

GEMEENTEN EN DE DIENSTENRICHTLIJN (1)

Prof.dr. Bart Hessel

[verschenen in *de Gemeentestem* 2007, 7296, 10 maart 2007, p. 113- 125.]

Op 28 december 2006 is de Dienstenrichtlijn in werking getreden en de lidstaten hebben drie jaar de tijd om deze te implementeren.¹ Hoewel de Dienstenrichtlijn ook in Nederland voorwerp is geweest van uitvoerige discussie, met name over de deels vermeende sociale dumping door Poolse loodgieters, is er tot nu toe weinig aandacht besteed aan de betekenis van de Dienstenrichtlijn voor decentrale overheden.² In deze bijdrage wordt gezien op welke wijzen de gemeenten met de Dienstenrichtlijn te maken krijgen. Het zal blijken dat de gevolgen aanzienlijk zijn. Omdat de Dienstenrichtlijn zeer complex is en thans nader onderzoek plaats vindt door BZK, SGBO, VNG en Europa decentraal heeft deze bijdrage slechts een verkennend karakter. Daarmee wordt beoogd de individuele gemeenten op de hoogte te stellen van de betekenis van de Dienstenrichtlijn voor hun regelgeving en beleid. Het is van groot belang dat zij vanuit de concrete praktijk betrokken worden bij de implementatie en die niet volledig aan bovengenoemde instanties overlaten. In aansluiting op deze eerste verkenning wordt in een tweede bijlage een aantal dilemma's gepresenteerd waar gemeenten mee geconfronteerd worden bij die implementatie.

1. Inleiding

Vergeleken met het communautair toezicht op staatssteun en de Europese aanbestedingsrichtlijnen heeft het Europese leerstuk van de vier vrijheden - vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal - tot nu toe weinig aandacht gekregen in gemeenteland. Voor sommige lezers zal de vorig jaar verschenen bijdrage van Hanneke Luijendijk over gemeenten en de regels van het vrij personenverkeer wellicht een eerste kennismaking zijn geweest.³ Dat is jammer want over een periode van vijftig jaar heeft het leerstuk een enorme ontwikkeling doorgemaakt door omvangrijke rechtspraak van het Hof van Justitie en talrijke Europese richtlijnen en verordeningen. De laatste tien jaar is ook duidelijk geworden dat de vier vrijheden van groot belang zijn voor de decentrale overheden, maar helaas is dat nog onvoldoende doorgedrongen tot de individuele gemeenten.⁴ Die kennisachterstand op het terrein van de vier vrijheden gaat zich wreken met de komst van de Dienstenrichtlijn. Deze kan namelijk alleen begrepen worden tegen

¹ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376/36.

² In de uitstekende adviezen van de SER en de Raad van State over de Dienstenrichtlijn wordt niet stilgestaan bij de betekenis van deze richtlijn voor decentrale overheden. SER, advies nr. 05/07 van 20 mei 2005 over de Dienstenrichtlijn en advies Raad van State van 18 juli 2005.

³ H.Luijendijk, Gemeenten en de regels van het vrij personenverkeer, *Gst.* 2006, 7246, p. 101 – 110.

⁴ Zie: B.Hessel, K.J.M.Mortelmans, *Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, de hoofdstukken 7, 8 en 9. Zie ook: Hanneke Luijendijk, *Nederlandse gemeenten en het Europese personenverkeer. Een onderzoek naar deconsequenties van het personenverkeer voor de beleidsterreinen burgerzaken en ruimtelijke ordening en huisvesting*, Deventer: Kluwer 2005.

de achtergrond van de reeds bestaande Europese rechtspraak en regelgeving voor het vrij verkeer en dwingt de gemeenten daarmee een forse inhaalslag te maken op dit gebied. Om die reden zal in deze bijdrage eerst worden stilgestaan bij de plaats van de Dienstenrichtlijn in het bestaande Gemeenschapsrecht (par. 2.). Vervolgens wordt ingegaan op de voor gemeenten drie belangrijkste onderdelen van de Dienstenrichtlijn: de voorschriften voor administratieve vereenvoudiging en de keuze voor één loket (par. 3.), de voorschriften voor vergunningenstelsels bij grensoverschrijdende vestiging van dienstverleners (par. 4.) en de voorschriften voor dienstverleners van andere lidstaten die tijdelijk de grens over komen (par. 5.).⁵ Deze eerste bijdrage wordt afgesloten met enkele conclusies (par. 6.).

Op dit moment (januari 2007) is slechts zeer weinig informatie beschikbaar over de betekenis van de Dienstenrichtlijn voor gemeenten. Naast twee eerdere publicaties van mijzelf⁶ en een uitstekende factsheet van Europa decentraal,⁷ kan ik slechts gebruik maken van de voorstudie die het ministerie van EZ, als voortrekker van de implementatie van de Dienstenrichtlijn, heeft gedaan naar de gevolgen voor andere overheden dan de centrale en die mij voor deze bijdrage ter beschikking is gesteld.⁸ Daarin worden drie casestudies uitgewerkt voor drie Nederlandse gemeenten, de kleine gemeente Bolsward, de middelgrote gemeente Harderwijk en de grote gemeente Den Haag.

2. De plaats van de Dienstenrichtlijn in het bestaande EG-recht

Ondanks omvangrijke Europese regelgeving en rechtspraak over het vrij dienstenverkeer werpen de lidstaten in de praktijk nog veel belemmeringen op in de vorm van officiële documenten, vertalingen, vergunningen, overlappende eisen en complexe en ondoorzichtige procedures. Het dienstenverkeer beslaat in de meeste lidstaten 70% van het BNP en daarom heeft de Commissie met de Dienstenrichtlijn maatregelen getroffen om (alsnog) de interne markt voor diensten te verwezenlijken, in evenwicht met het behoud van openbare dienstverplichtingen en sociale en consumentenrechten. De maatregelen die de Richtlijn aan de lidstaten oplegt treffen ook de decentrale overheden, want zij laat de bestaande taken- en bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende bestuurslagen in de lidstaten in stand. In de Dienstenrichtlijn vinden we veel terug van de nu al geldende rechtspraak van het Hof. Bij de implementatie van en eventuele kritiek op de Dienstenrichtlijn kan de kennis van die achtergronden niet worden gemist.

2.1. Grondige voorkennis is vereist

⁵ De Richtlijn wijdt ook nog hoofdstukken aan kwaliteit van diensten (V) en aan administratieve samenwerking (VI) maar hoewel dit laatste hoofdstuk ook relevant is voor gemeenten laat ik deze onderwerpen om wille van de omvang van deze bijdrage verder onbesproken.

⁶ Bart Hessel, De vier vrijheden en decentrale overheden, deel 1, *De Europese Gemeente 2006/5*, p. 4-7, in aangepaste vorm verschenen op www.europadecentraal.nl, dossier vier vrijheden, actueel, nieuwsberichten Europa decentraal, p. 1-7; Bart Hessel, De vier vrijheden en decentrale overheden, deel 2, *De Europese Gemeente 2006/6*, p. 4-7, eveneens in aangepaste vorm verschenen op de website van Europa decentraal, p. 1-7.

⁷ Zie: www.europadecentraal.nl, dossier vier vrijheden, actueel, nieuwsberichten.

⁸ Voorstudie ministerie EZ, Gevolgen voor andere overheden. Nog niet gepubliceerd.

De slechte ervaringen met de ontwerp-Europese grondwet liggen nog vers in het geheugen. De voorstanders van die grondwet werden geconfronteerd met het feit dat voor velen de Europese grondwet volledig nieuw was en dat het alleen voor insiders duidelijk was dat 85% van de inhoud al bestaand recht was. Onjuiste voorlichting en onvoldoende aandacht voor de bestaande onderdelen en de nieuwe bepalingen hebben er toe geleid dat in Nederland wilde discussies zijn ontstaan over onderdelen van de grondwet die we al bijna 50 jaar hadden, zoals de regels voor de interne markt. Het gevaar voor zinloze discussies dreigt zich met de Dienstenrichtlijn te herhalen. Ter wille van de omvang van deze bijdrage wil ik mij hier slechts beperken tot het noemen van een aantal reeds lang bestaande elementen van het leerstuk van de vier vrijheden die we in de Dienstenrichtlijn terugvinden en verwijzen naar een korte uitleg elders. De volgende punten zijn van belang.

1. Bij de regels van het vrij verkeer moet een onderscheid gemaakt worden tussen het vrij verkeer van goederen (tarifaire belemmeringen – de artikelen 23 t/m 27 EG – en non-tarifaire belemmeringen – de artikelen 28 t/m 36 EG -), het vrij verkeer van werknemers in loondienst (de artikelen 39 t/m 42 EG), het recht van vrije vestiging van zelfstandige (rechts)personen (de artikelen 43 t/m 48 EG), het vrij verkeer van diensten voor dienstverleners die tijdelijk de grens overgaan (de artikelen 49 t/m 55 EG) en het vrij verkeer van kapitaal (artikel 56 t/m 60 EG).
2. De zogenaamde discriminatieverboden van de vier vrijheden hebben niet alleen betrekking op directe discriminatie naar nationaliteit maar ook op indirecte discriminatie, bijvoorbeeld bij een woonplaats- of regio-eis. Ook niet-discriminerende maatregelen, zoals vergunningen die zowel voor eigen onderdanen als voor onderdanen uit andere lidstaten gelden, vallen onder de verboden omdat zij voor die laatste categorie onderdanen een belemmering vormen voor de uitoefening van het vrij verkeer.⁹
3. De regels van het vrij verkeer zijn slechts van toepassing op een grensoverschrijdende situatie. In een zuiver interne situatie kan geen beroep worden gedaan op deze regels. Dit betekent dat lidstaten aan hun eigen onderdanen zwaardere eisen kunnen stellen dan aan onderdanen uit andere lidstaten. Binnen de regels van het vrij verkeer is omgekeerde discriminatie toegestaan.¹⁰
4. Het EG-Verdrag kent een aantal uitzonderingen (excepties) op de verboden. In de sfeer van het vrij werknemers verkeer, de vrijheid van vestiging en het vrij diensten verkeer zijn dat: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.¹¹ In de rechtspraak van het Hof en in Richtlijn 2004/38 voor het verblijfsrecht van Unieburgers worden deze begrippen eng geïnterpreteerd.¹²

⁹ Hanneke Luijendijk, Gemeenten en de regels van het vrije personenverkeer, t.a.p., p. 104; Bart Hessel, De vier vrijheden en decentrale overheden ,deel 1, www.europadecentraal.nl, p. 1.

¹⁰ Hanneke Luijendijk, a.w., p. 103; Bart Hessel, a.w., p. 1/2.

¹¹ Zie de artikelen 39 lid 3, 46 lid 1 en 55 EG.

¹² Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de raad van 29 april 2004 betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er te verblijven, *PbEG* 2004, L 229/35. Hanneke Luijendijk, a.w., p. 105/106; Bart Hessel, a.w., p. 4.

- Daarnaast kent het EG recht een Verdragsexceptie voor betrekkingen in overheidsdienst. Ook die wordt eng geïnterpreteerd.¹³
5. Naast de Verdragsexcepties kan op grond van de rechtspraak van het Hof beroep worden gedaan op – een open categorie – dwingende redenen van algemeen belang. Deze *rule of reason* kan vanouds alleen worden ingeroepen bij niet-discriminerende maatregelen. Een beroep op de exceptie moet getoetst worden aan de noodzakelijkheid en proportionaliteit.¹⁴
 6. Naast minimum- of volledige harmonisatie worden distorsies tussen nationale wetgeving op basis van de rechtspraak veelal opgelost via wederzijdse aanvaarding.¹⁵

2.2. Enorme reikwijdte

De Dienstenrichtlijn heeft niet alleen betrekking op het vrij dienstenverkeer van artikel 49 EG maar ziet ook op de vrijheid van vestiging van artikel 43 EG voorzover het dienstverleners betreft. De Dienstenrichtlijn spreekt overigens niet van dienstverleners maar van dienstverrichters. In aansluiting op artikel 50 EG wordt onder een dienst verstaan ‘elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die normaliter tegen vergoeding wordt verricht’.¹⁶ Daarmee is het begrip dienst een containerbegrip zodat de reikwijdte van de Richtlijn zeer groot is. Zij bestrijkt zeer uiteenlopende activiteiten bijvoorbeeld zakelijke diensten zoals die van management-consultants, faciliteitenbeheer (onderhoud van kantoren), reclamediensten, de werving van personeel en diensten van handelsagenten. Ook diensten die aan bedrijven en particulieren worden verleend zoals juridische of fiscale bijstand, diensten in de vastgoedsector, zoals makelaarsdiensten of de bouwsector, met inbegrip van architecten, de handel, de organisatie van beurzen, autoverhuur en reisbureaus. Verder vallen ook consumentendiensten onder de Richtlijn op het terrein van toerisme, zoals reisleiders, vrije tijdsdiensten, sportcentra en pretparken, en – voorzover niet uitgesloten – bejaardenhulp en andere thuiszorg, maar ook horeca en bordelen.¹⁷

a. De interpretatie van het begrip ‘handel’

Bij mijn discussies met de ministeries van EZ en BZK en de vertegenwoordigers van het IPO bleek dat daar, als resultaat van de onderhandelingen met de Commissie, een andere invulling wordt gegeven aan de reikwijdte van het begrip handel dan ik geneigd ben te doen vanuit de rechtspraak en de eerste opzet van de Richtlijn. In aansluiting op de rechtspraak¹⁸ en de (aanvankelijke?) bedoelingen van de Commissie meen ik dat niet alleen de handel in diensten maar ook de distributie van goederen onder de Dienstenrichtlijn valt. Bij de bespreking van het eerste ontwerp voorstel van de Dienstenrichtlijn heeft Drijber dit standpunt ook ingenomen en er op gewezen dat het Hof

¹³Zie de artikelen 39 lid 4, 45 en 55 EG.

¹⁴Hanneke Luijendijk, a.w., p. 106. Latere rechtspraak laat, zoals Luijendijk stelt, ook ruimte voor de *rule of reason* bij indirect discriminerende maatregelen; Bart Hessel, a.w., p. 2.

¹⁵Hanneke Luijendijk, a.w., p. 104; Bart Hessel, a.w., p. 3. Aanknopingspunt hiervoor is het arrest Cassis de Dijon, zaak C-120/78, *Jur.* 1979, p. 649.

¹⁶Artikel 4 Dienstenrichtlijn.

¹⁷Zie preambule punt (33).

¹⁸Zie bijvoorbeeld zaak C-255/97, *Pfeiffer*, *Jur.* 1999, p. I-2835.

van Justitie het begrip ‘dienst’ steeds ruim heeft uitgelegd.¹⁹ Dat doet het Hof met alle verboden. Aldus ben ik geneigd de volgende afbakening van de Dienstenrichtlijn te hanteren. In de bouw en de handel hebben we met goederen te maken als rioolbuizen en speelgoed. Voor de goederen zelf kunnen ook Europese regels gelden in het kader van het vrij verkeer van goederen. De Dienstenrichtlijn heeft betrekking op het *distribueren* van goederen en het *verrichten* van bouwwerkzaamheden en dat zijn diensten. Dit standpunt zie ik bevestigd in punt (76) van de preambule.²⁰

De genoemde ministeries en het IPO, die het voortouw hebben bij de implementatie, stellen zich daarentegen op het standpunt dat bij handel een onderscheid moet worden gemaakt tussen handel in diensten die wel onder de Richtlijn valt en handel in goederen die daar niet onder valt. De onderhandelingen met de Commissie hebben, naar verluidt, dit resultaat opgeleverd. Dit heeft belangrijke gevolgen voor gemeenten waar het gaat om ventvergunningen en standplaatsvergunningen.

In mijn optiek vallen alle vent- en standplaatsvergunningen onder de Dienstenrichtlijn of de vergunninghouder nu diensten aanbiedt dan wel goederen verkoopt. Voor mij maakt het dus niet uit of de gemeentelijke ventvergunning betrekking heeft op het omzetten van simkaarten uit mobiele telefoons (diensten) of alleen op het verkopen van die telefoons (goederen). Volgens de verantwoordelijke ministeries vallen alleen vent- en standplaatsvergunningen die betrekking hebben op diensten onder de Richtlijn, aangenomen dat van te voren duidelijk is waar het de aanvrager om te doen is. Een concreet voorbeeld dat later nog aan de orde komt. Een Belgische kunstenaar die in de gemeente Utrecht sieraden of stillevens wil verkopen valt dan buiten de reikwijdte van de Richtlijn, maar wanneer hij portretten wil maken van voorbijgangers valt hij wel onder de Richtlijn. Alleen in het laatste geval zou de gemeentelijke standplaatsvergunning voor sieraden en kunst dus aan de Richtlijn moeten voldoen. Voor de eerste Belg zou het bestaande regime gehandhaafd kunnen blijven.

Uit mijn tweede bijdrage zal blijken dat we bij een dergelijke beperkte interpretatie tegen praktische complicaties oplopen. Afgezien daarvan acht ik het bepaald nog geen uitgemaakte zaak dat gemeenten op deze beperkte interpretatie mogen vertrouwen. Zoals gezegd: het Hof is geneigd verboden ruim te interpreteren en mijn ervaring met de jarenlange rechtspraak staat op gespannen voet met de beperkte interpretatie van de onderhandelaars en uit de tekst en de preambule van de Richtlijn blijkt niets van enig behaalde ‘winst’.²¹

2.3. Complexe afbakening

De Richtlijn sluit aan op bestaande Europese regelgeving en dat leidt tot een complexe afbakening. In de Richtlijn wordt een aantal diensten uitgesloten, deels omdat daar al

¹⁹ B.J.Drijber, De bezems van Bolkestein, *NTER* mei 20045, p. 114.

²⁰ We lezen daar: ‘Deze richtlijn heeft geen betrekking op de toepassing van de artikelen 28 tot en met 30 van het Verdrag over het vrij verkeer van goederen. De beperkingen die als gevolg van de bepalingen over het vrij verrichten van diensten verbonden zijn, betreffen de eisen met betrekking tot de toegang of tot de uitoefening van diensten activiteiten en niet eisen ten aanzien van de goederen *zelf*. (cursivering van mij, H.)’

²¹ Daar was politiek gezien, tijdens de onderhandelingen wellicht ook weinig gelegenheid voor maar het resultaat is juridisch gezien niet erg geruststellend.

andere richtlijnen voor gelden, deels omdat het omstreden dossiers zijn, en wordt voorrang gegeven aan een aantal andere Europese regelingen. Zo heeft de Richtlijn geen betrekking op de liberalisering of privatisering van diensten van algemeen economisch belang (d.a.e.b.) of op steunmaatregelen; zij laat het strafrecht van de lidstaten onverlet, doet geen afbreuk aan het arbeidsrecht en de sociale verzekeringswetgeving en ontziet de uitoefening van de grondrechten waaronder het sluiten van CAO's.²²

In aansluiting op de algemene structuur van de vier vrijheden zijn niet-economische diensten van algemeen belang - die zich door hun niet-economische aard onderscheiden van d.a.e.b. - uitgesloten.²³ Zij gaan niet via de markt. Voor gemeenten kunnen we daarbij bijvoorbeeld denken aan de op de Wet milieubeheer gebaseerde overheidstaak om huisvuil op te halen. Ook activiteiten in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 45 EG vallen buiten de Richtlijn.²⁴ In overeenstemming met deze exceptie moet dit begrip eng worden geïnterpreteerd.

Verder is een aantal diensten uitgesloten waar (goedgevoel) al communautaire regelingen voor bestaan zoals financiële diensten, elektronische communicatiediensten en vervoersdiensten, met inbegrip van stadsvervoer, taxi's, ambulances en havendiensten.²⁵ Tenslotte zijn ook uitgesloten: diensten van uitzendbedrijven, diensten van de gezondheidszorg, audiovisuele diensten waaronder radio-omroep en bioscoop, gokactiviteiten waaronder casino's, particuliere beveiligingsdiensten en sociale diensten op het gebied van sociale huisvesting, kinderverzorging en hulp aan gezinnen of personen in nood, notarissen en deurwaarders.²⁶

De Richtlijn geeft voorrang aan reeds bestaande communautaire wetgeving zoals de Detacheringsrichtlijn 96/71, Verordening 1408/71 voor sociale zekerheid, de Televisierichtlijn 89/552 en Richtlijn 2005/36 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties.²⁷

Uiteraard kunnen hier allerlei afbakenings- en interpretatieproblemen ontstaan. Verder moet duidelijk zijn dat diensten die uitgesloten zijn van de Richtlijn niet vrij zijn van Europese invloed. Voor die diensten als stadsvervoer, taxi's, bioscopen, ziekenhuizen en casino's, gelden de 'traditionele' regels van het vrij verkeer van diensten. Om het gehele overzicht te krijgen zullen gemeenten dus hier het nodige inhaalwerk moeten verrichten.

²² Artikel 1 Dienstenrichtlijn.

²³ Artikel 2 lid 2 onder a Dienstenrichtlijn. Het begrip dienst van algemeen belang is nogal verwarrend. We komen het tegen als algemeen verzamelbegrip waar de d.a.e.b. deel van uitmaakt, maar ook ter onderscheiding van de d.a.e.b. In artikel 2 van de Dienstenrichtlijn wordt, uitgaande van het algemene verzamelbegrip, de uitzondering gemaakt voor die diensten van algemeen belang die niet-economisch zijn. Zie echter preambule punt (17). In dat geval moeten we bij d.a.b. denken aan overheidsprerogatieven als defensie, waterstaat en publieke taken die niet via de markt worden verricht. D.a.e.b. zijn wel economische activiteiten die verricht worden door - private of publieke - ondernemingen met een speciale opdracht van de overheid. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij het ophalen van bedrijfsafval. Zie voor dit onderscheid desgewenst: Anna Gerbrandy & Bart Hessel, *Mededingingsrecht voor decentrale overheden, Europees recht voor decentrale overheden deel 4*, Deventer: Kluwer 2004, p. 57 e.v.

²⁴ Artikel 2 lid 2 onder i Dienstenrichtlijn.

²⁵ Artikel 2 lid 2 onder b, c en d. Dat bij vervoerdiensten naast havendiensten ook gedacht moet worden aan stadsvervoer, taxi's en ambulances blijkt uit de preambule punt (21).

²⁶ Artikel 2 lid 2 onder e e.v. Dienstenrichtlijn.

²⁷ Artikel 3 Dienstenrichtlijn.

3. Administratieve vereenvoudiging en één loket

Een eerste taak die hoofdstuk II van de Richtlijn de lidstaten, waaronder de decentrale overheden, opdraagt is het onderzoeken en zo nodig vereenvoudigen van de procedures en formaliteiten voor de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten.²⁸ Zij moeten gemakkelijker met bepaalde documenten, vertalingen en gegevens uit andere lidstaten omgaan.

Binnen drie jaar na de inwerkingtreding van de Richtlijn, dus voor 28 december 2009, moeten de lidstaten zorgen dat alle procedures en formaliteiten voor *de toegang* tot dienstenactiviteiten zoals verklaringen, kennisgevingen, vergunningaanvragen en inschrijvingen alsmede vergunningaanvragen voor *de uitoefening* van dienstenactiviteiten via één loket worden afgewikkeld, met behoud van de bestaande bevoegdheidsverdelingen. Via dat ene loket moeten de dienstverleners ook in andere talen allerlei informatie kunnen krijgen over procedures, adresgegevens van bevoegde instanties, mogelijke rechtsmiddelen et cetera.

In concreto betekent dit dat een dienstverlener in Antwerpen, Warschau, Granada, Tours of Keulen vanachter zijn computer te weten moet kunnen komen hoe hij zijn diensten kan aanbieden in Apeldoorn, Utrecht, Bunnik, Zandvoort of Harderwijk en de procedure vanachter zijn computer ook kan afwikkelen. We kunnen dan denken aan een Belgische dierenvriend die een dierenasiel wil beginnen in Apeldoorn, een Belgische kunstschilder die zich wil vestigen in Utrecht om vanuit een standplaats portretten te maken van voorbijgangers, een Poolse loodgieter die zich wil vestigen of vanuit Polen regelmatig klusjes wil doen in Utrecht, een Spaanse kunstenaar die zijn schilderijen wil exposeren in het gemeentehuis in Bunnik, de Franse patron die een horecabedrijf wil beginnen in Zandvoort of een Duitse bouwondernemer die in de gemeente Harderwijk een aantal woningen wil bouwen.

Aan de hand van dit laatste voorbeeld kan blijken dat de administratieve vereenvoudiging die de Dienstenrichtlijn voorschrijft gevolgen kan hebben voor de plaatselijke Bouwverordening. De huidige Bouwverordening van Harderwijk schrijft, blijkens de voorstudie van Economische Zaken, voor dat het bouwtoezicht ten minste twee dagen voor de aanvang van het bouwproces schriftelijk in kennis wordt gesteld van die aanvang. Voorts dient het bouwtoezicht schriftelijk geïnformeerd te worden over afsluiting van diverse onderdelen van de bouwwerkzaamheden en van werken bij lage temperatuur. EZ wijst er terecht op dat deze meldingen onder de Dienstenrichtlijn via het één-loket en elektronisch moeten kunnen plaatsvinden.²⁹

De Franse patron die een horecabedrijf wil beginnen in Zandvoort moet via het één-loket zijn horecaverunning, zijn milieuvergunning en een eventuele vergunning op grond van de APV van Zandvoort kunnen regelen vanuit Tours, aangenomen althans dat die vergunningstelsels de toets aan de Dienstenrichtlijn doorstaan. De bestaande bevoegdheidsverdeling tussen de bestuurslagen, zoals die op grond van de Drank- en Horecawet, de Wet milieubeheer en de APV van Zandvoort bestaat, wordt door de één-loket-benadering ontzien. Daarmee is niet gezegd dat de bestaande vergunning- of registratie-eisen ook gehandhaafd kunnen worden. Dat komt later aan de orde (par. 4. en

²⁸ Zie voor dit onderdeel van de Dienstenrichtlijn de artikelen 5 t/m 8.

²⁹ Voorstudie EZ Subparagraaf 8.2.3. Voor de goede orde: allerlei technische bouwvoorschriften uit de Bouwverordening onttrekken zich aan de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.

par. 5.). Het is voor de betrokken overheden dus weinig zinvol de opdrachten van administratieve vereenvoudiging en één-loket ter hand te nemen voordat zij weten welke vergunning- en meldingsprocedures de inhoudelijke toets aan de Dienstenrichtlijn kunnen doorstaan voor dienstverleners die zich vestigen (hoofdstuk III) en dienstverleners die tijdelijk de grens over gaan (hoofdstuk IV).

Hoewel het streven naar vereenvoudiging van procedures, vermindering van administratieve lasten en één loket aansluit bij de ambities van de Nederlandse overheden – denk aan de MDW-operatie, de projecten Vergunningen en Andere Overheid alsmede aan de omgevingsvergunning - mag het duidelijk zijn dat de gemeenten hier voor een zware taak staan. Het begrip dienst is immers een containerbegrip. Hierbij is uiteraard nauwe samenwerking met en regie door de rijksoverheid vereist maar omdat er op dit moment geen enkele instantie in Nederland is die het totale vereiste overzicht heeft voor alle relevante diensten, ligt het voor de hand dat gemeenten hier niet afwachten maar nauwe samenwerking zoeken met de Kamers van Koophandel. De één-loket-benadering sluit uiteraard niet uit dat verschillende gemeenten naast andere instanties een loket openen als die verschillende lokaties elektronisch maar goed met elkaar verbonden zijn. Grotere gemeenten die nu al een pro-actief economisch beleid voeren om aantrekkelijke voorwaarden te creëren voor dienstverleners uit andere lidstaten zullen dan ook zonder meer de kans willen grijpen die de Dienstenrichtlijn hen biedt met de invoering van één loket. Zo zal de gemeente Amsterdam haar recente ervaring met de digitale verwerking van zeven horecavergunningen in het project Hareca1 enerzijds beschouwen als een goede vingeroefening voor het grote werk van de Dienstenrichtlijn en anderzijds de gemeente Zandvoort kunnen bijstaan met de service aan onze Franse patron.

4. Vergunningenstelsels bij grensoverschrijdende vestiging

Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn heeft betrekking op de vrijheid van vestiging van dienstverleners in de zin van artikel 43 e.v. EG.³⁰ Het betreft daarmee dienstverleners uit andere lidstaten die zich in een Nederlandse gemeente willen vestigen. Meer concreet: in artikel 4 lid 2 wordt het begrip ‘dienstverrichter’ omschreven als ‘iedere natuurlijke persoon die onderdaan is van een lidstaat of iedere rechtspersoon in de zin van artikel 48 van het Verdrag, die in een lidstaat is gevestigd en een dienst aanbiedt of verricht.’ Bij hoofdstuk III kunnen we dus denken aan de eerder genoemde Belgische dierenvriend die naar Apeldoorn wil, de Belgische kunstenaar en de Poolse loodgieter die zich in Utrecht willen vestigen en de Franse patron die naar Zandvoort verlangt. Hoewel de definitie van ‘dienstverrichter’ bij niet-ingewijden een andere indruk zou kunnen wekken, ziet Hoofdstuk III niet op de Nederlander die zich vanuit Amsterdam in Apeldoorn, Utrecht of Zandvoort wil vestigen voor de genoemde diensten. In dergelijke gevallen is er sprake van een zuiver interne situatie waarop de regels van vrij verkeer niet van toepassing zijn.³¹ Ik kom daar op terug (par. 4.2.).

³⁰ Zie voor dit onderdeel van de Dienstenrichtlijn de artikelen 9 t/m 15.

³¹ Zie: par. 2.1. punt 3.

In hoofdstuk III worden zeer strenge eisen gesteld aan de vergunningenstelsels van de lidstaten.

Voor dienstverleners die zich op grond van artikel 43 EG in een andere lidstaat willen vestigen bepaalt de Richtlijn dat de lidstaten de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk mogen stellen van een vergunning, tenzij het vergunningenstelsel niet-discriminerend is, het stelsel gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang en het nagestreefde doel 'niet door een minder beperkende maatregel wordt bereikt, met name omdat controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn'.³² Voor direct of indirect discriminerende vergunningenstelsels is dus geen plaats meer. Niet-discriminerende vergunningenstelsels, die zoals gebleken een belemmering vormen voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging (zie par. 2.1. punt 2.) zijn alleen nog toegestaan wanneer zij expliciet gerechtvaardigd zijn op grond van de *rule of reason* en de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets hebben doorstaan (zie par. 2.1. punt 5). De lidstaten dienen in het kader van de wederzijdse beoordeling van artikel 39 de Commissie verslag te doen van hun vergunningenstelsels en te beschrijven waarom zij verenigbaar zijn met de gestelde eisen. De Commissie stuurt de verslagen naar de lidstaten en een Comité die zich daarover kunnen uitspreken. Gelukkig hebben we hier niet te maken met een *standstill*-bepaling zoals bij staatssteun, maar gemeenten moet er rekening mee houden dat hun aangepaste vergunningenstelsel achteraf de 'Europese' toets niet doorstaat als zij de regels verkeerd toepassen. Inhoudelijk sluiten de eisen die aan de vergunningen gesteld worden aan bij de bestaande eisen van het Gemeenschapsrecht, zoals neergelegd in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Door de eis dat de vergunningenstelsels vooraf getoetst en aangepast moeten worden aan het Gemeenschapsrecht ontstaat voor gemeenten echter een volledig andere situatie. Ook daar kom ik op terug (par. 4.2.1.).

a. Discretionaire bevoegdheid wordt problematisch

Om te beletten dat bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen dienen de vergunningsvoorwaarden aan een aantal strenge eisen te voldoen. De criteria zijn: (a) niet-discriminatoire; (b) gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang; (c) evenredig; (d) duidelijk en ondubbelzinnig; (e) objectief; (f) vooraf openbaar bekendgemaakt en (g) transparant en toegankelijk.

Volgens de ontwerptekst van artikel 10 lid 1 was er ter voorkoming van willekeur expliciet geen ruimte voor het 'op discretionaire wijze' uitoefenen van de beoordelingsbevoegdheid. In de definitieve tekst wordt nog slechts gesproken van 'criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen.' Dat lijkt minder streng maar als we bedenken dat het Hof in zijn rechtspraak discretionaire bevoegdheden heeft afgewezen omdat die ruimte bieden voor willekeur, levert de nieuwe tekst weinig winst op.³³ Vergunningstelsels met vage

³² Artikel 9 lid 1 Dienstenrichtlijn.

³³ Zie o.a. gevoegde zaken C-358/93 en C-416/93, *Bordessa*, *Jur.* 1995, p. I-157. In haar proefschrift formuleert Hanneke Luijendijk de stand van de rechtspraak als volgt: 'Het is vaste rechtspraak geworden dat vage en open normen, opgenomen in nationale regelingen, de evenredigheidstoets niet doorstaan en dus strijd opleveren met het vrije verkeer. De reden hiervoor is dat dergelijke normen, wanneer zij toegepast worden in vergunningsprocedures of andersoortige toestemmingsprocedures, de situatie doen ontstaan dat de fundamentele vrijheden afhankelijk worden gesteld van het goedvinden van een nationale administratie, waardoor zij illusoir worden gemaakt.' Hanneke Luijendijk, *Nederlandse gemeenten en het Europese*

normen en discretionaire bevoegdheden dienen derhalve aangepast te worden. Verder moeten gemeenten er aan wennen dat het concrete maatwerk via voorschriften aan vergunningen bij grensoverschrijdende vestiging moet voldoen aan de confectie-eisen van de Richtlijn.

b. Territoriale beperking van de vergunning vereist legitimatie

Een voor gemeenten en andere territoriaal gedecentraliseerde overheden opmerkelijke bepaling is artikel 10 lid 4 Dienstenrichtlijn. Daarin wordt gesteld dat de vergunning de dienstverlener op het gehele nationale grondgebied het recht op toegang tot of uitoefening van de dienstenactiviteit biedt tenzij een beperking van de vergunning tot een bepaald gedeelte van het grondgebied om dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd is. Deze bepaling is begrijpelijk en zinvol voorzover zij ziet op vergunningen van de centrale overheid. Ik ga er voorlopig van uit dat bij deze bepaling, zoals bij de gehele Richtlijn, niet is gedacht aan de territoriale decentrale overheden, de honderden regio's en tienduizenden gemeenten van de Gemeenschap. Het zou immers volstrekt absurd zijn wanneer gemeenten hun decentrale vergunningenbeleid zouden moeten legitimeren met een beroep op de *rule of reason*.

c. Geen beperkte geldigheidsduur, stilzwijgende verlening en eisen aan voorwaarden

De Dienstenrichtlijn stelt nog meer eisen aan vergunningenstelsels. Vergunningen mogen, behoudens dwingende redenen van algemeen belang, geen beperkte geldigheidsduur hebben.³⁴ De voorwaarden mogen niet overlappen met de eisen die in het land van herkomst al worden gesteld - wederzijdse aanvaarding (par. 2.1. punt 6) - en de vergunningprocedures en –formaliteiten moeten objectief, onpartijdig en snel verlopen.³⁵ Als ik het goed zie, veronderstelt deze eis van wederzijdse aanvaarding dat vergunningverlenende instanties precies op de hoogte moeten zijn van alle uiteenlopende voorwaarden die in de andere 26 lidstaten al aan de betrokken dienstverleners worden gesteld en dat zij hun voorwaarden daar op moeten afstemmen. Hier wordt binnen de confectie-eisen van de Richtlijn dus nog wel maatwerk vereist.

Volgens de Richtlijn moet binnen een redelijke, vooraf bekendgemaakte, termijn worden beslist, anders wordt de vergunning – behoudens uitzonderingen om dwingende redenen van algemeen belang - geacht te zijn verleend.³⁶

Aansluitend verbiedt de Richtlijn bepaalde discriminerende eisen zoals nationaliteits- en woonplaatseisen, en draagt zij de lidstaten, waaronder de decentrale overheden, op hun regelgeving te onderzoeken op niet-discriminerende voorwaarden, zoals kwantitatieve of territoriale beperkingen en minimum- of maximumtarieven, en deze te onderwerpen aan het discriminatieverbod, de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets.³⁷ Deze toets geldt dus niet alleen voor de vergunning zelf maar ook voor de voorwaarden. Over deze

personenverkeer. Een onderzoek naar de consequenties van het personenverkeer voor de beleidsterreinen burgerzaken en ruimtelijke ordening en huisvesting, Deventer: Kluwer 2005, p. 333.

³⁴ Zie nader: artikel 11 Dienstenrichtlijn.

³⁵ Zie nader: artikel 13 Dienstenrichtlijn.

³⁶ Artikel 13 lid 4 Dienstenrichtlijn.

³⁷ Zie nader de artikelen 14 en 15 Dienstenrichtlijn.

evaluatie moeten de lidstaten ook verslag doen aan de Commissie in het kader van de wederzijdse beoordeling van artikel 39.

De Dienstenrichtlijn bevat daarmee een groot aantal strenge eisen die vergaande consequenties kunnen hebben voor de betreffende vergunningstelsels van de decentrale overheden. Nationaliteitseisen in de zin dat voorrang wordt gegeven aan Nederlanders zullen weinig voorkomen³⁸ maar de ervaring leert dat veel decentrale overheden met woonplaatsvereisten werken. Voor grensoverschrijdende dienstverleners moeten die dus afgeschaft worden. In de voorstudie van EZ vinden we een aardig voorbeeld van een problematische voorwaarde bij de ventvergunning van de gemeente Bolsward. Deze kan worden geweigerd ‘wanneer als gevolg van bijzondere omstandigheden in de gemeente of in een deel der gemeente redelijkerwijs te verwachten is dat door het verlenen van de vergunning een redelijk verzorgingsniveau voor de consumenten ter plaatse in gevaar komt’. Naar mijn oordeel kwalificeren de onderzoekers deze voorwaarde terecht als een ‘*economic need-test*’, die in artikel 14 onderdeel 5 verboden is.³⁹ De bestuursrechtelijke gevolgen van de discretionaire bevoegdheid en de stilzwijgende verlening laat ik verder onbesproken. Ik beperk mij tot de Europeesrechtelijke consequenties.

d. Vooraf ‘Europa-proof’ maken

Het grote verschil met de bestaande praktijk is dat gemeenten onder de Dienstenrichtlijn vooraf en over de volle breedte van de Richtlijn hun vergunningen ‘Europa-proof’ moeten maken en de Commissie en de lidstaten daarvan verslag moeten doen. De bestaande praktijk is immers dat er met betrekking tot de vier vrijheden bij gemeenten nogal wat lijken in de kast zitten. Afgezien van de enkele gemeente die nu al – volkomen terecht overigens – de Europese regels van het vrij verkeer in acht neemt, leveren deze lijken incidenteel problemen op als betrokkenen zich in een niet zuiver interne situatie beroepen op een van de vrijheden.⁴⁰ Dikwijls is het voor gemeenten dan een complete verrassing dat het verbod zich ook uitstrekt tot niet-discriminerende maatregelen. Dan is het een kwestie van puur geluk als de aangeklaagde gemeente aan de eisen van *rule of reason*, noodzakelijkheid en proportionaliteit blijkt te voldoen om met succes een exceptie in te roepen. Gemeenten die de naleving van de Europese regels slechts laten afhangen van een risico-analyse nemen dit risico op een incidentele inbreuk graag. Binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn is die houding niet meer mogelijk. Het is dan ook goed wat dieper in te gaan op de consequenties van die richtlijn.

e. Aan welke vergunningen moeten we denken?

Het mag uit de Europese regels voor staatssteun bekend zijn dat in het Europese recht door allerlei formele aspecten heen wordt gekeken naar de feitelijke effecten op de markt. Die benadering vinden we ook terug in de ruime omschrijving van het begrip

³⁸ De voorstudie van EZ bevat een interessant voorbeeld. De Liftverordening Den Haag 1999 vereist voor liftinstallaties een geldig certificaat van deugdelijkheid afgegeven door het Liftinstituut. Daarmee wordt de Stichting Nederlands Instituut voor Lifttechniek bedoeld. Uitvoeren van een certificering is een dienst en die wordt, in strijd met de Dienstenrichtlijn, voorbehouden aan één Nederlands instituut.

³⁹ Voorstudie EZ, Subparagraaf 8.2.2.

⁴⁰ Voor de vraag hoe de vier vrijheden volgens het traditionele regime doorwerken verwijs ik naar: Bart Hessel, De vier vrijheden en decentrale overheden, deel 1, website Europa decentraal, p. 3.

‘vergunning’ dat wordt omschreven als ‘elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit.’⁴¹ Vanuit het vrij verkeer bezien gaat het dus om de belemmering van de toegang en de uitoefening en niet om de juridische vorm van die belemmering. Gemeenten kunnen dus niet aan de Richtlijn ontsnappen door van een vergunning een concessie of een ontheffing te maken.

Verder mag het duidelijk zijn dat we zowel in de sfeer van medebewind als binnen de gemeentelijke autonomie vergunningen tegen komen die onder de Dienstenrichtlijn vallen. Afgezien van expliciete uitzonderingen in de Dienstenrichtlijn zelf moeten we voor het bepalen van de relevante vergunningen niet kijken naar de doelstellingen van de betreffende regeling maar naar de adressaten van het vergunningenstelsel: zijn dat dienstverleners die niet expliciet in de Richtlijn zijn uitgesloten? In het navolgende wordt nader stilgestaan bij vergunningen in medebewind en in autonomie (par. 4.1. en par. 4.3.) en aan de hand daarvan komen verschillende punten aan de orde die voor gemeenten van belang zijn.

4.1. Vergunningen in medebewind

Als voorbeelden van een vergunning die B en W in medebewind moeten beoordelen kan gedacht worden aan de milieuvergunning voor het oprichten, veranderen of in werking hebben van een inrichting op grond van artikel 8.1 van de Wet milieubeheer of aan de horecavergunning op basis van artikel 4 van de Drank- en Horecawet. Zoals bekend zijn voor milieuvergunningen van bepaalde inrichtingen GS of de minister van VROM bevoegd maar dat blijft verder buiten beschouwing.

4.1.1. Nauwe samenwerking tussen de bestuurslagen is noodzakelijk

Het voorbeeld van de milieuvergunning mag duidelijk maken dat er nauwe samenwerking is vereist tussen de verschillende bestuurslagen bij het toetsen van vergunningen in medebewind. Het is dan ook jammer dat bij de eerste pogingen tot inventarisatie van de betreffende vergunningenstelsels in de kring van de decentrale koepels IPO en VNG erg snel het standpunt is ingenomen dat de decentrale overheden zich willen beperken tot een inventarisatie van de eigen autonome vergunningenstelsels. De departementen moeten zelf hun eigen regelingen doorlichten waarin de decentrale overheden een medebewindstaak is toebedeeld. Dit nogal defensieve standpunt is slechts gedeeltelijk verdedigbaar. De toets aan de Dienstenrichtlijn kan leiden tot wijziging van de regeling en dan ligt het uiteraard voor de hand dat de betrokken departementen

⁴¹ Artikel 4 onder 6 Dienstenrichtlijn. Volgens punt (39) van de preambule dient het begrip vergunningenstelsel ‘onder meer te duiden op de administratieve procedures voor de verlening van vergunningen, licenties, erkenningen of concessies, en ook op de verplichting zich voor de uitoefening van de activiteiten in te schrijven als beroepsbeoefenaar, zich te laten opnemen in een register, op een rol of in een databank, officieel benoemd te zijn door een instantie of een beroepskaart aan te vragen. Een vergunning hoeft niet te zijn gebaseerd op een formeel besluit, maar kan ook stilzwijgend worden verleend, doordat bijvoorbeeld niets van de bevoegde instantie wordt vernomen of de betrokkene moet wachten op een bevestiging dat zijn verklaring is ontvangen voordat hij zijn activiteit kan aanvangen of legaal kan verrichten.’

inderdaad het voortouw nemen. Dat neemt echter niet weg dat bij die toets en de eventuele aanpassingen van de nationale wet de decentrale overheid die met de concrete uitvoering van het vergunningenstelsel is belast een belangrijke rol dient te spelen. Toegepast op het voorbeeld van de milieuvergunning mogen we aannemen dat de ervaring met het instrument van de vergunning en de daaraan te stellen voorwaarden bij B en W ligt en voor bepaalde inrichtingen bij GS. Inbreng van deze praktische ervaring is vereist bij de toets en het verslag daarvan aan de Commissie waarin de noodzaak en de proportionaliteit van een vergunning en van bepaalde voorwaarden aan de orde komen. Het zou jammer zijn als de decentrale overheden en hun koepels hier de boot zouden afhouden. Omgekeerd claimen zij namelijk – volkomen terecht – invloed op de Europese besluitvorming die leidt tot nationale omzettingwetgeving waarin zij een concrete uitvoeringstaak hebben. Bovendien zal het voor individuele gemeenten waarschijnlijk erg gekunsteld overkomen om voor het geheel van vergunningen waar zij mee te maken hebben een scheiding te hanteren tussen medebewind en autonomie (zie nader: par. 4.3.).

4.1.2. Ondanks deregulering veel aanknopingspunten voor Dienstenrichtlijn

Onder invloed van de MDW-operatie zijn de vergunningenstelsels in de nationale wetgeving drastisch teruggedrongen. Denk bijvoorbeeld aan de vergunning van de Kamer van Koophandel op grond van de sterk gedereguleerde Vestigingswet bedrijven. Ondanks deze deregulering kunnen de invloeden van de Dienstenrichtlijn nog aanzienlijk zijn. Dat laat zich illustreren aan de hand van de Wet milieubeheer. De wet kent als resultaat van de deregulering een drietrapsysteem. Er zijn inrichtingen die milieutechnisch zo klein zijn dat zij buiten de werking van de wet vallen. Voor ongeveer 80% van de inrichtingen die wel onder de wet vallen kan worden volstaan met een meldingsplicht. De vergunningplicht is beperkt tot ongeveer 20% van de betreffende inrichtingen. In het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer zijn de categorieën opgenomen die nu nog vergunningplichtig zijn.⁴²

Daar zitten betrekkelijk veel inrichtingen bij die relevant zijn voor de Dienstenrichtlijn. Zo vinden we in categorie 18 hotels, restaurants, pensions, cafés, cafetaria's, snackbars en discotheken alsmede aanverwante inrichtingen waar tegen vergoeding logies worden verstrekt, dranken worden geschonken of spijzen voor directe consumptie worden bereid of verstrekt.

Categorie 19 spreekt van inrichtingen waar drie of meer speelautomaten aanwezig zijn, dansscholen, sportscholen, muziekscholen, sportterreinen, openluchttheaters en andere inrichtingen waar een of meer voorzieningen zijn voor recreatieve doeleinden en waar een geluidsinstallatie is opgesteld, zweminrichtingen, en havens voor meer dan tien pleziervaartuigen

De consequentie van de Dienstenrichtlijn is dat het vergunningenstelsel voor deze inrichtingen moet worden getoetst aan hoofdstuk III waar het gaat om dienstverleners uit andere lidstaten die zich in Nederland willen vestigen, zoals de patron uit Tours die in Zandvoort een restaurant wil beginnen. De gemeente Amsterdam zal haar mooie digitale project Horeca1 in samenwerking met VROM dus ook moeten toetsen en eventueel aanpassen voor de dergelijke grensoverschrijdende restaurateurs. Maar voor de

⁴² Besluit van 5 januari 1993, houdende uitvoering van de hoofdstukken 1 en 8 van de Wet milieubeheer en hoofdstuk V van de Wet geluidhinder, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2005, 168. Zie bijlage I.

Nederlandse restauranthouder die vanuit Amsterdam wil overstappen naar Zandvoort geldt die toets niet.

a. Problemen van selectieve doorwerking

Omdat de vergunningeisen van hoofdstuk III beperkt zijn tot onderdanen van andere lidstaten die zich in Nederland willen vestigen om bepaalde diensten te verrichten, heeft de toets een selectieve doorwerking op de wetgeving van de lidstaten en hun decentrale overheden. Dat wordt hier geïllustreerd aan de hand van de Wet milieubeheer maar deze selectieve doorwerking kan zich natuurlijk evenzeer voordoen bij autonome vergunningenstelsels. In de tweede bijdrage komt dat nader aan de orde.

Er is nog een tweede probleem. Dat komt naar boven bij de havens voor meer dan tien pleziervaartuigen uit het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer.

Omdat de Dienstenrichtlijn alleen van toepassing is op diensten, en daarbij nog een aanzienlijk aantal diensten is uitgesloten, blijkt dat de Richtlijn ook nog op een andere wijze selectief kan doorwerken naar de nationale of decentrale wetgeving van de lidstaten. Havendiensten zijn uitgesloten van de Richtlijn en als we die exceptie juist interpreteren zou dat betekenen dat de vergunningeisen van de Richtlijn niet gelden voor de vergunningen voor havens. Omdat diensten van gezondheidszorg zijn uitgesloten is de Dienstenrichtlijn evenmin van toepassing op de vergunningplichtige inrichtingen van categorie 23 waar gesproken wordt van algemene, academische of categoriale ziekenhuizen, inrichtingen voor het bieden van medische behandeling, verpleging, of huisvesting tezamen met verzorging.

Ook deze vorm van selectieve doorwerking lijkt vrij algemeen en leidt vanuit het perspectief van de nationale of decentrale wetgever tot een volstrekt onlogische caesuur. In de gedereguleerde Vestigingswet bedrijven bijvoorbeeld valt de vestigingsvergunning voor bouwbedrijven, installatiebedrijven (Poolse loodgieters!) en vervoermiddelenbedrijven onder de Dienstenrichtlijn maar die voor levensmiddelenbedrijven niet. De verdergaande vergunningeisen van vakbekwaamheid voor elektronische installatiebedrijven vallen onder de Dienstenrichtlijn maar die voor slagersbedrijven en bakkers weer niet.

4.2. Ingrijpende ‘vrijwillige’ harmonisatie dringt zich op

Zonder vooruit te lopen op de eventueel noodzakelijke wijzigingen van het vergunningenstelsel van de Wet milieubeheer, mag het voorbeeld duidelijk maken dat de toetsing en aanpassing van de nationale vergunningenstelsels zal leiden tot twee processen van ‘vrijwillige’ harmonisatie. Uit een oogpunt van subsidiariteit zijn die processen ingrijpend.

4.2.1. Harmonisatie voor zuiver interne gevallen

Het ligt voor de hand dat aanpassingen van de algemene regels voor vergunningen aan de Dienstenrichtlijn zich ook zullen uitstrekken tot Nederlandse dienstverleners die tot nu toe op grond van een zuiver interne situatie geen beroep kunnen doen op de regels van het vrij verkeer. Afgezien van wetstechnische problemen zou het economisch gezien uiteraard bijzonder onverstandig zijn wanneer de Nederlandse centrale en decentrale

wetgevers zwaardere, minder transparante eisen en ingewikkelder procedures blijven hanteren voor ‘eigen’ dienstverleners. Daarnaast acht ik de harmonisatie juridisch gezien onontkoombaar. In het bestaande systeem van de vier vrijheden kan in een concreet geval blijken dat een onderdaan uit een andere lidstaat, na een rechterlijk oordeel over verbod, noodzakelijkheid en proportionaliteit, beter af blijkt te zijn dan de eigen onderdanen. Dan kan de omgekeerde discriminatie aan het licht treden, die in concreto kan worden weggemasseerd door toepassing van het nationale gelijkheidsbeginsel.

In het systeem van de Dienstenrichtlijn waarbij de *algemene* regels *vooraf* moeten worden aangepast aan de Europese eisen ligt de omgekeerde discriminatie in algemene termen ‘op straat’ als de versoepeling alleen zou gelden voor onderdanen uit andere lidstaten. Elders heb ik er al op gewezen dat ik het opheffen van de eis van interstatelijkheid bij de vier vrijheden door het zich uitbreidende gemeenschapsrecht zeer onwenselijk vind en in strijd met het subsidiariteitsbeginsel.⁴³ Het is mijns inziens aan de lidstaten om ongewenste omgekeerde discriminatie aan te pakken via het nationale gelijkheidsbeginsel. Om die reden heb ik dan ook grote moeite met deze onontkoombare consequentie van de Dienstenrichtlijn dat vergunningstelsels, over de volle breedte, ook voor zuiver interne situaties moeten worden aangepast. Nu de Dienstenrichtlijn is aangenomen heeft het echter weinig zin daar moeilijk over te doen. We kunnen alleen vaststellen dat dit ingrijpende gevolg van de Dienstenrichtlijn in het Haagse voorbereidingstraject, ondanks de betrokkenheid van VNG en IPO en de Tijdelijke Commissie Subsidiariteit (TCS) van het Nederlandse Parlement, kennelijk onvoldoende gewicht heeft gekregen.⁴⁴

4.2.2. Harmonisatie buiten de reikwijdte van de Richtlijn

Het voorbeeld van de Wet milieubeheer mag duidelijk maken dat zich nog een tweede proces van ‘vrijwillige’ harmonisatie opdringt. Wanneer de aanpassingen aan de Dienstenrichtlijn beperkt blijven tot een aantal inrichtingen zoals hotels en sportscholen maar niet zouden worden ingevoerd voor havens en ziekenhuizen leidt de aanpassing aan de Dienstenrichtlijn tot een volstrekt onlogische en onevenwichtige caesuur in de wet. We mogen dan ook aannemen dat de aanpassingen van de wetgeving van de lidstaten en hun decentrale overheden aan de Dienstenrichtlijn zich ook zal gaan uitstrekken tot vergunningstelsels die betrekking hebben op uitgezonderde diensten of andere activiteiten voorzover die voorkomen in regelingen die gedeeltelijk moeten worden aangepast. Voor de Vestigingswet bedrijven kan men denken aan het vrijwillig harmoniseren van het vergunningstelsel voor het niet onder de Dienstenrichtlijn

⁴³ B.Hessel, De interstatelijkheid voorbij en de betekenis daarvan voor de decentrale overheden, in: Elisabetta Manunza & Linda Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 147- 173 met name p. 157/158.

⁴⁴ Ik heb begrepen dat de TCS zich bij de toetsing van de Dienstenrichtlijn verlaten heeft op het SER-advies. In dit op zich uitstekende en verhelderende advies wordt echter geen aandacht besteed aan de decentrale overheden. Voor diegenen die in de komst van de Dienstenrichtlijn aanleiding hebben gezien om tegen de Europese grondwet te stemmen is het droevig te moeten vaststellen dat de TCS zich niet heeft uitgesproken over de financiële gevolgen van die richtlijn voor de lidstaten. Als de grondwet wel zou zijn aangenomen hadden we daar op grond van punt 4 van het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid meer inzicht over moeten krijgen. De financiële gevolgen voor de Nederlandse decentrale overheden zijn aanzienlijk.

vallende levensmiddelenbedrijf, het slagersbedrijf en het bakkersbedrijf. Een alternatief, wat bij de Vestigingswet bedrijven voor de hand ligt maar in het algemeen weinig soelaas biedt, is het versneld uitvoering geven aan de plannen om de wet in te trekken. De ultieme deregulering.

Het lijkt niet aannemelijk dat VROM en de betrokken decentrale overheden met de aanpassing van de Wet milieubeheer aan de Dienstenrichtlijn zo gemakkelijk wegekomen

4.3. Vergunningen in autonomie

Nederland behoort tot de kleinere lidstaten van de Gemeenschap. Desalniettemin heeft de doorwerking van de Dienstenrichtlijn naar de decentrale overheden aanzienlijke gevolgen. Wanneer we ons beperken tot de ruim 450 gemeenten, dan kunnen we vaststellen dat zij binnen hun autonomie vele vergunningenstelsels kennen. Er zijn ongeveer 150 modelverordeningen maar daar kunnen gemeenten op bepaalde punten van afwijken. Daarnaast zijn er ook volledig unieke verordeningen met vergunningen. Op dit moment (januari 2007) bestaat nog geen volledig overzicht van de autonome vergunningen die aan de Dienstenrichtlijn moeten worden getoetst. Alleen de genoemde voorstudie van EZ geeft enig inzicht.

a. Zoekwerk is vereist

Het ligt voor de hand om voor een eerste indruk van de autonome gemeentelijke vergunningen die getoetst zullen moeten worden te rade te gaan bij de Algemene Plaatselijke Verordening van gemeenten. Een enkele steekproef met de APV van Utrecht heeft mij echter geleerd dat het niet zo eenvoudig is de relevante vergunningen te achterhalen.⁴⁵ In de APV van Utrecht wordt gesproken van vergunningen voor seksinrichtingen (artikel 70), voor standplaatsen (de artikelen 112 en 113) en voor evenementen (artikel 121), die tot de autonome sfeer behoren maar er wordt ook gerefereerd aan speelgelegenheden waarvoor een vergunning is verleend op grond van de Wet op de kansspelen (artikel 35). Dit bevestigt mijn eerder geuite vermoeden dat het voor individuele gemeenten erg gekunsteld kan zijn om – in de geest van de koepels - een scheiding te maken tussen autonome en medebewindvergunningen. Als we op de website van de gemeente Utrecht onder het loket vergunningen kijken vinden we dan ook de volgende voor de Dienstenrichtlijn relevante autonome en medebewindvergunningen tezamen: vergunning voor dierenasiel en dierenfokker, exploitatievergunning voor afhaalzaken, exploitatievergunning voor horecabedrijf met alcoholverstrekking en voor alcoholvrije horeca, vergunning voor kledinginzameling, loterijvergunning, seksvergunning, vergunning voor speelautomaten in horecabedrijven, vergunning voor speelautomatenhal, standplaatsvergunning voor sieraden en kunst, ventvergunning, evenementenvergunning. Een bijkomende complicatie is dat de APV voor wat betreft de autonome vergunningen niet toereikend is en dat we voor de vereiste informatie andere gemeentelijke bronnen moeten raadplegen zoals de standplaatsverordening en de eisen die op de website voor verschillende vergunningen worden genoemd. Dit geldt bijvoorbeeld voor de standplaatsvergunning voor sieraden en kunst die in mijn tweede bijdrage centraal staat.

⁴⁵ www.utrecht.nl, Algemene Plaatselijke Verordening

Dat gemeenten ook in de autonome sfeer met de problemen van selectieve doorwerking van de Dienstenrichtlijn geconfronteerd worden is duidelijk wanneer we bedenken dat de toets aan hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn niet vereist is voor Nederlanders die in Utrecht de genoemde activiteiten willen verrichten. Verder geldt de toets aan hoofdstuk III in het geheel niet voor de Utrechtse loterijvergunning omdat loterijen van de Dienstenrichtlijn zijn uitgesloten.

4.3.1. Aan welke toets moeten we denken?

De toets die van de gemeenten wordt verwacht sluit goed aan bij het bestaande Europese recht (zie: par. 2.1.), maar is voor gemeenten nogal ongebruikelijk. Dat kan worden afgeleid uit de resultaten van de voorstudie van EZ met betrekking tot de gemeenten Bolsward, Harderwijk en Den Haag.

Het zal geen verbazing wekken dat uit de voorstudie blijkt dat alle drie betrokken gemeenten bij diverse vergunningen tot nu toe de doelstellingen van het vergunningenstelsel niet altijd voldoende expliciet hebben geformuleerd en zich onvoldoende rekenschap hebben gegeven van de noodzaak en de proportionaliteit van het instrument van de vergunning.⁴⁶ De onderzochte vergunningen hoeven niet per se in strijd te zijn met de Dienstenrichtlijn, maar er is op zijn minst over het algemeen een betere formulering van de doelstellingen en onderbouwing van het vergunninginstrument vereist.

Beide punten worden toegelicht.

a. Expliciteren van de dwingende reden van algemeen belang

Zoals gezegd is een eerste vereiste voor een niet-discriminerend vergunningenstelsel dat de behoefte daaraan gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang.⁴⁷

Bij dwingende redenen van algemeen belang moeten we in eerste instantie denken aan belangen die het Hof van Justitie in de loop van de tijd reeds heeft erkend in het kader van de *rule of reason* (par. 2.1. punt 5.) Dat is inmiddels een omvangrijk aantal. De Dienstenrichtlijn geeft daarvan een overzicht.⁴⁸ Soms is het belang duidelijk,

⁴⁶ Wat wel verbazing wekt is dat de VNG vrij recentelijk een grote actie is gestart om tot deregulering te komen, maar dat in het *'VNG snoeiplan deregulering'* (VNG uitgeverij Den Haag 2005) op geen enkele wijze wordt ingespeeld op de Dienstenrichtlijn. Binnen de VNG maakt 'Europa' kennelijk nog geen deel uit van het gewone werk, wat voor de decentrale overheden al jaren wordt bepleit. Gemeenten die het 'nationale' dereguleringsproject hebben aangepakt, zullen in ieder geval onaangenaam verrast zijn als blijkt dat zij binnenkort ten behoeve van de Dienstenrichtlijn opnieuw aan de slag moeten. De zwarte piet ligt hier echter niet in 'Brussel'.

⁴⁷ Artikel 9 lid 1 sub a Dienstenrichtlijn.

⁴⁸ Punt (40) van de preambule luidt:

'Het begrip dwingende redenen van algemeen belang, waarnaar in een aantal bepalingen van deze richtlijn wordt verwezen, is gaandeweg door het Hof van Justitie ontwikkeld in zijn rechtspraak betreffende de artikelen 43 en 49 van het Verdrag, en kan zich nog verder ontwikkelen. Dit begrip, zoals dit is erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie, omvat ten minste de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, als bedoeld in de artikelen 46 en 55 van het Verdrag; handhaving van de maatschappelijke orde; doelstellingen van sociaal beleid; bescherming van afnemers van diensten; consumentenbescherming; bescherming van werknemers; dierenwelzijn; handhaving van het financieel evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel; voorkoming van fraude; voorkoming van oneerlijke concurrentie; bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale

bijvoorbeeld bescherming van het milieu, maar in het algemeen is het gewenst dat de gemeenten bij de screening van hun vergunningenstelsel kennis nemen van de rechtspraak waarin het Hof een bepaald belang heeft erkend. De interpretatie van de *rule of reason* is – in het traditionele systeem althans - namelijk nogal casuïstisch en omdat we hier te maken hebben met uitzonderingen op verboden luistert het bijzonder nauw onder welke omstandigheden het Hof een bepaalde dwingende reden van algemeen belang heeft erkend en hoe het Hof het begrip interpreteert. Dit laatste speelt in het bijzonder bij de exceptie van de openbare orde. De interpretatie van het begrip openbare orde vormt dan ook een van de dilemma's die in de tweede bijdrage ter sprake komen. Omdat de *rule of reason* een open categorie is kan een gemeente ook een ander belang opvoeren maar dan moet zij de Commissie en de betrokken lidstaten bij haar verslag wel overtuigen van het dwingende karakter van dat belang. Dat de milieuvergunning gericht is op de bescherming van het milieu is duidelijk. Maar het mag worden betwijfeld of in de APV wel altijd voldoende duidelijk is geformuleerd wat de belangen zijn die met de vergunning worden nagestreefd.

b. Een Europese proportionaliteitstoets

De tweede toets waaraan het niet-discriminerende vergunningenstelsel moet voldoen is dat het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt, 'met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.'⁴⁹ Voor niet-ingewijden is dat een duistere passage die toelichting behoeft.

In het kader van de deregulering kennen wij in Nederland met name in de nationale wetgeving al een proportionaliteitstoets. Gedacht kan worden aan het afschaffen van de bouwvergunning voor bouwen van beperkte betekenis in de zin van artikel 43 Woningwet. De resultaten van een dergelijke proportionaliteitstoets vinden we ook in het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer.

Zo blijft voor inrichtingen als hotels en pensions de eis van vergunning buiten beschouwing waar: (a) voorzieningen aanwezig zijn voor het gelijktijdig kunnen verstrekken van uitsluitend logies en ontbijt aan ten hoogste 15 personen of (b) ten hoogste 15 standplaatsen voor kampeermiddelen aanwezig zijn.⁵⁰

De eis van de vergunning geldt daarmee niet voor bepaalde kleine inrichtingen.

Gemeenten moeten echter beseffen dat de proportionaliteitstoets uit de Dienstenrichtlijn niet dezelfde is als deze nationale proportionaliteitstoets. De Dienstenrichtlijn vraagt om een Europese interpretatie die voor de nationale en decentrale overheden niet gebruikelijk is.

In afwijking van het toezicht op staatssteun kennen de regels van het vrij verkeer geen 'de minimis'-drempel. Iedere potentiële belemmering is in beginsel verboden. Dat

ruimtelijke ordening; bescherming van schuldeisers; waarborging van een deugdelijke rechtsbedeling; verkeersveiligheid; bescherming van intellectuele eigendom; culturele beleidsdoelen, met inbegrip van de waarborg van vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele, religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen, behoud van diversiteit van de pers en bevordering van de nationale taal; behoud van nationaal historisch en artistiek erfgoed; veterinaire beleid.'

⁴⁹ Artikel 9 lid 1 sub b Dienstenrichtlijn.

⁵⁰ Inrichtingen – en vergunningenbesluit milieubeheer, bijlage I, punt 18.2.

betekent dat de omvang van de verbouwing die de Poolse bouwer gaat verrichten of de omvang van het hotel dat de Franse hotelier gaat runnen niet relevant is voor de proportionaliteitstoets van de Dienstenrichtlijn. Het gaat er om of er een alternatief instrument bestaat dat de vrije toegang tot het dienstenverkeer minder beperkt dan de vergunning vooraf. Daarbij kan natuurlijk gedacht worden aan een voorafgaande melding maar ook aan stevige maatregelen achteraf. Het Hof van Justitie heeft dat duidelijk gemaakt in arresten als *Konle*⁵¹, *Reisch*⁵² en *Ospelt*.⁵³ Deze hebben betrekking op het vrij verkeer van kapitaal maar geven meer helderheid over deze proportionaliteitstoets.⁵⁴ In de zaak *Konle* hebben we te maken met een vergunningenstelsel van de Oostenrijkse deelstaat Tirol om in het kader van de ruimtelijke ordening het toeristisch gebruik van tweede huisjes tegen te gaan en via een niet-discriminerende vergunning te waarborgen dat huizen permanent bewoond worden. Het Hof erkende ruimtelijke ordening als een dwingende reden van algemeen belang maar achtte het instrument van de vergunning vooraf niet proportioneel omdat tegen overtreding van de nationale wetgeving inzake tweede woningen 'kan worden opgetreden door middel van geldboeten, een bevel aan de verkrijger om het ongeoorloofd gebruik van het goed onmiddellijk te beëindigen op straffe van de gedwongen verkoop daarvan, en door de vaststelling van de nietigheid van de rechtshandeling met aanpassing van het kadaster.'⁵⁵ In de zaak *Ospelt* ging het om maatregelen die het permanent gebruik van landbouwgronden moeten waarborgen. Hier achtte het Hof de vergunning vooraf wel proportioneel omdat maatregelen achteraf niet kunnen voorkomen dat het beoogde permanente gebruik van landbouwgronden wordt aangetast.⁵⁶

In gemeentelijke kring zal men er aan moeten wennen dat het uit een oogpunt van vrij verkeer de voorkeur kan verdienen overtreders achteraf met gedwongen verkoop te confronteren in plaats van een vergunning vooraf. Bij een maatregel achteraf heeft men immers al gebruik kunnen maken van het vrij verkeer voordat men gedwongen wordt de nationale wetgeving in acht te nemen terwijl een vergunning vooraf een belemmering is van die vrijheid. Daarmee wordt ook het grote belang van de formulering van artikel 9 lid 1 sub b van de Dienstenrichtlijn duidelijk.

Overigens stel ik vast dat deze casuïstische benadering van het Hof een uitdaging is voor de centrale en decentrale wetgever: hoe kun je in de wetgeving neerleggen dat een vergunning soms wel en soms niet proportioneel is voor de bescherming van de ruimtelijke ordening?

Tenslotte dienen gemeenten er op bedacht te zijn dat de Europese proportionaliteitstoets wel eens zou kunnen nopen tot een forse uitbreiding van het aantal toezichthoudende ambtenaren in de gevallen waarin de vertrouwde vergunning vooraf die toets niet doorstaat.

5. Tijdelijke grensoverschrijdende dienstverlening

⁵¹ Zaak C-302/97, *Konle*, *Jur.* 1999, p. I-3099.

⁵² Gevoegde zaken C-515/99, C-519/99, C-524/99 en C-526 – C-540/99, *Reisch e.a.*, *Jur.* 200, p. I-2157.

⁵³ Zaak C-452/01, *Ospelt*, *Jur.* 2003, p. I-9743.

⁵⁴ Zie: Bart Hessel, De vier vrijheden en decentrale overheden, deel 2, website Europa decentraal, p. 1-3.

⁵⁵ *Konle*, punt 47.

⁵⁶ Bij controle achteraf kan men voor de verrassing komen te staan dat de grond al zo is 'bewerkt' dat permanent gebruik voor landbouw niet meer mogelijk is.

In hoofdstuk IV van de Dienstenrichtlijn vinden we de regels die gelden voor onderdanen van lidstaten of rechtspersonen die in de ene lidstaat zijn gevestigd en die tijdelijk in een andere lidstaat hun diensten willen aanbieden.⁵⁷ Het gaat hier om de activiteit die onder het vrij verkeer van diensten valt in de zin van de artikelen 49 e.v. EG. Uit de definitieve tekst van de preambule van de Dienstenrichtlijn blijkt dat we moeten denken aan de verschillende varianten van grensoverschrijdend dienstenverkeer die in de rechtspraak zijn onderscheiden,⁵⁸ maar hoofdstuk IV is eigenlijk geschreven voor de dienstverlener die zich verplaatst naar een andere lidstaat: de befaamde Poolse loodgieter of schilder die vanuit Polen tijdelijk klusjes wil doen in Utrecht of, de Duitse bouwondernemer die vanuit Keulen in Harderwijk een aantal woningen wil bouwen. We kunnen ook denken aan een Duitse kunstschilder die in Utrecht op straat portretten wil gaan schilderen van voorbijgangers, maar in tegenstelling tot zijn Belgische kunstbroeder niet in Utrecht wil gaan wonen maar de zaterdagen overwipt uit Aken.

In haar eerste voorstel koos de Commissie voor deze dienstverleners voor het zo bekritiseerde oorsprongslanbeginsel. De gedachte was dat het gastland geen enkele mogelijkheid meer zou krijgen om aan deze dienstverleners bepaalde eisen te stellen en dat deze slechts behoeften te voldoen aan de eisen van hun land van oorsprong. Deze opzet leidde tot het praktisch moeilijk uitvoerbare gevolg dat het oorsprongslan moest gaan toezien op de naleving van zijn regelgeving in het gastland. Verder kwam dit stelsel onder zware politieke druk te staan omdat het zou leiden tot sociale dumping. Daarbij werd onvoldoende beseft dat de Commissie van meet af aan een uitzondering maakte op het oorsprongslanbeginsel door de Detacheringsrichtlijn 96/71 van toepassing te verklaren. Deze richtlijn waarborgt dat Poolse ondernemingen die hun werknemers meenemen voor die werknemers het minimumloon en een aantal andere sociale rechten uit het gastland moeten nakomen. In de definitieve Dienstenrichtlijn is het nakomen van de sociale rechten uit het gastland nog sterker gewaarborgd zoals de regels uit CAO's. Die regels strekken zich echter niet uit tot alle Poolse loodgieters: de Poolse loodgieter die zelf als werknemer naar Nederland komt valt onder de regels van het vrij werknemersverkeer van artikel 39 EG en buiten de reikwijdte van de Richtlijn. Zoals bekend wilde staatssecretaris Van Hoof dit werknemersverkeer per 1 januari 2007 vrijlaten maar heeft de Tweede Kamer uitstel bedongen tot maart. Deze politieke protectionistische schermutselingen staan dus los van de Dienstenrichtlijn. De versterkte maatregelen tegen sociale dumping hebben evenmin betrekking op de Poolse loodgieter die als eigen baas naar Nederland komt om diensten te verrichten. Als hij zijn diensten niet zwart aanbiedt maar wel tegen een aanzienlijk lager tarief dan zijn Nederlandse collega's, is dat geen sociale dumping maar marktwerking.⁵⁹ Afgezien van het probleem van de sociale dumping is de Commissie uiteindelijk afgestapt van het oorsprongslanbeginsel en met een aanpassing van hoofdstuk IV gekomen die voor het dienstenverkeer erg dicht bij het bestaande recht staat. De beoogde

⁵⁷ Zie voor dit onderdeel van de Dienstenrichtlijn de artikelen 16 t/m 18.

⁵⁸ Het kan zijn dat de dienstverlener de grens overgaat (de Poolse loodgieter), dat de dienstontvanger de grens overgaat (de toerist), dat verlener en ontvanger de grens overgaan (de toerist met zijn gids) of dat ontvanger en verlener op hun plaats blijven maar de dienst de grens overgaat (televisie, internet).

⁵⁹ Dat Nederlandse loodgieters en schilders het brood uit de mond wordt gestoten omdat vele landgenoten goedkope Polen hun huizen zwart laten opknappen is niet de schuld van 'Europa' maar van het gebrekkige nationale toezicht.

verruiming van het dienstenverkeer bestaat voornamelijk uit het beperken van de mogelijke uitzonderingen op het verbod.

Volgens artikel 16 Dienstenrichtlijn zorgt de lidstaat van ontvangst voor vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstactiviteit op zijn grondgebied en mag hij daaraan alleen maar eisen verbinden die aan de volgende beginselen voldoen:

1. discriminatieverbod: geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of lidstaat van vestiging;
2. noodzakelijkheid; de eisen zijn gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu;
3. evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn voor het te bereiken doel en niet verdergaand dan nodig.

a. Forse beperking van de excepties

Het grote verschil ten opzichte van de huidige stand van zaken is dat volgens de rechtspraak van het Hof bij niet-discriminerende belemmeringen thans bij het vrij dienstenverkeer, in overeenstemming met de andere vrijheden, een beroep kan worden gedaan op alle dwingende redenen van algemeen belang volgens de *rule of reason*, terwijl de Richtlijn slechts beroep open laat op de openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en milieu. Met andere woorden: de traditionele Verdragsexcepties aangevuld met milieu (par. 2.1. punt 4). Daar komt bij dat de eerste drie belangen in de rechtspraak van het Hof en in Richtlijn 2004/38 voor het verblijfsrecht van Unieburgers en hun familie eng worden uitgelegd. Ik kom daar nog op terug in mijn tweede bijdrage.

b. Geen ruimte voor vergunningen en inschrijvingen

In aansluiting op de bestaande rechtspraak is er bij tijdelijke dienstverrichtingen geen ruimte voor vergunningen, inschrijvingen in registers of bij een beroepsorde, en mag van de dienstverlener niet verlangd worden dat hij zich vestigt.⁶⁰ Met een vestigingseis zou tijdelijke dienstverlening inhoudsloos worden en het is ook begrijpelijk dat een vergunningeis in het gastland bij vestiging wel is toegestaan maar bij tijdelijke dienstverlening te ver gaat. De lidstaat van ontvangst mag wel, in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht, zijn voorschriften inzake arbeidsvoorwaarden toepassen waaronder die uit CAO's.

Artikel 17 Dienstenrichtlijn kent een aantal belangrijke uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 16, onder andere voor diensten van algemeen economisch belang die in een andere lidstaat worden verricht zoals diensten in de postsector die onder Richtlijn 97/67 vallen, diensten in de elektriciteitssector en gasector waarvoor Richtlijn 2003/54 respectievelijk Richtlijn 2003/55 gelden, voor watervoorziening en –distributie en afvalwaterdiensten alsmede afvalverwerking. Er worden ook uitzonderingen gemaakt voor overbrenging van afvalstoffen volgens Verordening 259/93, voor de Detacheringsrichtlijn 96/71 – zie hier de eerder genoemde waarborg tegen sociale dumping - , Richtlijn 2005/36 voor beroepskwalificaties, Verordening 1408/71 voor sociale zekerheid en voor bepaalde administratieve formaliteiten van Richtlijn 2004/38.

⁶⁰ Artikel 16 lid 2 onder a en b Dienstenrichtlijn.

Op grond van artikel 18 Dienstenrichtlijn kan een lidstaat in uitzonderlijke omstandigheden afwijken van artikel 16 in verband met de veiligheid van diensten.⁶¹

Hoewel het in de lijn ligt van het bestaande EG recht dat dienstverleners die tijdelijk de grens overkomen niet met een vergunning geconfronteerd mogen worden, moeten we aannemen dat artikel 16 van de Dienstenrichtlijn vergaande gevolgen heeft voor de huidige situatie in gemeenteland. Alle lijken in de kast komen nu immers te voorschijn in die zin dat veel bestaande vergunningstelsels aan deze bepaling moeten worden aangepast. Zij mogen niet meer worden toegepast op tijdelijke grensoverschrijdende dienstverleners. Zo mogen bijvoorbeeld de standplaatsvergunning voor sieraden en kunst, de ventvergunning en de evenementenvergunning die we in de APV van Utrecht tegenkomen niet worden toegepast op dienstverleners die gevestigd in België of Duitsland tijdelijk hun diensten in Utrecht willen aanbieden.

Op dit moment is nog niet duidelijk hoe groot de gevolgen voor gemeenten zullen zijn van de beperking van de excepties om hun niet-economische maatregelen in stand te houden. Bij nader onderzoek kan pas blijken of bepaalde maatregelen met een beroep op andere dwingende redenen van algemeen belang in stand hadden kunnen blijven terwijl de resterende vier belangen van artikel 16 geen soelaas bieden. Ook als nader onderzoek aantoonde dat de schade van deze beperking voor gemeenten blijkt mee te vallen, zijn er in ieder geval twee punten die aandacht behoeven:

1. Uit communautair oogpunt bevat artikel 16 Dienstenrichtlijn een afwijking van de uitleg die het Hof in de loop der jaren heeft gegeven aan de Verdragsbepalingen inzake alle vier vrijheden. In de rechtspraak is de uitleg van de verboden en de excepties van de vier vrijheden juist steeds meer naar elkaar toegegroeid. Het is dan ook de vraag of het Hof de beperking van artikel 16 zal accepteren. De Dienstenrichtlijn mag als secundair gemeenschapsrecht niet in strijd zijn met het primair gemeenschapsrecht, de Verdragsbepalingen en hun interpretatie door het Hof.
2. Voor de centrale en decentrale wetgevers die de Dienstenrichtlijn moeten implementeren kan het problematisch zijn dat bij tijdelijke dienstverlening veel minder belangen kunnen worden ingeroepen dan bij vestiging. Ik zal dat nader toelichten in mijn tweede bijdrage.

6. Conclusies

Aan de hand van deze eerste bijdrage over de Dienstenrichtlijn kom ik tot de volgende conclusies:

1. Mede gezien de enorme reikwijdte van de begrippen ‘dienst’ en ‘dienstverlener’ heeft de Dienstenrichtlijn vergaande gevolgen niet alleen voor de centrale overheid maar ook voor de gemeenten.
2. De individuele gemeenten moeten de implementatie van de Dienstenrichtlijn niet aan de vakdepartementen, BZK en VNG overlaten maar met hun concrete praktijkervaring actief deelnemen aan dat proces.

⁶¹ Zie nader de voorwaarden van artikel 18 lid 2 Dienstenrichtlijn.

3. Voor een goed begrip van de Dienstenrichtlijn moeten gemeenten die tot nu toe het leerstuk van de vier vrijheden hebben veronachtzaamd allereerst een forse inhaalslag maken. Zonder voorkennis is de Richtlijn niet te begrijpen.
4. De voorschriften voor administratieve vereenvoudiging en één loket (hoofdstuk II) vragen om aanzienlijke inspanning en investering maar zijn een uitdaging voor gemeenten die een pro-actief economisch beleid voeren.
5. Talrijke bestaande vergunningstelsels waar gemeenten in medebewind of autonomie bij betrokken zijn die – mede - betrekking kunnen hebben op grensoverschrijdende dienstverleners die zich vestigen moeten vooraf worden getoetst en aangepast aan de strenge eisen van de Dienstenrichtlijn (hoofdstuk III). We moeten onder andere denken aan milieuvergunningen voor horeca, dansscholen, sportscholen, zweminrichtingen; bouwvergunningen, vergunningen voor seksinrichtingen, ventvergunningen, evenementenvergunningen, standplaatsvergunningen.
6. Voor de grensoverschrijdende dienstverleners die zich vestigen in de gemeente mogen die vergunningstelsels niet direct of indirect discrimineren; zij moeten expliciet gebaseerd zijn dwingende redenen van algemeen belang (*rule of reason*). De vergunning en de voorwaarden moeten de Europese noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets kunnen doorstaan. Er is geen ruimte meer voor discretionaire en vage bevoegdheden.
7. Voor diensverleners die tijdelijk de grens overkomen (hoofdstuk IV) mogen alleen eisen worden gesteld die niet direct of indirect discrimineren en de Europese noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets kunnen doorstaan. Eisen mogen alleen gebaseerd zijn op openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en milieu. Aan deze dienstverleners mogen geen vergunningseisen, inschrijvingseisen of vestigingseisen worden gesteld.
8. Hoewel de Dienstenrichtlijn formeel niet geldt voor in Nederland woonachtige Nederlandse dienstverleners (zuiver interne situatie), zal de plicht om vergunningstelsels vooraf en in algemene regelingen aan te passen aan de Dienstenrichtlijn er toe leiden dat gemeenten de vereenvoudigde en transparante vergunningstelsels voor grensoverschrijdende dienstverleners ook gaan hanteren voor 'eigen' dienstverleners. 'Vrijwillige' harmonisatie voor zuiver interne gevallen dringt zich op.
9. Implementatie van de Dienstenrichtlijn kan er toe leiden dat er een onlogische en onevenwichtige caesuur ontstaat binnen nationale of gemeentelijke wetgeving die mede betrekking heeft op uitgezonderde diensten of activiteiten die geen diensten zijn. In dergelijke gevallen dringt zich eveneens een 'vrijwillige' harmonisatie op buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.