

## 5 VARIATIE EN DE INTERNE MARKT

### 5.1 INLEIDING

De interne markt, die het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal omvat, bevindt zich in het hart van de Europese samenwerking. Het Verdrag betreffende de werking van de EU verbiedt lidstaten, en in sommige gevallen particuliere organisaties, om maatregelen te nemen die het vrije verkeer belemmeren. Daarnaast zijn er in het Verdrag bepalingen opgenomen die ondernemingen verbieden om de mededinging op de interne markt te belemmeren. De juridische constructie van de interne markt wordt vervolmaakt door wetgeving, onder andere in de vorm van richtlijnen en verordeningen.<sup>1</sup> Deze Europese wetgeving wordt vastgesteld om verschillen tussen nationale regels die het internemarktproces kunnen verstoren weg te werken en om gemeenschappelijke normen vast te stellen voor de 28 lidstaten.

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon streeft de EU naar een 'sociale markteconomie'. De cruciale vraag is wat dat betekent en in hoeverre variatie zich verdraagt met dat streven en pogingen recht te doen aan de behoeften van verschillende groepen burgers. Concreter gezegd, hoe (on)deelbaar is de interne markt; is het politiek-juridisch denkbaar en maatschappelijk wenselijk dat de vier vrijheden van elkaar worden losgekoppeld en dus niet elke lidstaat meer alle vrijheden waarborgt? Maar ook, hoe denkbaar en wenselijk is variatie binnen elk van de vier vrijheden? Bijvoorbeeld als het gaat om de precieze invulling van het vrije verkeer van personen; in hoeverre kunnen nationale uitzonderingen daarbinnen worden toegestaan?

Deze kwestie van de (on)deelbaarheid van de interne markt is van principiële aard omdat deze van belang is voor de algehele koers van de Europese integratie, en omdat dit op verdragsniveau met instemming van alle lidstaten moet worden geregeld. Variatie binnen de afzonderlijke vrijheden betreft veeleer de dagelijkse politieke praktijk, waar de nadruk veel meer ligt op hoe Europese wet- en regelgeving concreet invulling moet krijgen afhankelijk van het beleidsdoel. Daarbij draait het om vragen als wat voor Europese standaard of beschermingsniveau vereist is, welke discretionaire ruimte aan de lidstaten kan worden gelaten, en wat voor rechts- of beleidsinstrumenten daarbij passen.

Bij het analyseren van dergelijke vragen komen voortdurend drie verschijnselen aan het licht. Deze zullen in dit hoofdstuk regelmatig zichtbaar worden.

1. Ten eerste is er het feit dat Europese marktintegratie voortdurend te maken heeft met versturende factoren. Die factoren zijn onder meer gelegen in nationale wet- en regelgeving. Deze beoogt nationale publieke belangen te behartigen, maar kan tegelijkertijd een belemmering van het vrije verkeer binnen de EU opleveren. Er is derhalve sprake van een spanning tussen het Europese belang van marktintegratie en nationale publieke belangen. Zo kan het veiligstellen van de marktintegratie bijvoorbeeld negatieve gevolgen hebben in het nationale sociale domein.
2. Ten tweede is harmonisatie van nationale regels weliswaar een belangrijke manier om marktverstoringen weg te werken en tegelijkertijd nationale belangen op Europees niveau te beschermen, maar dit vraagt lang niet altijd om homogeniteit en convergentie over de volle breedte van de regels op de interne markt. Het laten van ruimte voor nationale verschillen kan juist ook verbindend werken. Bijvoorbeeld omdat dat beter past bij de tijdelijkheid – het voortdurend in ontwikkeling zijn – van veel EU-arrangementen of de bijzondere omstandigheden in een lidstaat. De interne markt is niet gebaseerd op een simpele *one-size-fits-all*-benadering, maar laat zeker ruimte voor divergentie. Sterker nog, de manier waarop met marktverstoringen wordt omgegaan, en de ruimte die wordt gelaten voor variatie ten behoeve van de behartiging van nationale publieke belangen, kan ook voor andere beleidsterreinen interessante inzichten opleveren.
3. Ten derde kan marktintegratie en de totstandkoming van Europese wetgeving op de interne markt ook worden verstoord van buitenaf, bijvoorbeeld door niet-EU-landen. De binnen- en buitenwereld van de Europese marktintegratie zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. De vervolmaking van de interne markt is daarmee ook afhankelijk van de afspraken en regels die met de buitenwereld worden gemaakt.

## 5.2 EEN SOCIALE MARKTECONOMIE: WERK IN UITVOERING

Duidelijk is dat niet iedereen in dezelfde mate voordeel van de vrije markt ondervindt en zijn levensstandaard als gevolg daarvan ziet stijgen, ook al wordt de *economische toegevoegde waarde* van de Europese interne markt breed onderschreven.<sup>2</sup> Naar schatting loopt momenteel bijna een kwart van de bevolking van de EU het risico op armoede of sociale uitsluiting. Niet alleen verschillen arbeidsparticipatie en levensstandaard sterk tussen de lidstaten, maar ook tussen regio's binnen de lidstaten. Daarnaast zijn er grote verschillen tussen lidstaten op het gebied van werkpatronen, onderwijs, volksgezondheid en sociale zekerheid (Europese Commissie 2017a). Veel mensen hebben dan ook zorgen over hoe de EU de sociale problemen aanpakt die gepaard gaan met een open (arbeids)markt. Volgens de Euro-

barometer 2017 zien meer dan acht op de tien Europeanen werkloosheid, sociale ongelijkheid en migratie als de drie belangrijkste uitdagingen voor de Unie en zij verwachten dat een vrijemarkteconomie hand in hand gaat met hoge niveaus van sociale bescherming. Zeven op de tien Europeanen vinden dat het sociaal beleid en werkloosheidsbeleid slecht worden beheerd en zijn voorstander van besluitvorming op zowel nationaal als EU-niveau (Europese Commissie 2017a: 20).

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 bepaalt artikel 3, derde lid, VEU dat de EU zich inzet voor een duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van onder meer een “sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang”. Dat blijkt ook uit andere doelstellingen die artikel 3, derde lid, noemt, namelijk de bestrijding van sociale uitsluiting en discriminatie en de bevordering van sociale rechtvaardigheid en bescherming, en de solidariteit tussen generaties. Deze kunnen als een concretisering worden gezien van de meer algemene doelomschrijving in artikel 3, eerste lid, namelijk dat de Unie als doel heeft “de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen”. Maar welzijn gaat verder dan het waarborgen van de sociale dimensie in voornoemde zin; dit impliceert ook bescherming van andere publieke belangen, zoals milieubescherming, duurzame ontwikkeling en consumentenbescherming. Dergelijk flankerend beleid is dus ook van belang in de invulling van de interne markt (De Vries 2006). De waarden waarop de Unie berust<sup>3</sup> zijn “eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.”

Over de vraag hoe de sociale markteconomie en gerelateerde doelstellingen en waarden precies invulling moeten krijgen, lopen de meningen echter nogal uiteen.

In artikel 26 VWEU wordt de interne markt gedefinieerd als “een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen”. Deze definitie zegt niets over hoe de interne markt vorm moet worden gegeven, de intensiteit van EU-regelgeving, de verhouding tussen nationale en Europese publieke belangen of de idee van een sociale markteconomie. Ook is onduidelijk wat precies de verhouding is tussen de vier vrijheden en of er sprake kan zijn van hiërarchie daartussen.<sup>4</sup> In artikel 151 VWEU over de doelstellingen van de sociale politiek van Europa is tevens een verwijzing naar de interne markt opgenomen. Doelstellingen als de bevordering van de werkgelegenheid, de verbetering van levensomstandigheden en

arbeidsvoorwaarden, adequate sociale bescherming, een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau en de bestrijding van uitsluiting worden daarin expliciet gekoppeld aan de interne markt.

De toekomstige vormgeving van een sociale interne markt en de borging van andere publieke belangen is letterlijk werk in uitvoering. Daarbij zijn de bestaande marktordeningsprincipes (zoals de fundamentele rechten vervat in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie), maar ook de mogelijkheden en onmogelijkheden voortvloeiend uit ‘politieke wil’ de twee bepalende factoren.

***Twee uitgangspunten: Marktordeningsprincipes en politieke wil***

Een eerste uitgangspunt is dat de lidstaten niet geheel vrij zijn bij de invulling van de sociaal-economische doelstellingen en kernwaarden van de Unie. In het Unierecht kan namelijk een aantal marktordeningsprincipes worden geïdentificeerd die belangrijke juridische en politieke ijkpunten vormen voor de verdere uitwerking daarvan. Hier kan in de eerste plaats worden gewezen op de fundamentele rechten van de burgers en andere inwoners van de Unie, zoals die nu bindend zijn vastgelegd in het Handvest van de grondrechten van de Unie. Het Handvest omvat bepalingen met betrekking tot menselijke waardigheid en vrijheden, solidariteit, burgerschap en rechtspleging. Deze zijn niet alleen leidend voor de Europese wetgeving en – op de beleidsterreinen van het Unierecht – de lidstaten, maar ook voor het Hof van Justitie, als het gaat om de juridische beoordeling die moet worden verricht aangaande de verhouding tussen de interne markt en nationale publieke belangen. Dit wordt in de volgende paragrafen verder besproken.

Wel is het van belang hier wat nader te kijken naar solidariteit, als verplichtend beginsel voor de lidstaten en de mogelijke betekenis daarvan voor de burger. Wat dit beginsel omvat en waar het precies toe verplicht, is nog niet eenduidig (Domurath 2013), maar duidelijk is wel dat het steeds meer politieke en juridische relevantie krijgt. Op Verdragsniveau is het niet alleen geformuleerd als een van de kernwaarden van de Unie, maar wordt het ook aangehaald in artikel 3 VEU in relatie tot het verzekeren van solidariteit tussen generaties en solidariteit tussen de lidstaten en in relatie tot het bevorderen van de economische, sociale en territoriale samenhang. In de praktijk wordt deze laatste doelstelling behartigd door herverdeling via de structuur- en investeringsfondsen, waaronder het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling en het Europees Sociaal Fonds.<sup>5</sup> Het belang van solidariteit tussen de lidstaten zien we echter ook terug in het externe beleid van de Unie,<sup>6</sup> het gemeenschappelijke buitenlands- en veiligheidsbeleid,<sup>7</sup> migratie- en asielbeleid<sup>8</sup> en ook de interne markt, ook al wordt het in dit verband niet specifiek in de Verdragen genoemd.<sup>9</sup> Op dit terrein komt solidariteit indirect in beeld in de rechtspraak van het Hof over het vrije verkeer van diensten en personen, maar ook in de politieke afweging in het wetgevingsproces. Solidariteit kan ook als een belangrijk

element worden gezien van loyale samenwerking, dat niet alleen de relatie tussen de lidstaten en de Unie-instellingen betreft, maar ook die tussen de lidstaten onderling.<sup>10</sup>

Verder bevat het Werkingsverdrag een aantal zogenaamde mainstreamingbeginselen in de artikelen 8-13 VWEU. Deze leggen een verplichting op de Unie-instellingen om bij de vaststelling van wat voor Europese wet- of regelgeving en beleid dan ook, recht te doen aan een hoog beschermingsniveau van andere publieke belangen dan puur economische belangen. Artikel 9 VWEU bepaalt in het bijzonder dat:

Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden houdt de Unie rekening met de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding en bescherming van de menselijke gezondheid.

De overige bepalingen betreffen de bestrijding van discriminatie en bevordering van gelijke behandeling op verschillende gronden, de integratie van eisen inzake het bevorderen van duurzame ontwikkeling, en de verplichting om rekening te houden met consumentenbescherming.<sup>11</sup> Op het terrein van de interne markt voorziet de hieronder nog nader te bespreken belangrijkste rechtsgrondslag voor internemarktwetgeving (artikel 114 VWEU) in een verplichting om bij elk voorstel uit te gaan van een hoog beschermingsniveau op het gebied van volksgezondheid, veiligheid, milieubescherming en consumentenbescherming.

Deze sociaal-economische doelstellingen, kernwaarden en marktordeningsprincipes vormen tezamen het kader voor het tweede uitgangspunt: het is bovenal een kwestie van politieke afweging welk niveau van sociale bescherming en vooruitgang precies wordt nagestreefd in het kader van de Europese besluitvorming, hoeveel Europese sturing dat vereist en welke discretionaire ruimte aan de lidstaten wordt gelaten. De oorspronkelijke verwachting dat de instelling van de gemeenschappelijke markt zou leiden tot een verbetering van de levensstandaard bracht met zich mee dat het niet nodig werd gevonden substantiële nationale bevoegdheden op het terrein van sociaal beleid over te dragen. Toen de realiteit echter weerbarstig bleek, vertaalde de politieke bereidheid om sociale bescherming als essentieel onderdeel van de interne markt te zien zich langs andere weg in wetgeving, onder meer in richtlijnen gebaseerd op de rechtsgrondslag voor de interne markt van artikel 95 van het EG-Verdrag (nu: artikel 114 VWEU). Voorbeelden zijn de richtlijn over het behoud van de rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen,<sup>12</sup> de richtlijn bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever<sup>13</sup> en verschillende richtlijnen op het terrein van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.<sup>14</sup> Hoewel de wetgevende bevoegdheid van de EU om sociaal beleid te voeren dus beperkt was en nog steeds is, bijvoorbeeld aangaande werkge-

legenhedsbeleid en sociale zekerheid, heeft de Unie-wetgever zijn internemarkt-bevoegdheid dus wel ruim uitgelegd om ook sociale rechten van werknemers te waarborgen. Er is sprake van een zeker Europees sociaal acquis.<sup>15</sup>

Het zijn de Europese staatshoofden en regeringsleiders die samen met de voorzitter van de Commissie onder leiding van hun voorzitter in het kader van de Europese Raad zelf de politieke beleidslijnen hiervoor uitzetten en het is de Raad van Ministers samen met het Europees Parlement die daar in wet- en regelgeving nader invulling aan geeft, op basis van voorstellen van de Commissie. Zoals uit de bespreking van verschillende dossiers hieronder zal blijken, kunnen juist ook wijzigingen of correcties van Europese wetgeving nodig worden geacht vanwege veranderde inzichten over de keerzijden van marktwerking. Met andere woorden, het juridische kader van de EU laat veel ruimte voor een politieke afweging van het economische marktbelang en andere publieke belangen en het is daarmee bovenal een politieke keuze hoe de Europese sociale markteconomie vlees op de botten krijgt.

Het recente voorstel van de Europese Commissie voor een Europese sociale pijler onderschrijft het belang van beide uitgangspunten om tot een socialere interne markt te komen.<sup>16</sup> Aan de ene kant kunnen de twintig sociale beginselen en rechten die deze pijler omvat, worden gezien als een juridische en beleidsmatige operationalisering van de marktordeningsprincipes. Aan de andere kant drukt de gezamenlijke aanname ervan door de Commissie, Raad en het Europees Parlement op de Europese Sociale Top in Göteborg op 17 november 2017 de politieke bereidheid uit om deze uit te gaan voeren. De pijler omvat initiatieven op de terreinen van gelijke kansen en toegang tot de arbeidsmarkt, eerlijke arbeidsvoorwaarden en sociale bescherming en insluiting.

Op de interne markt is de rol van de rechter reactief, want die krijgt gestalte in het kader van de toetsing van nationale wet- en regelgeving aan de vrijverkeerbepalingen in de EU-Verdragen, wanneer burgers of ondernemingen nadeel daarvan ondervinden. De rol van de Europese wetgever is een proactieve ten aanzien van het realiseren van regels en beleid ter behartiging van verschillende publieke belangen. Maar daarnaast zijn ook coördinerende beleidsmaatregelen nodig. Die zijn nu voorzien in de Europese sociale pijler, bijvoorbeeld ten aanzien van het werkgelegenheidsbeleid in relatie tot het Europees semester voor coördinatie van het economische beleid en het convergentieproces binnen de EMU.<sup>17</sup>

### ***Afwegingen van publieke belangen binnen de interne markt***

De EU-Verdragen bevatten diverse bepalingen die regels en gedrag verbieden wanneer deze het vrije verkeer belemmeren. Het Hof van Justitie, dat een grote rol speelt in de uitleg van in algemene termen geformuleerde Verdragsbepalingen, heeft al vroeg in de geschiedenis van de Europese Gemeenschappen bepaald dat

deze bepalingen door de lidstaten moeten worden toegepast en kunnen worden afgedwongen via rechters in de lidstaten. Het Hof bestempelde het Europese recht namelijk als autonome rechtsbron waardoor zowel lidstaten als burgers gebonden zijn aan de regels die de gemeenschappelijke markt betreffen. Door deze zogenaamde normatief-functionele integratiemethode met een nadruk op liberalisering en het opheffen van belemmeringen heeft het internemarktrecht, waarin de vier vrijheden een cruciale rol spelen, een enorme vlucht genomen en zich kunnen uitstrekken over vrijwel elk terrein van het economische en sociale leven (Weatherill 2013: 14; De Vries 2016: 9). Hierdoor stellen deze marktregels normatieve kaders voor nationale maatregelen en handelingen, ook wanneer zij publieke doelstellingen nastreven en sociale rechten waarborgen (Mortelmans 1985: 10).

Hoewel ze ruim worden toegepast, hebben de vier vrijheden geen absoluut karakter. Het vrije verkeer kan door lidstaten in zekere mate worden beperkt om niet-economische belangen te waarborgen. Hieronder vallen ook grondrechten van burgers, inclusief sociale rechten, die onder bepaalde voorwaarden en binnen de grenzen van de vier vrijheden kunnen worden gewaarborgd. In de rechtspraak is erkend dat het vrije verkeer mag worden beperkt door lidstaten om niet-economische belangen te waarborgen, mits de nationale maatregel proportioneel is. Zo wordt rekening gehouden met publieke belangen, typisch nationale waarden, ethische kwesties of politiek gevoelige thema's, zoals de bescherming van zwakke groepen consumenten, een regionale taal of de regulering van kansspelen.

Dit biedt ruimte voor een evenwichtige afweging, die kan worden benut voor de bescherming van sociale belangen. Er zijn echter situaties waarin uitspraken van het Hof sociale rechten ondergeschikt maken aan de regels van het vrije verkeer. In de Viking en Laval-zaken<sup>18</sup> hebben de vakbonden van het Hof weinig ruimte gekregen om het stakingsrecht invulling te geven, hetgeen niet zonder kritiek is gebeven (Veldman en De Vries 2015; Weatherill 2015). Deze benadering van het Hof botst met het uitgangspunt van het Handvest van de grondrechten van de Unie, dat een evenwichtige afweging tussen economische vrijheden en grondrechten van burgers vergt. Uit het Handvest valt immers af te leiden dat de internemarktvrijheden niet belangrijker zijn dan grondrechten of publieke belangen.<sup>19</sup> Dat de economische vrijheden en de waarborging van sociale rechten elkaar echter zeker niet uitsluiten (Schiek 2015: 25) maar juist ook complementair aan elkaar zijn, bleek al uit de gelijke aanspraak op sociale en fiscale voordelen die migrerende werknemers kunnen doen gelden op grond van de Werknemersverordening sinds 1968.<sup>20</sup> Het Hof heeft het begrip "sociaal voordeel" daarin ruim uitgelegd. Het omvat daarmee ook niet-financiële voordelen, zoals het recht op een rechtszaak in een bepaalde taal<sup>21</sup> en de mogelijkheid voor een migrerende werknemer om met een ongehuwde partner in de ontvangende lidstaat te verblijven, die volgens het Hof beschouwd moeten worden als sociale voordelen in de zin van artikel 7, lid 2, van de Verordening.<sup>22</sup>

Het Hof van Justitie heeft ook een belangrijke afweging gemaakt tussen het belang van het vrije verkeer van personen en dat van instandhouding van nationale sociale zekerheidssystemen, oftewel tussen transnationale en nationale sociale solidariteit. Het Hof heeft feitelijk transnationale solidariteit van burgers bevorderd door ze steeds meer toegang tot nationale sociale zekerheidsrechten toe te kennen, op basis van gelijkstelling van eigen onderdanen en andere EU-onderdanen. Het evenredigheidsbeginsel is gebruikt om sociale solidariteit zo te interpreteren dat deze recht geeft op bijstand maar dan wel binnen de beperking van beschikbare bronnen (Domurath 2013).<sup>23</sup> Het Hof verlangt nationale solidariteit ten aanzien van andere EU-onderdanen, afhankelijk van de tijd die iemand in het gastland heeft verbleven – als een indicator voor zijn/haar mate van integratie – en onder de voorwaarde dat iemand geen onredelijke financiële belasting mag vormen voor het gastland.<sup>24</sup> Een vergelijkbaar dilemma tussen transnationale en nationale solidariteit zien we op het terrein van de rechtspraak van het vrije verkeer van diensten in relatie tot de toegang tot medische zorg in andere lidstaten, waarbij het Hof individuele burgers die toegang onder bepaalde condities heeft verzekerd.<sup>25</sup> Enerzijds kan worden vastgesteld dat het Hof met deze burgerschapsrechtenbenadering aan het economische internemarktparadigma een sociale solidariteit heeft toegevoegd die uitstijgt boven de gebruikelijke begunstigde van de vrijverkeerbepalingen (Domurath 2013). Anderzijds is er ook de kritiek dat een dergelijke individueelerechtenbenadering de sociale solidariteit aantast die ten grondslag ligt aan nationale socialezekerheidsstelsels. Newdick spreekt in dit verband veelzeggend van “*citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social solidarity*” (2006: 1645). In ieder geval staat vast dat de liberalisatie van het personen- en dienstenverkeer impact heeft gehad op de borging van publieke belangen op basis van socialezekerheidssystemen die uitgaan van nationale, sociale solidariteit.

‘Negatieve’ integratie is dus rechtstreeks gebaseerd op de normen uit de Verdragen en omvat een afweging van publieke belangen op nationaal niveau binnen de kaders van het EU-recht, waarbij de lidstaten verplicht zijn om de belangen van het vrije verkeer mee te nemen in de afweging en geen onevenredige inbreuk te maken op de vier vrijheden. Het Hof van Justitie speelt een sturende rol door interpretatie van het internemarktrecht, dat daarmee bepalend is voor de ruimte die overblijft voor nationale publieke belangen. Het feit dat de bevoegdheden voor het vormgeven van sociaal beleid vooral bij de lidstaten liggen en de Unie-wetgever zich daarover niet of nauwelijks kan uitspreken, geeft het Hof van Justitie de troefkaart in handen om een afweging te maken tussen nationale sociale belangen en de EU-regels over het vrije verkeer. Immers, telkens wanneer de uitoefening van nationale bevoegdheden gevolgen heeft voor het vrije verkeer binnen de interne markt, kan een particulier een beroep doen op de vrijverkeerbepalingen uit het Verdrag en bepalingen van sociaal recht aanvechten voor de rechter. Op de lidstaat rust dan de bewijslast om aan te tonen dat het beleid sociale belangen beoogt te waarborgen.



Dit ligt anders wanneer de EU-wetgever zelf optreedt. De EU-wetgever heeft de bevoegdheid om de afweging van publieke belangen op het gebied van de interne markt zelf te maken (positieve integratie). Het bestaan van die wetgevingsbevoegdheid veronderstelt al dat het binnen de interne markt niet alleen gaat om het afschaffen van handelsbelemmeringen. Juristen en andere wetenschappers zien de interne markt tegenwoordig dan ook als een “*battlefield of values and interests*”, een strijdtoneel van waarden en belangen (Davies 2015: 4). Zoals reeds opgemerkt, schrijven de verdragen voor dat de EU-wetgever met andere belangen rekening moet houden en bijvoorbeeld een hoog niveau van volksgezondheid, veiligheid, milieubescherming en consumentenbescherming moet nastreven (artikel 114, lid 3 VWEU). Dat roept de vraag op hoe de diverse belangen in de praktijk worden afgewogen en geaccommodeerd. Op basis van twee cruciale wetgevingsdossiers, waarbij andersoortige belangen dan de afschaffing van belemmeringen voor de interne markt in het geding zijn – de Detacheringsrichtlijn en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) – komt een aantal bevindingen naar voren. De volgende vragen staan in de analyse centraal:

1. Hoe worden publieke belangen op EU-niveau afgewogen tegen het belang van het verwijderen van belemmeringen voor het vrije verkeer?
2. Hoe krijgt die afweging concreet vorm in wetgeving?
3. Welke ruimte is er voor individuele lidstaten om te variëren op de beleidsinhoud?

Soms staat het belang om belemmeringen van de vier internemarktvrijheden weg te nemen recht tegenover andere publieke belangen. In het oorspronkelijke voorstel voor de Detacheringsrichtlijn stelde de Commissie dat het erom ging om een evenwicht te vinden tussen “twee beginselen die met elkaar in tegenspraak zijn” (Commissie 1991: 9). Enerzijds is er de vrije concurrentie tussen ondernemingen. Dat vereist een ‘gelijk speelveld’, waarbij oneigenlijke concurrentievoordelen door nationale regels worden afgeschaft. Aan de andere kant is er het belang van de lidstaten om werknemers te beschermen – bijvoorbeeld door minimumlonen vast te stellen – op een manier die rekening houdt met de omstandigheden van het betreffende land. In de uiteindelijke richtlijn werd het belang van het vrije verkeer van diensten expliciet als een derde doelstelling genoemd (overweging 5 van de richtlijn).

In de afweging van publieke belangen in de Detacheringsrichtlijn is bovendien een dubbele spanning te zien. Niet alleen staat de bescherming van vrije concurrentie en het vrije verkeer van diensten tegenover het belang om werknemers te beschermen, maar daarmee verbonden is ook de vraag op welk niveau dat publieke belang moet worden beschermd: de eerste twee belangen vereisen optreden van de EU-wetgever, terwijl de bescherming van werknemers – zoals geformuleerd door de Commissie – juist optreden van de lidstaten vergt (Van den Brink, Bijl en Hübner 2017).

Op het gebied van gegevensbescherming staan de betrokken belangen niet diametraal tegenover elkaar. Het gaat hier om de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) en het vrije verkeer van persoonsgegevens als aspect van de interne markt (sommigen bepleiten dat het vrije verkeer van kennis en gegevens als de vijfde vrijheid binnen de interne markt aangemerkt zou moeten worden).<sup>26</sup> In wezen (de formulering wijkt iets af) zijn deze genoemde belangen in de AVG dezelfde als die van de huidige richtlijn. De reden voor de nieuwe verordening ligt vooral in de sterk gewijzigde maatschappelijke en technologische context, die wel wordt aangeduid als de “*dataficatie*” van de economie (Moerel 2014). Gegevensuitwisseling binnen de EU is daarmee ook cruciaal geworden voor welvaartsgroei.

Ook het wettelijk systeem gaat ervan uit dat bescherming van de privacy er niet per se toe hoeft te leiden dat aan het belang van het vrije verkeer van gegevens afbreuk wordt gedaan. Integendeel, de stelling van de Commissie was zelfs dat een uniform systeem van privacyregels het vertrouwen in de bescherming van persoonsgegevens zou versterken en daarmee het vrije verkeer van gegevens zou kunnen vergemakkelijken. Die stelling was niet gebaseerd op empirisch bewijs, maar de nieuwe verordening is wel zo opgezet dat als organisaties voldoen aan een waaier van privacywaarborgen, het vrije gegevensverkeer evenzeer is gewaarborgd doordat er geen uiteenlopende nationale regelingen meer zijn (Commissie 2012: 11).

Ook in andere wetgeving zijn vergelijkbare afwegingen tussen het vrije verkeer en andere publieke belangen zichtbaar. De Richtlijn audiovisuele mediadiensten<sup>27</sup> maakt een afweging tussen vrij verkeer en onder meer culturele belangen. De preambule van de richtlijn stelt dat het toenemende belang van audiovisuele diensten voor de samenleving, de democratie, het onderwijs en de cultuur, rechtvaardigt dat voorschriften worden gemaakt die de werking van de interne markt beperken. Uit de artikelen van de richtlijn volgt dat er ook andere belangen in het geding zijn zoals de bescherming van minderjarigen, de toegankelijkheid van de media voor mensen met een visuele of auditieve beperking en de diversiteit van televisieprogramma's (De Witte 2012: 40). In de herziene Richtlijn betaaldiensten (PSD2)<sup>28</sup> is een afweging gemaakt tussen het vrije verkeer van betaaldiensten en de bescherming van individuen (gegevensbescherming). De richtlijn opent de markt voor het aanbieden van diensten op basis van financiële klantgegevens, maar voorziet tegelijk in aanvullende bescherming van consumenten, al zijn er twijfels naar voren gebracht over de daadwerkelijke bescherming die de richtlijn zal bieden (Prins 2017).<sup>29</sup> In het aanbestedingsrecht ten slotte is er sinds een herzieningsronde meer ruimte voor aanbesteders om milieueisen en sociale eisen op te nemen in de gunningscriteria van een contract.<sup>30</sup>

De politieke afweging van publieke belangen krijgt een concrete neerslag in de Europese wetgeving. De inhoud van EU-wetgeving geeft dus antwoord op de vraag hoe de Europese wetgever publieke belangen heeft afgewogen, welk gewicht er aan elk van die belangen is gehecht en op welk evenwicht men uiteindelijk is uitgekomen. De analyse van de twee wetgevingsdossiers laat echter zien dat ook andere elementen in die afweging een rol spelen. Twee factoren zijn van essentieel belang voor die vragen: de keuze van de rechtsgrondslag en de rol van het Hof van Justitie.

### ***De rechtsgrondslag en de rol van het Hof***

De Europese wetgever heeft geen algemeen mandaat, maar moet zich baseren op sectorspecifieke rechtsgrondslagen uit de Europese Verdragen. Op het gebied van de interne markt bestaan ruime rechtsgrondslagen om te kunnen optreden, met name artikel 114 VWEU. Dit roept de vraag op in hoeverre de keuze voor een dergelijke rechtsgrondslag bepalend is voor de afweging tussen publieke belangen die in het geding zijn.

Uit de analyse van de twee wetgevingsdossiers blijkt dat het belang van het vrije verkeer een groot gewicht krijgt als de Europese wetgever een richtlijn of verordening baseert op een van de rechtsgrondslagen betreffende de interne markt (zie ook hieronder de uitspraak van het Hof in de zaak Laval). Dat is begrijpelijk omdat deze grondslag juist gericht is op realisering van de interne markt (Davies 2015). Echter, vooral de manier waarop rechtsgrondslagen in de Verdragen in termen van brede, algemene doelen zijn gedefinieerd, is een belangrijke oorzaak van problemen en van de manier waarop het economische de niet-economische belangen kan overheersen. Dit grote gewicht van het vrije verkeer is echter geen vanzelfsprekendheid. Volgens het Hof van Justitie mag een maatregel gebaseerd op een dergelijke rechtsgrondslag zeker ook andere publieke belangen dienen, zolang maar gewaarborgd is dat de maatregel ook een positief effect heeft op het functioneren van het vrije verkeer. Ingevolge de eerder geïdentificeerde marktordeningsprincipes moeten daarin juist ook andere belangen en beginselen in mee worden genomen. Het Hof heeft zelfs geaccepteerd dat het primaire doel van internemarktwetgeving een ander publiek belang kan betreffen dan het verbeteren van de condities voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. In een uitspraak over de Tabaksreclamerichtlijn die duidelijk de bescherming van de volksgezondheid tot doel had, oordeelde het Hof dat dit geen probleem was, zolang de maatregel ook positieve effecten heeft voor het functioneren van de interne markt.<sup>31</sup> Indien wetgeving gebaseerd op de rechtsgrondslagen van de interne markt inderdaad zulke positieve effecten heeft, dan is de maatregel rechtmatig. Bovendien kan dergelijke wetgeving ook worden toegepast in binnenlandse situaties. Zo kunnen particulieren bijvoorbeeld een beroep doen op de rechten die voortvloeien uit de

Richtlijn gegevensbescherming (nu: AVG), ook als zij zich in dezelfde lidstaat bevinden als degene tegen wie ze deze rechten inroepen (Van den Brink, Bijl en Hübner 2017).

Uit de wetgevingspraktijk blijkt echter dat de rechtsbasis wel degelijk de weging van publieke belangen beïnvloedt. Dit blijkt duidelijk uit de AVG. De richtlijn was gebaseerd op een internemarktgrondslag (artikel 114 VWEU), terwijl de nieuwe verordening op een speciale, nieuwe rechtsgrondslag is gebaseerd (artikel 16 VWEU).<sup>32</sup> Dit heeft geleid tot een andere balans tussen het vrijverkeerbelang en het privacybelang (Hijmans 2016). De verordening bevat nieuwe verplichtingen voor gegevensverwerkers (bijvoorbeeld over dataportabiliteit, over hoe te reageren in geval burgers hun “recht om vergeten te worden” willen effectueren, hoe te handelen in geval van datalekken etc.), de voorwaarden waaronder organisaties functionarissen voor gegevensbescherming moeten aanstellen worden uitgebreid, organisaties hebben meer verantwoordelijkheid om aan te tonen dat zij zich aan de wet houden en bovendien voorziet de verordening in hoge boetes als de regels niet worden nageleefd. Deze en andere elementen laten een verschuiving zien ten gunste van privacybescherming.

Ook de huidige detachingsrichtlijn laat zien hoe de rechtsgrondslag het vrijverkeerbelang kan versterken – doordat het vrijverkeerbelang een groot gewicht krijgt in relatie tot sociale belangen – zeker in combinatie met de rol van het Hof van Justitie (zie onder). Wel ligt er inmiddels een akkoord over een nieuwe detachingsrichtlijn waarin juist de bescherming van werknemers meer gewicht krijgt. Het is de bedoeling dat daarmee kritiek op de huidige gerichtheid op het belang van vrij verkeer wordt ondervangen. Naar het inzicht van de Sociaal-Economische Raad (SER) had de huidige richtlijn hierin namelijk nog niet de juiste balans gevonden (SER rapport – arbeidsmigratie 2014). De SER zag dan ook mogelijkheden om een groter draagvlak voor de interne markt te creëren, door middel van een ‘vertrouwensoffensief’ met maatregelen die de ongelijke behandeling van arbeidsmigranten opheffen. De door de SER beoogde herziening zou moeten zorgen voor een gelijk speelveld voor bedrijven en arbeiders, waarbij met name onduidelijkheden ten aanzien van de periode van detachering en het loonbegrip werden aangekaart. De voorgestelde wijzigingen ziet men nu ook terug in het akkoord voor de wijziging van de detachingsrichtlijn. Het tijdelijke karakter van arbeid wordt meer benadrukt door een maximale detacheringstermijn van 12 maanden (met mogelijke verlenging van 6 maanden). Ten aanzien van het loonbegrip zal het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk vooropstaan; voorheen was dit het minimumloon. Verder wordt de richtlijn uitgebreid naar alle economische sectoren, met bijzondere voorwaarden voor de transportsector, waardoor ook hier een gelijk speelveld gecreëerd wordt. Deze veranderingen beogen de balans tussen de vrijheid van ondernemingen en bescherming van werknemers te herstellen.

Beide wetgevingsdossiers laten zien dat publieke belangen in het kader van de interne markt door de tijd heen anders worden gewogen en dat de betreffende rechtsgrondslagen daar ook ruimte voor laten. Waar deze wetgevingsdossiers duidelijk het resultaat vormen van een afweging tussen het vrijverkeerbelang en andere publieke belangen, staat bij andere afwegingen het vrijverkeerbelang centraler, bijvoorbeeld bij de Dienstenrichtlijn (De Witte 2012). Dat neemt echter niet weg dat ook daarbij destijds zeker een afweging is gemaakt tussen het interne-marktbelang en sociale belangen, en op grond daarvan het oorspronkelijke Commissievoorstel op belangrijke punten is aangepast. Zo is om die reden het oorspronglandbeginsel in de wetgevingsonderhandelingen gesneuveld en zijn bepaalde sectoren en diensten daarvan uitgesloten (Editorial Comments 2006; Barnard 2008). Het is dus lastig om in algemene zin conclusies te trekken over de richting van de ontwikkelingen. Wetgevings- en andere besluitvormingsprocessen en ook de uitkomsten daarvan zijn vaak ondoorzichtig. Zo worden zelfs de doelen waarop EU-wetgeving is gericht lang niet altijd expliciet gemaakt (De Witte 2012). Het gegevensbeschermingsdossier laat ook zien dat andere actoren een belangrijke invloed op die processen kunnen hebben, die niet voor iedereen even doorgrondelijk is. Dat betreft allereerst de rol van de zogeheten 'Artikel 29 Databeschermingswerkgroep' (WP29). Deze werkgroep bestond uit vertegenwoordigers van de nationale toezichthouders en twee vertegenwoordigers van EU-niveau. Formeel gaf dit orgaan slechts advies, maar in de praktijk heeft het een substantiële invloed op de interpretatie van het gegevensbeschermingsrecht (zie voor voorbeelden: Prins en Moerel 2016). Deze werkgroep is nu vervangen door de European Data Protection Board. Daarnaast worden afwegingen omtrent gegevens- en privacybescherming in het kader van de Europese wetgeving ook beïnvloed door andere partijen, met name de *vs.*

Juridisch gezien biedt de interne markt dus ruimte om andere publieke belangen na te streven. Er is geen beperking aan het type publieke belangen dat voor bescherming via internemarktwetgeving in aanmerking komt. Tegelijk moet worden vastgesteld dat die ruimte nog niet optimaal wordt benut. Vaak is de afweging van de diverse belangen ondoorzichtig. Dit kan het politiek-democratische gehalte van de afweging aantasten (Davies 2012).

Vooraf de detachingsrichtlijn is exemplarisch voor de manier waarop het Hof van Justitie het belang van vrij verkeer heeft beschermd. Ten eerste moeten de lidstaten de richtlijn uitleggen in het licht van het vrije verkeer van diensten. Dat betekent bijvoorbeeld dat legitieme beperkingen waarin de richtlijn voorziet restrictief moeten worden uitgelegd. Voor wat betreft de toepassing van EU-wetgeving neigt het Hof juist naar een ruime uitleg, bijvoorbeeld door de kernbegrippen van de richtlijn ruim uit te leggen. Verder heeft het Hof bepaald dat de

mogelijkheid om verdergaande sociale bescherming dan de minimumbescherming uit de richtlijn alleen door het land van herkomst (en dus niet door het gastland) kan worden geboden (Van den Brink, Bijl en Hübner 2018).

De rol van het Hof van Justitie is om nog een andere reden bijzonder. Het Hof volgt lang niet altijd de intenties van de EU-wetgever (voor zover die al te achterhalen zijn). Er kan dus ruimte ontstaan tussen het Hof en de EU-wetgever in de *interpretatie* van EU-wetgeving en de achterliggende doelen daarvan. De intenties van de Unie-wetgever zijn immers maar één van de factoren die het Hof meeweegt. De plaats van de richtlijn in het grotere geheel van het EU-recht, met name de Verdragen, “de doeleinden die worden beoogd door de regeling waarvan zij deel uitmaken”, is minstens zo belangrijk. Die doelen worden bovendien soms door het Hof op een heel eigen manier geformuleerd. In de jurisprudentie zijn bijvoorbeeld de zaken *EasyCar* en *Brüstle* exemplarisch voor deze benadering van het Hof.<sup>33</sup> Het Hof komt daarin tot een uitleg van bepalingen en kernbegrippen die niet per se overeenstemt met wat de Commissie, de Raad en het Europees Parlement in gedachten hadden. Maar de rol van het Hof kan nog verder gaan. Het kan wetgeving zelfs vernietigen als het een conflict met bijvoorbeeld fundamentele rechten constateert. Op het gebied van gegevensbescherming is de zaak *Schrems* exemplarisch. Daarin stelde het Hof vast dat de Commissie fout zat door te bepalen dat de VS voldoende waarborgen voor de bescherming van persoonsgegevens biedt in geval van gegevensoverdracht vanuit Europa. De gevolgen van die uitspraak waren groot: gegevensoverdracht naar de VS kon niet meer en de politieke instellingen van de EU moesten geheel nieuwe afspraken maken met de VS.<sup>34</sup>

Het Hof krijgt regelmatig forse kritiek op zijn uitspraken, zoals in de eerdergenoemde zaak *Laval*. Daarin bepaalde het Hof dat een werkgever die gedetacheerde werknemers in dienst had, niet gedwongen kon worden om afspraken over minimumloon te maken met de vakbonden, wat in Zweden de gangbare procedure is. Hoewel juridische specialisten deze uitspraak veelal begrijpelijk vonden, is deze door anderen sterk bekritiseerd. Velen vonden dat het Hof het vrije verkeer van diensten liet prevaleren boven sociale bescherming van werknemers (Joerges en Rodl 2009; De Schutter 2011; Lindstrom 2010; Garben 2017). Het voorstel voor een nieuwe detacheringsrichtlijn laat echter zien dat de EU-wetgever de wijze waarop het Hof de in het geding zijnde belangen afweegt niet per se ter kennisgeving aan hoeft te nemen. De rol van het Hof is immers beperkt tot uitleg; het kan expliciete bepalingen in Unie-wetgeving over de reikwijdte van begrippen, of de opname van concrete rechten ter bescherming van werknemers niet naast zich neerleggen.

Een recentere ontwikkeling is dat het Hof veel actiever is geworden in de bescherming van fundamentele rechten, juist ook binnen de context van de interne markt (De Vries 2016). Fundamentele rechten zijn tegenwoordig beter verankerd in de constitutionele structuur van de EU, doordat op 1 december 2009 het Handvest

voor de grondrechten ook voor de EU-wetgever bindend is geworden. Het gevolg daarvan is dat het Hof een steeds groter gewicht is gaan toekennen aan fundamentele rechten als die op gespannen voet staan met de vier vrijheden.<sup>35</sup> Het Hof past daarbij het rule-of-reason-analyseschema toe dat ook wordt gebruikt bij de afweging van botsende vrijverkeerbepalingen en publieke belangen. Daarnaast wordt internemarktwetgeving ook ‘grondrechtenvriendelijk’ uitgelegd. Zo heeft het Hof de oude Gegevensbeschermingsrichtlijn al op een ‘privacyvriendelijke’ manier uitgelegd (Hijmans 2016).<sup>36</sup> Dat is minder het geval bij afwegingen waarbij andere publieke belangen in het geding zijn. Dan is de bescherming door het Hof veel sterker afhankelijk van de wijze waarop de EU-wetgever die belangen expliciet heeft gemaakt in de wetgeving.<sup>37</sup> In die gevallen is de verantwoordelijkheid van de EU-wetgever dus groter.

### 5.3 VARIATIE BINNEN DE INTERNE MARKT

Uit het voorgaande blijkt dat lidstaten de ruimte hebben om publieke belangen te beschermen, zowel binnen de context van ‘negatieve’ als die van ‘positieve’ integratie. Nationale variatie is dus mogelijk, maar de vraag is hoeveel variatie het systeem kan hebben, omdat nationale verschillen die leiden tot een beperking van het vrije verkeer marktverstoring werken. Anders gezegd, hoe homogeen moet en hoe heterogeen mag de interne markt worden geconcipieerd om zowel recht te doen aan de realisering van een Europese sociale markteconomie als aan de bescherming van nationale publieke belangen? Hoe kan worden omgegaan met de botsing van economische vrijheden, publieke belangen en grondrechten? Hierna zal eerst worden ingegaan op de mogelijkheid van variatie nadat de Unie-wetgever is opgetreden, vervolgens worden de mogelijkheden verkend van variatie binnen de bredere context van de interne markt en het externe handelsbeleid van de EU.

De rol van het recht is door een mix van deregulering en herregulering altijd cruciaal geweest in de vervolmaking van de interne markt (Mortelmans 1998: 105). De eenheid van de markt moet worden gewaarborgd door het wegwerken van nationale belemmeringen en gemeenschappelijke regels, die op een eenvormige wijze worden uitgelegd en toegepast. Immers, “eenzijdig optreden van de lidstaten leidt tot fragmentatie van de markt en tast de communautaire rechtsorde aan” (Prechal 2006: 14). Toch moet het beeld worden bijgesteld dat lidstaten aan handen en voeten gebonden zijn als eenmaal EU-wetgeving tot stand is gekomen. In de praktijk is dat namelijk lang niet altijd het geval (Van den Brink 2017a). Hoewel er op terreinen als consumentenbescherming en gegevensbescherming steeds minder ruimte voor de lidstaten overblijft, biedt de meeste EU-wetgeving wel ruimte voor de EU-lidstaten om eigen keuzes te maken. Minimumharmonisatie is de bekendste vorm daarvan. Op sommige terreinen mag de EU-wetgever zelfs niet verder gaan dan minimumharmonisatie. Dat is binnen de interne markt niet het geval, maar toch beperkt de EU-wetgever zich ook daar regelmatig tot het vastleggen van een

bepaald minimumniveau van regels. Zo kan de spanning tussen het belang van vrij verkeer en andere publieke belangen worden opgelost (Dougan 2000). Dit betekent dus dat publieke belangen deels op Europees niveau worden afgewogen en deels door de lidstaten zelf. Daarbij geldt overigens wel dat de lidstaten in hun afweging het belang van het vrije verkeer nadrukkelijk moeten meenemen.

Beleidsruimte kan ook ontstaan door open normen en begrippen in EU-wetgeving, die algemene doelen bepaalt maar de middelen daartoe openlaat, en wetgeving die de lidstaten keuzeruimte laat in het bepalen van de precieze reikwijdte van de normen (Van den Brink 2015). Ook in de onderzochte wetgevingsdossiers komen verschillende vormen van beleidsruimte voor. Het voorstel voor de nieuwe detacheringsrichtlijn bevat bijvoorbeeld meer ruimte voor cao's en biedt daarmee de lidstaten meer mogelijkheden hun arbeidsmarkten reguleren. De vervanging van het begrip 'minimumloon' door het ruimere begrip 'bezoldiging' biedt de lidstaten bovendien meer ruimte om werknemers bescherming te bieden.

Op het terrein van gegevensbescherming is juist een inperking van nationale beleidsruimte waarneembaar. De oude richtlijn stelt in artikel 5 dat de lidstaten, binnen de grenzen van de richtlijn, de voorwaarden bepalen waaronder de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is. De AVG biedt veel minder ruimte omdat daarin de lat qua privacybescherming hoger ligt. Bovendien legt de verordening gedetailleerde voorschriften vast die rechtstreeks (dus zonder tussenkomst van de Nederlandse wetgever) de rechtsverhoudingen zullen bepalen. Toch bevat de verordening nog steeds beleidsruimte, niet alleen om de voorschriften aan te vullen, maar zelfs om daar in specifieke situaties van af te wijken of de rechten van betrokkenen in te perken (zie voor een uitgebreide analyse van de verschillende vormen van beleidsruimte die de verordening biedt het Advies van de Autoriteit persoonsgegevens over de Uitvoeringswet Algemene verordening persoonsgegevens).<sup>38</sup> Voorbeelden zijn de mogelijkheden om een hoger niveau van bescherming te bieden in arbeidsverhoudingen (artikel 88), en om regelingen te treffen voor specifieke persoonsgegevens, waaronder gezondheidsgegevens (artikel 9). Daarnaast hebben de lidstaten, zoals vaak het geval is, ruimte om zelf toezicht, handhaving en rechtsbescherming te regelen (hoewel de verordening ook op dit punt belangrijke aspecten regelt, zoals de bevoegdheid voor toezichthouders om boetes op te leggen). De AVG is dus een goed voorbeeld van de manier waarop de Europese wetgever dwingende voorschriften combineert met ruimte om onderdelen zelf nader in te vullen.

Wanneer landen op een verschillende manier omgaan met de beleidsruimte die EU-wetgeving biedt, kan nationale variatie ontstaan. In het geval van de AVG heeft de Nederlandse wetgever bijvoorbeeld gekozen voor het uitgangspunt van 'beleidsneutraliteit', dat wil zeggen dat het bestaande nationale recht zoveel mogelijk wordt gehandhaafd, tenzij de verordening dat niet toestaat (zie het eer-



dergenoemde Advies van de Autoriteit persoonsgegevens). Daarmee blijft het reguleringskader zoals dat voorheen gold (in dit verband met name de Wet bescherming persoonsgegevens van 2001) leidend voor de invulling van de nationale beleidsruimte die de verordening biedt. Het gebeurt regelmatig dat voor een relatief 'kale' implementatie van EU-wetgeving wordt gekozen. Er bestaat immers het risico dat uitgebreide herbezinning op de benutting van nationale beleidsruimte tot implementatievertragingen kan leiden. Toch kan hiermee een kans verloren gaan om veranderingen in omstandigheden (in dit geval technologische ontwikkelingen) of veranderingen in de beleidsvoorkeuren tot uitdrukking te brengen in de manier waarop met nationale beleidsruimte wordt omgegaan. De Autoriteit persoonsgegevens noemt in verband met de AVG onder meer de mogelijkheid om de verwerking van persoonsgegevens van overleden personen te regelen. In gevallen waarin de EU-wetgever nationale beleidsruimte biedt, accepteert hij daarmee dat variatie in het geldende recht tussen de lidstaten het gevolg kan zijn. Dat kan een 'gelijk speelveld' tussen de lidstaten in de weg staan, maar dit risico wordt dan geaccepteerd in het licht van de belangen van de lidstaten. Het is dan ook zaak dat de keuze om beleidsruimte zo in te vullen dat er zo min mogelijk wijzigt, geen automatisme is.

Door de toename van het aantal doelstellingen, bevoegdheden en de opname van grondrechten komt variatie steeds meer in beeld; of is de interne markt al zo heterogeen dat ook bilaterale arrangementen tussen lidstaten denkbaar zijn? Dit beschouwen we hieronder ten aanzien van de vier vrijheden, en in hun relatie tot andere beleidsterreinen: het mededingingsrecht, sociaal beleid en externe handelspolitiek.

#### ***De vier vrijheden: coherentie en divergentie***

Een belangrijk einddoel van de vier vrijheden en het Europese mededingingsrecht is het verenigen van de nationale markten "tot één enkele markt, die de omstandigheden van een binnenlandse markt zoveel mogelijk benadert".<sup>39</sup> De eenheid van de markt is hierin essentieel, die moet worden gewaarborgd door gemeenschappelijke regels die op eenduidige wijze worden toegepast.

Als we kijken naar de verhouding tussen de vier vrijheden, dan zien we dat de rechtspraak van het Hof van Justitie een grote mate van coherentie kent (De Vries 2006, Nic Shuibhne 2013). De verdragsvrijheden zijn in beginsel slechts van toepassing in grensoverschrijdende situaties<sup>40</sup> en wanneer het gaat om een economische activiteit, een begrip dat breed wordt uitgelegd. Verder heeft het Hof een markttoegangstoets omarmd voor alle fundamentele vrijheden. Onder deze toets worden zowel discriminerende als niet-discriminerende maatregelen in beginsel verboden wanneer zij een beperking van het vrije verkeer opleveren. En, zoals hierboven reeds opgemerkt, kunnen lidstaten belemmerende maatregelen rechtvaardigen met een beroep op een breed palet aan uitzonderingen, die hetzij in het

Verdrag, hetzij in de rechtspraak zijn terug te vinden. De door het Hof voor alle fundamentele vrijheden geïntroduceerde rule-of-reason-exceptie is consequent toegepast. Bij de rule-of-reason-exceptie gaat het om dwingende redenen van algemeen belang, die niet al expliciet in het Verdrag als gerechtvaardigde uitzondering op het vrije verkeer zijn opgenomen. In de rechtspraak van het Hof van Justitie is echter erkend dat een lidstaat ook dergelijke publieke belangen mag waarborgen, wel afhankelijk van de vraag of er al Europese harmonisatiewetgeving tot stand is gekomen die dergelijke belangen in aanmerking neemt en mits de nationale maatregel voldoet aan het proportionaliteitsvereiste. Dit impliceert dat een lidstaat moet kunnen aantonen dat een nationale maatregel zowel geschikt als noodzakelijk is om het ingeroepen belang te waarborgen, en dus niet verder gaat dan nodig is.

Niettemin zijn er verschillen in het toepassingsbereik van de vrijheden en de verbodsbepalingen. Zo zien we dat het vrije verkeer van goederen in beginsel niet van toepassing is op wetgeving over marktomstandigheden zoals winkelsluitingstijden of reclame, in tegenstelling tot de overige vrijheden. En de regels over het goederenverkeer kunnen niet zomaar worden ingeroepen om handelsbelemmerende maatregelen aan te vechten van organisaties zoals vakbonden, banken en internet-ondernemingen, terwijl dit voor de overige vrijheden wel is erkend. In het accepteren van horizontale rechtstreekse werking vaart de rechtspraak van het Hof een weinig rechte koers. Verder ziet het vrije verkeer van kapitaal ook op liberalisatie van het vrije verkeer met derde landen. Wat betreft het vrije personenverkeer en meer specifiek de EU-burgerschapsbepalingen heeft het Hof een geheel eigen toets aangelegd of de rechten van EU-burgers, zelfs onder specifieke omstandigheden in interne situaties,<sup>41</sup> niet worden ondermijnd. Bovendien is de grondrechtelijke dimensie bij het vrije personenverkeer duidelijk aanwezig, hetgeen gevolgen heeft voor de werkingsfeer van deze bepalingen (Prechal en De Vries 2009).

Voorts zien we dat het Hof van Justitie bij de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in sommige zaken indringender toetst dan in andere, afhankelijk van het ingeroepen belang en de procedure die is gevolgd (De Vries 2006; De Vries 2016). In zeer uitgebreide jurisprudentie zien we hoe het Hof van Justitie door een beperkte proportionaliteitstoets rekening houdt met typisch nationale waarden, ethische kwesties of politiek gevoelige thema's, zoals de bescherming van zwakke groepen consumenten, een regionale taal of de regulering van kansspelen.<sup>42</sup> Tegelijkertijd zijn er uitspraken van het Hof waarbij indringender getoetst wordt aan het proportionaliteitsbeginsel en daardoor minder ruimte wordt gegeven aan lidstaten of private partijen om consumenten- of sociale belangen te waarborgen.<sup>43</sup>

Kijken we naar de activiteiten van de Unie-wetgever, dan zien we dat variatie mogelijk is binnen de context van de interne markt, hetzij op grond van de rechtsgrondslag zelf die bepaalt dat lidstaten verdergaande maatregelen mogen vaststel-

len, bijvoorbeeld op het terrein van het milieu (artikel 193 VWEU), hetzij omdat de Uniewetgever beschikt over een scala aan harmonisatiemethoden, zoals minimumharmonisatie of totale harmonisatie. Variatie is ook mogelijk op grond van bijvoorbeeld artikel 20 VEU en artikelen 326-334 VWEU, die nauwere samenwerking tussen een deel der lidstaten mogelijk maken. Maar deze samenwerking mag geen afbreuk doen aan de interne markt, hetgeen het belang van de eenheid van de markt onderstreept. De vraag is wel hoe serieus deze voorwaarde wordt toegepast (Weatherill 2017: 31).

Ondanks deze mogelijkheden om te variëren en nationale beleidsruimte toe te laten en ondanks divergerende rechtspraak, blijft samenhang tussen de vrijheden cruciaal. De politieke wens om de vrijheden niet van elkaar los te koppelen, hangt ook samen met de doelstelling uit het Verdrag van een sociale markteconomie die niet slechts liberalisatie van het handelsverkeer omvat, maar een ruimte die gebaseerd is op de beginselen van gelijkheid, vrijheid en solidariteit (VerLoren van Themaat 1982). Deze ruimte verandert voortdurend door maatschappelijke en technologische ontwikkelingen, die scheidslijnen tussen productiefactoren doen vervagen en loskoppeling van de vrijheden nog moeilijker maken.<sup>44</sup> Er wordt zelfs een pleidooi gehouden voor het introduceren van een vijfde vrijheid, het vrij verkeer van gegevens. Gezien de bijzondere eigenschappen van gegevens, ook wel het ‘digitale goud’ genoemd, zijn gegevens als bron van informatie niet vergelijkbaar met goederen en diensten. Zoals hierboven uiteengezet, wordt het juridische kader voor *persoonsgegevens* grotendeels door de AVG gevormd. ‘Niet-persoonsgebonden gegevens’ – data in het algemeen – worden door deze verordening echter niet gedekt en hiervoor ontbreekt een duidelijk juridisch raamwerk. Daar lijkt met een Commissievoorstel voor een nieuwe Europese verordening verandering in te komen.<sup>45</sup> Deze verordening beoogt een vrij verkeer van gegevens te bewerkstelligen – datamobilititeit –, voor zover het gaat om niet-persoonsgebonden gegevens. In artikel 3 van het voorstel worden deze gegevens gedefinieerd als data anders dan persoonsgegevens zoals gedefinieerd in de AGV. Hierbij kan men denken aan feiten en statistieken die zijn verzameld met het oogmerk om naar verwezen of geanalyseerd te worden. Niet-persoonsgebonden gegevens hebben niet de mogelijkheid om individuele personen te identificeren. Aangezien er in dit Commissievoorstel geen definitie is gegeven van niet-persoonsgebonden gegevens, zal het Hof van Justitie mogelijk gevraagd worden hier meer duidelijkheid over te geven.

De introductie van het vrije verkeer van niet-persoonsgebonden gegevens wordt gezien als een belangrijke stap in de vervolmaking van de *digitale* interne markt en is vooral voor bedrijven van belang. Om dit te bereiken wordt “ongefundeerde of onevenredige nationale regelgeving die bedrijven belemmert of beperkt in hun keuze voor een locatie waar hun gegevens worden opgeslagen of verwerkt, [...] geschrapt”, aldus de Europese Commissie in een persbericht (Europese Commissie 2017e). Het gaat daarbij bijvoorbeeld om geheimhoudingsregels die voorschrijven

dat bepaalde gegevens lokaal moeten worden opgeslagen of toezichhouders die financiële dienstverleners voorschrijven om gegevens lokaal op te slaan. Het verbod op dergelijke lokalisatievereisten beperkt de nationale verschillen op het terrein van niet-persoonsgebonden gegevens en variatie op het niveau van de lidstaten is alleen toegestaan indien de openbare veiligheid in het geding is, een begrip dat normaal gesproken eng wordt uitgelegd in de rechtspraak van het Hof.

### ***De vier vrijheden en mededingingsregels; coherentie en divergentie***

De vier vrijheden behoren tezamen met de EU-mededingingsregels en harmonisatie van wetgeving tot de bouwstenen van de interne markt. Tussen het mededingingsrecht en de overige onderdelen van het materiële Europese recht bestaat een grote samenhang. Deze samenhang komt tot uitdrukking in bijvoorbeeld de territoriale werkingssfeer van de vrijheden, en ook in mededingingsregels wat betreft de voorwaarde met betrekking tot de invloed op het handelsverkeer, het begrip economische activiteit en beginselen als non-discriminatie en markttoegang. Door de brede toepasselijkheid van de vier vrijheden en het mededingingsrecht ont-snapt vrijwel geen enkel sociaal-economisch beleidsterrein aan de werking van het internemarktrecht (De Vries 2006).

Verder zien we dat ook in het kader van het mededingingsrecht pogingen zijn gedaan om ruimte te bieden voor publieke en sociale belangen die gewaarborgd worden door ondernemingen. Zo vallen cao's tussen de sociale partners in beginsel buiten het kartelverbod (art. 101 VWEU) indien deze betrekking hebben op lonen en arbeidsvoorwaarden.<sup>46</sup> Verder heeft het Hof van Justitie in een aantal zaken bepaald dat specifieke belangen die door ondernemingen worden behartigd, bijvoorbeeld op het terrein van sport, een gerechtvaardigde uitzondering kunnen vormen op het kartelverbod.<sup>47</sup> In de Wouters-zaak heeft het Hof zelfs bepaald dat publieke belangen die de Nederlandse Orde van Advocaten behartigt, een gerechtvaardigde uitzondering vormen op de mededingingsregels.<sup>48</sup> Maar deze uitspraken van het Hof worden niet zo breed uitgelegd dat hiermee de weg openstaat naar een algemene publiekbelanguitzondering in het mededingingsrecht. Verder is voor ondernemingen die belast zijn met specifieke taken van algemeen belang een uitzondering in het Verdrag opgenomen (art. 106, tweede lid, VWEU).

Er zijn nog steeds belangrijke verschillen met de vrijverkeerbepalingen. Uit de rechtspraak van het Hof volgt bijvoorbeeld dat eisen omtrent milieubescherming zwaarder kunnen wegen dan het economische belang van een vrijverkeerbepaling (Van de Gronden en Mortelmans 2001). Binnen het mededingingsrecht lijkt dit beduidend minder vanzelfsprekend. In de CECED-zaak verleende de Europese Commissie ontheffing voor een beperkende afspraak tussen wasmachineproducenten, die gemaakt werd ten behoeve van milieubescherming.<sup>49</sup> Zij kon echter alleen tot deze beslissing komen toen de maatschappelijke milieuvoordelen voortvloeiend uit deze afspraak in een kwantificeerbaar economisch voordeel resulteer-

den, dat bovendien de consument ten goede kwam. In het EU-mededingingsrecht staat namelijk, naast de doelstelling van de interne markt, de consumentenwelvaart centraal. De doelstelling van consumentenwelvaart wordt vaak eng geïnterpreteerd, hetgeen in de praktijk van de Europese Commissie en Autoriteit Consument en Markt weinig ruimte laat voor doelstellingen van algemeen belang. Deze beperkte visie op het mededingingsrecht wordt in toenemende mate bekritiseerd (De Vries 2016 en Hessel 2017) en verdraagt zich slecht met de mainstreambeginnelen. Hoewel de Europese Commissie milieu- en sociaalbeleidsdoelstellingen centraal neerzet in haar langetermijnvisie Europa 2020,<sup>50</sup> lijkt ze een ruimere interpretatie van het consumentenwelvaartbegrip nog niet als een wenselijk middel daartoe te overwegen (Hessel 2017: 358).

Het blijft dus de vraag in hoeverre het Europees mededingingsrecht de ruimte biedt aan zowel de behartiging van nationale publieke belangen als de vormgeving van een sociale markteconomie. Voorstellen zijn gedaan om de zogenaamde “*capability approach*” in het mededingingsrecht te introduceren, zodat er meer rekening gehouden kan worden met de rol die ondernemingen spelen om milieudoelstellingen te realiseren of sociale cohesie in steden te versterken (Claassen en Gerbrandy 2016). Op deze manier zouden fundamentele rechten en sociale welvaart een grotere rol kunnen krijgen in de toepassing van de mededingingsregels. Dat is ook de insteek van het Nederlandse regeerakkoord, maar omdat het Nederlandse mededingingsrecht is geënt op het Europese, bestaat daar nu dus zeer weinig juridische ruimte voor (Gerbrandy 2017).

### ***De vier vrijheden en sociaal beleid; coherentie en divergentie***

De verdragen, en in het bijzonder artikel 151 VWEU, gaan ervan uit dat de werking van de interne markt bij zal dragen aan een convergentie van nationale sociale stelsels en daarmee aan doelstellingen als de bevordering van de werkgelegenheid, de verbetering van levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden, adequate sociale bescherming, een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau en de bestrijding van uitsluiting. In de praktijk blijkt een dergelijke ‘spontane’ convergentie of harmonisatie echter veel weerbarstiger en ontbreken ook veelal de wetgevingsbevoegdheden om een dergelijke harmonisatie op dwingende wijze voor te schrijven. Dat verklaart mede het ontstaan van de OCM die rond de eeuwwisseling tot ontwikkeling kwam als een derde weg tussen eigenstandig nationaal beleid en een geharmoniseerde Unie-benadering, allereerst op het terrein van werkgelegenheidsbeleid. Deze methode, nu vastgelegd in artikel 153(2)a, impliceert dat beleidsdoelstellingen gezamenlijk op EU-niveau worden vastgesteld, maar dat het aan de lidstaten wordt overgelaten om die doelstellingen te bereiken. Deze methode wordt ook ten aanzien van andere aspecten van sociaal beleid toegepast, zoals bestrijding van sociale uitsluiting. Het gaat hierbij dus uitdrukkelijk niet om de harmonisatie van nationale wetgeving, maar slechts om coördinatie en convergentie van nationaal beleid, die op een ‘zachte’ manier wordt aangestuurd. Deze beleidscoördinatie is

allereerst gericht op het vaststellen van gezamenlijke beleidsdoelstellingen en vervolgens op een daadwerkelijke beleidsconvergentie in de praktijk, door het uitwisselen van kennis en succesverhalen en het identificeren, bekritisieren en veranderen van slechte praktijken door *peer review* en *peer pressure* (Senden 2010: 6). Een belangrijk uitgangspunt van de OCM is dus dat Europese convergentie van sociaal beleid tot stand kan komen via verschillende soorten nationale maatregelen, zolang deze maar bijdragen aan het op EU-niveau vastgestelde beleidsdoel.

***De vier vrijheden en de gemeenschappelijke handelspolitiek; coherentie en divergentie***

Uitgaande van de verbondenheid tussen de binnen- en buitenruimte van de EU, zoals in de inleiding van dit rapport al benadrukt, moet ook in oegenschouw worden genomen hoe de interne markt in verband staat met het gemeenschappelijke handelsbeleid van de EU ten opzichte van derde landen en andere internationale organisaties. Het gemeenschappelijk handelsbeleid is een exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie (art. 3(1) VWEU) en vormt het meest essentiële onderdeel van Europese economische betrekkingen met de buitenwereld en van het externe optreden van de EU in het algemeen (Dimopoulos 2010). De exclusiviteit van de EU op dit beleidsgebied impliceert dat de Europese Commissie een sleutelrol vervult bij o.a. de handelsonderhandelingen met derde landen en binnen internationale organisaties zoals de WTO. De externe handelspolitiek wordt dan ook vaak beschouwd als een externe dimensie (Van Vooren en Wessel, 2014) oftewel een extern gezicht (Cremona 2017: 498) of aanvulling van de Europese interne markt en als een logisch gevolg van de interactie tussen interne en externe ontwikkelingen op het gebied van de wereldhandel (Van Vooren en Wessel 2014). Al in 1975 oordeelde het Hof van Justitie dat:

een dergelijke politiek is (...) ingevoerd met het oog op de werking van de gemeenschappelijke markt, voor de behartiging van het algemene belang van de Gemeenschap, binnen welke de bijzondere belangen van de lidstaten op elkaar moeten worden afgestemd. Deze opzet is uiteraard onverenigbaar met de vrijheid die de lidstaten zich zouden kunnen voorbehouden met een beroep op een parallelle bevoegdheid, ten einde in hun buitenlandse betrekkingen hun eigen belangen na te streven, ten koste van een doeltreffende behartiging van het algemeen belang van de Gemeenschap.<sup>51</sup>

Het voorgaande verklaart ook de exclusieve bevoegdheid van de EU op het gebied van externe handelsbetrekkingen. Eenzijdig handelen van de lidstaten op dit gebied zou de economische fundamenteën van de interne markt aantasten (Van Vooren en Wessel 2014).

In dat opzicht moet echter worden benadrukt dat de Europese handelspolitiek gebaseerd is op een andere institutionele structuur, instrumenten en – in zekere mate – andere doelstellingen dan de Europese interne markt. Bovendien is de externe handelspolitiek altijd sterk verbonden geweest met het multilaterale systeem van General Agreement on Tariffs and Trade (later WTO) dat op het moment van tekenen van het Verdrag van Rome al ongeveer tien jaar bestond. Het kader

van de EEG was dus gedeeltelijk geïnspireerd door het GATT-model (Larik 2011). Om die reden moet de externe handelspolitiek niet beschouwd worden als een simpele uitbreiding van de interne markt buiten de EU, maar zou het meer gezien moeten worden als een noodzakelijk of zelfs onmisbaar uitvloeisel van de interne markt in de externe sfeer (Cremona 2017). Larik (2011: 16) voert aan dat de Europese handelspolitiek *“is a necessary corollary for the maintenance of its internal market”*.

De evoluerende relatie tussen de interne markt en de gemeenschappelijke handelspolitiek kan beter in kaart worden gebracht door te kijken naar de ontwikkeling van reikwijdte, doelstellingen en instrumenten van de handelspolitiek door de tijd; van een gemeenschappelijke douanetarief naar verspreiding van fundamentele rechten. De oorspronkelijke reden achter de externe handelspolitiek die direct gerelateerd was aan de ontwikkeling van de interne markt, was de noodzaak om uniforme regels met betrekking tot de douane-unie vast te stellen, in het bijzonder de invoering van een gemeenschappelijk douanetarief voor de betrekkingen van de lidstaten met derde landen (zie nu artikel 28 VWEU).

Het Verdrag van Nice en vooral het Verdrag van Lissabon hebben extra impulsen gegeven aan de externe handelspolitiek, vooral door meer bevoegdheden van de EU en door het plaatsen van het hele beleid in het kader van niet-economische beginselen en doelstellingen. Met name de beginselen waarop het externe handelsbeleid is gebaseerd en de instrumenten die daarvoor worden gebruikt, zijn aanzienlijk verbreed. Handelsakkoorden in diensten, de handelsaspecten van intellectueel eigendom en de directe buitenlandse investeringen vallen nu ook onder de instrumenten van de handelspolitiek.<sup>52</sup> Dit betekent dat de EU nu ook bevoegd is om internationale handelsakkoorden te sluiten betreffende bepaalde aspecten van kapitaal en vestiging. In die zin weerspiegelen de bevoegdheden van de EU op het gebied van handelsbeleid steeds meer de reikwijdte van de interne markt. De precieze reikwijdte van de bevoegdheden op het gebied van handelspolitiek is momenteel onderwerp van een intensieve discussie die niet verder wordt behandeld in dit rapport.

De meest opvallende toevoeging aan de bevoegdheden op het gebied van de externe handelspolitiek staat in de laatste zin van art. 207(1) VWEU: *“De gemeenschappelijke handelspolitiek wordt gevoerd in het kader van de beginselen en doelstellingen van het externe optreden van de Unie.”* Artikel 205 VWEU verduidelijkt de verplichtende aard van de algemene doelstellingen en principes, waarmee de gemeenschappelijke handelspolitiek in overeenstemming moet zijn (Krajewski 2012). Sinds het Verdrag van Lissabon wordt het externe optreden van de EU en in het bijzonder de handelspolitiek dus expliciet gevoerd in het kader van art. 21 VEU en beruisten ze op de beginselen zoals o.a. de democratie, de rechtsstaat, mensenrechten en de fundamentele vrijheden *“die aan de oprichting, de ontwikkeling en de uitbreiding van de Unie ten grondslag liggen.”*<sup>53</sup> Daarnaast wordt het

gemeenschappelijk handelsbeleid gevoerd met het oog op de verschillende politieke en niet-economische doelstellingen die genoemd zijn in de tweede alinea van art. 21 VEU, waaronder bescherming van de waarden en fundamentele belangen van de EU, veiligheid, onafhankelijkheid en integriteit, de beginselen van het internationaal recht, handhaving van de vrede en internationale veiligheid, ondersteuning van de duurzame ontwikkeling van de ontwikkelingslanden, uitbanning van de armoede, stimulering van de integratie van alle landen in de wereldeconomie en verbetering van de kwaliteit van het milieu en duurzaamheid.

Artikel 21 VEU weerspiegelt dus in zekere mate de inhoud van de artikelen 2 en 3 van het Verdrag, maar voegt daar nog eigen elementen aan toe. Formeel gezien is er echter geen hiërarchie tussen alle beginselen en doelstellingen van de handelspolitiek, d.w.z. ze hebben allemaal gelijke waarde en betekenis (Krajewski 2012). Er bestaat dus ook geen hiërarchie tussen de economische en niet-economische doelstellingen van de gemeenschappelijke handelspolitiek. Ten slotte benadrukt het Verdrag van Lissabon de noodzaak om de samenhang tussen extern en intern optreden van de Unie te waarborgen.<sup>54</sup> Dit werpt de vraag op hoe potentiële conflicten tussen de liberalisering van de handel en de niet-economische doelstellingen genoemd in artikel 21 VEU kunnen worden aangepakt. Op dit punt moet worden benadrukt dat de Unie haar externe optreden en de handelspolitiek in het bijzonder al eerder gebruikt heeft om bredere en niet-economische doelstellingen te bevorderen.<sup>55</sup>

Omdat de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de WTO zich al jaren in een impasse bevinden, is de Unie op zoek gegaan naar alternatieve manieren om economische samenwerking met de buitenwereld te bevorderen. De EU heeft haar eigen handelsbeleid aldus steeds meer gericht op het sluiten van bilaterale en regionale handelsovereenkomsten met derde landen. Vrijhandelsovereenkomsten zijn zeker niet nieuw voor de Europese Unie.<sup>56</sup> In het kader van bijvoorbeeld Europees nabuurschapsbeleid heeft de EU partnerschaps- en samenwerkingsovereenkomsten en meer recentelijk associatieovereenkomsten afgesloten. De strategie die de Commissie in 2010 publiceerde (Europese Commissie 2010) betekent geen trendbreuk met het verleden, maar impliceert wel een aantal accentverschuivingen. In de strategie stelt de Commissie voor meer nadruk te leggen op het afsluiten van bilaterale vrijhandelsakkoorden, in het bijzonder met de buurlanden van de EU, met het doel deze landen geleidelijk deel te laten uitmaken van de interne markt. In dit verband is er een nieuwe generatie alomvattende vrijhandelsakkoorden (Deep and Comprehensive Free Trade Agreements) geïntroduceerd, waarvan het associatieverdrag met Oekraïne een voorbeeld is (Idriz en Senden 2016). Deze nieuwe generatie vrijhandelsakkoorden gaan veel verder dan reducties van heffingen en de handel in goederen en diensten en laten zien dat deze vorm van bilaterale economische samenwerking het belangrijkste instrument van de externe handels-



politiek is geworden (Bungenberg 2010). Het Verdrag van Lissabon en de uitbreiding van de bevoegdheden van de Unie hebben dus een extra impuls gegeven aan de bilaterale economische samenwerking.

Op dit moment heeft de EU het breedste scala aan vrijhandelsovereenkomsten ter wereld en bestaat er een aanzienlijke variatie tussen de verschillende vrijhandelsakkoorden. Praktisch elk akkoord voorziet in een ander model van marktintegratie. Een handelsakkoord vormt vaak een onderdeel van een breder politiek akkoord, bijvoorbeeld een associatieakkoord. Daarnaast sluit de EU economische partnerschapsakkoorden of samenwerkingsakkoorden die meer gericht zijn op ontwikkeling van de handelspartner. Vergelijkt men bijvoorbeeld de EER-overeenkomst, het CETA-akkoord, het EU-Oekraïneverdrag en het akkoord van de EU met Zuid-Korea, dan kan worden vastgesteld dat er ook sprake kan zijn van een verschillende liberalisatie van de vier vrijheden. De waarden en beginselen van de EU maar ook de doelstellingen en de sociale markteconomie komen tot uiting in al deze bilaterale verdragen, maar in verschillende mate en met een verschillende focus. Ook berusten ze op verschillende processen, die verschillen qua intensiteit en impact; derde landen passen hun eigen regelgeving aan het EU-acquis aan of beperken zich tot dialoog en samenwerking. Ten slotte kan geconcludeerd worden dat er geen hiërarchie is tussen de verschillende beginselen en doelstellingen.

#### **5.4 CONCLUSIE: BEGINSELEN BIEDEN RUIMTE**

De politieke en economische betekenis van de Europese interne markt is anno 2018 onverminderd groot. Vanuit een maatschappelijk perspectief bezien schiet de huidige inrichting ervan echter tekort omdat deze onvoldoende sociale waarborgen biedt voor de verliezers in een open, vrije markt. In dit hoofdstuk is gekeken welke aanknopingspunten het EU-recht biedt om niet alleen economische, maar ook andere publieke belangen te verwezenlijken in het kader van de interne markt en hoe variatie daaraan bij zou kunnen dragen. In het licht van de eerdergenoemde kernelementen, maar ook bezien door de eerder gepresenteerde lens van de logica van wat behoort en de logica van wat nodig is, trekken we hier de volgende conclusies uit de analyse.

Allereerst moeten kanttekeningen worden geplaatst bij het perspectief op grond waarvan nationale publieke belangen en grondrechten economische marktintegratie kunnen verstoren. De interne markt is geen doel op zichzelf maar staat ten dienste van een sociale markteconomie. Dit betekent dat publieke belangen en grondrechten juist een belangrijke richtingwijzer moeten vormen voor de invulling van de interne markt. Dat geldt voor de Unie-wetgever, maar ook voor het Hof van Justitie als het gaat om het maken van afwegingen of een concrete nationale maatregel zich wel verdraagt met de internemarktbepalingen. Het EU-rechtelijk kader van de interne markt biedt veel ruimte voor politieke afweging tussen eco-

nomische marktbelangen en andere publieke belangen door de wetgever en ook voor een juridische afweging door de rechter. We kunnen zelfs constateren dat door de tijd heen een steeds sterkere logica van wat behoort ten grondslag is komen te liggen aan de inrichting van de interne markt. Dit komt doordat de huidige ordening van de interne markt zich kenmerkt door het uitdrukkelijke streven naar een sociale markteconomie en door fundamentele rechten, het solidariteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en mainstreamingsbeginselen (die publieke belangen reflecteren) als belangrijke Verdragsrechtelijke marktordeningsprincipes. Bovendien gaan de Verdragen ervan uit dat de werking van de interne markt positief zal bijdragen aan het welzijn en de levensstandaard van burgers.

Gegeven de sterke link tussen de interne markt en het mededingingsrecht, past het niet binnen de rationaliteit van de interne markt dat de juridische belangenafweging binnen het mededingingsrecht zich beperkt tot het economische belang en consumentenwelvaart. Het zou in die zin logischer zijn dat ook binnen het mededingingsrecht andere publieke belangen meer nadruk krijgen en worden afgewogen tegen het marktbelang. Het mededingingsrecht lijkt nog veel meer gestoeld op een logica van wat nodig is, in plaats van het overkoepelende streven naar een sociale markteconomie en de borging van andere publieke belangen. Deze dwingen tot een coherente benadering waarbij sterk aan de vier vrijheden gelieerde terreinen vorm krijgen op basis van dezelfde richtinggevende beginselen. Daar zou tegenin kunnen worden gebracht dat het mededingingsrecht op ondernemingen is gericht en het niet vanzelfsprekend is dat ze publieke belangen nastreven zoals overheidsinstanties gehouden zijn dat te doen.

Dit brengt ons ook bij de risico's van een grotere variatie. Het voorgaande laat al zien dat variatie tussen de richtinggevende beginselen van de interne markt en sterk daaraan gelieerde beleidsterreinen problematisch is met het oog op het realiseren van een sociale markteconomie. Variatie tussen de lidstaten voor wat betreft hun invulling van de vier vrijheden zou ook een groot risico vormen, niet alleen voor de economische vervolmaking van de interne markt, maar ook voor de borging van de daarmee samenhangende sociale en publieke belangen. De algemene beginselen van Unietrouw en nuttige werking van het Unierecht stellen daaraan hoe dan ook grenzen.

Tegelijkertijd echter kunnen we ook constateren dat het brede scala aan beginselen dat aan de interne markt ten grondslag ligt, juist wel meer ruimte biedt voor nationale variatie, zeker waar geen EU-wetgeving van toepassing is. Deze beginselen bieden ruimte voor variatie doordat lidstaten bepaalde regels en praktijken ter behartiging van bepaalde publieke belangen voorrang mogen geven op het interne marktbelang. Wel kan worden opgemerkt dat juist wanneer er beleidsruimte is voor de lidstaten, ook hun verantwoordelijkheid groeit om het belang van vrij verkeer en de interne markt mee te wegen. Het toetsingskader dat het Hof voor dit

soort nationale regels heeft ontwikkeld is door de tijd heen wel eenvormig voor de vier vrijheden en biedt dus rechtszekerheid. Maar dat er niet altijd sprake is van een 'gelijk speelveld' voor marktpartijen en burgers in de lidstaten is een geaccepteerd gegeven binnen het internemarktrecht. Coherentie en divergentie gaan dus hand in hand en een voortdurend commitment aan de interne markt kan niet worden gewaarborgd zonder een zekere beleidsruimte voor de lidstaten. Problematisch is intussen dat op het terrein van sociale rechten en sociaal beleid de rechtspraak soms weinig ruimte laat voor nationale variatie, hetgeen niet altijd door de Uniewetgever kan worden gecompenseerd, gezien de beperkte bevoegdheden op dit terrein.

Ook in andere opzichten kan het samengaan van coherentie en divergentie als een vast kenmerk van de ordening van het internemarktrecht worden gezien. Zo laten de interpretatie en reikwijdte van de vier vrijheden enerzijds een grote mate van convergentie zien, wat bijdraagt aan de uniforme toepassing van het internemarktrecht en de rechtszekerheid, maar is variatie in hun toepassingsbereik al ten dele erkend op Verdragsniveau. Het Verdrag voorziet bijvoorbeeld niet alleen in liberalisatie van het kapitaalverkeer binnen de EU, maar ook ten aanzien van derde landen. Daarnaast is variatie inherent aan de techniek van harmonisatie via richtlijnen als een belangrijk middel om de interne markt te realiseren. Deze laat verschillende vormen van discretionaire ruimte aan de lidstaten, zoals minimumharmonisatiemaatregelen, mogelijke uitzonderingsbepalingen en begrippen die ruimte laten voor interpretatie. Ten slotte laat de rechtspraak van het Hof niet alleen variatie zien in de interpretatie van het toepassingsbereik van de vier vrijheden, maar ook bijvoorbeeld als het gaat om de erkenning van horizontale werking daarvan.

De rationaliteit van de interne markt heeft ook gevolgen voor de institutionele dimensie, dat wil zeggen de rol van de diverse actoren op zowel Europees als nationaal niveau als het gaat om hun bijdrage aan een sociale markteconomie en de borging van publieke belangen. Denken vanuit een systeem van gedeelde beginselen en verantwoordelijkheid in plaats van uit een systeem van bevoegdheidsverdeling, zou bij kunnen dragen aan een minder technocratische Europese samenwerking (Habermas 2011). Er rust namelijk ook een grote verantwoordelijkheid op de lidstaten zelf om ervoor te zorgen dat de Europese sociale markteconomie daadwerkelijk vlees op de botten krijgt, afhankelijk van hoe zij binnen het kader van de Europese Raad algemene beleidslijnen uitzetten en hoe zij binnen de Raad invulling geven aan hun rol als Europese medewetgever op het terrein van de interne markt, het mededingingsrecht en het handelsbeleid. Hetzelfde geldt voor de uitoefening van hun bevoegdheden in het kader van het Europese sociale beleid. De Europese bevoegdheid is voornamelijk beleidscoördinerend, en dus hangt er veel af van de lidstaten zelf welke maatregelen zij treffen ter realisering van de beleidsdoelen die ze gezamenlijk op EU-niveau hebben vastgesteld. Een open proces van politiek-democratische besluitvorming en breed maatschappelijk debat over de

afwegingen van publieke belangen zou ook bijdragen aan de gewenste vermindering van de technocratische inkleuring. Nu is niet altijd duidelijk hoe die afweging precies heeft plaatsgevonden binnen de Raad, EP en Commissie, en wat de invloed is geweest van machtige lobbypartijen, bijvoorbeeld op het terrein van privacybescherming. Als het gaat om maatschappelijk gevoelige kwesties, zoals privacybescherming en detachering van werknemers, of het al dan niet toestaan van landbouwbestrijdingsmiddelen die mogelijk gevaar opleveren voor het milieu en de volksgezondheid, draagt een maatschappelijke debat daarover bij aan de belangenafweging die uiteindelijk haar beslag krijgt in Europese regels.

## NOTEN

- 1 Unie-wetgeving op het terrein van de interne markt komt grotendeels tot stand op basis van artikel 114 VWEU, dat voorziet in besluitvorming volgens de gewone wetgevingsprocedure, zoals vastgelegd in art. 294 VWEU. In dit verband staat Unie-wetgever dan voor de Commissie als initiërende instantie en de Raad en het Europees Parlement voor de instanties die gezamenlijk tot een wetgevingsbesluit komen.
- 2 National Board of Trade (2015) *Economic Effects of the EU Single Market. Review of the empirical literature*, beschikbaar via: [www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2015/Publ-economic-effects-of-the-european-single-market.pdf](http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2015/Publ-economic-effects-of-the-european-single-market.pdf).
- 3 Ingevolge art. 2 VEU.
- 4 Het bovengenoemde Spaak-rapport lijkt dat tegen te spreken.
- 5 Art. 174 VWEU.
- 6 Art. 21 VEU.
- 7 Art. 24 en 31 VEU.
- 8 Art. 67 en 80 VWEU.
- 9 Wel wordt solidariteit ook genoemd in relatie tot economisch beleid (art. 122 VWEU), energiebeleid (art. 194 VWEU) en in de zg. solidariteitsclausule i.g.v. een terroristische aanval, natuurramp of door mensen veroorzaakte rampen (art. 222 VWEU).
- 10 Art. 4, lid 3 VEU en meer expliciet bijvoorbeeld in art. 24, lid 2 VEU.
- 11 De artikelen 35, 37 en 38 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie bevatten een soortgelijke verplichting ten aanzien van volksgezondheid, milieubescherming en consumentenbescherming.
- 12 Richtlijn 77/187/EEG, Pb. 1977, L 061/26.
- 13 Richtlijn 80/987/EEG, Pb. 1980, L 283/23.
- 14 Richtlijn 75/117/EEG inzake gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, Pb. 1975, L 45/19, aangenomen op grond van art. 100 EEG; richtlijn 86/378 inzake gelijke behandeling in ondernemings- en sectoriele regelingen inzake sociale zekerheid, Pb. 1986, L225/40, op grond van zowel artikel 100 als 235 EEG.
- 15 Zie voor een beknopt overzicht daarvan, het werkdokument van de diensten van de Commissie, Het sociaal acquis, SWD(2016)50 draft, 8.3.2016.
- 16 Mededeling van de Commissie, *Establishing a European pillar of social rights*, COM(2017)250 final, 26.4.2017.
- 17 De SER wees in 1990 trouwens al uitdrukkelijk op het belang van de sociale dimensie van de Europese interne markt in het licht van de sterk op liberalisering gerichte interne markt exercitie op grond van de Europese Akte van 1986, die in 1992 moest zijn afgerond; Advies Sociale dimensie Europa 1992, SER Advies 90/11.
- 18 HvJ 11 december 2007, C-438/05 (*Viking Line*) ECLI:EU:C:2007:772; HvJ 18 december 2007, C-341/05 (*Laval*) ECLI:EU:C:2007:809.
- 19 Zie Conclusie AG Trstenjak in zaak C-271/08, (*Europese Commissie t. Duitsland*), ECLI:EU:C:2007:809, ov. 186-188.

- 20 Verordening 1612/68, nu vervangen door Verordening 492/2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie, Pb. 2011, L141/1. Zie ook Verordening 883/2004 betreffende de coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels, Pb. 2011, L166/1.
- 21 HvJ 11 juli 1985, zaak 137/84 (*Mutsch*) ECLI:EU:C:1985:335.
- 22 HvJ 17 april 1986, zaak 59/85 (*Reed*) ECLI:EU:C:1986:157.
- 23 HvJ 17 juni 1997, C-70/95 (*Sodemare*), ECLI:EU:C:1997:301, r.o. 29.
- 24 O.a. HvJ 12 mei 1998, C-85/96 (*Martinez Sala*) ECLI:EU:C:1998:217; HvJ 15 maart 2005, C-209/03 (*Bidar*), ECLI:EU:C:2005:169, r.o. 60.
- 25 O.a. HvJ 23 april 1998, C-120/95 (*Decker*) ECLI:EU:C:1998:167; HvJ 28 april 1998, C-158/96 (*Kohl*) ECLI:EU:C:1998:171.
- 26 Het pleidooi kwam in eerste instantie van Janez Potočnik, voorheen Eurocommissaris voor wetenschap en onderzoek (2007).
- 27 Richtlijn 2010/13/EU betreffende Audiovisuele mediadiensten, Pb 2010, L95/1.
- 28 De Commissie heeft inmiddels een voorstel gedaan voor de herziening van deze richtlijn. Met het nieuwe voorstel wil de Commissie blijkens de toelichting veranderingen op het vlak van de markt, de consumptie en de technologie verwerken en onder meer het toepassingsgebied van de richtlijn aanpassen, minderjarigen beter beschermen en regels voor reclame opstellen (Europese Commissie 2016, Voorstel tot wijziging Richtlijn 2010/13/EU, COM 2016 287 def.
- 29 Richtlijn 2015/2366 betreffende betalingsdiensten en de interne markt (PSD II), Pb 2015L 337/35.
- 30 Zie artikel 41 van richtlijn 2014/23/EU, Pb. 2014, L 94/1 en artikel 67 en overweging 92 van richtlijn 2014/24/EU, Pb. 2014, L 94/65 (*aanbestedingsrichtlijnen*).
- 31 HvJ 5 oktober 2000, zaak C-376/98 (*Tabaksreclame*), ECLI:EU:C:2000:544.
- 32 Artikel 16 vweu. Daarin wordt overigens naast het privacy-aspect ook de bevoegdheid gegeven om het vrij verkeer van persoonsgegevens te regelen.
- 33 HvJ 10 maart 2005, C-336/03 (*Easycar*) ECLI:EU:C:2005:150; HvJ 18 oktober, C-34/10 (*Brüstle*) ECLI:EU:C:2011:669.
- 34 HvJ 6 oktober 2015, zaak C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.
- 35 Een cruciale uitspraak in dit verband is HvJ 12 juni 2003, C-112/00 (*Schmidberger*) ECLI:EU:C:2003:333.
- 36 Zie bijvoorbeeld de uitspraak in HvJ 27 februari 2012, C-131/12 (*Google v Spain*) ECLI:EU:C:2014:317. Zie voor een uitgebreid overzicht van privacy vriendelijke uitspraken van het Hof van Justitie: Van den Brink et al 2018, Balanceren tussen differentiatie en uniformering in EU wetgeving: detachering en gegevensbescherming, par. 3.3, WRR Webpublicaties.
- 37 Zie bijvoorbeeld HvJ 6 september 2012, C544/210 (*Deutsches Weintor*) ECLI:EU:C:2012:526; en HvJ, C-283/11, 22 januari 2013, (*Sky Osterreich*) ECLI:EU:C:2013:28.
- 38 Beschikbaar via: [https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/advies\\_uitvoeringswet\\_avg.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/advies_uitvoeringswet_avg.pdf).
- 39 HvJ 21 mei 1985, 47/84 (*Gaston Schul*). ECLI:EU:C:1982:135.
- 40 Overigens ligt dit anders bij internemarktwetgeving, die wel op puur nationale situaties van toepassing kan zijn.
- 41 HvJ 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*) ECLI:EU:C:2011:124.

- 42 Zie, bijvoorbeeld, HvJ 20 mei 1976, 104/75 (*De Peijper*) ECLI:EU:C:1976:67; HvJ 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*) ECLI:EU:C:1994:119; HvJ 28 november 1989, C-379/87 (*Groener*) ECLI:EU:C:1989:599; HvJ 16 december 2010, C-137/09 (*Josemans*) ECLI:EU:C:2010:774; HvJ 14 oktober 2004, C-36/02 (*Omega Spielhallen*) ECLI:EU:C:2004:614.
- 43 Zie, bijvoorbeeld, HvJ 2 februari 1994, zaak C-315/92 (*Clinique*); ECLI:EU:C:1994:34; HvJ 14 juli 1988, zaak 407/85 (*Drei Glocken*) ECLI:EU:C:1988:401; HvJ 11 december 2007, C-438/05 (*Viking Line*) ECLI:EU:C:2007:772.
- 44 Zie ook Witboek Toekomst Europa, beschouwingen en scenario's voor de EU27 tegen 2025, COM(2017)2025, 1 maart 2017.
- 45 Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, COM(2017)495 def.
- 46 HvJ 21 september 1999, C-115/97 tot C-117/97 (*Brentjens*) ECLI:EU:C:1999:434; HvJ 12 september 2000, C-180/98 tot C-184/98 (*Pavlov*) ECLI:EU:C:2000:428.
- 47 HvJ 18 juli 2006, C-519/04 P (*Meca-Medina*) ECLI:EU:C:2006:492.
- 48 HvJ 19 februari 2002, C-309/99 (*Wouters*) ECLI:EU:C:2002:98.
- 49 EC 24 januari 1999, COMP.F.1/37.894 (CECED).
- 50 Zie Mededeling van de Commissie EUROPA 2020 - Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, COM(2010) 2020 def.
- 51 Advies 1/75 van Het Hof van Justitie van 11 november [1975] ECR 01355, deel B (2).
- 52 Art. 207 (1) VWEU.
- 53 Zie art. 21 VEU.
- 54 Art. 21 (3) VEU.
- 55 Zie bijvoorbeeld het stelsel van algemene preferenties (SAP) (*General Schemes of Preferences*). De in 2006 ingevoerde SAP+ is een instrument van het Europese handelsbeleid met als de doelstelling de duurzame ontwikkeling in de ontwikkelingslanden te ondersteunen. De extra handelspreferenties zijn een stimulans voor ontwikkelingslanden om fundamentele internationale overeenkomsten m.b.t. de mensenrechten, arbeidsrechten, milieu en *good governance* toe te passen.
- 56 Een volledige lijst met alle afgesloten overeenkomsten en overeenkomsten die in onderhandeling is beschikbaar via: [http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/#\\_in-place](http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/#_in-place). Momenteel zijn er 33 verdragen in volle werking.