeleidende rechten niet direct of indirect discrimineren, mogen er wel drempels worden opgelegd mits deze evenmin discrimineren.

#### *a. Migratierechten*

- *De afdeling burgerzaken van een gemeente wil niet in de problemen komen met de regels van vrij verkeer*

De professionele beleidsmaker is ervan op de hoogte dat op het terrein van burgerzaken (zoals afgifte van uittreksels uit de gemeentelijke basisadministratie en burgerlijke stand, verlenging of afgifte van paspoorten en de afgifte van rijbewijzen jegens Unieburgers) alleen een paspoort of identiteitskaart kan worden gevraagd om zich te legitimeren. Dit geldt dus niet alleen voor werknemers uit andere lidstaten maar voor alle Unieburgers.<sup>103</sup>

- *Een gemeente wil bij het toekennen van huursubsidie niet in de problemen komen met de regels van vrij verkeer*

De professionele beleidsmaker is ervan op de hoogte dat werknemers afkomstig uit andere lidstaten gelijke aanspraak kunnen maken op huursubsidie als eigen onderdanen en dat de legitimatieplicht jegens Unieburgers beperkt is tot het vragen van een paspoort of identiteitskaart. Er mogen geen andere eisen worden gesteld.<sup>104</sup>

<sup>103</sup> Tot nu toe is ten aanzien van decentrale overheden de nadruk gelegd op het vrij verkeer van diensten en de daarvoor vastgestelde Dienstenrichtlijn. De Europese regels voor het vrij personen verkeer zijn echter ook van groot belang met name voor gemeenten. Zie voor de uitwerking van de Europese personenregels voor de afdeling burgerzaken: Luijendijk 2005.

<sup>104</sup> Zie Luijendijk 2005, p. 314-315.

*b. Markttoegangsrechten*

- *De provincie Fryslân wil aan een aan te stellen ambtenaar de eis stellen dat zij de Friese taal beheerst. Dat moet worden aangetoond door een verklaring door de Fryske Akademie.*

Een dergelijke taaleis om toegang te krijgen tot een bepaalde functie is, ook wanneer zij aan Nederlanders wordt gesteld, een belemmering voor een werknemer uit een andere lidstaat. De eis valt dus onder het verbod van artikel 45 en moet worden geëlimineerd met een beroep op een exceptie.

- *Exceptie noodzakelijk en proportioneel.*

Dit betekent dat de taaleis voor bepaalde activiteiten van de provincie noodzakelijk en proportioneel moet zijn. Een algemene eis voor alle ambtenaren van de provincie is dus onmogelijk maar de taaleis kan wellicht noodzakelijk en proportioneel geacht worden voor ambtenaren die contact onderhouden met bewoners van Fryslân die alleen Fries spreken.

- *Eis van wederzijdse erkenning*

De eis dat de vereiste taalvaardigheid alleen maar kan worden aangetoond door een verklaring van de Fryske Akademie is onacceptabel.

Bij een beroep op bepaalde eisen geldt in het Europese recht de eis van wederzijdse erkenning. Het is niet toegestaan het vrij verkeer te belemmeren met eisen die in het land van oorsprong al worden gesteld en daarmee een herhaling zijn van eerder gestelde eisen.<sup>105</sup>

In aansluiting op deze casus willen wij erop wijzen dat de eis van de wederzijdse erkenning ook meespeelt bij de toepassing van de stappen van artikel 9 e.v. Dienstenrichtlijn met name bij het concretiseren van de voorwaarden die aan de vergunning verbonden kunnen worden. Het is echter de vraag of dat door de betrokken decentrale overheden wel voldoende wordt beseft.<sup>106</sup> Bij het benutten van de kansen van de uitzonderingen op de Verdragsverboden is de wederzijdse erkenning cruciaal.

*c. Begeleidende rechten*

- *Vorrang bij huisvesting aan eigen bewoners*

De professionele gemeentelijke beleidsmaker – volgens de eerdere voorbeelden van de gemeente Utrecht – kent de kans die het verbod van vrij werknemersverkeer hem biedt dat hij niets te vrezen heeft van Nederlanders die in een andere gemeente wonen en een beroep willen doen op de regels van vrijwerknemersverkeer.

Deze beleidsmaker wacht echter niet af tot er een Belgische werknemer gaat klagen tegen de voorrang voor eigen bewoners maar wil zijn huisvestingsbeleid op voorhand in overeenstemming brengen met de Europese regels.

<sup>105</sup> Zie hiervoor HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98 (*Angonese*). Zie ook Luijendijk 2005, p. 287.

## 2.7.3

– *Discriminatieverbod voor begeleidende rechten*

Op grond van artikel 9 lid 1 van Verordening (EEG) nr. 1612/68 hebben werknemers die onderdaan zijn van een lidstaat in een andere lidstaat sinds decennia alle rechten en voordelen die aan de nationale werknemers zijn toegekend met inbegrip van het verwerven in eigendom.

Het gelijke recht op huisvesting is daarmee een begeleidend recht voor werknemers uit andere lidstaten. Zij mogen niet direct of indirect gediscrimineerd worden.

Binnen het decentrale huisvestingsbeleid is daarmee ruimte voor niet-discriminerende maatregelen als inkomensdrempels voor sociale huisvesting, urgentieregels e.d.

– *Voorrang eigen bewoners is indirecte discriminatie: kansen in de excepties*

Decentraal huisvestingsbeleid waarbij voorrang wordt gegeven aan eigen bewoners is echter wel indirect discriminerend, dus verboden. In dat geval moet de kans gevonden worden in de excepties: er moet een expliciet beroep worden gedaan op een dwingende reden van algemeen belang – denk aan ruimtelijke ordening of volkshuisvesting – en de geschiktheids- en evenredigheidstoets moet in de besluitvorming worden meegenomen. De grens ligt bij het opnemen van nationaliteitsvoorwaarden voor huisvesting, wat verboden is.<sup>107</sup>

– *Toepassing van Richtlijn 2004/38/EG*

Sinds 2004 is Richtlijn 2004/38/EG van toepassing voor Unieburgers. Dit betekent dat op grond van artikel 24 van die richtlijn niet alleen werknemers maar alle Unieburgers en hun familie recht hebben op het begeleidende recht van huisvesting. Door het huisvestingsbeleid op voorhand in overeenstemming te brengen met de Europese regels is de gemeente dus niet alleen voorbereid op de Belg die als werknemer in de gemeente wil komen wonen, maar ook op de Duitser die zich in de gemeente wil vestigen.

– *Belemmering bij afgifte van rijbewijzen*

Dat begeleidende rechten ver kunnen gaan, blijkt duidelijk uit het arrest *Choquet*.<sup>108</sup> Omdat je voor de uitoefening van bepaalde activiteiten als werknemer, als zelfstandige of als dienstverlener een rijbewijs nodig kunt hebben, werken deze regels van vrij verkeer door naar de afgifte van rijbewijzen.

De Fransman Choquet, in loondienst werkzaam en woonachtig in Duitsland, wordt aldaar in de jaren zeventig voor de strafrechter gedaagd omdat hij een voertuig bestuurt met een, volgens de Duitse wet, niet geldig Frans rijbewijs. De toenmalige Franse wet bepaalt dat iedere houder van een buitenlands rijbewijs die meer dan een jaar in de Bondsrepubliek woont, een Duits rijbewijs moet behalen. Dit leidt tot de vraag of deze regeling in strijd is met het vrij verkeer van werknemers en het algemene discriminatieverbod uit het Verdrag.

In de prejudiciële procedure beslist het Hof van Justitie dat het niet relevant is dat er geen specifieke Europese regels zijn die specifiek betrekking hebben op rijbewijzen.

<sup>106</sup> B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn en de decentrale overheden', in: Hessel e.a. 2009, p. 65.

<sup>107</sup> Luijendijk 2005, p. 366-370.

<sup>108</sup> HvJ EG 28 november 1978, zaak 16/78 (*Choquet*).

Niet mag immers worden miskend dat de nationale regelingen betreffende de afgifte en de onderlinge erkenning van rijbewijzen door de lidstaten zowel rechtstreeks als zijdelings van invloed zijn op de uitoefening van de rechten die in de Verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers, de vestiging en dienstverlening worden gewaarborgd. Gezien het belang van de individuele vervoermiddelen kan het bezit van een door het gastland naar behoren erkend rijbewijs van invloed zijn op de doeltreffende uitoefening van een groot aantal in loondienst verrichte of zelfstandige beroepsbezigheden door onder het gemeenschapsrecht vallende personen.

Omdat er grote verschillen bestaan tussen de lidstaten bij de afgifte van rijbewijzen is het – zonder voldoende harmonisatie – niet onvermijdelijk met het gemeenschapsrecht wanneer een lidstaat van onderdanen van andere lidstaten verlangt dat zij een nationaal rijbewijs halen. Er is echter sprake van strijd met het gemeenschapsrecht als de wettelijke bepalingen een zodanige hindernis zouden opwerpen dat zij in feite een inbreuk maken op het vrij verkeer van werknemers, vrijheid van vestiging of vrij verkeer van diensten. Dat zou het geval kunnen zijn bij een onnodige herhaling van eisen die al in de lidstaat van oorsprong worden gesteld, bij taalproblemen en bij buitensporige financiële lasten.

Nadien is, naar aanleiding van dit arrest Richtlijn 91/439/EG vastgesteld.<sup>109</sup> Op grond van die richtlijn moeten lidstaten zonder enige formaliteit rijbewijzen die afgegeven zijn in een EU-lidstaat, onderling erkennen, ongeacht de nationaliteit van de houder van het rijbewijs.<sup>110</sup>

– *Reductie op openbaar vervoertarieven*

Een professionele decentrale beleidsmaker die bepaalde groepen die gebruik willen maken van het openbaar vervoer reductie wil geven (ouderen, jongeren, studenten) laat zich informeren dat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie reductie op spoorwegtarieven tot de sociale voordelen wordt gerekend waar werknemers uit andere lidstaten op grond van Verordening (EEG) nr. 1612/68 gelijk recht hebben als de eigen werknemers. Dat betekent dat bij die tarieven niet direct (nationaliteit) of indirect (bewoners) gediscrimineerd mag worden.

Sinds 2004 is Richtlijn 2004/38/EG van toepassing voor Unieburgers. Dit betekent dat op grond van artikel 24 van die richtlijn niet alleen werknemers maar alle Unieburgers en hun familie recht hebben op het begeleidende recht van reductie op openbaar vervoertarieven.

– *Onderwijs- en studiefinanciering-toegang en studiefinanciering*

Een professionele decentrale beleidsmaker moet ervoor zorgen dat er bij de toegang tot onderwijs geen onderscheid gemaakt wordt tussen studenten uit andere EU-lidstaten en eigen onderdanen. Zo mag geen hoger collegegeld worden gevraagd voor

<sup>109</sup> *PbEG* 1991, L 237/1

<sup>110</sup> Hanneke Luijendijk komt tot de conclusie dat de toenmalige registratieplicht in de Nederlandse Wegenverkeerswet 1994 procedureel onevenredig zwaar en daarmee in strijd met het Europese recht. Luijendijk 2005, p. 296.

studenten uit andere lidstaten. Dit is uitgemaakt in de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>111</sup> Alleen onder bepaalde strikte voorwaarden kan de lidstaat de toegang voor EU-onderdanen uit andere lidstaten beperken, volgens het Hof in de *Bressol*-zaak. Deze zaak betrof een decreet van de Franse Gemeenschap van België dat hogere onderwijsinstellingen verplicht om de instroom van niet-verblijvende studenten te beperken voor negen medische en paramedische opleidingen. Door de toename van het aantal inschrijvingen uit het buitenland zag de Franse Gemeenschap zich genoodzaakt om deze maatregel vast te stellen. Zowel studenten als onderwijzend personeel hadden zich hiertegen verzet. Het Hof van Justitie bepaalde dat een dergelijke indirect discriminerende maatregel gerechtvaardigd kan zijn als de maatregel bijdraagt aan een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid. De nationale rechter moet dan uitmaken of, bijvoorbeeld, er een tekort kan ontstaan aan voldoende gekwalificeerd personeel in België wanneer de niet-verblijvende studenten terugkeren naar hun eigen lidstaat.<sup>112</sup>

Uitgangspunt is ook dat EU-studenten niet mogen worden gediscrimineerd bij de toekenning van studiebeurzen.<sup>113</sup> Maar de beleidsmaker mag wel verblijfsvoorwaarden stellen om te garanderen dat de aanvrager van een studiebeurs in voldoende mate is geïntegreerd in de lidstaat. Uit de *Förster*-zaak en uit artikel 24 lid 2 van Richtlijn 2004/38/EG blijkt dat gelijke behandeling kan worden uitgesloten voor Unieburgers die geen permanent verblijfsrecht hebben. Hier zit dus ruimte voor de beleidsmaker.<sup>114</sup>

#### 2.7.4 *Uitzonderingen op vrijheid van vestiging buiten de Dienstenrichtlijn*

##### *a. Migratierechten*

De migratierechten voor onderdanen met de nationaliteit van een andere lidstaat en hun familie die zich in Nederland willen vestigen worden geregeld in Richtlijn 2004/38/EG. Decentrale overheden kunnen die rechten dus alleen maar beperken met een beroep op de eng geïnterpreteerde begrippen openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.

De parallellie met de juist geïnterpreteerde kansen van artikel 16 Dienstenrichtlijn dringt zich op.

##### *b. Marktoegangsrechten*

Bij de beleidskansen die de uitzonderingen op Verdragsbepalingen van vrije vestiging bieden, dringt de parallellie zich op met de stappen die decentrale overheden moeten zetten bij de kansen van artikel 9 Dienstenrichtlijn. Dit kan worden uitgewerkt aan de hand van een aantal casusposities dat dicht tegen de Dienstenrichtlijn aanligt.

111 HvJ EG 13 februari 1985, zaak 293/83 (*Gravier*).

112 HvJ EU 13 april 2010, zaak C-73/08 (*Bressol*).

113 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-184/99 (*Grzelczyk*); HvJ EG 15 maart 2005, zaak C-209/03 (*Bidar*); HvJ EG 18 november 2008, zaak C-158/07 (*Förster*).

114 HvJ EG 18 november 2008, zaak C-158/07 (*Förster*).

Zoals gezegd wordt in Nederland de discussie over de toepasselijkheid van brancheringsmaatregelen voor de detailhandel thans gevoerd aan de hand van de Dienstenrichtlijn. Dit sluit aan op het standpunt van de Commissie dat distributiehandel onder die richtlijn valt en daarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen distributiehandel van diensten en van goederen. Dit standpunt is inmiddels terug te vinden in artikel VIII van het Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn. Voordat de wetgever die beslissing nam, is er uitgebreid gediscussieerd tussen de PID, IPO en VNG enerzijds die van mening zijn (of waren?) dat de distributie van goederen niet onder de Dienstenrichtlijn valt en Bart Hessel die met de Commissie het standpunt verdedigt dat die distributie van goederen daar wel onder valt.

Wanneer decentrale overheden alleen kijken naar de Dienstenrichtlijn en zich niet realiseren dat zij ook nog met andere vrijheden te maken hebben, dreigt de discussie over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn te veel gewicht te krijgen. Alsof gemeenten geen problemen zouden hebben met brancheringsmaatregelen of andere distributieregels voor goederen wanneer die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen.

Wanneer we de Dienstenrichtlijn bezien in samenhang met de andere vrijheden wordt duidelijk dat het voor decentrale overheden inhoudelijk weinig uitmaakt of brancheringsregels moeten worden getoetst aan de eisen van de Dienstenrichtlijn of dat de verdragsregels van de vrijheid van vestiging van toepassing zijn. De parallelie tussen artikel 9 Dienstenrichtlijn en de rechtspraak over de uitzonderingen op de vrijheid van vestiging is evident. (Het verschil is dat Nederlandse dienstverleners jegens decentrale overheden wel een beroep kunnen doen op de Dienstenrichtlijn en niet op de Verdragsregels van vrije vestiging en vrij verkeer van diensten.)<sup>115</sup>

We kunnen dat illustreren aan de hand van twee zaken. Allereerst een arrest van het Hof van Justitie dat betrekking heeft op Spaanse brancheringsregels in de tijd dat de Dienstenrichtlijn nog niet werd toegepast. In de tweede plaats bespreken wij de reeds genoemde casus van de Rotterdamse brancheringsregeling voor markten waarop volgens de Rotterdamse voorzieningenrechter de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is

– *Toetsing van brancheringsregels vóór de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn*

In een inbreukprocedure die de Commissie op 16 september 2008 (voor de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn) had aangespannen tegen Spanje wegens een brancheringsregeling voor de vestiging van winkels in Catalonië toetste het Hof van Justitie het standpunt van de Commissie dat deze regeling op een aantal punten in strijd was met de Verdragsbepalingen van vrijheid van vestiging.<sup>116</sup>

De aangevochten regeling vereist een voorafgaande vergunning voor de opening van grote winkelbedrijven in de autonome regio Catalonië. Daarbij wordt de vestiging beperkt tot bepaalde gebieden en de verkoopoppervlakte van de nieuwe winkelbedrijven beperkt.

<sup>115</sup> Volgens onze waarneming heeft dit overigens niet onbelangrijke verschil geen rol gespeeld bij de neiging om de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn beperkt te interpreteren.

<sup>116</sup> HvJ EU 24 maart 2011, zaak C-400/08 (*Commissie/Spanje*).

## 2.7.4

– *Ruimte voor dwingende redenen van algemeen belang maar geen economische motieven*

Er is ruimte voor dwingende redenen van algemeen belang zoals milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming. Zuiver economische doelstellingen zijn niet toegestaan.

Spanje wil de vestiging van grote winkelbedrijven beperken tot gebieden met hoge bevolkingsconcentraties, waar de vraag het grootst is, en beperkingen stellen aan de omvang van winkelbedrijven in dunner bevolkte gebieden. Daarmee beoogt de regeling vervuilende autoritten te vermijden, stedelijk verval tegen te gaan, een milieuvriendelijk model te behouden en de bereikbaarheid van die winkelbedrijven met openbaar vervoer te waarborgen. Dat is toegestaan en de regeling is daarvoor geschikt. Voor een aantal verdergaande specifieke beperkingen had de lidstaat een analyse moeten maken om de geschiktheid en evenredigheid aan te tonen.

– *Vergunning vooraf is evenredig*

Het standpunt van Spanje dat voor de bescherming van ruimtelijke ordening en milieu een vergunning vooraf nodig is, wordt door het Hof van Justitie gedeeld. Bij maatregelen achteraf kunnen de ruimtelijke ordening en het milieu al zijn aangetast.

– *Criteria bij de vergunning*

De eisen om bij de afgifte van de vergunning rekening te houden met de aanwezigheid van commerciële voorzieningen in het betrokken gebied en het effect van een nieuwe vestiging op de commerciële structuur van het gebied hebben betrekking op de gevolgen voor de bestaande handel en de structuur van de markt en niet op consumentenbescherming. Deze overwegingen zijn zuiver economisch en dus niet toegestaan.

– *Raadplegen van de commissie voor commerciële voorzieningen*

Op zich is het raadplegen van een dergelijke commissie om voor de afgifte van een vergunning te kijken naar ruimtelijke ordening en milieubescherming geschikt. Door de samenstelling van het orgaan is echter het belang van de bestaande lokale handel het enige in de commissie vertegenwoordigde sectorale belang. Dat moet anders.

– *Onduidelijkheid van de criteria*

Criteria als ‘voorwaarden die bepalend zijn voor de veiligheid van het project en de integratie van het winkelbedrijf in de stedelijke omgeving’, de ‘door het project gegenereerde verkeersstromen’ en ‘het recht van de consument op een breed en gevarieerd aanbod wat de kwaliteit, kwantiteit, prijzen en kenmerken van producten betreft’ worden door de Commissie te onduidelijk gevonden. Volgens het Hof van Justitie zijn ze niet te onduidelijk. Het is moeilijk vooraf nauwkeurige drempels of maxima vast te stellen voor het nastreven van de legitieme belangen.

– *Stilzwijgende afwijzing van de vergunning*

De Spaanse regeling kent een omgekeerde procedure als de *Lex silencio positivo* van de Dienstenrichtlijn. Na een bepaalde termijn van stilzitten wordt de vergunning geacht te zijn geweigerd: een *lex silencio negativo* dus. Het Hof van Justitie keurt deze



procedure die door de bevoegde autoriteiten gemakkelijk kan worden gehandhaafd goed.

Als dergelijke brancheringsregelingen onder de Dienstenrichtlijn vallen, is dat uiteraard niet meer mogelijk.

- *Quota in een brancheringsregeling voor markten als de Dienstenrichtlijn daarop niet van toepassing zou zijn*

In de eerder genoemde casus van de Rotterdamse brancheringsregeling voor markten hebben we te maken met de Marktverordening Rotterdam 2008.<sup>117</sup> Deze verordening kent de mogelijkheid het aantal staanplaatsen te beperken. Op grond van het Marktreglement kan inschrijving worden geweigerd indien, naar het oordeel van burgemeester en wethouders, het aantal gegadigden voor een bepaalde branche of artikelgroep de behoefte aan een verantwoorde en doelmatige opbouw van de markt overtreft. Op grond hiervan werd voor de markt van 6 juli 2010 een maximumaantal vaste plaatsen vastgesteld voor de verkoop van aardappelen, groenten en fruit en voor kleding.

De professionele Rotterdamse beleidsmaker wil niet afwachten tot er een marktkoopman uit een andere lidstaat gaat klagen over de regeling maar wil op voorhand de brancheringsregeling voor markten in overeenstemming brengen met de regels van vrij verkeer. Als we met de voorzieningenrechter aannemen dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is maar de Verdragsbepaling van vrije vestiging, moet de beleidsmaker een aantal stappen zetten die sterk overeenkomen met de stappen die onder de Dienstenrichtlijn gezet zouden moeten worden.

- *Vergunningen en quota vallen onder het verbod*

Niet alleen bij de Dienstenrichtlijn maar in het algemeen vallen vergunningen en quota die de toegang tot de markt beperken onder de verboden van het vrij verkeer, in casu de vrijheid van vestiging.

- *Beleidskansen zitten in de excepties met name de rule of reason*

Er is sprake van – of bewust gekozen voor – niet-discriminerende vergunningen en quota. Daarbij kan een beroep worden gedaan op een dwingende reden van algemeen belang, met de voorzieningenrechter: het streven naar een aantrekkelijke en goed lopende markt.

- *De geschiktheids- en evenredigheidstoets vindt plaats*

De beleidsmaker neemt in zijn besluitvorming, met de voorzieningenrechter, de volgende overweging op: 'Uit de aard der zaak, waar schaarse publieke ruimte per dag feitelijk in beslag wordt genomen, is preventief toezicht in de vorm van een vergunningstelsel welhaast onontkoombaar.' Daar voegt de beleidsmaker dan nog aan toe dat de quota voor de artikelgroep AGF en de artikelgroep kleding eveneens evenredig zijn. Dat is natuurlijk lastiger dan bij vergunningen maar niet onmogelijk.<sup>118</sup> Er dreigt het

<sup>117</sup> Vznr. Rb. Rotterdam 1 december 2010, LJN BO6006.

<sup>118</sup> Zie Luijendijk 2005, p. 327.

gevaar dat de markt veel te eenzijdig wordt wanneer zij, binnen de beperkte beschikbare ruimte, overspoeld wordt door staanplaatsen voor AGF en kleding.

– *Eisen aan de vergunningcriteria en de procedure*

Volledigheidshalve zal de beleidsmaker ook nog kijken of de regeling voldoet aan de transparantie en de snelheid die bij het benutten van de kansen van de excepties in acht moeten worden genomen. De snelheid zal hier geen probleem zijn.

Bij de implementatie en screening van de Dienstenrichtlijn is aandacht besteed aan de bouwvergunning. Met een beroep op punt (9) van de preambule van de Dienstenrichtlijn hebben de screeners vastgesteld dat de bouwvergunning niet onder de Dienstenrichtlijn valt. Wanneer decentrale overheden alleen naar de Dienstenrichtlijn kijken, lijkt de bouwvergunning daarmee geen Europeesrechtelijke problemen te geven. Dat blijkt echter te simpel gedacht. Reeds voor de totstandkoming van de Dienstenrichtlijn is aangegeven dat de bouwvergunning moet voldoen aan bepaalde eisen van de vrijverkeersregels.

Dat de decentrale overheden de bouwvergunning buiten beschouwing hebben gelaten is opmerkelijk als we ons herinneren dat de minister van BZK de colleges van Gedeputeerde Staten en de colleges van burgemeester en wethouders op 7 januari 2000 een brief heeft gestuurd naar aanleiding van het *Konle*-arrest over de toenemende invloed van de Europese regelgeving op de nationale, regionale en lokale ruimtelijke ordening. Naar aanleiding daarvan kwam de vraag aan de orde of de bouwvergunningplicht in de toenmalige Nederlandse Woningwet wel in overeenstemming is met de regels van vrij verkeer.

– *Europese eisen aan de bouwvergunning*

In haar proefschrift gaat Hanneke Luijendijk in op de vraag of de bouwvergunningplicht in de Nederlandse Woningwet in overeenstemming is met de Europese verdragsbepalingen van het vrij verkeer van personen.<sup>119</sup>

De stappen die daarbij gezet moeten worden zullen inmiddels herkenbaar zijn.

– *De bouwvergunningplicht is een belemmering voor migranten*

Zoals eerder gezegd kunnen een Nederlandse meubelmaker en een Nederlandse horecaondernemer geen beroep doen op de Verdragsbepalingen van vrij verkeer (2.6.5 onder b). Hun collega's die bij hun grensoverschrijdende entree in Nederland met de bouwvergunning te maken krijgen, kunnen zich wel op de vrijverkeersregels beroepen. De professionele beleidsmaker die niet wil wachten tot een onderdaan van een andere lidstaat zich beroept op de vrijverkeersregels wil op voorhand stappen zetten om de bouwvergunning in overeenstemming te brengen met het Europese recht.

<sup>119</sup> Luijendijk 2005, p. 310.

– *Expliciet beroep op een dwingende reden van algemeen belang (rule of reason)*  
Omdat de toenmalige bouwvergunning niet discriminerend is, kan een beroep worden gedaan op de *rule of reason*. In navolging van het *Konleer* arrest kan hier gedacht worden aan het belang van de ruimtelijke ordening.<sup>120</sup>

– *Noodzakelijkheid- en proportionaliteitstoets*

Hanneke Luijendijk zegt hierover:

‘De noodzakelijkheid van een vergunningstelsel hangt conform de jurisprudentie van het HvJEG in de eerste plaats af van het feit of het stelsel slechts bedoeld is om te voorkomen dat grond wordt gebruikt in strijd met de duurzame bestemming ervan. In de tweede plaats hangt de noodzakelijkheid van een vergunningstelsel af van het feit of dezelfde doeleinden van ruimtelijke ordening ook bereikt zouden kunnen worden met een aangifteprocedure, die is voorzien van adequate rechtsmiddelen.’<sup>121</sup>

Luijendijk is naar onze mening terecht van oordeel dat de vergunningseis hier proportioneel is omdat het instrument van de aangifte met daaraan gekoppelde adequate sancties niet voorkomt dat grond met de bestemming van bijvoorbeeld landbouw of natuur onherroepelijk wordt aangetast.

– *Eisen aan vergunningscriteria en procedure*

Aanvullend merkt Luijendijk op dat er nog meer factoren meespelen bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de bouwvergunning, namelijk de aard van de vergunningscriteria en de procedure voor vergunningverlening.

We moeten dus vaststellen dat het buiten beschouwing laten van de bouwvergunning bij de screening van de Dienstenrichtlijn niet betekent dat de decentrale overheden bij de bouwvergunning geen problemen kunnen hebben met het Europese recht. Migranten, dus ook dienstverleners die zich – in aansluiting op artikel 9 e.v. Dienstenrichtlijn – willen vestigen, kunnen zich naast de Dienstenrichtlijn beroepen op de vrijverkeersregels om eventuele bezwaren tegen de bouwvergunning in te roepen. Dan blijkt dat bij de bouwvergunning dezelfde stappen gezet moeten als bij de toepassing van artikel 9 Dienstenrichtlijn.

Zoals bekend is de bouwvergunning inmiddels onderdeel gaan uitmaken van de Wabo. We hebben deze beschouwingen over de bouwvergunning toch opgenomen om duidelijk te maken dat de toets van de Wabo aan het Europese recht niet beperkt is tot het aanpassen aan de juiste screening van de Dienstenrichtlijn maar ook aan de Verdragsbepalingen van vrij verkeer.

c. *Begeleidende rechten*

– *De gemeente stelt expositieruimte ter beschikking aan eigen kunstenaars*

Het komt nogal eens voor dat een gemeente die zich cultureel wil betonen in het gemeentehuis of een ander gemeentelijk onderkomen kunstenaars uit de gemeente in

<sup>120</sup> Zie ook reeds J.W. van de Gronden, ‘Wetgeving ruimtelijke ordening getoetst aan de Europese regels van het vrije verkeer en de aansprakelijkheid van decentrale overheden’, *NTER* 1999/10, p. 252-254.

de gelegenheid stelt om enige tijd hun producten te exposeren. Als kunstenaars uit een nabije gemeente bezwaar maken dat zij daar niet mogen exposeren, kunnen zij geen beroep doen op de Europese regels van vrij verkeer. De Duitse kunstenaar Steinhauser die geen gebruik mocht maken van de expositiefaciliteiten van de gemeente Biarritz omdat die was voorbehouden aan Franse kunstenaars deed met succes een beroep op de vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie besliste dat het recht om te exposeren een uitvloeisel was van de vrijheid van vestiging (de belemmering om te exposeren).<sup>122</sup>

Een gemeente die alleen expositieruimte ter beschikking stelt aan Nederlandse kunstenaars handelt dus in strijd met het recht van vestiging ten opzichte van buitenlandse kunstenaars die zich hebben gevestigd. Maar als voorrang wordt gegeven aan eigen bewoners is er ook een probleem: bij indirecte discriminatie moeten de kansen gezocht worden in de excepties.

### 2.7.5 *Uitzonderingen op vrij verkeer van diensten buiten de Dienstenrichtlijn*

#### a. *Migratierechten*

De migratierechten voor onderdanen met de nationaliteit van een andere lidstaat en hun familie die zich in Nederland willen vestigen worden geregeld in Richtlijn 2004/38/EG. Decentrale overheden kunnen die rechten dus alleen maar beperken met een beroep op de eng geïnterpreteerde begrippen openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.

De parallellie met de juist geïnterpreteerde kansen van artikel 16 Dienstenrichtlijn dringt zich op.

#### b. *Markttoegangsrechten: rule of reason!*

Het grote verschil met de Dienstenrichtlijn is dat decentrale beleidsmakers voor diensten die niet onder de richtlijn vallen gebruik kunnen maken van de ruime kansen die de rechtspraak biedt om belemmering van de markttoegang te legitimeren met een beroep op de *rule of reason*. Deze is in artikel 16 Dienstenrichtlijn weggelaten.

#### – *Nederlandse regelgeving voor particuliere beveiligingsbureaus is aangepakt*<sup>123</sup>

Zoals bekend valt de regelgeving voor particuliere beveiligingsbureaus buiten de Dienstenrichtlijn met als gevolg dat Nederlandse beveiligingsbureaus jegens de Nederlandse overheid geen beroep kunnen doen op de Verdragsbepalingen van het vrij verkeer van diensten. Desalniettemin is de Nederlandse Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus toch gesneuveld onder die Verdragsbepalingen namelijk door een inbreukprocedure van de Commissie. In de klachten van de Commissie en het oordeel van het Hof herkennen we elementen die ook in de Dienstenrichtlijn voorkomen.

121 Luijendijk 2005, p. 311.

122 HvJ EG 18 juni 1985, zaak 197/84 (*Steinhauser*).

123 HvJ EG 7 oktober 2004, zaak C-189/03 (*Europese Commissie/Nederland*).

– *Beginsel van wederzijdse erkenning*

De Nederlandse wet bleek in strijd met het vrij verkeer van diensten omdat ondernemingen die op Nederlands grondgebied diensten willen verrichten een (niet-discriminerende) vergunning nodig hebben. Dat is een belemmering van vrij verkeer en daarbij werd geen rekening gehouden met de verplichtingen waaraan buitenlandse dienstverleners al in hun eigen lidstaat moeten voldoen.

– *Legitimatiebewijs afgegeven door Nederlandse autoriteit en tegen betaling*

Een identiteitskaart of paspoort is volgens het Hof van Justitie voldoende voor Nederlandse burgers om zich van de identiteit van de dienstverlener te kunnen vergewissen. Het beroep van Nederland op de noodzaak van een apart legitimatiebewijs om de burgers te beschermen (*rule of reason*) gaat niet op. Deze eis is niet proportioneel voor zover er geen rekening wordt gehouden met controles en verificaties in de lidstaat van oorsprong.

– *Criminaliteitsbestrijding als dwingende reden van algemeen belang om de markttoegang te beperken*

Zoals eerder behandeld (par. 2.3.3 onder d) laat artikel 16 Dienstenrichtlijn niet toe om de toegang tot bepaalde markten voor tijdelijke dienstverleners te beperken om redenen van criminaliteitsbestrijding. Het Europese begrip openbare orde laat daar geen ruimte voor.

Het opmerkelijke verschil tussen de kansen die artikel 16 Dienstenrichtlijn biedt en de kansen die de rechtspraak van het Hof van Justitie over het vrij verkeer van diensten biedt, blijkt duidelijk uit de volgende casus.<sup>124</sup>

– *Criminaliteitsbestrijding bij de markt van kansspelen*

Om te voorkomen dat kansspelen via internet worden geëxploiteerd met bedrieglijk of crimineel oogmerk geeft Portugal aan een streng gecontroleerde Portugese organisatie zonder winstoogmerk het exclusieve recht om loterijen, lottospelen en sportwedenschappen via internet te organiseren en te exploiteren.

Een in Oostenrijk en Gibraltar gevestigde onderneming stelt dat Portugal handelt in strijd met het vrij verkeer van diensten. In de prejudiciële procedure zet het Hof van Justitie de volgende stappen om een beroep om criminaliteitsbestrijding te legitimeren.

– *Er is geen communautaire harmonisatiewetgeving voor kansspelen zodat gekeken moet worden naar artikel 49 EG-Verdrag*

De Portugese regeling is een belemmering van het vrij dienstenverkeer.

– *Een niet-discriminerende beperking van toegang tot de markt kan op grond van de rule of reason worden toegestaan*

De Portugese beperking is niet-discriminerend en wordt gelegitimeerd met een beroep op criminaliteitsbestrijding. Criminaliteitsbestrijding is een legitieme dwingende reden van algemeen belang.

<sup>124</sup> HvJ EG 8 september 2009, zaak C-42/07 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional*).

– *Noodzakelijkheid- en proportionaliteitstoets*

Wat betreft de vraag of de belemmering noodzakelijk is, kan een lidstaat van oordeel zijn dat het enkele feit dat een particuliere marktdeelnemer rechtmatig kansspelen via internet aanbiedt in een andere lidstaat, waar hij aan controles is onderworpen, niet kan worden beschouwd als voldoende waarborg dat de nationale consumenten worden beschermd tegen fraude en criminaliteit. Bijkomende factor is dat er via internet geen rechtstreeks contact is tussen de consument en de marktdeelnemer.

c. *Begeleidende rechten*

De verdragsregels van het vrij dienstenverkeer zijn niet alleen van toepassing op dienstverleners die in de Dienstenrichtlijn zijn uitgesloten. Zij zijn ook van belang als het om rechten gaat die niet in de richtlijn worden geregeld. Op het gebied van de begeleidende rechten is dat veelal het geval

– *Een gemeente wil met beleid voor de behandeling van slachtoffers in het openbaar vervoer niet in de problemen komen met de regels van vrij verkeer*

De professionele beleidsmaker laat zich voorlichten over de toepasselijke Europese regels. Hij hoort dat in het verleden de gemeente Parijs in strijd bleek te handelen met het vrij verkeer van diensten omdat zij de gratis hulp voor slachtoffers in de Parijse metro had beperkt tot Fransen. De Britse toerist Cowan kwam niet voor die hulp in aanmerking. Een buitenlandse toerist is een dienstontvanger waarop de regels van het vrij dienstenverkeer van toepassing zijn. Het Hof van Justitie bepaalde dat medische opvang een begeleidend recht is van het vrij verkeer van diensten, waar buitenlandse dienstontvangers gelijke aanspraak op kunnen maken als de eigen bevolking.<sup>125</sup>

Sinds 2004 is Richtlijn 2004/38/EG van toepassing voor Unieburgers. Dit betekent dat op grond van artikel 24 van die richtlijn niet alleen toeristen als dienstontvangers maar alle Unieburgers en hun familie recht hebben op het begeleidende recht van medische opvang bij openbaar vervoer.

d. *Openbare orde soms ruimer bij diensten*

Recente uitspraken van het Hof van Justitie laten zien dat het begrip ‘openbare orde’ bij diensten soms ruimer wordt geïnterpreteerd.<sup>126</sup> Normaal gesproken kan de openbare orde alleen worden ingeroepen bij een ‘werkelijke, genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving schaadt’ (zie hiervoor, par. 2.4.2 onder a).<sup>127</sup> In zaak *Sayn-Wittgenstein* stelde het Hof van Justitie dat ‘de specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde kunnen rechtvaardigen, naar lidstaat en tijdstip kunnen verschillen. In dit verband komt de bevoegde nationale autoriteiten dus een beoordelingsmarge toe, binnen de door het Verdrag gestelde grenzen’.<sup>128</sup> In *Josemans* bepaalde het Hof dat de bestrijding van drugstoerisme en de

125 HvJ EG 2 februari 1989, zaak 186/87 (*Cowan*).

126 H.J. van Harten en H. van ‘Eijken, “‘Lookin’ for a little green bag’... en de werkingssfeer van het Unierecht’, *NTER* 2011/4, p.111-112.

127 HvJ EG 27 oktober 1977, zaak 30/77 (*Bouchereau*), r.o. 35.

128 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), r.o. 87.

daarmee gepaard gaande overlast onderdeel is van drugsbestrijding dat verband houdt met de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de gezondheid van burgers.<sup>129</sup> Het is beargumenteerd dat het Hof hier in feite de openbare orde-exceptie, die door de interveniërende partijen België, Duitsland en Frankrijk naar voren was gebracht, met een *rule of reason*-exceptie invult. Onduidelijk is of de openbare orde-exceptie in deze zaak als zelfstandige rechtvaardigingsgrond zonder daarbij drugsbestrijding als aanvullend belang te betrekken had kunnen worden ingeroepen, maar gezien de restrictieve interpretatie van de openbare orde-exceptie waarschijnlijk niet.<sup>130</sup>

Zoals gezegd zijn wij van mening dat deze latere arresten niets afdoen aan het probleem dat Bart Hessel heeft gesignaleerd bij de screening van de model-APV door de VNG en de ruime traditioneel-nationale interpretatie van het begrip openbare orde. In latere rechtspraak over het vrij verkeer van kapitaal, namelijk het hierna nog te noemen arrest *Sint Servatius* heeft het Hof van Justitie namelijk ook eens benadrukt dat het begrip openbare orde eng moet worden geïnterpreteerd.<sup>131</sup>

### 2.7.6 Uitzonderingen op vrij verkeer van kapitaal<sup>132</sup>

#### – Een gemeente wil de permanente bewoning van tweede huisjes verbieden

De professionele beleidsmaker laat zich niet verrassen door het feit dat het verbod van permanente bewoning jegens onderdanen uit andere lidstaten een inbreuk vormt op de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal. Bij de vormgeving van de maatregel maakt hij gebruik van de kansen van de excepties.

De stappen die de gemeente daarbij moet zetten, zijn al eerder uitgewerkt (par. 2.7.1). Zoals gebleken moet een beroep worden gedaan op de *rule of reason* met name ruimtelijke ordening, zodat de maatregel niet discriminerend moet zijn. Een vergunning vooraf is niet proportioneel zodat gekozen moet worden voor een controle achteraf desgewenst in combinatie met dwingende maatregelen. De gemeente Buren is hiervan een goed voorbeeld.

129 HvJ EU 16 december 2010, zaak C-137/09 (*Josemans*), r.o. 65.

130 Zie Van Harten en Van Eijken 2011, p. 112.

131 HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-567/07 (*Sint Servatius*), r.o. 28. Daarin besliste het Hof van Justitie dat het belang van de volkshuisvesting niet onder het begrip openbare orde valt omdat daar geen sprake is van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.

132 Art. 65 VWEU (voorheen art. 58 EG-Verdrag) bevat de volgende uitzonderingsmogelijkheden op het verbod van vrij verkeer van kapitaal van art. 63 VWEU (voorheen art. 56 EG-Verdrag):

1. Het bepaalde in artikel 63 doet niets af aan het recht van de lidstaten:
  - a) de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of plaats waar hun kapitaal is belegd;
  - b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, of te voorzien in procedures voor de kennis van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn.

- *De (decentrale) overheid wil ten behoeve van het behoud van rendabele landbouwbedrijven, een harmonieuze landinrichting en het onderhoud van het landschap de vervreemding van landbouw- en bosbouwgronden afhankelijk maken van een vergunning*

De professionele beleidsmaker laat zich niet verrassen door het feit dat een dergelijke vergunning jegens onderdanen van andere lidstaten een inbreuk vormt op het vrij verkeer van kapitaal. Bij de vormgeving van de maatregel maakt hij gebruik van de kansen van de excepties en zal hij de volgende stappen zetten:

- *Expliciete keuze van het belang*

De verdragsexcepties bieden geen soelaas, zodat een beroep moet worden gedaan op de *rule of reason* en de maatregel niet-discriminerend moet zijn. Instandhouding van rendabele landbouwbedrijven, een harmonieuze landinrichting en het onderhoud van het landschap kunnen beschouwd worden als dwingende redenen van algemeen belang. Zij sluiten bovendien aan op het gemeenschappelijk landbouwbeleid.

- *Noodzakelijkheid en proportionaliteit*

Het gaat hier om de landbouwbestemming van de grond. Om te voorkomen dat deze onherroepelijk wordt aangetast, kan niet volstaan worden met controle en maatregelen achteraf maar is een vergunning vooraf proportioneel.<sup>133</sup>

- *De rijksoverheid wil het optreden van Nederlandse woningcorporaties over de grens afhankelijk stellen van een toestemming vooraf om de financiering van de Nederlandse volkshuisvesting te waarborgen*

Het optreden tegen de woningcorporaties is in het verleden achtereenvolgens in handen geweest van de minister van VROM en de minister voor Wonen Wijken en Integratie. Inmiddels valt het dossier onder de minister van BZK.

Voor de minister die professioneel met het Europese recht omgaat, is het geen verrassing dat een dergelijk verbod behoudens vergunning in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal. Bij de vormgeving van de maatregel moet hij dus vooraf gebruik maken van de kansen die de uitzonderingen op het verbod bieden en zal hij de volgende stappen zetten die in het arrest *Sint Servatius* zijn uitgewerkt.<sup>134</sup>

- *Expliciete keuze van dwingende reden van algemeen belang*

Gegeven de enge interpretatie van het begrip openbare orde kiest de minister niet voor dat belang.<sup>135</sup> Omdat ook de andere verdragsexcepties op het vrij verkeer van kapitaal geen soelaas bieden, kiest hij voor een expliciete dwingende reden van algemeen belang: het volkshuisvestingsbeleid en de financiering van dat beleid.

133 Zie HvJ EG 23 september 2003, zaak C-452/01 (*Ospelt*).

134 HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-567/07 (*Sint Servatius*). Voor de toenmalige minister van VROM was het wel een verrassing dat het verbod is strijd is met het vrij verkeer van kapitaal. Na de uitspraak van de Rechtbank Maastricht moest de minister dus snel op zoek naar de mogelijke uitzonderingen op dat verbod. Daarbij hebben Sybe de Vries en Bart Hessel de minister geadviseerd.

135 HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-567/07 (*Sint Servatius*), r.o. 28.



– *Noodzakelijkheid en proportionaliteit*

Omdat het hier gaat om een voorafgaande toestemming doet de minister de proportionaliteitstoets om te bezien of maatregelen achteraf ook geschikt zijn. Het gaat erom dat de gelden van de woningcorporaties bij voorrang gebruikt worden om aan de woningnood in Nederland van bepaalde bevolkingsgroepen tegemoet te komen. Daarvoor is een voorafgaande toestemming geschikter dan een controle achteraf omdat de gelden dan al verkeerd besteed kunnen zijn.

– *Eisen aan de regelgeving*

Omdat discretionaire bevoegdheden bij een voorafgaande toestemming problematisch zijn, zorgt de minister ervoor dat de regeling gebaseerd is op objectieve criteria, die niet discriminerend zijn en vooraf kenbaar.

### 2.7.7 *Uitzonderingen bij burgerschap*

Of beleidskansen voor de decentrale overheid bestaan buiten de uitzonderingen die Richtlijn 2004/38/EG noemt (zie hiervoor, par. 2.4), is onduidelijk. De rechtspraak die hiervoor is genoemd, met name *de Zambrano*-zaak, laat mogelijk ruimte voor een *rule of reason*-exceptie bij de beperking van het verblijfsrecht van Unieburgers en derdelanders. Hierover zijn vragen gesteld aan het Hof van Justitie in de *Dereci*-zaak.<sup>136</sup> De vraag is ten eerste, wat moet worden verstaan onder ‘het effectieve genot van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten’? Gaat het dan om situaties die de eigenlijke uitoefening van EU-burgerschaprechten betreffen, zoals het recht om te stemmen (art. 22 VWEU), het recht om vrij te reizen (art. 21 VWEU) of het recht om vragen te stellen aan het Europees Parlement (art. 24 VWEU)? Immers, indien de Zambrano-familie zou worden uitgezet naar Colombia, dan zijn deze EU-rechten niet meer relevant.

Ten tweede, moet een lidstaat bepaalde sociale bijdragen toekennen aan een derdelander, die zijn baan heeft verloren, indien dat noodzakelijk is voor het verblijfsrecht in de Europese Unie en voor de uitoefening van EU-burgerschaprechten? In hoeverre mag een nationale overheid dan nog beperkingen stellen aan een afgeleid verblijfsrecht en welke rechtvaardigingsgronden kunnen daarvoor worden ingeroepen?

## 2.8 *Afsluitende opmerkingen*

In dit hoofdstuk zijn als aanloop naar de Verdragsverboden van vrij verkeer, goederen, personen, diensten en kapitaal eerst de beleidskansen van de Dienstenrichtlijn (verboden en uitzonderingen) en de beleidskansen van de richtlijn voor migratierechten van Unieburgers (verboden en uitzonderingen) in kaart gebracht. Deze richtlijnen moeten in onderlinge samenhang worden bezien.

<sup>136</sup> HvJ EU 8 maart 2011, zaak C-34/09 (*Zambrano*); zie ook H. van Eijken en S.A. de Vries, ‘A new route into the promised land? The status of being a European citizen after Ruiz Zambrano’, *ELRev.* 2011 (nog te verschijnen). Zie ook zaak C-256/11, *Dereci* (aanhangig).

*a. Wat betreft de beleidskansen van de Dienstenrichtlijn*

Wat betreft de beleidskansen van de verboden van de Dienstenrichtlijn blijkt dat activiteiten van decentrale overheden die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen zeer wel onder een van de Verdragsverboden van vrij verkeer kunnen vallen (denk bij vestiging aan de bouwvergunning, het brancheringsbesluit voor de Rotterdamse markt en de vergunning voor tweede huisjes; bij dienstverlening aan de vergunning voor particuliere beveiligingsbureaus en het exclusieve recht van de Portugese overheid op de markt van kansspelen; bij vrij verkeer van kapitaal aan de vergunning voor tweede huisjes en de vergunning voor woningcorporaties om in het buitenland actief te zijn). Op de activiteiten van decentrale overheden die wel onder het verbod vallen, moeten de beleidskansen van de uitzonderingen daarop worden gebruikt (denk aan de vergunning voor seksinrichtingen en – inmiddels – de brancheringsregelingen voor de detailhandel).

De beleidskansen die artikel 9 Dienstenrichtlijn biedt voor vergunningen voor dienstverleners die zich vestigen zijn illustratief voor de beleidskansen die de *rule of reason* biedt als uitzondering op de Verdragsverboden van vrij verkeer van goederen (non-tarifaire belemmeringen), werknemers, vestiging, diensten en kapitaal.

De beleidskansen die artikel 16 Dienstenrichtlijn biedt bij tijdelijke dienstverleners wijken af van de beleidskansen die de *rule of law* biedt als uitzondering op de genoemde Verdragsverboden.

*b. Wat betreft de beleidskansen van de richtlijn voor migratierechten van Unieburgers*

De beleidskansen van de verboden zijn gering omdat onder de Unieburgers zowel economisch actieven (werknemers, vestiging en dienstverlening) vallen als Unieburgers die niet economisch actief zijn.

De beleidskansen van de uitzonderingen op de migratierechten op basis van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid moeten eng worden geïnterpreteerd. Dat bevestigt de beperkte omvang van de beleidskansen van artikel 16 Dienstenrichtlijn. Met name openbare orde moet eng worden geïnterpreteerd.

*c. De verboden voor tarifaire belemmeringen en de fiscale belemmeringen van het vrij verkeer van goederen nemen een speciale plaats in*

Voor het verbod voor tarifaire belemmeringen van het vrij verkeer van goederen kent het Europese recht geen uitzonderingsmogelijkheden. Hier zijn nauwelijks beleidskansen zodat decentrale beleidsmakers er goed aan doen het beleidsinstrument van de heffing voor ingevoerde of uit te voeren goederen niet te gebruiken.

Voor fiscale belemmeringen van vrij verkeer zijn er wel beleidskansen: er moet sprake zijn van een algemeen belastingstelsel dat niet discrimineert en op gelijke wijze van toepassing is op nationale goederen als op grensoverschrijdende goederen.

**2.8.1 Nauwe samenhang tussen non-tarifaire belemmeringen van vrij verkeer van goederen en de andere regels van vrij verkeer**

Er bestaat een nauwe samenhang tussen de non-tarifaire belemmeringen van vrij verkeer van goederen met name bij invoer en de regels van vrij verkeer van werknemers,

vestiging, dienstverlening en kapitaal. Dat werkt door naar zowel de beleidskansen van de Verdragsverboden als de beleidskansen van de uitzonderingen daarop.

*a. De Verdragsverboden van vrij verkeer worden ruim uitgelegd en bieden weinig beleidskansen*

De Verdragsverboden van de genoemde vrijheden worden ruim uitgelegd. Het verbod strekt zich niet alleen uit tot direct en indirect discriminerende maatregelen maar ook tot niet-discriminerende maatregelen die een belemmering vormen voor grensoverschrijding.

*– Uitzondering van de zuiver interne situatie*

De Verdragsverboden hebben – in tegenstelling tot de Dienstenrichtlijn – geen betrekking op een zuiver interne situatie maar de beleidskansen die decentrale overheden daardoor hebben, zijn niet zonder risico (par. 2.6.1 onder a).

Afgezien van het feit dat illegale producten als softdrugs niet onder het begrip goederen vallen – en decentrale overheden de toegang tot coffeeshops dus kunnen beperken – worden de begrippen goederen, werknemers, vestiging, dienstverlening en Unieburgers ruim en in onderlinge samenhang uitgelegd. Dit betekent dat de Verdragsverboden van vrij verkeer eerder van toepassing zijn dan men zou kunnen denken en de decentrale beleidsmakers weinig beleidskansen bieden.

De decentrale beleidsmakers moeten het bij de toepasselijkheid van de vrijverkeersregels daarmee hebben van de beleidskansen die de uitzonderingen op de Verdragsverboden bieden.

*b. De uitzonderingen op de Verdragsverboden bieden veel beleidskansen*

Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen de Verdragsuitzonderingen op de Verdragsverboden en de *rule of reason* op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

*– De Verdragsuitzonderingen*

De Verdragsuitzonderingen zijn limitatief van aard, alleen de genoemde belangen kunnen worden ingeroepen. De belangen openbare orde en openbare veiligheid worden eng geïnterpreteerd in overeenstemming met Richtlijn 2004/38/EG.

De kansen van de Verdragsuitzonderingen kunnen altijd worden benut: bij direct en indirect discriminerende belemmeringen van vrij verkeer en bij niet-discriminerende belemmeringen.

*– De rule of reason*

De *rule of reason* is een open categorie. De beleidskansen die artikel 9 Dienstenrichtlijn biedt, illustreren de ruimte die ook bij de genoemde Verdragsverboden van vrij verkeer kan worden benut. Naast de in de Dienstenrichtlijn genoemde belangen – preambule punt (40) zijn door het Hof van Justitie inmiddels ook andere belangen erkend, zoals de criminaliteitsbestrijding. Verder kunnen decentrale beleidsmakers ook nog niet in de rechtspraak genoemde belangen aanvoeren als dwingende redenen van algemeen belang.

c. *Ruimte voor afweging van niet-economische belangen tegen verstoring van de markt*  
 Voor decentrale beleidsmakers is het essentieel dat de uitzonderingsmogelijkheden op de Verdragsverboden ruimte laten voor de inbreng van niet-economische belangen (par. 2.7.1).

Daarbij moeten bij al de genoemde vrijheden de volgende stappen gezet worden die we voor vergunningen kennen uit artikel 9 Dienstenrichtlijn:

- geen volledige harmonisatie via richtlijnen of verordeningen;
- expliciet beroep op een Verdragsbelang of de *rule of reason*;
- aangeven van de noodzakelijkheid van de maatregel voor het beoogde belang;
- toepassen van de Europese proportionaliteitstoets;
- als het gaat om de vergunning als belemmering: in acht nemen van de procedure-eisen bij de vergunning.

Deze stappen herkennen wij voor vergunningen in artikel 9 Dienstenrichtlijn die aansluit op de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie over de *rule of reason*.

Een brancheringsregeling voor de detailhandel die onder het verbod van de Dienstenrichtlijn valt, kan op deze wijze via de *rule of reason* (in casu van art. 9 Dienstenrichtlijn) alsnog gelegitimeerd worden. Toen de Dienstenrichtlijn nog niet van toepassing was, kon hetzelfde resultaat verkregen worden door toepassing van de *rule of reason* bij het Verdragsverbod van vrije vestiging gelegitimeerd worden. De *rule of reason* kan ook soelaas bieden bij de bouwvergunning, de regeling van het gebruik van tweede huisjes – geen vergunning mogelijk –, de vergunning voor particuliere beveiligingsbureaus, het exclusieve recht van de overheid op de markt van de kansspelen, de vergunning voor woningcorporaties om in het buitenland actief te zijn.

Omdat in dit hoofdstuk de samenhang met de Dienstenrichtlijn met de andere regels van vrij verkeer centraal staat, zijn er vrij veel voorbeelden genoemd die betrekking hebben op vergunningen. Daarnaast noemden wij de voorrangsregel, de taaleis en de exclusieve bevoegdheid van de overheid als belemmeringen van het vrij verkeer.

Zoals bij de aanvang van dit hoofdstuk gesteld, geeft dit hoofdstuk geen volledig beeld van de betekenis van de verschillende vrijheden voor decentrale overheden. Bij deze afsluiting willen wij er nog wel op wijzen dat een vergunning maar een van de mogelijke belemmeringen is die decentrale overheden kunnen opwerpen tegen het vrij verkeer. In het reeds diverse keren genoemde boek van Hanneke Luijendijk over de Nederlandse gemeenten en het Europese personenverkeer worden ook andere beleidsinstrumenten van gemeenten besproken die belemmeringen kunnen vormen van het vrij verkeer van personen. Zij gaat nader in op inlichtingeneisen, eisen van legitimatie, eisen van aangifte en registratie, eisen van erkenning, toestemmingen en vergunningen, uitkeringen, planning, voorrangsregels, quota, onteigening, open normen, de openbare-ordenorm, diploma-eisen, taaleisen, inburgeringseisen, bindingseisen, nationaliteitseisen, verblijfsdocument als constitutief vereiste, leges, termijnvoorschriften en sancties.<sup>137</sup> Ook bij die beleidsinstrumenten spelen de beleidskansen.

<sup>137</sup> Luijendijk 2005, p. 279-388.