

VIJFTIEN PREJUDICIELE VRAGEN IN DE ZAAK SINT SERVATIUS

[verschenen in bouwrecht februari 2008, p. 83-93]

Prof.dr. Bart Hessel*

De Maastrichtse woningcorporatie Sint Servatius zorgt met haar grensoverschrijdende woningbouwactiviteiten in Luik al enige jaren voor de nodige commotie. Op 5 december 2002 heeft de minister van VROM de toestemming geweigerd om bij wijze van experiment een woningbouwproject te starten in Luik. Op 19 mei 2006 heeft de rechtbank Maastricht het beroep van Servatius tegen het (eerste) besluit op bezwaar van de minister van VROM gegrond verklaard en de minister opgedragen een nieuw besluit op bezwaar te nemen.¹ Tegen deze uitspraak heeft de minister hoger beroep ingesteld bij de Raad van State die de zaak heeft behandeld op 17 april 2007, met medeneming van de nieuwe beslissing op bezwaar van 2 februari 2007. De door partijen aangevoerde argumenten hebben de Afdeling bestuursrechtspraak kennelijk aan het denken gezet want de Afdeling heeft met haar uitspraak de tijd genomen tot 19 december 2007.² Zij geeft daarin duidelijkheid over het geldende Nederlandse recht maar wat betreft de Europeesrechtelijke aspecten komt de Afdeling met maar liefst 15 prejudiciële vragen voor het Hof van Justitie EG. Dit betekent dat betrokkenen nog wel even zullen moeten wachten om duidelijkheid te krijgen over de Europeesrechtelijke kanten van deze zaak. Met mijn medeadviseur en collega dr. Sybe de Vries heb ik in deze zaak de minister van VROM geadviseerd. De Afdeling stelt nu vragen naar aanleiding van de ingenomen standpunten. Omdat de uitspraak van de Afdeling zo logisch en systematisch is opgebouwd dat deze nieuwigheden scherp naar voren komen, wil ik deze uitspraak in deze bijdrage behandelen. Voor de volledige tekst van 23 pagina's verwijs ik naar de website van de Raad van State.³ Gezien mijn betrokkenheid bij deze zaak, beperk ik mij in het navolgende tot de uitleg van de uitspraak en onthoud ik mij van partijdige waardeoordelen. Aldus hoop ik de lezer meer helderheid te geven over de relevantie van de 15 prejudiciële vragen.

1. Het voorgelegde geschil

Sint Servatius is een toegelaten instelling in de zin van artikel 70 lid 1 Woningwet. Volgens haar statuten dient zij uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam te zijn en wel binnen een werkgebied dat beperkt is

* Bart Hessel is bijzonder hoogleraar Europees recht en decentrale overheden aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht en lid van de redactieraad van dit tijdschrift. De tekst van deze bijdrage is afgestemd met mijn opdrachtgevers van VROM maar komt uiteraard volledig voor mijn rekening.

¹ www.Rechtspraak.nl, LJN: AX3105, Rechtbank Maastricht, uitspraak van 19-05-2006.

² De minister van VROM heeft inmiddels plaats gemaakt voor de minister voor Wonen, Wijken en Integratie. Gezien het voortraject reken ik de argumenten die in hoger beroep worden aangevoerd hierna toe aan de minister van VROM.

³ www.raadvanstate.nl zaaknummer 200604981/1.

tot de Nederlandse gemeenten Eijsden, Gulpen-Wittem, Maastricht, Margraten, Meerssen, Vaals en Valkenburg aan de Geul.

Voor de startfinanciering van haar woningbouwproject in Luik wil Servatius via een Holding een lening geven aan haar Belgische dochtermaatschappij 'Société Immobilière Servais Liège' (hierna: SISL) met een renteopslag van 1,5 %. SISL kan tegen dezelfde condities niet bij een externe financier lenen, omdat zij nog niet over een eigen vermogen beschikt en derhalve geen zekerheden kan verstrekken. De opslag van 1,5% is bedoeld om een rentevoordeel te compenseren.

a. het aanvankelijke standpunt van de minister

De minister van VROM weigert Servatius voor dit grensoverschrijdende project bij wijze van experiment toestemming te verlenen. In zijn primaire besluit op bezwaar benadrukt de minister dat de Woningwet alleen rechtskracht heeft in Nederland en dat de toegelaten instellingen op grond van die wet uitsluitend in Nederland zijn toegelaten en uitsluitend daar werkzaam mogen zijn. Volgens de minister biedt artikel 120a van de Woningwet⁴ en in aansluiting daarop artikel 49 van het Besluit beheer sociale huursector (hierna: BBSH)⁵ slechts de mogelijkheid om bij wijze van experiment van de bij of krachtens het BBSH gegeven voorschriften af te wijken, indien dit naar zijn oordeel in het belang is van de volkshuisvesting in het gebied waar de Woningwet en het BBSH gelden, dus in Nederland.

b. het oordeel van de rechtbank Maastricht

In haar uitspraak op het beroep van Servatius oordeelt de bestuurskamer van de rechtbank Maastricht onder meer dat het BBSH een regeling inhoudt voor de rol van toegelaten instellingen in het kader van de Nederlandse volkshuisvesting, maar dat uit die regeling niet is af te leiden dat deze rol zich onder alle omstandigheden zou moeten beperken tot het grondgebied van Nederland. Voorts is de rechtbank van mening dat de weigering van de minister tot het geven van de experimenteerstatus ex artikel 49 BBSH en het daaruit voortvloeiende investeringsverbod in het Belgische project in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal van artikel 56 EG.⁶ Volgens de rechtbank kan het belang

⁴Artikel 120a luidt:

"1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat Onze Minister bij wege van experiment tijdelijk van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gegeven voorschriften kan afwijken of een zodanige afwijking kan toestaan.

2. Indien toepassing wordt gegeven aan het eerste lid, wordt in ieder geval bepaald:

a. de wijze waarop tot een keuze voor experimenten als bedoeld in het eerste lid wordt gekomen;
b. de ten hoogste toegestane tijdsduur van een afwijking als bedoeld in het eerste lid en
c. de wijze waarop tot de vaststelling wordt gekomen of een experiment als bedoeld in het eerste lid zodanig geslaagd is, dat het wettelijk voorschrift waarvan bij wege van dat experiment is afgeweken zou moeten worden gewijzigd."

⁵ Artikel 49 luidt:

"1. Onze Minister kan van dit besluit afwijken of afwijking daarvan toestaan ten behoeve van experimenten die naar zijn oordeel in het belang van de volkshuisvesting zijn."

⁶ Artikel 56 lid 1 zegt: "In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten verboden."

van de volkshuisvesting op zich wel een uitzonderingsgrond zijn in de zin van artikel 58 EG⁷ maar de minister heeft onvoldoende gemotiveerd dat zijn besluit voldoet aan de daarvoor geldende eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Het onvoorwaardelijke karakter van het besluit moet in strijd worden geacht met artikel 56 EG.

c. de nadere standpunten van de minister

De uitspraak van de rechtbank Maastricht is voor de minister aanleiding zijn aanvankelijke standpunt enigszins aan te passen en nader uit te werken. Dit blijkt uit zijn nieuwe besluit op bezwaar en uit de gronden die hij als appelland aanvoert in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

Kort gezegd spelen hier vier standpunten.

(1) De minister nuanceert zijn aanvankelijke oordeel dat de werkingssfeer van Woningwet en BBSH beperkt is tot het grondgebied van Nederland. Er is bij nader inzien ruimte voor enige activiteiten over de grens, zogenaamde 'rafelrandsituaties' maar die moeten wel ten goede komen aan de Nederlandse volkshuisvesting. Denk aan opvang van Nederlandse woningzoekenden net over de grens. Naar het oordeel van de minister voldoet het Luikse project, dat dertig kilometer van de grens is gelegen, niet aan die voorwaarden.

(2) Gegeven de uitspraak van de rechtbank komt de minister tot een nadere uitwerking van de mogelijke excepties op het verbod van artikel 56 EG in het kader van de volkshuisvesting.⁸ Hierbij denkt hij aan de mogelijkheid het belang van de volkshuisvesting onder het begrip openbare orde te brengen van de verdragsexceptie van artikel 58 EG. De belangen die in artikel 58 worden genoemd hebben een limitatief karakter.⁹ Daarnaast beroept de minister zich op de volkshuisvesting in het kader van de *rule of reason*. Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen lidstaten zich, onder nadere voorwaarden,¹⁰ beroepen op niet in het verdrag genoemde dwingende redenen

⁷ Artikel 58 lid 1 stelt, voorzover van belang voor deze zaak: "Het bepaalde in artikel 56 doet niets af aan het recht van de lidstaten: (...) b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, (...), dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn."

⁸ Deze zaak is daarmee een belangrijke illustratie van de notie die de Nederlandse centrale en decentrale overheden nog onvoldoende hebben: zij vallen eerder onder de verboden van het EG-Verdrag dan zij denken en moeten hun beleid daarom beter afstemmen op de uitzonderingen die het EG-recht kent op die verboden.

⁹ Omdat de rechtbank Maastricht een mogelijk beroep op artikel 58 EG noemt, werkt de minister die mogelijkheid uit. Het limitatieve karakter van de in artikel 58 genoemde belangen brengt dan met zich mee dat het in deze zaak spelende belang van de volkshuisvesting onder het begrip openbare orde gebracht moet worden. Omdat het Hof van Justitie de excepties strikt interpreteert is dat geen hoopvol traject.

¹⁰ Volgens de heersende stroming in de rechtspraak van het Hof kan de *rule of reason* alleen worden ingeroepen bij niet-discriminerende maatregelen, die wel het vrij verkeer belemmeren. Enkele arresten lijken een ruimere toepassing mogelijk te maken bij indirect discriminerende of zelfs direct discriminerende maatregelen. Zie bijvoorbeeld zaak C-452/01, Ospelt, waarin het Hof de *rule of reason* heeft toegepast op woonplaatsvereisten (indirecte discriminatie) en zaak C-379/98, PreussenElektra waarin sprake was van een discriminerende maatregel. Zie ook Sybe A. de Vries, Tensions within the Internal Market – The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, p.62.

van algemeen belang om een inbreuk op het vrij verkeer te rechtvaardigen. Deze *rule of reason* is een open categorie maar het Hof heeft nog niet beslist dat volkshuisvesting een dwingende reden van algemeen belang kan zijn. Zowel bij een verdragsexceptie als bij de *rule of reason* moet er sprake zijn van noodzakelijkheid en proportionaliteit. De maatregel van de lidstaat moet noodzakelijk zijn voor het betreffende belang en er moet geen andere geschikte maatregel zijn die het vrij verkeer minder beperkt.

(3) In zijn hoger beroep voor de Afdeling doet de minister een beroep op artikel 86 lid 2 EG. Dit is een nieuw standpunt dat voor de rechtbank nog niet speelde. Het ingewikkelde artikel 86 lid 2 spreekt zich uit over de vraag of en zo ja, in hoeverre op ondernemingen die belast zijn met diensten van algemeen economisch belang (hierna: d.a.e.b.), zoals de woningcorporaties, de regels van het Verdrag en met name de mededingingsregels van toepassing zijn. Bij mededingingsregels moeten we denken aan de artikelen 81 en 82 EG (kartelverbod en verbod van misbruik van economische machtspositie door ondernemingen) en het verbod van met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun van artikel 87 EG. In huis-tuin-en-keuken-termen geeft dit artikel antwoord op de vraag of op ondernemingen die van de overheid een rugzak op hebben gekregen zich net zo aan de mededingingsregels moeten houden als ondernemingen die op die markt opereren zonder de last van een rugzak.

Volgens artikel 86 lid 2 EG vallen dergelijke ondernemingen 'onder de regels van het Verdrag, met name de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.' In principe gelden voor ondernemingen met een rugzak dus regels van het verdrag maar er is beperkte ruimte voor versoepeling van die regels.

In de rechtspraak van het Hof van Justitie is de betekenis van dit artikel vooral uitgewerkt voor het verbod van artikel 82 EG, verbod van misbruik van economische machtspositie, en dan voor ondernemingen met exclusieve rechten.¹¹ Dergelijke ondernemingen komen soms voor versoepeling van de mededingingsregels in aanmerking en krijgen van het Hof toestemming voor gedrag dat voor ondernemingen zonder rugzak leidt tot misbruik van machtspositie. Daarnaast hebben het Hof en de Commissie de consequenties van artikel 86 lid 2 EG voor staatssteun uitgewerkt in het Altmark-arrest¹² respectievelijk in het voor de woningcorporaties befaamde pakket van Vrijstellingsbeschikking, Kaderregeling en wijziging van de Transparantierichtlijn.¹³ Hier zien we dat ondernemingen met een rugzak niet

¹¹ Zie bijvoorbeeld Zaak C-41/90, Höfner, zaak C-475/99, Ambulanz Glöckner, zaak C-157/95, Commissie-Nederland (SEP). De relevantie van deze arresten voor de Nederlandse (decentrale) overheden is uitgewerkt in: Anna Gerbrandy & Bart Hessel, Mededingingsrecht voor decentrale overheden, in hun rollen als onderneming en als overheid, serie Europees recht voor decentrale overheden, deel 4, Kluwer, Deventer 2004.

¹² HvJEG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (Altmark), Jur. 2003, p. I-07747.

¹³ Beschikking van de Commissie van 28 november 2005, PbEU 2005, L 312/67; Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, PbEU 2005, C 297/4

onder het verbod van staatssteun vallen wanneer de financiële bijdrage van de lidstaat beperkt blijft tot compensatie van de rugzak.

De verwijzing in artikel 86 lid 2 naar andere regels van het Verdrag dan de mededingingsregels, en een incidenteel arrest van het Hof over andere vrijheden dan die van kapitaal dat die mogelijkheid lijkt te bieden¹⁴, is voor de minister van VROM aanleiding naast verdragsexcepties en *rule of reason* voor de Afdeling ook een beroep op dat artikel te doen als mogelijke exceptie op de regels van het vrij verkeer, in casu het vrij verkeer van kapitaal.

(4) De minister doet ook een beroep op artikel 86 lid 2 EG in het verlengde van Altmark en de Vrijstellingsbeschikking van de Commissie waar de woningcorporaties onder kunnen vallen voor zover zij belast zijn met een d.a.e.b. De minister wil daarmee voorkomen dat overheidsmiddelen die Servatius ontvangt en in het verleden ontvangen heeft ten behoeve van haar d.a.e.b. – de versoepeling ter compensatie van de rugzak - naar het buitenland wegvloeien naar activiteiten waarmee SISL in België direct in concurrentie kan treden met de commerciële marktpartijen op de bouw- en woningmarkt.

2. De beoordeling naar Nederlands recht

In haar uitspraak maakt de Afdeling, zoals gebruikelijk, een duidelijk onderscheid tussen de beoordeling van het geschil naar Nederlands recht en die naar Europees recht.

De beoordeling naar Nederlands recht is duidelijk. Wij lezen het volgende:

“De Afdeling stelt vast dat de minister ingevolge artikel 120a, eerste lid, van de Woningwet en artikel 49 van het BBSH, bij het beslissen op een verzoek om het toekennen van een experimenteerstatus aan een project niet bevoegd is af te wijken van de Woningwet. Uit artikel 70, eerste lid, van de Woningwet volgt dat een toegelaten instelling uitsluitend werkzaam mag zijn in het belang van de volkshuisvesting. De Afdeling acht de door de minister gegeven uitleg dat hiermee bedoeld is de volkshuisvesting ten behoeve van de Nederlandse woningmarkt, zijnde het belang van de volkshuisvesting van Nederland, juist.

2.9.1. De minister heeft toestemming aan het plan in Luik onthouden op grond van de locatie, niet op grond van de aard van het project. Naar aanleiding van hetgeen daarover door Servatius is aangevoerd, heeft de minister ten aanzien van die locatie onderscheid gemaakt tussen door de Nederlands-Belgische grens doorsneden, aansluitende woongebieden, waartussen sprake is van een natuurlijke uitwisseling van grensbewoners - zoals het over en weer ingeschreven staan als woningzoekenden -, de zogeheten "rafelrandsituaties", en het onderhavige project, dat wordt uitgevoerd in België op dertig kilometer van de Nederlandse grens. De Afdeling is van oordeel dat de minister dit onderscheid uit een oogpunt van het belang van de volkshuisvesting van

en richtlijn nr. 2005/81/EG van 28 november van de Commissie tot wijziging van richtlijn nr. 80/723/EEG, *PbEU* 2005, L 312/47. De betekenis van dit pakket voor de woningcorporaties is beschreven in B.Hessel, Het standpunt van Brussel over de Nederlandse woningcorporaties is niet echt verrassend. Maar het antwoord van minister Dekker blijkt niet Europa-proof, *bouwwrecht* 2006/8, p. 697-709.

¹⁴ zaak C-157/95, Commissie-Nederland (SEP)

Nederland heeft mogen maken. Ten aanzien van het in het geding zijnde project rust op Servatius de last om aannemelijk te maken dat het project dat belang dient.

2.9.2. De Afdeling deelt het standpunt van de minister dat Servatius onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat bouwen in Luik ten goede komt aan de Nederlandse woningmarkt, meer in het bijzonder aan de behoefte van woningzoekenden in de regio Maastricht. In het bijzonder heeft Servatius niet aannemelijk gemaakt dat de bouw van de woningen in Luik tot een zodanige doorstroming vanuit haar werkterrein in Maastricht zal leiden, dat het project om die reden moet worden geacht in het belang te zijn van de volkshuisvesting ten behoeve van de Nederlandse woningmarkt. Zo is niet gebleken dat de te bouwen woningen voor woningzoekenden uit Nederland zijn gereserveerd of dat de bouw van deze woningen anderszins tot een verlichting van de gespannen woningmarkt in Maastricht zal leiden. Uit de gegevens waarnaar Servatius in haar memorie van 28 februari 2007 heeft verwezen, blijkt voorts dat geen duidelijkheid bestaat over het aantal Nederlanders dat in Luik een woning in de sociale sector zoekt of daar feitelijk woonachtig is. De gegevens inzake het aantal in de grensstreek van België woonachtige Nederlanders bieden geen ten deze relevant inzicht, reeds omdat niet blijkt om welke redenen zij daar zijn gaan wonen. Ten slotte wijst de Afdeling op de door Servatius ingediende projectbeschrijving van 15 maart 2001. Daarin wordt gesteld dat in Luik en Maastricht sprake is van nog in hoofdzaak lokaal functionerende woningmarkten.

2.9.3. Nu Servatius niet aannemelijk heeft gemaakt dat het bouwproject in het belang van de volkshuisvesting van Nederland is, zou toestemming voor uitvoering van het project niet stroken met artikel 70, eerste lid, van de Woningwet. Reeds om die reden staan de artikelen 120a van de Woningwet en 49 van het BBSH in de weg aan het verlenen van de experimenteerstatus. Derhalve heeft de minister, beoordeeld naar de maatstaven van voormelde wettelijke voorschriften, terecht de experimenteerstatus niet verleend.”

Daarmee is de uitspraak van de Afdeling naar Nederlands recht duidelijk.

3. Beoordeling naar Europees recht

Dat het standpunt van de minister de toets van het Nederlands recht kan doorstaan betekent niet dat de minister uiteindelijk gelijk krijgt. Dat hangt af van de interpretatie van het Europees recht en dat vormt aanleiding voor de Afdeling tot het stellen van een omvangrijk aantal prejudiciële vragen. Daarbij is de uitspraak van de Afdeling zeer logisch en systematisch opgebouwd zodat de lezer een uitstekend beeld krijgt, zowel van de ruimte die zit tussen bestaande rechtspraak en het voorgelegde geschil als ook van de verschillende stappen die bij de oplossing van het geschil achtereenvolgens moeten worden gezet. De Afdeling kijkt eerst naar het verbod van artikel 56 EG (zie par. 3.1) en behandelt de mogelijke verdragsexceptie en de *rule of reason* (par. 3.2 respectievelijk par.3.3). Aansluitend wordt ingegaan op de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit van de voorafgaande toestemming (par. 3.4). Vervolgens beziet de Afdeling in het algemeen de mogelijkheid om bij het vrij verkeer van kapitaal een beroep te doen op artikel 86 lid 2 EG (zie par. 3.5.) Als dat mogelijkheden lijkt te bieden buigt de Afdeling zich daarna over de vraag wat de toepassing van

artikel 86 lid 2 kan betekenen voor de concrete zaak Servatius (par.3.6.) We herkennen daarbij het tweeledige beroep van de minister van VROM op dit artikel als exceptie op artikel 56 en als instrument om ongeoorloofde staatssteun te voorkomen. Voor een goed begrip van de uitspraak lijkt het zinvol de lezer die minder vertrouwd is met het Europese recht op het volgende te wijzen. Europees recht is grotendeels jurisprudentierecht. Dit betekent dat, meer dan in het Nederlands bestuursrecht, onzekerheid bestaat over het toepasselijke recht wanneer het Hof nog geen duidelijke uitspraak heeft gedaan. Voor de minister van VROM en zijn adviseurs is het een uitdaging in hoger beroep rechtspraak van het Hof over andere vrijheden dan die van kapitaal, andere excepties dan die van volkshuisvesting in te roepen en creatief met artikel 86 lid 2 om te gaan. De Afdeling bestuursrechtspraak wordt met deze analogieën en nieuwigheden, althans voor zover deze door haar verdedigbaar worden geacht, geconfronteerd met onduidelijkheid van het toepasselijke recht en dat is aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen.

3.1 Het verbod van artikel 56 EG

Terwijl de rechtbank van oordeel is dat de weigering van de minister om Servatius voorafgaande toestemming te verlenen om een grensoverschrijdend woningbouwproject te beginnen in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal, stelt de Afdeling zich wat voorzichtiger op. Met verwijzing naar het door partijen ingeroepen arrest *Trummer*¹⁵ onderkent zij dat het begrip beperking van vrij verkeer van kapitaal breed wordt geïnterpreteerd. Maar omdat het Hof zich in dat verband nog niet heeft uitgesproken over de problematiek van de volkshuisvesting stelt de Afdeling de volgende vraag:

“Vraag 1.

Is sprake van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal als bedoeld in artikel 56 van het EG-Verdrag, indien zonder voorafgaande toestemming van de minister geen grensoverschrijdende activiteiten mogen worden verricht door een onderneming die ingevolge de wet is toegelaten tot de behartiging van het belang van de volkshuisvesting van Nederland, die daartoe een beroep kan doen op publieke middelen, die ingevolge de wet uitsluitend in dat belang werkzaam mag zijn en die haar werkterrein in beginsel binnen Nederland heeft ("toegelaten instelling")?”

Aangenomen dat deze vraag bevestigend wordt beantwoord rijst vervolgens de vraag of de minister beroep kan doen op een exceptie.

3.2 De exceptie van openbare orde

Door het Hof van Justitie worden in het algemeen de verboden van het Verdrag ruim uitgelegd en de excepties strikt. Dat geldt ook voor het begrip openbare orde. De Afdeling wijst hierbij op het door de minister aangevoerde arrest *Église de scientologie*.¹⁶ Volgens dit arrest, dat de heersende leer illustreert, kan de openbare orde slechts worden aangevoerd in geval van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de

¹⁵ HvJEG 16 maart 1999, zaak C-222/97 (*Trummer*), *Jur.* 1999, I-1661.

¹⁶ HvJEG 14 maart 2000, zaak C-54/99 (*Église de scientologie*), *Jur.* 2000, I-1335.

samenleving aantast. De Afdeling acht het dan ook niet waarschijnlijk dat het belang van de volkshuisvesting onder het begrip openbare orde kan worden gebracht, maar stelt voor de zekerheid de volgende vraag:

“Vraag 2.a.

Kan het belang van de volkshuisvesting van een lidstaat worden aangemerkt als een belang van openbare orde als bedoeld in artikel 58 van het EG-Verdrag?”

3.3 De *rule of reason* en het belang van de volkshuisvesting

Met verwijzing naar de arresten Trummer en Konle¹⁷ waarin het Hof een beroep op de *rule of reason* bij het vrij verkeer van kapitaal van artikel 56 EG heeft erkend – daar ging het om ‘de zekerheid en de doorzichtigheid van het hypothecaire stelsel’ respectievelijk ‘de ruimtelijke ordening’ -, komt de Afdeling tot het standpunt dat het niet onwaarschijnlijk is dat het belang van de volkshuisvesting als dwingende reden van algemeen belang kan worden aangemerkt. Omdat het Hof daar nog geen uitspraak over heeft gedaan, stelt de Afdeling de volgende prejudiciële vraag:

“Vraag 2.b.

Kan het belang van de volkshuisvesting van een lidstaat als een in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkende dwingende reden van algemeen belang worden aangemerkt?”

Met een beroep op de *rule of reason* moet de minister zijn eis van voorafgaande toestemming voor een grensoverschrijdende kapitaaltransactie kunnen rechtvaardigen. Om die reden beroept de minister zich op het arrest Smits en Peerbooms.¹⁸ Dit arrest heeft betrekking op een beperking van het vrij dienstenverkeer in de vorm van een voorafgaande toestemming door ziekenfondsen in het kader van de grensoverschrijdende medische zorg. Daarin heeft het Hof erkend dat het belang van de financiële stabiliteit van het sociale zekerheidsstelsel belemmeringen op het vrij dienstenverkeer in de vorm van voorafgaande toestemming kan rechtvaardigen voor wat betreft medische verzorging in een ziekenhuis.

Een analoge redenering wil de minister ook toepassen in de zaak Servatius. Aldus stelt hij zich op het standpunt “dat het belang van de financierbaarheid van het volkshuisvestingsbestel in Nederland een geldige reden is om investeringen in buitenlandse projecten aan de eis van voorafgaande toestemming te onderwerpen. De minister wijst erop dat de toegelaten instellingen zoals Servatius voor de uitvoering van hun wettelijke taken over een beschermde positie beschikken, die onder meer tot uitdrukking komt in aanzienlijke financiële bijdragen van het Rijk. Door de garantiefunctie van het Waarborgfonds Sociale Woningbouw kan een toegelaten instelling tegen niet marktconforme voorwaarden op de kapitaalmarkt te lenen en het CFV verleent met behulp van staatsmiddelen projectsubsidies en saneringssteun aan toegelaten

¹⁷ HvJEG 1 juni 1999, zaak C-302/97 (*Konle*), *Jur.* 1999, I-3099.

¹⁸ HvJEG 12 juli 2001, zaak C-157/99 (*Smits en Peerbooms*), *Jur.* 2001, I-5473.

instellingen.”¹⁹ De eis van voorafgaande toestemming voorkomt dat deze middelen niet worden aangewend voor het doel waartoe ze ter beschikking worden gesteld, de bevordering van het belang van de volkshuisvesting van Nederland.

“De Afdeling begrijpt de argumentatie van de minister op dit punt aldus, dat deze in het bijzonder betrekking heeft op het belang van de effectiviteit en de financierbaarheid van het Nederlandse volkshuisvestingsbestel”²⁰ en omdat het Hof van Justitie hier nog geen uitspraak over heeft gedaan stelt de Afdeling de volgende prejudiciële vraag:

“Vraag 2.c.

Kan meer in het bijzonder het belang van de effectiviteit en de financierbaarheid van het volkshuisvestingsbestel in een lidstaat als een belang van openbare orde als bedoeld in artikel 58 van het EG-Verdrag dan wel als een in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkende dwingende reden van algemeen belang worden aangemerkt?”

3.4 Noodzakelijkheid, proportionaliteit en voorafgaande toestemming

Aangenomen dat de minister met het beroep op de effectiviteit en financierbaarheid van het volkshuisvestingsbeleid een belang heeft dat hij als exceptie kan invoeren, is het ook nog vereist dat de concrete maatregel, in dit geval de voorafgaande toestemming, noodzakelijk en proportioneel is. Uit de rechtspraak van het Hof, zoals het eerder genoemde arrest Konle, blijkt dat een voorafgaande toestemming een zwaardere belemmering is van het vrij verkeer dan eventuele controle achteraf. Dit stelt extra eisen aan de proportionaliteit. In haar uitspraak grijpt de Afdeling, in aansluiting op de minister, voor de beoordeling van noodzakelijkheid en proportionaliteit terug op de rechtspraak van het Hof inzake het vrij dienstenverkeer en de zorg. Naast Smits en Peerbooms, waarin zoals gezegd de voorafgaande toestemming voor ziekenhuiszorg proportioneel werd geacht, wijst de Afdeling op het arrest Müller-Fauré.²¹ Uit dat arrest valt af te leiden “dat een regeling van voorafgaande toestemming geen rechtvaardiging kan vormen voor een willekeurig optreden van de nationale autoriteiten waardoor de communautaire voorschriften, met name die betreffende een fundamentele vrijheid, van hun nuttig effect worden beroofd. Wil een stelsel van voorafgaande toestemming dus gerechtvaardigd zijn, dan moet het op objectieve criteria gebaseerd zijn, niet discrimineren en vooraf kenbaar zijn.”²²

Naar het oordeel van de Afdeling vormt deze rechtspraak echter onvoldoende aanknopingspunten voor de beslechting van het voorliggende geschil. “De arresten Smits/Peerbooms en Müller-Fauré hebben, gelet op de eisen die door de overheid aan de zorgverzekeraars worden gesteld, betrekking op de beperkingen die aan zorgconsumenten worden opgelegd. In de onderhavige zaak gaat het om beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal die specifiek gelden voor "toegelaten instellingen", die de wettelijke opdracht hebben zorg te

¹⁹ Uitspraak punt 2.13.2.

²⁰ Uitspraak punt 2.13.2.

²¹ HvJEG 13 mei 2003, zaak C-385/99 (*Müller-Fauré*), *Jur.* 2003, I-4509.

²² Uitspraak punt 2.15.

dragen voor voorziening in de volkshuisvesting, zijnde een basisvoorziening, in het bijzonder voor een genoegzaam aanbod van goede en goedkope woningen ten behoeve van de zwakkere woningzoekenden en waaraan daartoe publieke middelen en faciliteiten ter beschikking worden gesteld welke deel uitmaken van hun kapitaal. De positie van de woonconsument is in het onderhavige geschil niet aan de orde.”²³

Om die reden ziet de Afdeling aanleiding om de volgende prejudiciële vragen te stellen:

“Vraag 3.a.

Aangenomen dat het vereiste van voorafgaande toestemming voor een toegelaten instelling als bedoeld in vraag 1, een beperking vormt waarvoor een rechtvaardiging bestaat zoals bedoeld in de vragen 2.a, 2.b en 2.c, is dat vereiste dan noodzakelijk en proportioneel?

Vraag 3.b.

Beschikt een lidstaat bij het toepassen van deze rechtvaardiging over een ruime discretionaire marge ter bepaling van het bereik van het betrokken algemeen belang en de wijze waarop dat belang wordt behartigd? Is daarbij mede bepalend dat de Gemeenschap op het gebied van de volkshuisvesting geen of nauwelijks bevoegdheden heeft?”

3.5. Een beroep op artikel 86 lid 2 EG en vrij verkeer van kapitaal

Voor de Afdeling bestuursrechtspraak doet de minister van VROM een beroep op artikel 86 lid 2 EG als mogelijke exceptie op het verbod van artikel 56 EG. Dit is een niet gebruikelijke aanpak. Zoals gezegd heeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie betrekking op mogelijke verlichting van het verbod van misbruik van economische machtspositie voor een onderneming met een exclusief recht. De gedachte die aan het standpunt van de minister ten grondslag ligt is dat eventuele verlichting van de mededingingsregels voor ondernemingen belast met een d.a.e.b. – denk ook aan de Altmark-rechtspraak – slechts één kant van de medaille is. Een andere kant van diezelfde medaille zou kunnen zijn dat lidstaten meer ruimte kunnen krijgen om het vrij verkeer te beperken voor dergelijke ‘verlichte’ ondernemingen. Daarbij speelt mee dat de belasting met een d.a.e.b. veelal territoriaal is afgebakend. In huis-tuin-en-keuken-terminen: indien een rugzak voor een bepaald gebied leidt tot versoepeling van de mededingingsregels, is het verdedigbaar dat het verlaten van dat gebied met medeneming van die versoepeling aan nadere voorwaarden wordt gebonden. Een bijkomend argument voor het invoeren van 86 lid 2 is dat de bewijslast voor de proportionaliteit voor de lidstaat in het algemeen al minder zwaar is dan bij de vier vrijheden. Dat is extra relevant nu het gaat om een belemmering in de vorm van een voorafgaande toestemming. Zo blijkt uit het door de minister aangevoerde Corbeau-arrest²⁴ dat voor het invoeren van artikel 86 lid 2 gezien moet worden ‘in hoeverre de beperking van de mededinging noodzakelijk is om

²³ Uitspraak punt 2.15.1.

²⁴ HvJEG 19 mei 1993, zaak C-320/91 (Corbeau), Jur. 1993, I-2533.

de onderneming in staat te stellen zijn taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen.'

Het is niet de eerste keer dat in deze zaak een koppeling wordt gelegd tussen de regels van het vrij verkeer en artikel 86 lid 2. Zo wijst de minister onder meer op het arrest Commissie tegen Nederland,²⁵ maar daar ging het om het vrij verkeer van goederen en een onderneming met uitsluitende rechten.

In deze zaak gaat het om het vrij verkeer van kapitaal en een onderneming met bijzondere en geen uitsluitende rechten.

Servatius voert terecht aan dat in de sfeer van het vrij verkeer van kapitaal nog nooit een beroep is gedaan om artikel 86 lid 2, maar de Afdeling erkent de mogelijkheid van een beroep op dat artikel.

Zo stelt zij: "De beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal worden opgelegd aan instellingen die de wettelijke taak hebben zorg te dragen voor de voorzieningen in het belang van de volkshuisvesting (de toegelaten instellingen). Gelet op de bijzondere taak van deze toegelaten instellingen, dient dit te beschermen algemeen belang naar het oordeel van de Afdeling niet alleen te worden beoordeeld aan de hand van artikel 58 van het EG-Verdrag en de in de rechtspraak erkende dwingende redenen van algemeen belang. Het te beschermen algemeen belang moet ook worden beoordeeld in het licht van de omstandigheid dat toegelaten instellingen, zoals Servatius, mogelijk zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang."²⁶

Aansluitend gaat de Afdeling eerst in op een aantal algemene vraagpunten betreffende het vrij verkeer van kapitaal en artikel 86 lid 2. Daarna beziet zij de problemen bij de toepassing van dat artikel op het concrete geschil (zie par. 3.6).

Omdat de rechtspraak van het Hof van Justitie in zake artikel 86 lid 2 geen betrekking heeft op het vrij verkeer van kapitaal en ondernemingen belast met bijzondere rechten stelt de Afdeling de volgende prejudiciële vraag:

"Vraag 4.a.

Kan een lidstaat ter rechtvaardiging van een beperking van het vrije kapitaalverkeer, naast, dan wel in samenhang met, de in artikel 58 van het EG-Verdrag genoemde en in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkende dwingende redenen van algemeen belang, tevens een beroep doen op artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag, indien aan de betrokken ondernemingen bijzondere rechten zijn verleend en deze ondernemingen belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang?"

Omdat ook bij een beroep op artikel 86 lid 2 het belang van de volkshuisvesting aan de orde komt evenals bij het beroep op de Verdragsexceptie van artikel 58 EG en de *rule of reason*, rijst voor de Afdeling de vraag naar de verhouding tussen de algemene belangen en het algemeen economisch belang van 86 lid 2.

²⁵ HvJEG 23 oktober 1997, zaak C-157/94 (*Commissie tegen Nederland (SEP)*), *Jur.* 1997, I-5699.

²⁶ Uitspraak punt 2.16.

“Vraag 4.b.

Hebben de algemene belangen als bedoeld in artikel 58 van het EG-Verdrag en de in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkende dwingende redenen van algemeen belang dezelfde inhoud als het algemeen economisch belang als bedoeld in artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag?”

In haar uitspraak wijst de Afdeling er vervolgens op dat in de door de minister ingeroepen arresten *Corbeau* en *Glöckner*²⁷ over artikel 86 lid 2 met het criterium ‘onder economisch aanvaardbare omstandigheden’ een minder vergaande invulling wordt gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel dan in de vrij verkeer arresten *Smits* en *Peerbooms* en *Müller-Fauré*. In die laatste arresten moet immers worden onderzocht “of de nationale regelgeving niet verder gaat dan hetgeen daarvoor objectief noodzakelijk is en of dit resultaat niet door minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.”²⁸

Deze onduidelijkheid leidt voor de Afdeling tot de volgende vraag:

“Vraag 4.c.

Heeft het inroepen door de betrokken lidstaat van artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag, waarbij betoogd wordt dat de betrokken ondernemingen waaraan bijzondere rechten zijn verleend, taken van algemeen economisch belang uitoefenen, een meerwaarde ten opzichte van het inroepen van algemene belangen als bedoeld in artikel 58 van het EG-Verdrag en de in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkende dwingende redenen van algemeen belang?”

3.6. De eventuele toepasselijkheid van artikel 86 lid 2 EG op het concrete geschil

De Afdeling gaat er voorlopig van uit dat artikel 86 lid 2 EG een meerwaarde heeft en beziet vervolgens een aantal punten bij de eventuele toepassing van dat artikel op de concrete zaak.

a. het hybride karakter van de woningcorporatie

De Afdeling staat eerst stil bij het hybride karakter van woningcorporaties. Zij concludeert “dat de toegelaten instellingen enerzijds hun gehele vermogen dienen in te zetten ten behoeve van de volkshuisvesting. Anderzijds zijn de activiteiten van de toegelaten instellingen en hun dochterondernemingen en het gebruik van al dan niet financiële faciliteiten van overheidswege niet beperkt tot de huisvesting van de sociale doelgroep, maar hebben zij gedeeltelijk een commercieel karakter.”²⁹ Deze hybride situatie doet zich ook voor in het Luikse project dat tevens commerciële onderdelen kent. Daarmee bestaat voor de Afdeling gerede twijfel over de vraag of de verschillende door SISL in Luik te ondernemen activiteiten als d.a.e.b. kunnen worden aangemerkt. Dit is voor de Afdeling aanleiding voor de volgende prejudiciële vraag:

²⁷ HvJEG 25 oktober 2001 (*Ambulanz Glöckner*), *Jur.* 2001, I-8089.

²⁸ Uitspraak punt 2.16.4.

²⁹ Uitspraak punt 2.17.3.

“Vraag 5.a.

Kunnen ondernemingen, zoals toegelaten instellingen als bedoeld in vraag 1, die enerzijds hun hele vermogen dienen in te zetten ten behoeve van het belang van de volkshuisvesting, maar die anderzijds ook commerciële activiteiten ten behoeve van de volkshuisvesting verrichten, voor alle of een gedeelte van hun taken worden aangemerkt als ondernemingen die zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang als bedoeld in artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag?”

b. het punt van de transparante scheiding

De Afdeling wijst er op dat de Nederlandse autoriteiten in reactie op de brief van de Commissie van 14 juli 2005 aan de lidstaat Nederland over de financiering van de woningcorporaties voornemens zijn een juridische scheiding te creëren tussen de d.a.e.b.-activiteiten en de commerciële activiteiten. Het feit dat ten tijde van het besluit op bezwaar van 2 februari 2007 nog geen wettelijke voorschriften bestonden die deze transparantie eisen is voor de Afdeling aanleiding voor de volgende prejudiciële vraag:

“Vraag 5.b.

Is het voor de bevestigende beantwoording van vraag 5.a noodzakelijk dat de betrokken ondernemingen een gescheiden boekhouding voeren aan de hand waarvan onmiskenbaar kan worden vastgesteld welke kosten en welke opbrengsten verband houden met enerzijds hun sociale en anderzijds hun commerciële activiteiten en dat deze verplichting is opgenomen in een nationaal wettelijk voorschrift? Dient daarmee dan te zijn gewaarborgd dat de financiële middelen van een lidstaat uitsluitend ten goede komen aan de sociale activiteiten en de continuïteit daarvan?”

c. artikel 86 lid 2 EG als exceptie op artikel 56 EG

Tegenover het argument van Servatius dat het Hof van Justitie nog nooit de uitzonderingsgronden van het vrije verkeer en die van artikel 86 lid 2 op de hier aan de orde zijnde handelingen heeft toegepast³⁰ staan de argumenten van de minister van VROM dat artikel 86 lid 2 EG een rechtvaardiging vormt voor zijn afwijzende beslissing. Hij is naar de woorden van de Afdeling van oordeel “dat hij een ruime beoordelingsmarge heeft om te bepalen in welke mate en op welke wijze hij het betreffende publieke belang wenst te behartigen, omdat de Gemeenschap op het gebied van de volkshuisvesting geen of nauwelijks bevoegdheden heeft. Voorkomen moet worden dat het maatschappelijk gebonden vermogen van de woningcorporaties, dat bestemd is te worden aangewend in het belang van de volkshuisvesting van Nederland, aan die bestemming wordt onttrokken. Verder wijst hij erop dat aan het bouwplan in Luik risico's zijn verbonden, omdat het op commerciële leest is geschoeid. Volgens de minister kan alleen door een geclausuleerd investeringsverbod voor projecten in het buitenland doeltreffend toezicht worden uitgeoefend op activiteiten van woningcorporaties. Omdat Servatius verplicht is het lokale, dat wil zeggen het gemeentelijke, volkshuisvestingsbeleid in acht te nemen, zou het gemeentebestuur van Luik voorts "Nederlands" volkshuisvestingsbeleid moeten voeren. De Nederlandse overheid beschikt echter niet over de bevoegdheid om

³⁰ Uitspraak punt 2.18.2.

dat gemeentebestuur daaraan te houden. Bovendien is effectief toezicht op SISL niet mogelijk zonder de uitdrukkelijke medewerking van de autoriteiten aldaar.³¹ Daarbij is de minister van oordeel "dat het werkterrein van een toegelaten instelling op grond van artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag in beginsel, afgezien van de onder 2.9.1 genoemde "rafelrandsituaties", territoriaal mag worden beperkt. Hij voert hiertoe aan dat aan toegelaten instellingen het behartigen van het belang van de volkshuisvesting van Nederland als dienst van algemeen economisch belang is opgedragen. Naar zijn mening gaan de door Servatius in België te ondernemen activiteiten ten koste van de aan haar toevertrouwde taken in Nederland."³²

De Afdeling heeft voor de beslissing van het geschil tussen partijen om artikel 86 lid 2 in te roepen als een uitzondering op het verbod van artikel 56 EG in de rechtspraak van het Hof van Justitie geen directe aanwijzingen kunnen vinden en stelt daarom de volgende prejudiciële vragen:

Vraag 6.a.

Indien een toegelaten instelling als bedoeld in vraag 1, voor alle of een gedeelte van haar activiteiten kan worden beschouwd als onderneming die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang als bedoeld in artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag, kan het belast zijn met het beheer van dergelijke diensten dan rechtvaardigen dat aan de toegelaten instelling een beperking van het vrije verkeer van kapitaal als bedoeld in artikel 56 van het EG-Verdrag wordt opgelegd?

Vraag 6.b.

Beschikt een lidstaat bij het toepassen van deze rechtvaardiging over een ruime discretionaire marge ter bepaling van het bereik van het betrokken algemeen economisch belang en de wijze waarop dat belang wordt behartigd? Is daarbij mede bepalend dat de Gemeenschap op het gebied van de volkshuisvesting geen of nauwelijks bevoegdheden heeft?

d. artikel 86 lid 2 EG om ongeoorloofde staatssteun te voorkomen

De minister van VROM wil artikel 86 lid 2 EG niet alleen inroepen als exceptie voor het verbod van artikel 56 EG. Er speelt nog een ander probleem op het punt van de staatssteun.

Met verwijzing naar het Altmark-arrest en de Vrijstellingsbeschikking voor compensatiefinanciering van d.a.e.b.'s betoogt hij "dat het beheer van diensten van algemeen economisch belang door toegelaten instellingen en de publieke financiering ter compensatie van de extra kosten die zijn gemoeid met de verrichting van deze publieke taak, met zich brengen dat het werkterrein van de ondernemingen die deze diensten van algemeen economisch belang verrichten, territoriaal dient te worden beperkt, teneinde de inzet van publieke middelen ten behoeve van die diensten van algemeen economisch belang te waarborgen.

Aldus wordt volgens de minister voorkomen dat een Nederlandse onderneming in een andere lidstaat met gebruik van deze publieke middelen de concurrentie vervalst doordat publieke middelen aan haar buitenlandse dochteronderneming

³¹ Uitspraak punt 2.18.1.

³² Uitspraak punt 2.18.1.

worden verschaft, hetgeen ongeoorloofde steun in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag zou vormen.

Met de eis van voorafgaande toestemming wordt volgens de minister voorkomen dat met Nederlandse overheidsmiddelen steun als bedoeld in artikel 87 van het EG-Verdrag aan een buitenlandse onderneming wordt verleend, zonder voorafgaande goedkeuring van de Europese Commissie als bedoeld in artikel 88 van het EG-Verdrag.”³³

Tegenover het standpunt van de minister stelt Servatius dat niet voldaan is aan de Altmark-criteria omdat de paramaters op basis waarvan compensatie wordt berekend niet vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld. Verder is Servatius van mening dat er geen sprake is van staatssteun aan het Luikse project omdat er sprake is van marktconforme financiering.³⁴

De Afdeling gaat daar niet nader op in maar moet ook hier vaststellen dat het Hof van Justitie zich nog niet met zoveel woorden over het door de minister ingenomen standpunt heeft uitgelaten. Aldus stelt zij de volgende prejudiciële vraag:

“Vraag 7.a.

Kan de omstandigheid dat een lidstaat aan bepaalde ondernemingen als bedoeld in artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag financiële middelen ter beschikking stelt, de noodzaak meebrengen om hun activiteiten territoriaal te begrenzen, om zo te voorkomen dat deze financiële middelen ongeoorloofde staatssteun zouden vormen en dat de ondernemingen met gebruik van deze middelen in een andere lidstaat tegen niet marktconforme voorwaarden concurreren met ondernemingen in die lidstaat?”

Omdat ook hier het probleem speelt dat er in Nederland ten tijde van het besluit op bezwaar van 2 februari 2007 nog geen wettelijke regeling bestaat voor transparantie wordt het vragenlijstje van de Afdeling afgesloten met de volgende vraag:

“Vraag 7.b.

Kan een lidstaat, in dit geval Nederland, aan toegelaten instellingen als bedoeld in vraag 1 die in een andere lidstaat woningbouwactiviteiten van sociale en commerciële aard willen uitoefenen, de eis van een voorafgaande toestemming opleggen, indien in de eerstgenoemde lidstaat nog geen wettelijke verplichting bestaat om een scheiding aan te brengen tussen deze twee soorten activiteiten? Is in dit geval het vereiste van de voorafgaande toestemming een noodzakelijk en proportioneel middel met het oog op het eerbiedigen van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag?”

4. Conclusie

Met haar grensoverschrijdende activiteiten in Luik heeft Sint Servatius een, voor een toegelaten instelling althans, gedurfde en revolutionaire stap gezet. In zijn hoger beroep voor de Afdeling bestuursrechtspraak heeft de minister van VROM daar gedurfde en op sommige punten revolutionaire standpunten tegen

³³ Uitspraak punt 2.19.1.

³⁴ Uitspraak punt 2.19.2.

aangevoerd. De minister voor Wonen, Wijken en Integratie kan zich erin verheugen dat de Afdeling bestuursrechtspraak al deze standpunten relevant heeft geacht.

De uitspraak van de Maastrichtse rechtbank en van de Afdeling maken nu al op uitstekende wijze duidelijk dat overheden goed op de hoogte moeten zijn van de verboden van het Europese recht en dat een anticiperende houding ten opzichte van dat recht veronderstelt dat zij hun beleid vroegtijdig afstemmen op de excepties die in het Verdrag en de rechtspraak van het Hof op de verboden bestaan. Hierin moet de ruimte gezocht worden.³⁵

Omdat er nogal wat licht schijnt tussen de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie en de standpunten van de minister, ziet de Afdeling zich geroepen over alle geschilpunten prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Als nationale rechter kan en wil zij geen gedurfde en revolutionaire toepassing geven aan het Gemeenschapsrecht, zeker nu het zulke fundamentele bepalingen betreft als de artikelen 56, 58, 87 en 86 lid 2 EG. Het wachten is nu op een arrest van het Hof dat, gezien de 15 vragen van de Afdeling, zonder enige twijfel aanzienlijk ruimere betekenis zal krijgen dan het aanreiken van een oplossing voor dit concrete geschil.

Zo mogen we hopen op meer duidelijkheid over de mogelijkheden van artikel 86 lid 2 en kan het antwoord op de vraag naar de interpretatie van het begrip openbare orde een rol gaan spelen bij de discussie over dat begrip in de sfeer van de Dienstenrichtlijn.³⁶ De visie van het Hof op de verhouding tussen algemene belangen en diensten van algemeen economisch belang kan wellicht meer helderheid geven over de mogelijkheden die lidstaten, regionale en lokale overheden hebben om de Altmarkconstructie te gebruiken als alternatief voor staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 met de uitzonderingen van het derde lid. Er zijn nogal wat decentrale overheden die oorspronkelijke staatssteunarrangementen nu ineens onder de vlag van compensatie van d.a.e.b. willen brengen maar zo'n eenvoudige overstap lijkt me aanvechtbaar. Naar mijn mening bestaat er, bezien vanuit het concept van de markt, nogal wat verschil tussen algemene belangen die lidstaten als exceptie op regels van vrij verkeer of verboden staatssteun kunnen aanvoeren en d.a.e.b. die een rugzak moeten vormen voor ondernemingen. Ik ben benieuwd hoe het Hof de verhouding tussen algemene belangen en de rugzak ziet.

Het is nu afwachten welke antwoorden het Hof de Afdeling gaat geven en hoe de Afdeling daarmee het geschil tussen Servatius en de minister moet oplossen. Mijn collega De Vries en ik zijn met de minister natuurlijk erg benieuwd of zijn gedurfde en revolutionaire standpunten ook in Luxemburg enig begrip zullen vinden. In ieder geval kan Servatius met de uitspraak van de Afdeling alvast één winstpunt boeken: zij had niet kunnen dromen dat een uitstapje van dertig

³⁵ Zie voor een uitgebreide verkenning van deze ruimte het interessante proefschrift van Sybe A. de Vries, *Tensions within the Internal Market – The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006.

³⁶ Terwijl het Hof tot nu toe het begrip openbare orde strikt heeft geïnterpreteerd, wordt bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn door de betrokken departementen EZ en BZK dat begrip ruim geïnterpreteerd. Ik vind dat een gevaarlijke benadering. Zie B.Hessel, *Gemeenten en de Dienstenrichtlijn* (2), Gst 2007, 7271, p. 199/200.

kilometer over de grens haar bekend zal maken van het noorden van Finland en het zuiden van Portugal tot aan de drie tenen van de Peloponnesos en de Roemeense grens met Moldavië. Dat krijg je wanneer je je op de gemeenschappelijke markt begeeft.