

DE VIER VRIJHEDEN EN DECENTRALE OVERHEDEN (deel 1)

Prof.dr. Bart Hessel

[verschenen in: *De Europese Gemeente*, tijdschrift van de REGR en de VNG, 2006/5, p. 4 – 7.]

Utrecht. Nu in Brussel vergaande overeenstemming is bereikt over de aanpassingen van de Dienstenrichtlijn en we kunnen rekenen op de inwerkingtreding daarvan, bestaat er bij decentrale overheden een sterke behoefte aan informatie. Omdat de Dienstenrichtlijn complex is en voortbouwt op jarenlange ontwikkelingen van het leerstuk van de vier vrijheden, is het niet mogelijk haar betekenis te begrijpen zonder enige achtergrondinformatie. In dit en volgend nummer van 'De Europese Gemeente' zal hierop uitvoerig worden ingegaan. Omdat de regels voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal door de rechtspraak van het Hof van Justitie sterk op elkaar zijn gaan lijken, zal ook naar de andere vrijheden gekeken worden uiteraard voorzover van belang voor de Dienstenrichtlijn.

1. REIKWIJDTE VAN VERBODEN EN UITZONDERINGEN

1.1. Het verbod is ruimer dan discriminatie

De ontwikkelingen op het terrein van het vrije goederenverkeer, voor zover het verbod van non-tarifaire belemmeringen betreft, zijn bepalend voor de reikwijdte van de verboden en de uitzonderingen daarop die in het EG-Verdrag en de rechtspraak zijn neergelegd. Deze ontwikkelingen zijn later door het Hof overgenomen voor de andere vrijheden zoals het vrije personen-, diensten- en kapitaalverkeer.

In het kader van de vier vrijheden wordt in de wandelgangen vaak gesproken van verboden tot discriminatie. Overheden mogen goederen, personen, diensten en kapitaal uit andere lidstaten niet direct discrimineren naar nationaliteit, bijvoorbeeld niet voorschrijven dat bij aanbesteding alleen Nederlandse stenen of rioolbuizen mogen worden gebruikt of alleen Nederlandse aannemers worden ingezet. Indirecte discriminatie die feitelijk gunstiger uitpakt voor eigen goederen of personen valt ook onder het verbod. Denk aan voorrang bij huisvesting aan eigen bewoners. Maar het verbod gaat verder. In het Cassis de Dijon-arrest (1979) heeft het Hof bepaald dat het verbod van artikel 28 EG op kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking, zich ook uitstrekt tot de zogenaamde zonderonderscheidmaatregelen. Een niet-discriminerende Duitse regeling die zowel voor Duitse als voor ingevoerde likeur minimaal 20% alcohol voorschrijft is een verboden maatregel van gelijke werking. De regel vormt immers een belemmering voor de invoer van Franse Cassis de Dijon waarin slechts 15% alcohol zit. De zonderonderscheidmaatregel discrimineert niet, maar door het verschil in nationale wetgeving (distorisie) is er toch sprake van een verboden belemmering.

Deze ruime interpretatie van de verboden heeft het Hof in latere rechtspraak doorgetrokken naar de andere vrijheden.

1.2. Omgekeerde discriminatie mag wel

De verboden van het vrije verkeer zijn er op gericht belemmeringen bij grensoverschrijding weg te nemen. Dat betekent dat deze verboden niet kunnen worden ingeroepen in gevallen waarin een grensoverschrijdend element ontbreekt. Bijvoorbeeld een voorschrift dat alleen geldt voor eigen goederen of personen. Het Gemeenschapsrecht erkent daarmee de

mogelijkheid van omgekeerde discriminatie waarbij aan eigen goederen, personen of diensten zwaardere eisen worden gesteld dan aan die uit andere lidstaten. Deze beperking van de werking van de vrijheden is voor decentrale overheden van groot belang omdat hun grootste 'klantenkring', de burgers uit de eigen lidstaat, geen beroep kunnen doen op de vier vrijheden. De kritiek op de mogelijkheid van omgekeerde discriminatie is in kringen van Europees recht echter groeiende. Voor de decentrale overheden zou het echter vergaande en ongewenste gevolgen hebben als ook in interne situaties een beroep op de vrijheden mogelijk zou worden.

1.3. Limitatieve uitzonderingen in het Verdrag

Met de ruime uitleg van de verboden wordt in het EG-recht grote betekenis toegekend aan de gemeenschappelijke of interne markt. Vanouds wordt echter in het EG-Verdrag de mogelijkheid erkend dat lidstaten, waaronder decentrale overheden, met een beroep op bepaalde niet-economische belangen, maatregelen in stand kunnen houden die de interne markt belemmeren.

Voor het goederenverkeer noemt artikel 30 EG de volgende belangen: bescherming openbare zedelijkheid, openbare orde, openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek, historisch en archeologisch bezit of de bescherming van industriële en commerciële eigendom. De verdragsexcepties kunnen worden ingeroepen bij direct of indirect discriminerende maatregelen en bij zonderonderscheidmaatregelen, maar zij hebben een limitatief karakter.

1.4. Een open rule of reason bij niet-discriminerende maatregelen

In het Cassis de Dijon arrest heeft het Hof erkend dat voor belemmeringen met een zonderonderscheid karakter naast de verdragsexcepties nog een beroep gedaan kan worden op dwingende redenen van algemeen belang, zoals de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten. Deze zogenaamde rule of reason vormt als het ware het wisselgeld voor de ruime interpretatie van het verbod.

Dat voor niet-discriminerende maatregelen een beroep kan worden gedaan op de rule of reason heeft het Hof in de loop der tijd ook voor de andere vrijheden erkend. In afwijking van de verdragsexcepties heeft de rule of reason een open karakter en het Hof heeft in zijn rechtspraak inmiddels de volgende belangen erkend: bescherming tegen reclame, bescherming van cultuur, van milieu, van de taal, biologische rijkdommen, pluriformiteit van de pers, productveiligheid, ruimtelijke ordening, sociaal-culturele kenmerken, tegengaan van fraude, veiligheid van de scheepvaart, verbetering van arbeidsvoorwaarden en werkomgeving, vrijheid van meningsuiting. Er is ruimte voor inroepen van andere belangen en erkenning daarvan door het Hof als dwingende reden van algemeen belang.

1.5. Noodzakelijkheid en proportionaliteit

Dat in het Verdrag en de rechtspraak wordt erkend dat bepaalde belangen onder omstandigheden zwaarder kunnen wegen dan de interne markt is van groot belang voor de decentrale overheden. De maatregelen die zij nemen betreffen immers meestal niet-economische belangen. Decentrale overheden moeten het dan ook veelal van de excepties hebben en om die reden is het van groot belang dat zij bij de vormgeving van hun beleid inspelen op de excepties. Dat bepaalde belangen worden genoemd wil nog niet zeggen dat de overheidsmaatregelen in stand kunnen blijven. Er dient een afweging plaats te vinden tussen de vrijheden, als fundamentele beginselen van Gemeenschapsrecht, en de maatregel van de overheid die daarmee conflicteert. Zowel bij de verdragsexcepties als bij de rule of reason moeten daarbij de volgende stappen worden gezet.

1. Er mag geen gemeenschappelijke regeling zijn die de materie al volledig regelt. In dat geval heeft de gemeenschapswetgever de spanning tussen markt en niet-economisch

belang al opgelost. De lidstaat kan dan geen beroep meer doen op de exceptie maar moet die regeling toepassen. Denk in het kader van het goederenverkeer bijvoorbeeld aan Verordening 259/93 voor grensoverschrijdend vervoer van afval;

2. Het doel moet niet-economisch zijn want voor de economie geldt de markt;
3. De maatregel moet noodzakelijk zijn om het doel te bereiken;
4. De maatregel moet proportioneel zijn in die zin dat deze het vrije verkeer niet verder beperkt dan nodig is voor het bereiken van het doel. Als er een minder ingrijpende maatregel mogelijk is doorstaat de maatregel de toets aan het Gemeenschapsrecht niet. In het *Cassis de Dijon*-arrest erkende het Hof de bescherming van de consument als een in te roepen belang. De eis dat daarom likeur minimaal 20% alcohol moet bevatten was echter niet proportioneel omdat de bescherming van de consument ook gerealiseerd kan worden met etikettering. Omdat de noodzakelijkheid- en proportionaliteitstoets uiteindelijk door het Hof van Justitie – of de nationale rechter - wordt verricht heeft deze een sterk casuïstisch karakter met de daarbij behorende onzekerheid.

1.6. Hoe worden de distorsies opgelost?

Verschillen tussen nationale wetgeving die kunnen leiden tot belemmeringen van het vrije verkeer kunnen op uiteenlopende wijzen worden opgelost. Aanvankelijk werd binnen de EEG gedacht aan volledige harmonisatie. Het is uiteraard een moeizame en complexe exercitie om alle distorsies weg te nemen via gemeenschapswetgeving, bijvoorbeeld voor het alcoholpercentage in likeur. Als volledige harmonisatie heeft plaatsgevonden gelden de Europese regels ook voor eigen goederen, personen en diensten en dan is er geen interne situatie meer.

In (alweer) het *Cassis de Dijon* arrest heeft het Hof een eenvoudiger oplossing geboden namelijk de wederzijdse erkenning. Wanneer 15% alcohol goed is voor de Fransen moet Duitsland die likeur in beginsel erkennen tenzij er sprake is van dwingende redenen van algemeen belang. Bij het vaststellen van eigen maatregelen moet een lidstaat daarom kijken naar de regels die in het land van oorsprong al zijn gesteld en overlap daarvan voorkomen. Een derde weg die wel wordt gevolgd is die van de minimum harmonisatie via Europese regelgeving, zoals in veel milieurichtlijnen en voor diensten, zoals in de Televisierichtlijn 89/552. De lidstaten kunnen dan voor hun eigen goederen, personen of diensten verdergaande eisen stellen.

1.7. Hoe werken de vier vrijheden door?

In tegenstelling tot bijvoorbeeld de regels voor staatssteun hebben de vier vrijheden een sluipend karakter. Allerlei overheidsmaatregelen, regelgeving, vergunningen, beleid, kunnen onder het ruime verbod blijken te vallen en dan kunnen zij alleen met een goed gebruik van de excepties in stand gehouden worden. Omdat de kennis van dit leerstuk bij decentrale overheden gering is, mogen we aannemen dat er veel lijken in de kast zitten en er veel aanpassingen nodig zijn om Europa-proof te worden. Een voordeel ten opzichte van staatssteun is echter dat inbreuken op het Gemeenschapsrecht hier minder snel boven tafel komen. Het is uiteraard mogelijk dat de Commissie een inbreukprocedure start als zij bemerkt dat Nederlandse overheden de vrij verkeersregels schenden maar omdat hier (nog) geen meldingsplicht bestaat is de kans hierop niet erg groot. De decentrale overheden lopen het meeste risico wanneer onderdanen uit andere lidstaten geconfronteerd worden met hun verboden belemmeringen en dan naar de rechter stappen. Omdat de vier vrijheden rechtstreekse werking hebben kan dat de Nederlandse rechter zijn. Deze kan het EG-recht zelf toepassen, eventueel nadat hij via een prejudiciële procedure aan het Hof uitleg heeft gevraagd. Achteraf is dan aanpassing nodig eventueel met schadevergoeding op grond van *Francovich*-aansprakelijkheid. Dit gevaar speelt alleen bij grensoverschrijdende situaties

omdat eigen onderdanen bij een zuiver interne situatie geen beroep kunnen doen op de regels van het vrije verkeer. Als zij in een concreet geval gediscrimineerd blijken te worden ten opzichte van onderdanen uit andere lidstaten kunnen zij nu al een beroep doen op het nationale gelijkheidsbeginsel. Om die reden acht ik het in strijd met het subsidiariteitsbeginsel als het Europese recht ook van toepassing zou worden op zuiver interne situaties.

2. BESTAANDE REGELS VOOR PERSONEN EN DIENSTEN

Bij vrij verkeer van personen moeten we onderscheiden tussen vrij werknemersverkeer (artikel 39 EG) en het recht op vrije vestiging van natuurlijke en rechtspersonen (artikel 43 EG). Werknemers in de zin van het Verdrag gaan naar een andere lidstaat om daar in loondienst arbeid te verrichten. Natuurlijke personen die zelfstandig en duurzaam economische activiteiten verrichten in een andere lidstaat vallen onder de vrijheid van vestiging. Het vrije dienstenverkeer (artikel 49 EG) is bedoeld voor onderdanen van een lidstaat die daar gevestigd zijn en tijdelijk in een andere lidstaat tegen betaling economische activiteiten verrichten, zoals de Duitse aannemer die in Nederland een gemeentehuis gaat bouwen. Het Hof heeft het vrije dienstenverkeer ruimer uitgelegd. Wanneer niet de dienstverlener maar de dienstontvanger de grens overgaat (de buitenlandse toerist of patiënt, de Engelse hooligan) zijn de Europese regels ook van toepassing evenals in het geval dat dienstverlener en dienstontvanger de grens overgaan (toeristen met hun eigen gids). Tenslotte zijn de regels ook van toepassing wanneer verlener en ontvanger blijven zitten maar de dienst de grens over gaat (televisie, internetgokken). Het zal duidelijk zijn dat de regels voor vrij personenverkeer en vrij dienstenverkeer voorzover het natuurlijke personen betreft overeenkomsten vertonen. Deze zijn door rechtspraak en Europese regelgeving steeds groter geworden.

2.1. Migratierechten en verdragsexcepties

Bij de betreffende vrijheden moeten we, in geval van natuurlijke personen een onderscheid maken tussen migratierechten, markttoegangsrechten en bijkomende rechten. Om als werknemer, zelfstandige of dienstverlener in een andere lidstaat marktactiviteiten te kunnen verrichten moet men vrije toegang hebben tot die lidstaat en het recht om daar te verblijven en zich te verplaatsen. Het Verdrag geeft de basis voor deze migratierechten die in rechtspraak, richtlijnen en verordeningen geleidelijk zijn uitgewerkt. Sinds 1 mei 2006 geldt hiervoor Richtlijn 2004/38, die deze migratierechten overigens niet alleen toekent aan economische actieven en hun familie, maar ook aan niet-actieve burgers van de Unie.

Het Verdrag biedt de lidstaten een exceptie op de migratierechten op grond van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Deze excepties zijn ook uitgewerkt in Richtlijn 2004/38. In aansluiting op eerdere rechtspraak blijkt uit die richtlijn dat de excepties eng moeten worden uitgelegd. De excepties mogen niet voor economische doeleinden worden aangevoerd. De redenen van openbare orde en openbare veiligheid moeten evenredig zijn en uitsluitend gebaseerd op het gedrag van betrokkene waarbij strafrechtelijke veroordelingen als zodanig geen reden zijn. Het individuele gedrag moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormen voor een fundamenteel belang van de samenleving. Lidstaten kunnen dus niet zelf het begrip openbare orde invullen.

2.2. Markttoegangsrechten en ruime uitleg van het verbod

Terwijl het Verdrag bij werknemers discriminatie naar nationaliteit verbiedt, spreken de artikelen bij vestiging en dienstverlening van een verbod van beperkingen van de respectieve vrijheid. Voor alle gevallen heeft het Hof – in aansluiting op het goederenverkeer – de verboden uiteindelijk ruim uitgelegd. Niet alleen directe discriminatie naar nationaliteit is

verboden maar ook indirecte discriminatie. Dat heeft de voor decentrale overheden belangrijke consequentie dat woonplaats- of regio-eisen onder het verbod vallen (voorrang bij huisvesting aan eigen bewoners, vergunning alleen als woonachtig in de regio). Dergelijke regels kunnen dus alleen met een geslaagd beroep op een exceptie in stand blijven. Van groot belang is nu dat het Hof, de lijn van Cassis de Dijon doortrekkend naar de andere vrijheden, heeft beslist dat ook niet-discriminerende voorschriften onder het verbod kunnen vallen omdat zij voor onderdanen uit andere lidstaten een belemmering van het vrije verkeer kunnen vormen. Bij dergelijke voorschriften die een ongeoorloofde belemmering kunnen vormen moeten we denken aan eisen van vergunning, van registratie of inschrijving, van diploma's, eisen over reclame.

2.3. vestiging, dienstverlening en rule of reason

Dat de uitleg van de verschillende verboden door de rechtspraak steeds verder is geassimileerd mag blijken uit het feit dat het Hof de rule of reason uiteindelijk ook heeft erkend bij markttoegangsrechten bij werknemers, vestiging en dienstverlening.

Bij vestiging gelden volgens het Gebhard-arrest (1995) de volgende regels:

Als de betreffende werkzaamheden in de lidstaat van ontvangst niet zijn gereguleerd mogen de onderdanen uit andere lidstaten zich vrij vestigen. Wanneer de lidstaat van ontvangst bepaalde voorwaarden stelt voor de toegang tot of de uitoefening van specifieke werkzaamheden moeten de onderdanen uit andere lidstaten in beginsel aan die voorwaarden voldoen. Maar deze voorwaarden, als het bezit van bepaalde diploma's, het lidmaatschap van een beroepsorganisatie, het zich onderwerpen aan bepaalde beroepsregels, moeten, indien zij een in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken aan vier vereisten voldoen:

1. de voorwaarden moeten zonder discriminatie worden toegepast;
2. zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang;
3. zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en
4. zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

Het Hof stelde voorts dat de lidstaten bij de voorwaarden voor het bezit van een titel de gelijkwaardigheid van de diploma's in aanmerking moeten nemen en de kennis en de kwalificaties van de betrokkene moeten vergelijken met die welke volgens hun nationale bepalingen vereist zijn (wederzijdse erkenning).

Deze vier eisen vinden we voor het dienstenverkeer exact terug in het arrest Broere (1996). Nadien is een groot aantal arresten geweest waarbij niet-discriminerende belemmeringen van het vrije dienstenverkeer aan de rule of reason werden getoetst. Dat heeft mede bijgedragen tot de uitbreiding van de open catalogus van dwingende redenen van algemeen belang. Ondanks de toegenomen assimilatie van de verschillende vrijheden blijkt uit de rechtspraak van het Hof toch een zeker verschil te bestaan tussen de ruimte die lidstaten hebben bij personen die zich duurzaam vestigen en tijdelijke dienstverrichters. Zo zal een vergunningeis door de lidstaat van ontvangst bij tijdelijke dienstverlening aanzienlijk eerder sneuvelen op de proportionaliteitstoets dan bij vestiging. Verder kan worden opgemerkt dat het Hof bij dienstverlening een eis van vestiging afwijst omdat daardoor het vrije dienstenverkeer zijn betekenis verliest.

2.4. Begeleidende rechten

Uit de rechtspraak blijkt dat de rechten tot toegang en uitoefening van de vrijheden ruim moeten worden uitgelegd en dat er allerlei begeleidende rechten bestaan, zoals sociale

rechten, fiscale rechten, huisvestingsrechten en culturele rechten, die een logisch uitvloeisel zijn van het vrij personen verkeer. Zo blijkt dat de uitoefening van de vrijheid van vestiging voor een kunstenaar zich ook uitstrekt tot het kunnen beschikken over expositieruimte. Voorschriften die een belemmering vormen voor het soepel omruilen van een rijbewijs uit een andere lidstaat voor een rijbewijs van de staat van ontvangst blijken onder het verbod van vrij verkeer te vallen wanneer de persoon uit een andere lidstaat een rijbewijs nodig heeft voor de uitoefening van zijn werkzaamheden. Ten slotte heeft het Hof in het Konle-arrest bepaald dat het recht om onroerende goederen op het grondgebied van een andere lidstaat te verkrijgen, te gebruiken of te vervreemden het noodzakelijke complement vormt op de vrijheid van vestiging.

2.5. De exceptie voor de uitoefening van openbaar gezag

Voor het vrije verkeer van werknemers, vestiging en dienstverlening kent het Verdrag een algemene uitzondering. De bepalingen zijn niet van toepassing op werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag (artikel 45 EG). Zoals alle excepties moet ook deze eng worden uitgelegd. Uit de rechtspraak blijkt dat niet alle overheidsactiviteiten daaronder vallen maar alleen die werkzaamheden die een rechtstreekse of zijdelingse deelneming inhouden aan de uitoefening van het openbaar gezag, alsmede de functies waarvoor men verantwoordelijk is voor de bescherming van de algemene belangen van de staat of de overige publieke lichamen.

2.6. Wederzijdse erkenning met harmonisatiewetgeving

Bij het vrije verkeer van personen en diensten neemt de wederzijdse erkenning een belangrijke plaats in. Er moet rekening worden gehouden met de eisen die in het land van oorsprong worden gesteld en het land van ontvangst mag geen overlappende voorschriften geven. Veelal is die eis van wederzijdse erkenning verbonden met Europese wetgeving waarin een aantal (minimum-)normen zijn geformuleerd. Oorspronkelijk kende het Gemeenschapsrecht afzonderlijke richtlijnen voor hogeronderwijsdiploma's, beroepsopleidingen en afzonderlijke beroepen als ziekenverpleger, dierenarts en architect. Sinds 2005 geldt de algemene Richtlijn 2005/36 betreffende erkenning van beroepskwalificaties. Daarnaast kan ook nog gewezen worden op harmonisatiewetgeving op het terrein van de sociale zekerheid te weten Verordening 1408/71, de Televisierichtlijn 89/552 en natuurlijk aan de vernieuwde aanbestedingsrichtlijnen zoals de Aanbestedingsrichtlijn 2004/18 voor werken, leveringen en diensten. Bijzondere aandacht verdient Richtlijn 96/71 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers voor het verrichten van diensten, de zogenaamde Detacheringsrichtlijn.

2.7. De Detacheringsrichtlijn 96/71 voor werknemers

De Detacheringsrichtlijn kan meer helderheid geven over de positie van de befaamde Poolse loodgieters. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat er sprake is van verboden indirecte discriminatie wanneer een buitenlandse dienstverlener gedwongen zou worden werknemers uit de regio van werkzaamheden in dienst te nemen. Hij mag wel zijn eigen werknemers meenemen. Werknemers die op deze wijze, of via een uitzendconstructie ingezet worden voor een grensoverschrijdende dienst vallen onder de Detacheringsrichtlijn. Volgens de Detacheringsrichtlijn zijn op deze werknemers de wettelijke bepalingen van het gastland van toepassing betreffende maximale werk- en minimale rustperiodes, minimum aantal betaalde vakantiedagen, minimumlonen, voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, in het bijzonder door uitzendbureaus, gezondheid veiligheid en hygiëne op het werk, beschermende maatregelen voor bijzondere groepen werknemers (zwangere of pas bevallen vrouwen en jongeren) en bepalingen inzake gelijke behandeling en non discriminatie. Volgens de richtlijn geldt voor de bouw ook de CAO en op andere terreinen

kan de richtlijn uitgebreid worden tot CAO's. De Detacheringsrichtlijn biedt dus een oplossing voor sociale dumping die hieruit bestaat dat Poolse werknemers in Nederland worden ingezet tegen een hongerloon. Op Poolse loodgieters die zich als zelfstandige vestigen in Nederland of die als eigen baas tijdelijk in Nederland werkzaam zijn is de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing. Wanneer deze op legale wijze tegen lagere tarieven dan de Nederlandse collega's gebruik maken van de Europese regels is dat geen sociale dumping maar marktwerking.

In het volgende nummer van 'De Europese Gemeente' zal worden ingegaan op de Europese eisen voor vergunningen en de nieuwe Dienstenrichtlijn zelf.