

Bindingseisen passé?

Over een vereiste van 'voldoende band' met een gemeente om er te mogen wonen, een 'sociale last' voor een sociaal woonbeleid en compensatie voor openbare dienstverplichtingen

Mr. dr. H.J. van Harten en mr. R.A. Fröger*

In het arrest *Libert* maakt het Hof van Justitie zeer korte metten met een Vlaamse regionale regeling die voor de overdracht van onroerend goed vereist dat een kandidaat-koper of kandidaat-huurder beschikt over 'voldoende band' met de betrokken gemeente: het Europees burgerschap, de vestigingsvrijheid en het vrij verkeer van werknemers, diensten en kapitaal staan daaraan in de weg. Wel mag een regionale overheid, onder voorwaarden, een 'sociale last' opleggen die verbonden is aan de verlening van een bouw- of verkavelingsvergunning. Verder biedt het arrest *Libert* een zeldzaam voorbeeld van toetsing aan de *Altmark*-uitzondering in het staatssteunrecht: onder welke voorwaarden kunnen fiscale stimuli en subsidiemechanismen voor projectontwikkelaars als compensatie voor een dienst van algemeen economisch belang worden beschouwd?

Hof EU 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, Libert, n.n.g., zie <mmm.curia.eu>

Inleiding en achtergrond

Landelijk, regionaal of lokaal ruimtelijk ordeningsbeleid en Europees economisch recht bezitten een inherente spanning ten opzichte van elkaar.¹ Vrijverkeer, staatssteunrecht, aanbestedingsrecht en zelfs de dienstenrichtlijn vormen de elementaire terreinen van het Europees economisch recht die aan orde komen in de geschillen die hebben geleid tot het arrest *Libert* en via

prejudiciële verwijzing door het Belgische Grondwettelijk Hof aan het Hof van Justitie waren voorgelegd.²

De geschillen betreffen twee procedures voor de Belgische constitutionele rechter waarin vernietiging gevorderd wordt van onderdelen van het Decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid (hierna: 'Decreet').³ In zaak C-197/11 strijden de twee Franstalige politici Libert en Van Eycken, notaris Bleecx en het 'Algemeen Eigenaars en Mede-Eigenaarssyndicaat' tegen een regel uit het Decreet die inhoudt dat er in bepaalde gebieden van gemeentes⁴ een bijzondere overdrachtsvoorwaarde geldt: gronden zijn slechts overdraagbaar aan personen die beschikken over 'voldoende band' met de gemeente.⁵ Of een persoon beschikt over 'voldoende band' wordt overgelaten aan een provinciale beoordelingscommissie, die dit beoordeelt aan de hand van drie mogelijkheden die in het Decreet zijn neergelegd.⁶ Kort gezegd komen deze mogelijkheden erop neer dat een persoon ofwel al zes jaar in de gemeente dient te wonen, ofwel dat hij werkzaamheden van ten minste een halve werkweek in de gemeente verricht ofwel dat hij op grond van een zwaarwichtige en langdurige omstandigheid een maatschappelijke, familiale, sociale of economische band met

265

2. Verwijzingsarresten 49/2011 en 50/2011 van 6 april 2011. Deze arresten zijn te vinden op het zeer inzichtelijke overzicht van prejudiciële verwijzingen aan het Hof van Justitie op de website van het Grondwettelijk Hof: <www.const-court.be/cgi/prej_vra_hvj.php?arrest=&arr_begindatum=&arr_einddatum=&send_request=Zoeken&allearresten=on&lang=nl>.
3. *Belgisch Staatsblad* 15 mei 2009, p. 37357.
4. Het betrof ten tijde van invoering 69 gemeenten in het Vlaams gewest (Besluit van de Vlaamse Regering houdende vaststelling van de lijst van gemeenten in de zin van artikel 5.1.1, eerste lid, van het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid, *Belgisch Staatsblad* van 22 september 2009, p. 63339); inmiddels zijn het er nog 68 (Besluit van de Vlaamse Regering houdende vaststelling van de lijst van gemeenten, vermeld in artikel 5.1.1, eerste lid, van het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid, *Belgisch Staatsblad* 19 juli 2012, p. 39394).
5. Art. 5.2.1 lid 1 van boek 5 van het Decreet.
6. Art. 5.2.1 lid 2 van boek 5 van het Decreet.

* Mr. dr. H.J. (Herman) van Harten en mr. R.A. (Robert) Fröger zijn verbonden aan het Europa Instituut, Universiteit Utrecht.

1. Zie bijvoorbeeld eerder in dit tijdschrift besproken: H.J. van Harten, 'Afgewogen vrijheid. Over randvoorwaarden voor de Europese vestigingsvrijheid van grote winkelbedrijven', *NTER* 2011/9, p. 316-325; E. Oude Elferink, 'Een woningcorporatie over de grens: het arrest Sint Servatius', *NTER* 2010/2, p. 43-51; N. Saanen, 'De Vogelaaarheffing', *NTER* 2011/2, p. 46-53.

de gemeente heeft opgebouwd. Indien niet wordt voldaan aan een van deze voorwaarden is het praktisch onmogelijk om onroerend goed aan te schaffen of voor meer dan negen jaar te huren. Centrale vraag is of het Unieburgerschap en het vrij verkeer van werknemers, diensten en kapitaal en de vestigingsvrijheid uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zich verzet tegen deze regeling. In deze procedure heeft het Grondwettelijk Hof één prejudiciële vraag gesteld die precies op dit vraagstuk ziet.

In zaak C-203/11 stellen 36 bedrijven die professioneel actief zijn binnen de vastgoedsector dat zij ongunstig worden geraakt. Naast het feit dat het vereiste van 'voldoende band' een beperking van het Unieburgerschap en diverse vrijverkeerbepalingen oplevert, leidt ook een bij het Decreet opgelegde 'sociale last' volgens deze bedrijven tot een beperking van de vestigingsvrijheid en het vrij verkeer van diensten en kapitaal. Deze 'sociale last' wordt op basis van het Decreet van rechtswege opgelegd aan verkavelings- of bouwprojecten van een bepaalde omvang. Doel van deze heffing is om een sociaal woonaanbod te verwezenlijken. De 'sociale last' kan worden voldaan in natura, door verkoop van woningen aan een 'sociale woonorganisatie' of door verhuring aan een 'sociaal verhuurkantoor'.⁷ Indien de sociale last in natura wordt verricht zijn enkele fiscale stimuli en subsidiemechanismen van toepassing met als doel de last voor de 'verkavelaar' of 'bouwheer' (projectontwikkelaar) te compenseren. De laatstgenoemde maatregelen worden weliswaar verwelkomd door de bedrijven, maar ze zijn desalniettemin bang dat de wijze waarop deze constructie is neergelegd in het Decreet mogelijk tot onrechtmatige staatssteun leidt. Los daarvan vragen de bedrijven zich af in hoeverre met het Decreet niet in strijd wordt gehandeld met de Dienstenrichtlijn.⁸ Ten slotte voeren de bedrijven aan dat ten onrechte de regels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing worden geacht op het Decreet. In dit geschil achtte het Grondwettelijk Hof het noodzakelijk om een twaalftal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen, waarbij de twaalfde vraag woordelijk overeenkomt met de enige prejudiciële vraag uit zaak C-197/11.

Bij het Hof van Justitie zijn de zaken gevoegd en gezamenlijk behandeld.

Arrest van het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie behandelt als eerste de overlappende vrijverkeervragen uit beide geschillen.⁹ Met betrekking tot het vereiste van 'voldoende band' met een gemeente voor de overdracht van onroerend goed voert de Vlaamse regering echter een bevoegdheidsverweer:

7. Art. 4.1.17 van boek 4 van het Decreet. In Nederland zou vermoedelijk gesproken worden van 'woningcorporaties'.
8. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*Pb. EU* 2006, L 376/36).
9. Punten 31-60.

deze prejudiciële vragen zien op een zuiver interne situatie en behoeven daarom geen beantwoording.¹⁰ Het Hof van Justitie memoreert vaste rechtspraak, die inhoudt dat de vrijverkeerbepalingen 'niet kunnen worden toegepast op activiteiten die geen enkel aanknopingspunt hebben met een van de situaties waarop het recht van de Unie ziet, en waarvan alle relevante elementen geheel in de interne sfeer van één enkele lidstaat liggen'.¹¹ Inderdaad staat vast dat de verzoekers in het hoofdgeding de Belgische nationaliteit hebben en alle elementen van het geding zich binnen één enkele lidstaat afspelen, maar, zo vervolgt het Hof van Justitie, niet kan worden uitgesloten dat particulieren of ondernemingen uit andere lidstaten onroerende goederen wensen te kopen, waardoor zij onder de werkingssfeer van het Decreet zouden kunnen komen.¹² Het karakter van de nationale procedure, die ziet op vernietiging van bepalingen van het Decreet, is niet alleen op Belgische staatsburgers maar ook op burgers van andere lidstaten van toepassing. Gevolg is dat de beslissing van de verwijzende rechter ook voor particulieren of ondernemingen uit andere lidstaten gevolgen sorteert. Daaruit trekt het Hof van Justitie de conclusie dat het 'uitspraak [moet] doen over de twee bovenstaande vragen'.¹³

Daarop vervolgt het Hof van Justitie met de inhoudelijke behandeling. Het Hof van Justitie past de ingeroepen verbodsnormen onder het vrij verkeer alsmede Unieburgerschapsrechten op het Decreet toe. Het concludeert in de eerste plaats dat de betrokken bepalingen 'beperkingen vormen van de fundamentele vrijheden die zijn neergelegd in de artikelen 21 VWEU, 45 VWEU, 49 VWEU en in de artikelen 22 en 24 van richtlijn 2004/38'.¹⁴ Vervolgens stelt het Hof van Justitie dat de bepalingen ook een beperking op de vrijheid van dienstverrichting voor vastgoedondernemingen zou kunnen vormen.¹⁵ Ten slotte leidt de voorafgaande procedure om de 'voldoende band' met de gemeente vast te stellen tot een ontmoediging van investeringen in onroerend goed in een andere lidstaat en vormt daarmee een beperking van het vrije kapitaalverkeer.¹⁶

Dan gaat het Hof van Justitie na of de beperkingen van het vrije verkeer gerechtvaardigd kunnen worden. Niet ter discussie staat het betoog van de Vlaamse regering dat sociaal huisvestingsbeleid ten behoeve van sociaal zwakkere groepen van de plaatselijke bevolking een dwingende reden van algemeen belang kan vormen en in het licht daarvan stelt het Hof van Justitie vast dat dit

10. Dit verweer wordt ook gevoerd ten aanzien van de tweede, negende en tiende vraag.
11. Punt 33 van het arrest, onder verwijzing naar HvJ EG 1 april 2008, zaak C-212/06, *Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering*, *Jur.* 2008, p. I-1683 en HvJ EU 5 mei 2011, zaak C-434/09, *McCarthy*, *Jur.* 2011, p. I-3375.
12. Punt 34. Onder verwijzing naar HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-470/11, *SIA Garkalns*, n.n.g. Zie <www.curia.eu>.
13. De A-G spreekt hier van *erga omnes*-werking. Een stelligheid die ogenschijnlijk niet direct gerechtvaardigd wordt door de juridische argumentatie, maar met de praktijk en achtergrond van de regeling in het hoofd gerechtvaardigd is, daar wordt later op teruggekomen.
14. Punt 41.
15. Punten 42-43.
16. Punten 44-48.

doel van algemeen belang in het Vlaamse decreet wordt nagestreefd.¹⁷

Evenwel moet worden nagegaan of de rechtvaardigingsgrond voor de maatregel ‘noodzakelijk en geschikt is voor de verwezenlijking van het door de Vlaamse regering aangevoerde doel’.¹⁸ Het Hof van Justitie toetst de drie alternatieve mogelijkheden uit het Decreet, waarvan de naleving stelselmatig door de provinciale beoordelingscommissie wordt nagegaan, om te voldoen aan de voorwaarde van ‘voldoende band’. Het Hof van Justitie oordeelt dat deze mogelijkheden verder gaan dan noodzakelijk om het doel te bereiken en merkt op dat andere, minder beperkende maatregelen mogelijk zijn. Bovendien is de derde mogelijkheid uit het Decreet dusdanig vaag dat de discretionaire ruimte van optredende nationale autoriteiten onbegrensd lijkt en daarmee het Unierecht, in het bijzonder het vrijverkeerrecht, van haar nuttig effect wordt beroofd. Daarom is

‘een regeling van voorafgaande administratieve toestemming als in de hoofdgedingen niet gebaseerd op criteria die een grens kunnen stellen aan de wijze van uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de provinciale beoordelingscommissie, zodat zij geen afwijking van een door het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen’.¹⁹

Slotson van het Hof van Justitie is dat de artikelen 21 VWEU, 45, VWEU, 49 VWEU, 56 VWEU en 63 VWEU en de artikelen 22 en 24 van Richtlijn 2004/38/EG in de weg staan aan de regeling van ‘voldoende band’ uit het Decreet.

Dan verlegt de aandacht in het arrest zich op de ‘sociale last’ die wordt geheven op basis van het Decreet. Het Grondwettelijk Hof wil weten in hoeverre de vestigingsvrijheid, het vrije dienstenverkeer en het vrije kapitaalverkeer zich hiertegen verzetten. Het Hof van Justitie stelt vast dat hoewel de deze regeling ook binnen de werkingssfeer van deze drie

‘fundamentele vrijheden kan vallen, het een feit blijft dat, zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de beperkingen van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting in het hoofdgeding een onvermijdelijk gevolg zijn van de beperking van het vrije verkeer van kapitaal en dus niet een autonome toetsing van die regeling aan artikel 49 VWEU en artikel 56 VWEU rechtvaardigen’.²⁰

Zodat deze regeling uitsluitend getoetst moet worden aan het vrije verkeer van kapitaal. Omdat investeerders de gronden niet vrij kunnen gebruiken vormt de regeling een beperking van het vrije kapitaalverkeer. Het

Hof van Justitie erkent ook in dit verband dat ‘eisen betreffende het beleid inzake sociale huisvesting’ een dwingende reden van algemeen belang kunnen zijn aangezien de regel beoogt te verzekeren ‘dat personen met een laag inkomen of andere sociaal zwakkere groepen van de plaatselijke bevolking voldoende woningaanbod hebben’.²¹ De verwijzende rechter moet bezien of de regeling voldoet aan de eisen van het evenredigheidsbeginsel.

Vervolgens komt de staatssteundimensie aan de orde. Het Constitutioneel Hof verzoekt of de fiscale stimuli en subsidiemechanismen in het Decreet gelet op de artikelen 107 VWEU en 108 VWEU jo. de DAEB-beschikking²² hadden behoren te worden aangemeld bij de Commissie. Bij de beantwoording maakt het Hof van Justitie een onderscheid tussen stimuli en mechanismen die beogen de sociale last te compenseren en andere maatregelen die slechts tot doel hebben gronden te reactiveren. Het Hof van Justitie zet vervolgens de voorwaarden voor kwalificatie als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU uiteen en constateert dat de verwijzende rechter zich met name afvraagt hoe de voorwaarde betreffende de invloed op het handelsverkeer en de voorwaarde betreffende de selectiviteit van deze maatregelen moet worden uitgelegd.²³ Aan de hand van eerdere jurisprudentie stelt het Hof van Justitie vast dat aangezien niet kan worden uitgesloten dat de positie van verkavelaars en bouwheren versterkt wordt ten opzichte van andere ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer, er sprake kan zijn van een beïnvloeding van het handelsverkeer.²⁴ Het definitieve oordeel wordt echter aan de nationale rechter gelaten. Ook bij de tweede voorwaarde refereert het Hof aan staande jurisprudentie. Eerst wordt het onderscheid tussen voordeel verschaffende en compenserende maatregelen aangehaald, waarna het Hof van Justitie ten behoeve van de laatste maatregelen uitgebreid ingaat op het compensatieleerstuk aan de hand van het *Altmark*-arrest.²⁵ Daarbij legt het Hof van Justitie de nadruk op de parameters op basis waarvan compensatie wordt berekend. Naar oordeel van het Hof van Justitie biedt het Decreet ‘niet

17. Punten 51-52.

18. Punt 53.

19. Punt 59.

20. Punt 62. Onder verwijzing naar HvJ EG 17 september 2009, zaak C-182/08, *Glaxo Wellcome GmbH*, *Jur.* 2009, p. I-8591, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

21. Punt 67.

22. Beschikking 2005/842/EG: Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend (*Pb. EU* 2005, L 312/67). Inmiddels is deze beschikking vervangen door 2012/21/EU: Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (*Pb. EU* 2012, L 7/3), eerder in dit tijdschrift besproken in: A. Knook, ‘De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd’, *NTER* 2013/6, p. 191-196.

23. Punt 75.

24. Punten 76-81.

25. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regiungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, *Jur.* 2003, p. I-7747, eerder in dit tijdschrift besproken in: B.J. Drijber en N. Saanen-Siebenga, ‘Financiering van openbare diensten na *Altmark*’, *NTER* 2003/10, p. 253-258.

de mogelijkheid om op voldoende objectieve en doorzichtige wijze de parameters vast te stellen op basis waarvan de compensatie wordt berekend'.²⁶ Vervolgens concludeert het Hof dat de beoordeling over de toepassing van de *Altmark*-criteria aan de nationale rechter gelaten moet worden.²⁷ Ook de beoordeling van het decreet naar aanleiding van de DAEB-beschikking – die volgens het Hof van Justitie gebaseerd is op de eerste drie *Altmark* voorwaarden²⁸ – wordt aan de nationale rechter overgelaten. De regeling inzake de 'sociale last' houdt mogelijkerwijs staatssteun in, maar dat dient de nationale rechter te beoordelen.²⁹

Daarop wordt kort aandacht besteed aan verscheidene prejudiciële vragen die zich richten op de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn in relatie tot het Decreet. Het Hof van Justitie oordeelt op twee gronden dat deze richtlijn niet van toepassing is. Allereerst 'zij eraan herinnerd dat die richtlijn, zoals het in punt 9 van de considerans ervan heet, onder meer niet van toepassing [is] op eisen zoals (...) regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw'.³⁰ Daarnaast geldt dat

'die richtlijn volgens artikel 2, lid 2, sub j, ervan niet van toepassing [is] op diensten betreffende sociale huisvesting of op ondersteuning van personen in permanente of tijdelijke nood, die worden verleend door de staat of door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen van de staat'.³¹

Omdat het Vlaamse Decreet doelstellingen van ruimtelijke ordening en sociale huisvesting nastreeft, behoeven de vragen van uitleg die zien op de Dienstenrichtlijn naar oordeel van het Hof van Justitie verder geen beantwoording.

Ten slotte komt aan de orde of de verwezenlijking van sociale woningen, die vervolgens tegen geplafondeerde prijzen dienen te worden verkocht aan een openbare instelling voor sociale huisvesting als onderdeel van de sociale last, onder het begrip overheidsopdracht voor werken in de zin van artikel 1 lid 2 onder b jo. onder a van Richtlijn 2004/18/EG valt.³² Bij de beantwoording herinnert het Hof van Justitie aan de vier voorwaarden om onder de definitie te vallen.³³ Naar oordeel van het

26. Punt 90.

27. Punt 94.

28. Dit werd door de nationale rechter, de A-G en de doctrine al vermoed, maar bij dezen door het Hof van Justitie bevestigd.

29. Punt 102.

30. Punt 104.

31. Punt 105.

32. Punten 108-119.

33. De vier voorwaarden staan opgesomd in punt 109: 'een (1) schriftelijke overeenkomst (2) onder bezwarende titel die (3) tussen een ondernemer en een aanbestedende dienst is gesloten en (4) betrekking heeft op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I bij deze richtlijn vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.' Zie ook de opsomming van de A-G in overweging 82.

Hof van Justitie bezit het onvoldoende informatie om na te gaan of deze in het hoofdgeding zijn vervuld, zodat het 'slechts de verwijzende rechter elementen [zal] verstrekken die nuttig kunnen zijn bij die beoordeling'.³⁴ Het Grondwettelijk Hof stelt in de prejudiciële verwijzing met name aan de orde of in dit geval een schriftelijke overeenkomst gesloten is tussen een aanbestedende dienst en een marktdeelnemer.³⁵ Het Hof van Justitie lijkt voorzichtig tot het oordeel te komen dat er geen sprake is van een overheidsopdracht voor werken: de overeenkomst tussen de bouwheer en verkavelingsmaatschappij bepaalt namelijk niet welke werken moeten worden gerealiseerd en onder welke voorwaarden dit moet gebeuren.³⁶ Daarnaast regelt de door het Decreet verlangde administratieovereenkomst tussen de bouwheer of verkavelaar en de sociale huisvestingsmaatschappij in beginsel niet de betrekkingen tussen de aanbestedende dienst en de betrokken marktdeelnemer en lijkt niet te gaan over de verwezenlijking van sociale woningen, maar gaat het om het op de markt brengen van deze woningen.³⁷ Of er in concreto sprake is van een contractuele betrekking staat naar oordeel van het Hof van Justitie ter beoordeling aan de verwijzende rechter, waarbij het Hof ten slotte wijst op het drempelbedrag voor toepassing van de richtlijn³⁸ en op twee soorten overeenkomsten gesloten door openbare lichamen die ook buiten het bereik van de richtlijn vallen.³⁹

Commentaar

Het arrest zelf geeft duidelijke signalen en opdrachten mee aan het Belgische Grondwettelijk Hof. Waar zit de meerwaarde? In de eerste plaats leert de uitspraak dat bij het opnemen van bindingseisen in ruimtelijkeordeningsregulering rekening moet worden gehouden met het Unieburgerschap en de economische vrijheden. De felheid van het Hof van Justitie kan een potentieel grote impact hebben op Nederlandse maatregelen van met name decentrale overheden met bindingseisen. In de tweede plaats: dat lidstaten de nodige ruimte wordt

34. Punt 110.

35. Zie punt 111. Voor de overwegingen van het Grondwettelijk Hof, zie punten B.55.3 t/m B.56.3 van verwijzingsarrest 50/2011.

36. Punt 112.

37. Punt 114.

38. Art. 7 lid 1 onder c van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*Pb. EU* 2004, L 134/114).

39. Enerzijds de overeenkomsten gesloten tussen een openbaar lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is, wanneer dit lichaam op deze persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen, anderzijds de overeenkomsten die een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brengen, die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust, onder verwijzing naar HvJ EU 19 december 2012, zaak C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, n.n.g., zie <www.curia.eu>, punten 32-35. Van beider soort overeenkomst lijkt echter geen sprake.

gelaten voor de financiering en ontwikkeling van sociale huisvesting. Ten derde geeft het arrest wat verfijning en een zeldzame illustratie van toetsing aan de *Altmark*-criteria in het staatssteunrecht. Ten vierde bevestigt het arrest de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn zoals voorgestaan door de Europese wetgever en bevestigt het arrest ten slotte de toepassing van de voorwaarden om te spreken van een overheidsopdracht voor werken. In deze bijdrage concentreren we ons op de drie eerstgenoemde punten. Tot slot kijken we, impressionistisch, naar de betekenis van dit arrest voor met name bindingseisen in Nederland. Kort daaraan vooraf willen we aandacht schenken aan de opmerkelijke ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen.

Interne situatie, toch bevoegdheid?

Zonneklaar is, ook voor het Hof van Justitie, dat alle relevante elementen zich in de hoofdgedingen binnen één lidstaat afspelen en dus de Vlaamse regering geen gekke kaart speelt door het leerstuk van de ‘zuiver interne situatie’ in te roepen en de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen te betwisten.⁴⁰ Advocaat-generaal Mazák concludeert dat het Decreet op Belgen en andere EU-burgers van toepassing is, dus *erga omnes*-werking heeft, maar verbindt daar niet expliciet een conclusie aan.⁴¹ Toch bouwt het Hof van Justitie, onder verwijzing naar de conclusie van zijn advocaat-generaal, daarop voort en wijst op de niet uit te sluiten mogelijkheid dat niet-Belgen onroerende goederen wensen te kopen of huren die vallen onder de reikwijdte van het Decreet, zodat het Hof zich ‘moet uitspreken’.⁴² De laatste stellige suggestie die het Hof van Justitie hier presenteert, is overigens niet zo evident als het doet vermoeden. Alsof de prejudiciële samenwerking tussen nationale rechter en Hof van Justitie via dwingend patroon verloopt.

Tegelijkertijd is ook duidelijk dat de gevraagde uitlegging naar oordeel van het verwijzende Grondwettelijk Hof noodzakelijk is voor de beoordeling van de wettigheid van het Vlaamse Decreet in het licht van het Unierecht. Hoewel in het concrete geval er zich geen interstatelijk verkeer heeft voorgedaan, heeft de constitutionele toetsing door het Grondwettelijk Hof ongetwijfeld wel invloed op gevallen mét interstatelijk verkeer. Het Hof van Justitie herhaalt weliswaar uit eerdere rechtspraak dat als er geen enkel aanknopingspunt aanwezig is met activiteiten of situaties waarop het Unierecht ziet en alle relevante elementen zich binnen de interne sfeer van één lidstaat voordoen het vrije perso-

nenverkeer kan worden toegepast.⁴³ Om vervolgens te overwegen dat ‘geenszins [kan] worden uitgesloten dat particulieren of ondernemingen [die] in andere lidstaten’⁴⁴ door het Vlaamse Decreet worden geraakt. De benadering die het Hof van Justitie hier kiest, doet denken aan een benadering die naar voren kwam in uitspraken als *Pistre*, *Guimont* en *Karner*.⁴⁵ Ook al zijn alle elementen binnen één enkele lidstaat gesitueerd, dan kan nog steeds de toepasselijkheid van het vrijverkeerrecht niet worden uitgesloten. Het Hof heeft hier niet het leerstuk van de zuiver interne situatie willen toepassen noch willen uitgaan van een hypothetische situatie. Het Hof van Justitie hanteert een pragmatische benadering, waarbij tussen de regels rekening wordt gehouden met het karakter van de uit te voeren finale rechterlijke wettigheidstoetsing door de Belgische constitutionele rechter. Anders gezegd, het Hof van Justitie heeft in het arrest *Libert* duidelijk over de ontvankelijkheidsdrempel heen willen stappen en voelde zich zelfs gedwongen om zich uit te spreken over de prejudiciële vragen van het Grondwettelijk Hof.

Bindingseisen passé?

Het Hof van Justitie haalt in *Libert* met een niet mis te verstane klarenstoot uit naar het aangevochten Vlaamse Decreet in relatie tot het vereiste dat een kandidaatkoper of kandidaat-huurder beschikt over ‘voldoende band’ met een gemeente voor de overdracht van onroerend goed. Uit het arrest *Konle* uit 1999 viel al duidelijk op te maken dat het vrije kapitaalverkeer werd beperkt door een stelsel waarin een voorafgaande vergunning noodzakelijk was om in Tirol bouwgrond in eigendom te verwerven.⁴⁶ In het arrest *Libert* staan maar liefst het Europees burgerschap, de vestigingsvrijheid en het vrij verkeer van werknemers, diensten en kapitaal aan de bindingseis van ‘voldoende band’ in de weg. Zodanig dat het Hof van Justitie het Decreet indringend toetst en gewoonweg niet gerechtvaardigd acht onder verschillende vrijheden. Het Hof van Justitie benadert de rechtvaardigingsgronden integraal en niet vrijheidspecifiek. Niet verrassend is dat het Hof van Justitie, in lijn met eerdere rechtspraak zoals *Servatius* en *Commissie t. Spanje*, ruimtelijke ordening en sociale huisvesting op zichzelf als jurisprudentieel rechtvaardigend doel van algemeen belang accepteert en daarin aan de Vlaamse

40. In onderhavige zaak is het leerstuk door de Vlaamse regering ook ten aanzien van de tweede, negende en tiende prejudiciële vraag in zaak C-203/11 betoogd. De A-G verwijst bij die vragen simpelweg terug naar zijn eerdere overwegingen, terwijl het Hof van Justitie niet eens meer op het expliciete verweer ingaat: het verweer wordt kennelijk tussen de regels van het arrest door met eenzelfde redenering verworpen.

41. Zie conclusie A-G Mazák, o. 23.

42. Ook in bijvoorbeeld het arrest *Garkalns* overweegt het Hof van Justitie dat: ‘geenszins [kan] worden uitgesloten dat exploitanten in andere lidstaten dan de Republiek Letland interesse hadden of hebben om een kansspelinrichting in Letland te openen’, zie: HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-470/11, *SIA Garkalns*, n.n.g. Zie <www.curia.eu.>, punt 21.

43. Punt 33. Onder verwijzing naar de arresten HvJ EG 1 april 2008, zaak C-212/06, *Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering*, *Jur.* 2008, p. I-1683, punt 33 en HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09, *McCarthy*, *Jur.* 2011, p. I-3375, punt 45.

44. Punt 34.

45. HvJ EG 7 mei 1997, gevoegde zaken C-321/94-C-324/94, *Pistre e.a.*, *Jur.* 1997, p. I-2343, punt 44, HvJ EG 5 december 2000, zaak C-448/98, *Guimont*, *Jur.* 2000, p. I-10663, punten 21-22 en HvJ EG 25 maart 2004, zaak C-71/02, *Karner*, *Jur.* 2004, p. I-3025, punt 19-20.

46. HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97, *Konle*, *Jur.* 1999, p. I-3099.

regering de ruimte laat om zich daarop te beroepen.⁴⁷ Advocaat-generaal Mazák is wat dit betreft in zijn conclusie overigens nog stilliger. Hij betwijfelt zelfs of het Decreet wel werkelijk een rechtvaardigend doel van algemeen belang nastreeft.⁴⁸

Verrassend is wel hoe indringend de evenredigheids-toetsing van het Hof van Justitie uitvalt ten aanzien van de Vlaamse bindingseis. Het Hof van Justitie stelt vast dat de maatregelen verder gaan dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken, om vervolgens een hint te geven aan de Vlaamse regering dat minder beperkende alternatieven mogelijk zijn.⁴⁹ Daarbij denkt het Hof van Justitie zelf aan tegemoetkomingen of andere types subsidies die specifiek voor de minst kapitaal-krachtige personen zijn bedoeld. Bijzondere aandacht heeft het Hof van Justitie voor de derde mogelijkheid van 'voldoende band' uit het Decreet die het Hof ziet als 'een vage voorwaarde en niet is verduidelijkt onder welke omstandigheden zij in concreto is vervuld'.⁵⁰ Het Hof van Justitie koppelt dit aan een eerdere bekende lijn uit de rechtspraak die inhoudt dat een stelsel van voorafgaande toestemming van nationale autoriteiten gebaseerd moet worden op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn.⁵¹ Aan die eisen wordt door het Decreet niet voldaan. De toetsing van het Hof van Justitie is dermate concreet dat het bijna geen prejudiciële uitleg meer is, maar neerkomt op de toepassing van het Unierecht die normaliter thuishoort op het bord van de verwijzende rechter.⁵² Enige parallellen zijn hier te trekken in relatie tot de Unieburgerschapsuitspraken met betrekking tot de aanspraak op sociale voordelen voor studie, waarbij het Hof van Justitie ook tot op individueel niveau de evenredigheid van

het stelsel beoordeelt.⁵³ Het doet ons voor dat aan de toegang tot een sociaal voordeel, zoals studiefinanciering, door lidstaten zwaardere eisen mogen worden gesteld dan aan de toegang tot de verkrijging van onroerend goed of het aangaan van langetermijnhuur op grondgebied binnen de Unie.

Dat laat onverlet dat het Hof van Justitie in *Libert* wat meer ruimte aan de Vlaamse regering heeft willen geven dan zijn advocaat-generaal. Die stelt namelijk onomwonden vast dat de gesuggereerde doelstelling van het Decreet in geen van de drie criteria tot uiting komt: de criteria kunnen ook ten goede komen van mensen die niet onder deze doelstelling vallen.⁵⁴

Het signaal van het Hof van Justitie is evenwel net zo duidelijk: het doet vermoeden dat het overal mogen wonen en verblijven in de Unie misschien wel een van de wezenlijkste kernvrijheden in het Unierecht is.

In dit licht is de toetsingsintensiteit van het Hof van Justitie in relatie tot de 'sociale last' veel terughoudender. Hier wordt voor één specifieke vrijheid gekozen, wordt het publieke belang van de sociale last zonder meer geaccepteerd en wordt de evenredigheidsbeoordeling in wezen aan het Grondwettelijk Hof overgelaten. Het Hof van Justitie beperkt zich tot de constatering dat in deze zaak uitsluitend aan het vrije kapitaalverkeer getoetst dient te worden. Het hanteert daarbij een rang-ordebenadering. In dit verband suggereert het arrest *Fidium Finanz* dat indien een maatregel verband houdt met meerdere vrijheden, het Hof van Justitie kijkt of een van de vrijheden voorrang heeft boven de andere vrijheid.⁵⁵ Daar volgt het Hof van Justitie de lijn dat de maatregel slechts uit het oogpunt van een van de vrijheden wordt onderzocht indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat de andere vrijheden in het concrete geval daaraan ondergeschikt zijn en kijkt het Hof van Justitie naar de vraag of de beperking van de ene vrijheid een 'onvermijdelijk gevolg' van de beperking van de andere vrijheid is, waardoor deze laatste voorrang krijgt en alleen daaraan hoeft te worden getoetst.⁵⁶ Deze benadering is niet zonder kritiek.⁵⁷ In het onderhavige geval wordt met betrekking tot de 'sociale last' deze lijn

47. HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-567/2007, *Sint Servatius*, *Jur.* 2009, p. I-9021, eerder in dit tijdschrift besproken in: E. Oude Elferink, 'Een woningcorporatie over de grens: het arrest Sint Servatius', *NTER* 2010/2, p. 43-51; HvJ EU 24 maart 2011, zaak C-400-08, *Commissie/ Spanje*, *Jur.* 2011, p. I-1915 (*Grootwinkelbedrijven*), eerder in dit tijdschrift besproken in: H.J. van Harten, 'Afgewogen vrijheid. Over randvoorwaarden voor de Europese vestigingsvrijheid van grote winkelbedrijven', *NTER* 2011/9, p. 316-325.

48. Zie conclusie A-G Mazák, o. 30-34. Zowel in de nationale procedure als in de procedure voor het Hof van Justitie is ook door de Franse gemeenschapsregering beargumenteerd dat er andere redenen achter het Decreet zitten. Zie conclusie A-G Mazák, o. 34; punt A.4.2 van verwijzingsarrest 49/2011.

49. Punt 56.

50. Punt 58.

51. Zie eerder bijvoorbeeld HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-567/2007, *Sint Servatius*, *Jur.* 2009, p. I-9021, punt 35 en HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169/07, *Hartlauer*, *Jur.* 2009, p. I-1721, punt 64.

52. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 10 maart 1983, zaak 172/82, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage*, *Jur.* 1983, p. 555, punt 8: 'Weliswaar staat het niet aan het Hof zich in het kader van artikel 177 van het Verdrag over de verenigbaarheid van nationale rechtsvoor-schriften met het Verdrag uit te spreken, doch het is wel bevoegd de nationale rechter alle gegevens betreffende de uitlegging van het Gemeenschapsrecht te verschaffen, welke hem in staat kunnen stellen zelf over die verenigbaarheid te oordelen.' In zelfde zin HvJ EG 16 januari 1997, *USS L*, *Jur.* 1997, p. I-195, punt 17.

53. Zie bijvoorbeeld de arresten HvJ EG 23 oktober 2007, gevoegde zaken C-11/06 en C-12/06, *Morgan en Bucher*, *Jur.* 2007, p. 9161 en HvJ EG 18 november 2008, zaak C-158/07, *Jacqueline Förster/Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, *Jur.* 2008, p. I-8507. Uitvoeriger hierover: H. van Eijken, 'Annotatie bij Förster', *SEW* 2009, p. 176-179 en M. Dougan, 'The constitutional dimension to the case law on Union citizenship', *European Law Review* 2006, p. 613-641.

54. Zie conclusie A-G Mazák, o. 37-38.

55. HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-452/04, *Fidium Finanz AG*, *Jur.* 2006, p. I-9521, punt 34, eerder in dit tijdschrift besproken in: J.C.M. van der Beek, 'Onduidelijke afbakening tussen het vrij verkeer van kapitaal en van diensten', *NTER* 2007/3, p. 29-32.

56. HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-452/04, *Fidium Finanz AG*, *Jur.* 2006, p. I-9521, punten 34 en 48. Zie ook: HvJ EG 17 september 2009, zaak C-182/08, *Glaxo Wellcome GmbH*, *Jur.* 2009, p. I-8591, punt 51; HvJ EG 19 juli 2012, zaak C-31/11, *Scheunemann*, n.n.g., zie <www.curia.eu>, punt 30.

57. Zie bijvoorbeeld J.C.M. van der Beek, 'Onduidelijke afbakening tussen het vrij verkeer van kapitaal en van diensten', *NTER* 2007/3, p. 29-32; D.M. Weber, 'Zaak C-452/04, *Fidium Finanz AG*', *SEW* 2007, 229; M.R. Mok, annotaties bij *NJ* 2009, 560, *NJ* 2007, 429, *NJ* 2007, 185 en *NJ* 2012, 601.

gevolgd en kiest het Hof ervoor de problematiek alleen vanuit het vrije kapitaalverkeer te benaderen. Een verklaring voor het verschil in benadering tussen de bindingseis en de sociale last wordt door het Hof van Justitie niet verstrekt. Het zou aanbevelenswaardig zijn dat hierover meer duidelijkheid wordt geschapen mede in het licht van de toepassing van het vrijverkeerrecht in de nationale rechtspraak.

Een zeldzame toetsing aan de *Altmark*-criteria

De *Altmark*-criteria zijn van groot praktisch belang voor de beleidspraktijk van lidstatelijke (decentrale) overheden. Opmerkelijk genoeg zijn ze zelden nader in de rechtspraak naar voren gekomen. Hoewel het Hof van Justitie een enkele keer een handvat probeert aan te reiken door toepassing van de criteria,⁵⁸ heeft het zich nauwelijks gewaagd aan of gelegenheid gehad voor toetsing van de criteria op concrete zaken.⁵⁹ Het Hof van Justitie geeft in *Libert* tweemaal aan dat deze beoordeling dan ook door de nationale rechter dient te worden uitgevoerd.⁶⁰ Desalniettemin toetst het Hof van Justitie inhoudelijk aan de *Altmark*-criteria. De uitspraak van het Hof van Justitie bezit hier innerlijke tegenstrijdigheden. Enerzijds toetst het Hof van Justitie de criteria voor compensatie concreet en constateert dat de parameters voor de vaststelling van de compensatie niet objectief en doorzichtig zijn en daarmee niet voldaan is aan de tweede voorwaarde van de *Altmark*-uitzondering,⁶¹ anderzijds geeft het aan dat een dergelijke toetsing tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter behoort,⁶² waarna het Hof weer concludeert dat de nationale rechter niet aan de *Altmark*-criteria hoeft te toetsen,⁶³ want daar is volgens het Hof immers niet voldoende aan voldaan.

In het *BUPA*-arrest⁶⁴ van het Gerecht werd eerder al onderscheid gemaakt tussen het bepalen van de compensatie – waar een zekere beoordelingsruimte aan de

lidstaten wordt gelaten – en het neerleggen van de parameters ter controle voor de gemeenschapsinstellingen – die dienen ter voorkoming van misbruik van het begrip dienst van algemeen economisch belang.⁶⁵ Zo bezien staat het de lidstaten vrij te bepalen hoe de onderneming gecompenseerd wordt, mits dit controlebaar is voor de Unie-instellingen. Het heeft er alle schijn van dat het Hof van Justitie met *Libert* de lijn van *BUPA* bevestigt.

Het arrest *Libert* laat verder de indruk achter dat er kennelijk een onderscheid tussen de parameters voor compensatie als genoemd in artikel 4 onder d van DAEB-beschikking 2005/842 en het tweede *Altmark*-criterium bestaat. Aangezien niet voldaan is aan het tweede *Altmark*-criterium – omdat het Hof van Justitie ‘niet de mogelijkheid [heeft] om op voldoende objectieve en doorzichtige wijze de parameters vast te stellen op basis waarvan de compensatie wordt berekend’⁶⁶ – maar wel voldaan kan zijn aan de DAEB-beschikking moet er voor maatregelen die onder de beschikking vallen een ander criterium gelden.⁶⁷ De eis van objectiviteit en doorzichtigheid komt inderdaad niet terug in de beschikking, de beschikking rept slechts over ‘de parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie’ in artikel 4 onder d.⁶⁸ Desondanks lijkt ons een *Altmark*-conforme interpretatie van de beschikking op zijn plaats. Wanneer gekeken wordt naar de *Altmark*-achtergrond van de regeling⁶⁹ en de noodzaak tot effectieve controle van de steun⁷⁰ alsmede de verplichting tot controle neergelegd in artikel 6, de Working paper van de Commissie over het Staatssteunpakket⁷¹ en de uitlegging van het nieuwe besluit omtrent

58. HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 t/m C-38/01, *Enirisorse SpA*, *Jur.* 2003, p. I-14243, punten 31-40.

59. R.J.M. van Tweel, ‘Altmark Trans GmbH’, in: T.W.B. Breukers, H.J. van Harten en S. Prechal, *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

60. Punt 94: ‘Het Hof is niet bevoegd om de feiten van het hoofdgeding te beoordelen of om de voorschriften van Unierecht die het heeft uitgelegd, op nationale maatregelen of situaties toe te passen, aangezien dit tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter behoort.’ Dit kwam ook al naar voren in *Altmark*, punt 95. Daarnaast komt het Hof van Justitie – na de constatering dat de DAEB-beschikking dezelfde voorwaarden bevat als het *Altmark*-arrest – tot de concluderende opmerking verderop dat het aan de verwijzende rechter staat om ‘na te gaan of de DAEB-beschikking toch van toepassing is.’ Niet alleen het Hof van Justitie geeft deze bevoegdheidsverdeling aan, ook de A-G had deze reeds aangestipt in o. 53.

61. Punt 90. Ten aanzien van deze concrete toetsing kan een vertaalfout worden uitgesloten, enerzijds was een van de authentieke talen het Nederlands, anderzijds wijst de andere authentieke versie van het arrest ook in deze richting: ‘Elles ne permettent pas, en revanche, de déterminer de manière suffisamment objective et transparente les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée.’

62. Punt 94.

63. Punt 102.

64. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *BUPA*, *Jur.* 2008, p. II-81, eerder in dit tijdschrift besproken in: K.E. Armon en J.J.M. Sluijs, ‘Het arrest BUPA: publieke diensten en marktwerking’, *NTER* 2008/7-8, p. 206-213.

65. Punt 214: ‘Omdat voor de bepaling van de compensatie slechts een beperkte controle van de gemeenschapsinstellingen geldt, moeten die instellingen ingevolge de tweede voorwaarde van het arrest *Altmark*, punt 89 supra, overigens juist daarom in staat zijn het bestaan van objectieve en doorzichtige parameters te verifiëren, waarbij die parameters zo duidelijk moeten zijn omschreven dat elk misbruik van het begrip dienst van algemeen economisch belang door de lidstaat wordt uitgesloten.’

66. Punt 90 *Libert*.

67. De A-G laat zich over deze kwestie niet uit aangezien hij voor het tweede criterium heeft verwezen naar de nationale rechter en alleen vaststelt dat niet aan het derde criterium voldaan is, zie conclusie A-G Mazák, o. 62. Het derde criterium is echter wel duidelijk vastgelegd in beschikking 2005/482/EG, namelijk in art. 5.

68. Ook het nieuwe besluit 2012/21/EU rept met geen extra woorden over de parameters.

69. Zie overweging 4 van de preambule van de DAEB-beschikking en punt 100 van het arrest.

70. Overweging 9 van de preambule van de DAEB-beschikking geeft onder meer aan: ‘Het compensatiebedrag kan immers slechts op juiste wijze worden berekend en gecontroleerd, indien de openbare dienstverplichtingen die op de ondernemingen rusten, en de eventuele verplichtingen die op de staat rusten, duidelijk in een formeel besluit van de bevoegde autoriteiten in de betrokken lidstaat zijn omschreven. (...)’; zie ook overweging 114 van het eerder genoemde *BUPA*-arrest.

71. SEC(2007)1516: ‘What is the difference between the conditions in the *Altmark* ruling and the conditions laid down in the Decision, the Framework, and Regulations 1191/69 and 1107/70? (...) The main substantial difference between the ruling and the SGEI texts concerns the amount/calculation of the compensation.’

DAEB⁷² had het Hof van Justitie onzes inziens ook kunnen oordelen dat de parameters ook in het geval van de DAEB-beschikking objectief en doorzichtig moeten zijn, mogelijk zelfs op basis van het risico dat het nuttig effect aan de regeling ontnomen wordt. Nu de beweegredenen van het Hof echter niet geëxpliciteerd zijn is het slechts gissen naar de reden waarom het bovenstaande niet opgaat.

Werkingsfeer van de Dienstenrichtlijn

Het Hof van Justitie respecteert de Uniewetgever met betrekking tot de Dienstenrichtlijn en baseert zich in hoge mate op de preambule ervan.⁷³ Terwijl verzoeken de partijen voor het hoofdgeding een schending van de Dienstenrichtlijn door het Decreet aannemen en in de verwijzingsbeslissing vooral naar de uitleg van artikel 2 lid 2 onder j van de richtlijn wordt gekeken, houdt het Hof van Justitie de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn buiten het bereik van deze geschillen.⁷⁴ Simpelweg wordt gewezen op de doelstellingen van het decreet die zien op ruimtelijke ordening en sociale huisvesting en daarin wordt, indachtig de preambule van de richtlijn, de lidstaten enige discretionaire ruimte gegeven.⁷⁵ In eerdere rechtspraak gaf het Hof van Justitie te kennen dat uitzonderingen op het toepassingsgebied van de richtlijn restrictief moeten worden uitgelegd.⁷⁶ Toch heeft het Hof in *Libert* de uitzondering voor ruimtelijke ordeningsregulering en sociale huisvesting, indachtig de wens van de Uniewetgever, breed willen uitleggen en de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn niet willen uitbreiden tot die terreinen.

Schriftelijke overeenkomst in de zin van het aanbestedingsrecht

Hier is het interessant om te zien dat het feit dat de last rechtstreeks wordt opgelegd door het Decreet niet uitsluit dat de betrekking contractueel is.⁷⁷ Uit eerdere rechtspraak blijkt dat er wel enige invloed moet kunnen worden uitgeoefend door de onderneming op de schriftelijke overeenkomst.⁷⁸ De advocaat-generaal gaat uitgebreider op dit punt in en concludeert dat vooral de mogelijkheid om over de prijs te onderhandelen in concreto beperkt is.⁷⁹ Het is voor het Grondwettelijk Hof om te bezien of er sprake is van een overeenkomst, maar de boodschap van het Hof en de advocaat-generaal lijken weinig ondubbelzinnig.

Slotsom: betekenis van het arrest

Wat het arrest *Libert* zonder meer duidelijk maakt, is dat het Hof van Justitie bepaald niet gecharmeerd is van (zware) bindingseisen die belemmerend werken ten aanzien van de mogelijkheden van de vrijheid om te reizen en te verblijven voor Unieburgers en de klassieke economische verkeersvrijheden. In de laatste druk van het leerboek *Europees recht - Algemeen Deel* wordt de Unie, om haar te begrijpen, voorgesteld als woonplaats.⁸⁰ Die woonplaats mag overal binnen de Unie zijn. Bindings-eisen belemmeren de vestigingsvrijheid en mobiliteit. Met het arrest *Libert* in handen kunnen Unieburgers en ondernemingen zich nu verzetten tegen te stringente bindingseisen.

Tegen die achtergrond heeft het arrest nogal wat potentiële gevolgen voor Nederlandse regulering van decentrale overheden. Een eenvoudige speurtocht op <www.overheid.nl> maakt inzichtelijk dat vele geldende gemeentelijke huisvestingsverordeningen werken met

72. In SWD(2013) 53 final/2 wordt op p. 69 gesproken van 'nauwkeurig omschreven parameters', daarnaast wordt wederom geen verschil tussen het besluit en de *Altmark*-criteria geconstateerd door de Commissie. De Commissie wilde zelfs de transparantie met het nieuwe besluit vergroten.

73. In het eerste voorstel voor de Dienstenrichtlijn bestond de exceptie voor sociale huisvesting niet. Zie Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt [SEC(2004) 211/* COM/2004/0002. Na de eerste lezing is sociale huisvesting toegevoegd tot de richtlijn, zie: Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, Brussel, 4.4.2006, COM(2006) 160 def., p. 3.

74. Art. 2 lid 2 onder j van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat de Richtlijn niet van toepassing is op een activiteit die ziet op: '(...) sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood, die worden verleend door de staat, door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen van de staat, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend (...).'

75. Zie punt 106. Zie eerder in het arrest punt 51. De A-G laat zich over de toepasselijkheid van dit artikel niet uit, hoewel de mogelijkheid om een beroep hierop te doen wel aangehaald wordt (zie conclusie A-G Mazák, o. 77-78). De aard van de uit te oefenen activiteiten hoeft dus niet alleen gericht te zijn op personen met bijzondere behoeften wegens hun ontoereikende gezinsinkomen of met een gebrek aan onafhankelijkheid en die gevaar lopen te worden gemarginaliseerd. Evenmin hoeft het alleen gericht te zijn op achterstandsgroepen of sociaal kansarme groepen die, door solvabiliteitsbeperkingen, geen huisvesting tegen marktvoorwaarden kunnen vinden.

76. HvJ EU 18 mei 1995, zaak C-57/94, *Commissie t. Italië*, Jur. 1995, p. I-1249, punt 23; destijds was Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (*Pb. EU* 1971, L 185/5) het onderwerp van discussie.

77. Aldus het Hof van Justitie in punt 113.

78. Uit HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, Jur. 2007, p. I-12175, punt 54-55 volgt dat: 'ingeval de (...) gesloten overeenkomst in werkelijkheid een eenzijdige bestuurshandeling zou zijn waarbij alleen ten laste van [de onderneming] verplichtingen worden opgelegd, dus een handeling die aanzienlijk zou afwijken van de normale voorwaarden van het commerciële aanbod van deze onderneming (...), zou moeten worden geconcludeerd dat een overeenkomst ontbreekt.' De nationale rechter zal in dit verband moeten onderzoeken 'of [de onderneming] de mogelijkheid heeft om met [de aanbestedende dienst] te onderhandelen over de concrete inhoud van de te leveren prestaties en de daarop toepasselijke tarieven en of deze onderneming (...) zich van de uit de samenwerkingsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen kan bevrijden (...).' Vgl. W.R. Möhlmann, 'Gebiedsontwikkeling en Europees aanbestedingsrecht', *TBR* 2013, p. 51, die eenzelfde belang hecht aan het onderhandelen over de inhoud van de overeenkomst en de aanvaarding en de bevrijding van de opdracht. Eenzijdige publiekrechtelijke handelingen – zoals bijvoorbeeld een Decreet – vallen normaliter buiten het begrip 'schriftelijke overeenkomst' in de zin van art. 1 lid 2 onder a van Richtlijn 2004/18/EG.

79. Zie conclusie A-G Mazák, o. 91. Anders: W.R. Möhlmann, 'Gebiedsontwikkeling en Europees aanbestedingsrecht', *TBR* 2013, p. 51; volgens Möhlmann is het toe te passen tarief weliswaar van aanzienlijk belang, maar het enkele feit dat de tarieven vastliggen, is volgens hem op zich nog niet doorslaggevend.

80. Zie W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal en L.A.J. Senden (red.), *Europees Recht: Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, hoofdstuk 1 'Europa als woonplaats, de Unie als haar bestuur. Geschiedenis en Structuur van het Europese recht', meer in het bijzonder p. 3 en 30.

bindingseisen,⁸¹ bindingseisen naar voren komen als voorwaarde voor startersleningen⁸² en/of bij de uitgifte van bouwkavels gehanteerd worden.⁸³ De vraag is welke bindingseisen na het arrest *Libert* in strijd met het Unierecht moeten worden geacht. Duidelijk is dat bindingseisen als zodanig in het beklagdenbankje zijn beland en via zowel het Unieburgerschap, de vestigingsvrijheid, het vrije werknemers-, diensten- en kapitaalverkeer kan worden aangevallen. Opvallend is dat het Hof van Justitie deze vrijheden met betrekking tot de Vlaamse bindingseisen volkomen gezamenlijk behandelt en ook de rechtvaardigingsgronden en evenredigheidsstoetsing op dit punt in uniforme zin benadert en beoordeelt. De strikte benadering van het arrest zal ongetwijfeld een rol van betekenis gaan spelen in de totstandkoming en effectivering van de Huisvestingswet 2013 die momenteel bij de Tweede Kamer in behandeling is, maar waarbij, voor zover wij konden nagaan, de Unierechtelijke dimensie tot op heden opmerkelijk onderbelicht is gebleven.⁸⁴

Toch maakt het arrest *Libert* ook duidelijk dat lidstaten onder voorwaarden de mogelijkheid blijven bezitten om een heffing in ruimtelijkeordeningsregulering uit oogpunt van sociale huisvesting op te leggen. Het hangt

natuurlijk af van hoe de Vlaamse regering de evenredigheid van de 'sociale last' voor het Grondwettelijk Hof weet aan te tonen, maar dat hier ruimte aan de lidstaten wordt gelaten is duidelijk. Ook valt op dat het Hof van Justitie hier niet voor interpretatie van meerdere vrijheden, zodat de indruk blijft dat in dit verband meer lidstatelijke manoeuvreerruimte blijft voortbestaan.

Het arrest zal ook in de praktijk gebruikt worden omdat het arrest een van de zeldzame toetsingen aan de *Altmark*-criteria door het Hof van Justitie zelf biedt, met name ten aanzien van het vraagstuk van compensatie. Jammer is het dat het Hof van Justitie vervolgens ruis doet ontstaan tussen de uitleg van de DAEB-beschikking en de *Altmark*-criteria zelf en die beoordeling aan het Grondwettelijk Hof overlaat.

Het heeft er alle schijn van dat het Hof van Justitie bij de formulering van het arrest oog heeft gehad voor de bijzondere taak die het Grondwettelijk Hof uitoefent ten aanzien van de geldigheid van het bestreden Decreet en als Belgische constitutionele rechter.

81. Zie, uit vele voorbeelden willekeurig gekozen: Huisvestingsverordening Almere 2012, Huisvestingsverordening Bodegraven-Reeuwijk 2013 of Huisvestingsverordening Baarn 2013.

82. Idem, als voorbeeld kan worden gewezen op de VROM Startersleningverordening Putten 2012, Verordening Startersleningverordening Ermelo 2010.

83. Zie bijvoorbeeld het Lotingsregelement particuliere bouwkavels woningbouw Gemeente Bronckhorst 2008 en het Uitgiftebeleid voor woningbouw kavels in de Gemeente Steenwijkerland 2009.

84. *Kamerstukken II* 32 271, Nieuwe regels met betrekking tot de verdeling van woonruimte en de samenstelling van de woonruimtevoorraad (Huisvestingswet 20..). In de memorie van toelichting valt te lezen (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 271, nr. 3, p. 24): 'Zoals gezegd wordt de verantwoordelijkheid voor het stellen van bindingseisen neergelegd bij de gemeenteraad. Daarbij stelt de Huisvestingswet 20.. dat de bindingseisen slechts mogen worden toegepast indien de betreffende gemeente geen of geringe mogelijkheden heeft de woonruimtevoorraad uit te breiden als gevolg van bovengemeentelijk ruimtelijk beleid. Het gaat dan om gemeenten waar krachtens art.4.1 of 4.3 van de Wro voor het grondgebied van de gemeente beperkingen zijn gesteld ter zake van de uitbreiding van de woonruimtevoorraad.' En iets verderop: 'Er zijn bepaalde categorieën woningzoekenden die bindingseisen niet tegengeworpen mogen krijgen. Het betreft hier categorieën die naar hun aard geen economische of maatschappelijke binding met een gemeente hebben, te weten: verblijfsgerechtigden [volgens art.1f Wetsvoorstel worden hiermee bedoeld vreemdelingen die in Nederland op grond van een asielverzoek rechtmatig verblijf hebben als bedoeld in art.8, onderdelen a tot en met d, van de Vreemdelingenwet 2000] en personen komend uit een voorziening voor tijdelijke opvang van personen die wegens geweld of problemen van relationele aard hun woonruimte hebben moeten verlaten. (...) Voor verblijfsgerechtigden geldt dat zij, gezien hun komst naar Nederland, nog geen maatschappelijke of economische binding met een regio of gemeenten hebben kunnen verwerven.' Zonder verder nadere toelichting te verstrekken, maar om vervolgens direct aan te geven (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 271, nr. 3, p. 25): 'In de Huisvestingswet 20.. is het aantal groepen waaraan geen bindingseisen mogen worden gesteld sterk beperkt. Gepensioneerden, langdurig werklozen, lichamelijk of verstandelijk gehandicapten, urgenten en remigranten worden niet meer als zodanig aangemerkt.' Voor zover wij hebben kunnen nagaan wordt aan Unierechtelijke vrijheid van vestiging geen expliciete aandacht besteed in de memorie van toelichting, ook overigens niet in het Advies van de Raad van State en nader rapport (zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 271, nr. 4).