

GEMEENTEN EN DE DIENSTENRICHTLIJN (2)

Gemeentelijke dilemma's

Prof.dr. Bart Hessel

[verschenen in *de Gemeentestem* 2007 nr. 7271, p. 197-203]

In de eerdere bijdrage Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (Gst.7269) is een eerste schets gegeven van de wijzen waarop gemeenten met de Dienstenrichtlijn te maken krijgen. Gemeenten worden daarin opgeroepen de implementatie van de Dienstenrichtlijn niet volledig aan anderen als VNG en BZK over te laten, maar daar zelf vanuit de concrete praktijk actief bij betrokken te zijn. In deze tweede bijdrage zullen enkele dilemma's worden beschreven waar gemeenten dan mee geconfronteerd kunnen worden. Zij illustreren de grote kloof die bestaat tussen de ontwerpers van de Dienstenrichtlijn en de gemeentelijke praktijk.

1. Inleiding

Ook wanneer uit nader onderzoek zou blijken dat de beleidsmatige, inhoudelijke gevolgen van de Dienstenrichtlijn voor gemeenten meevallen en zij hun beleid, na aanpassing van vergunningenstelsels en regelgeving goeddeels kunnen voortzetten, kunnen we nu al vaststellen dat gemeenten bij de implementatie van de Richtlijn voor een aantal dilemma's komen te staan die tot belangrijke keuzes dwingen. Ik behandel er drie.

2. Verschillende eisen voor verschillende dienstverleners

In het Europese recht is discussie gevoerd over de vraag of de beperkingen van het vrij dienstenverkeer zouden moeten worden aangepakt door sectorgewijze regelgeving of met één algemene regeling. Met de Dienstenrichtlijn is voor het laatste gekozen en dat heeft het voordeel dat voor alle betrokken diensten in beginsel dezelfde regels gelden. Op Europees niveau heeft de Richtlijn dus een sterk homogeniserende werking. Bij de implementatie van de Richtlijn worden gemeenten echter geconfronteerd met het dilemma dat voor verschillende dienstverleners verschillende regels gaan gelden terwijl de gemeentelijke wetgever voorheen juist één algemene regeling kende. Dat kan worden toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld.

De gemeente Utrechtse kent een algemene standplaatsvergunning voor sieraden en kunst.¹ Deze kan alleen de laatste woensdag van elke kalendermaand worden aangevraagd. Naast 2 pasfoto's moet een uittreksel uit het bevolkingsregister worden overgelegd en een bewijs van inschrijving bij het Centraal Registratiekantoor voor Detailhandel en Ambacht. De vergunning moet maandelijks worden verlengd en er zijn slechts 16 standplaatsen beschikbaar.

We mogen aannemen dat de gemeenteambtenaar die deze vergunningen beoordeelt niet gehinderd wordt door enige kennis van de – bestaande - regels van het vrij verkeer en deze regeling thans zonder onderscheid toepast op de Nederlandse kunstschilder uit

¹ Zie www.utrecht.nl, gemeenteloket, loket vergunningen.

Utrecht of Amsterdam die portretten wil schilderen van voorbijgangers, op de Belgische portretschilder die zich in Utrecht wil vestigen en op de in Aken woonachtige Duitse collega die een keer per week zijn schildersezels in Utrecht wil neerzetten.

Onder de Dienstenrichtlijn moet dat in ieder geval voor de portretschilder die diensten aanbiedt anders worden, of we het begrip 'handel' nu ruim moeten hanteren of als resultaat van de onderhandelingen beperkt mogen opvatten.² Het verschil in interpretatie heeft gevolgen voor het vergunningenbeleid van de gemeente Utrecht jegens de Belgische kunstenaar die zich in Utrecht wil vestigen en een stalletje met sieraden wil exploiteren en de Duitse zilversmid die op zaterdag uit Aken overwipt naar Utrecht om zijn kettingen te verkopen. Zoals ik in mijn eerste bijdrage stelde, is de Dienstenrichtlijn naar mijn mening ook van toepassing op deze personen maar dat is volgens de implementerende ministeries een achterhaalde opvatting.

Het voorbeeld maakt duidelijk dat het uit een oogpunt van subsidiariteit slechts kan worden toegejuicht als gemeenten de bij de onderhandelingen behaalde 'winst' zouden kunnen pakken. Laat ik mijn gereede twijfel dan ook opzij zetten en het voorbeeld uitwerken voor de portretschilder die met zijn standplaatsvergunning diensten wil aanbieden. Op de genoemde sieradenverkopers, die voor de Utrechtse praktijk natuurlijk veel interessanter zijn, kom ik hierna nog terug.

Voor de Belgische portretschilder die zich in Utrecht wil vestigen moet de regeling aangepast worden aan hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn.

De doelstellingen voor de vergunning zijn niet geëxpliciteerd en uiteraard heeft er ook geen proportionaliteitstoets plaats gevonden. De gemeente moet dus een of enkele expliciete dwingende redenen van algemeen belang kiezen en opnemen in haar regeling. Daarna moet zij bezien of voor het bereiken van die dwingende reden een vergunning is vereist of dat volstaan kan worden met melding vooraf of – let op! - controle achteraf. Het is mij niet duidelijk of de vergunningverlener beleidsvrijheid heeft die tot willekeur kan leiden maar de vergunning heeft een tijdelijk karakter en er is slechts ruimte voor 16 standplaatsen. Aangenomen dat de vergunning proportioneel is, moet de gemeente ook aannemelijk maken dat de tijdelijkheid en het beperkte aantal vergunningen gerechtvaardigd zijn om dwingende redenen van algemeen belang.³

Als we kijken naar de Duitse portretschilder die tijdelijk de grens over wipt moet de regeling de toets aan hoofdstuk IV doorstaan. Hoofdregel is dan het verbod van artikel 16 lid 2 sub b, om een vergunningeis te stellen. Uitzonderingen van artikel 17 bieden hier geen soelaas. Verder is een uittreksel uit het bevolkingsregister niet aan de orde en de inschrijving bij het Centraal Registratiekantoor voor deze kunstenaar ook in strijd met artikel 16 lid 2 sub b. Dienstenrichtlijn.

Op de in Utrecht gevestigde Belgische portretschilder mag de gemeente wellicht een beter gemotiveerd en aangepast standplaatsvergunningenstelsel toepassen maar de Duitse kunstbroeder mag daar niet mee geconfronteerd worden. Aan hem mogen slechts niet-discriminerende eisen van openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid of milieu worden gesteld die noodzakelijk en proportioneel zijn.

² Zie mijn eerste bijdrage par. 2.2.

³ Zie: artikel 11 lid 1 sub b en c Dienstenrichtlijn.

Afgezien van de in mijn eerste bijdrage genoemde vrijwillige harmonisatie voor interne situaties (par. 4.2.1.) kan de gemeente de bestaande regeling onverkort toepassen op volledig Utrechtse of Nederlandse portretschilders. Dit kan leiden tot drie verschillende regelingen voor verschillende kunstenaars.

a. Problemen voor de gemeentelijke wetgever

Vanuit traditioneel Europeesrechtelijk perspectief is het geen probleem dat we voor de verschillende dienstverleners verschillende regels kennen. Bij de traditioneel casuïstische benadering heeft men immers per geval maar met één van de categorieën van doen. Dat wordt anders wanneer we met de Dienstenrichtlijn van casuïstiek overstappen op algemene regelgeving. De gemeentelijke wetgever komt dan voor het probleem te staan dat hij in één verordening de dienstverlening door drie verschillende dienstverleners moet regelen.

Betekent dit dat een lokale wetgever die zijn wetgeving niet te ingewikkeld wil maken er uiteindelijk voor zal kiezen dat het meest eenvoudige regime – voor de tijdelijke grensoverschrijdende dienstverlener – ook wordt ingevoerd voor de andere dienstverleners?⁴ Dat zou leiden tot ontmanteling van het vergunningstelsel. Uiteraard zal de tijdelijke grensoverschrijdende dienstverlener zich niet bij alle diensten aandienen, maar binnen de Utrechtse regelgeving moeten we naast de genoemde standplaatsvergunning in ieder geval ook denken aan de ventvergunning en de evenementenvergunning.

De gemeentelijke wetgever die de drie verschillende dienstverleners in één regeling moet opnemen zal ook problemen kunnen ondervinden van de bovengenoemde beperking van de excepties in artikel 16. (Wellicht aanleiding voor een proefproces bij het Hof over de houdbaarheid van deze beperking?) Het ligt immers in de rede dat een gemeente voor de regeling van een bepaalde dienst hetzelfde belang kiest of het nu gaat om de gevestigde dienstverleners van hoofdstuk III of om de tijdelijke dienstverleners van hoofdstuk IV. Betekent dit dat de lokale wetgever die zijn wetgeving consistent en transparant wil houden bij diensten waar de grensoverschrijdende dienstverlener opduikt in feite slechts zal kunnen kiezen voor de belangen van openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en milieu? Dat lijkt zelfs het geval wanneer de gemeentelijke wetgever slechts een vergunningstelsel wil hanteren voor eigen dienstverleners en voor de dienstverleners van hoofdstuk III.⁵ Het lijkt mij zeer wel mogelijk dat de praktisch ingestelde lezer de indruk krijgt dat het allemaal niet zo'n vaart zal lopen omdat we met een beroep op een vangnet als de openbare orde heel ver kunnen komen. Zoals verderop zal blijken valt dat vangnet erg tegen (par. 3.). Eerst wil ik nog terugkomen op de vraag hoe Utrecht zou moeten omgaan met haar standplaatsvergunning voor sieraden- en kunst ten aanzien van sieradenverkopers uit andere lidstaten.

⁴ Ik kan mij moeilijk voorstellen dat de gemeente Utrecht een standplaatsvergunning zal handhaven voor 'eigen' dienstverleners en onderdanen uit andere lidstaten die zich in Utrecht vestigen, en daar dan in haar verordening aan zal toevoegen dat dienstverleners uit andere lidstaten die tijdelijk in Utrecht diensten verrichten geen vergunning nodig hebben.

⁵ Ik kan mij moeilijk voorstellen dat een gemeente voor eenzelfde dienst een vergunningstelsel fundeert op een dwingende reden van algemeen belang als bescherming van de afnemers van diensten of bescherming van de consument en voor de dienstverlener die tijdelijk de grens overkomt een of twee van de vier belangen van artikel 16 hanteert.

b. Praktische complicaties bij de beperkte interpretatie van ‘handel’

Laten we aannemen dat de beperkte interpretatie van het begrip handel door de betrokken ministeries en het IPO juist is en dat de standplaats- en ventvergunning voor goederen niet onder de Dienstenrichtlijn vallen. In dat geval zullen gemeenten bij de aanpassing van hun wetgeving met grote praktische complicaties geconfronteerd worden. Zie ik het goed, dan zal dat er toe leiden dat de bij de onderhandelingen behaalde ‘winst’, op het niveau van de gemeentelijk praktijk althans, volledig verdampt.

Als we teruggaan naar het voorbeeld van de Utrechtse standplaatsvergunning voor sieraden en kunst heeft de beperkte interpretatie tot gevolg dat de gemeente in haar verordening een onderscheid moet maken tussen standplaatsvergunningen voor het aanbieden van diensten en vergunningen voor het aanbieden van goederen. Omdat we aannemen dat de eerder genoemde Belgische sieradenverkoper en de Duitse zilversmid niet onder de Richtlijn vallen kan de gemeente Utrecht voor die kunstenaars het bestaande standplaatsvergunningstelsel blijven hanteren. Afgezien van het feit dat het in de praktijk erg moeilijk zal zijn op voorhand een onderscheid te maken tussen vergunningen voor diensten en voor goederen, zie ik het echter niet gebeuren dat de gemeentelijke wetgever aan de ene kant de bovengenoemde ingrijpende versoepelingsoperatie zal uitvoeren waar de Dienstenrichtlijn hem voor de buitenlandse portretschilders toe verplicht, en aan de andere kant het bestaande vergunningstelsel zal blijven hanteren voor standplaatsen die slechts betrekking hebben op goederen. We mogen er dan ook op rekenen dat een lokale wetgever, die zijn wetgeving op het terrein van standplaatsvergunningen en ventvergunningen enigszins consistent en transparant wil houden, geen ingewikkeld onderscheid zal maken tussen vergunninghouders die diensten aanbieden en vergunninghouders die goederen verkopen. Aldus neem ik aan dat de Utrechtse wetgever, zelfs als de Dienstenrichtlijn daar niet toe zou verplichten, bij het overwegen van de bovenbeschreven ontmanteling van zijn vergunningstelsel ook de in Utrecht gevestigde Nederlandse en Belgische sieradenverkoper en de Duitse zilversmid zal meenemen.

3. Onduidelijkheden rond het begrip openbare orde

Als we naar de APV's kijken zien we dat gemeenten niet zelden bepaalde vergunningen kunnen weigeren als de aanvrager in enig opzicht van slecht levensgedrag is.

Voorbeelden daarvan zijn de vergunning voor seksinrichtingen en de evenementenvergunning van de gemeente Utrecht. De toets aan slecht levensgedrag vinden we ook in de Drank- en Horecawet die door de gemeenten wordt uitgevoerd. Artikel 8 lid 2 sub b Drank- en Horecawet stelt voor het verkrijgen van de vergunning onder meer als eis dat de leidinggevenden niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn. Deze eis wordt bij algemene maatregel van bestuur nader omschreven en aangevuld met andere eisen ten aanzien van het zedelijk gedrag van leidinggevenden.⁶ In deze amvb komen we onder meer de eis tegen dat een leidinggevende niet binnen de laatste vijf jaar onherroepelijk veroordeeld is tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf van meer dan zes

⁶ Artikel 8 lid 3 Drank- en Horecawet.

maanden.⁷ Deze criteria van slecht levensgedrag en niet veroordeeld zijn komen we ook tegen in de Utrechtse APV bij de vergunning voor seksinrichtingen (artikel 70 lid 4 sub b) en het eerste criterium evenzeer bij de organisator van evenementen (artikel 121e). De vergunning voor seksinrichtingen de evenementenvergunning en de horecavergeving vormen goede voorbeelden nader stilstaan bij het begrip openbare orde uit de Dienstenrichtlijn. Voor Nederlandse overheden is het begrip openbare orde een zeer ruim begrip waarmee allerlei overheidsgedrag wordt gelegitimeerd. In het Europese recht is dat echter niet het geval.

a. Een enge interpretatie in de rechtspraak

Vanaf 1957 kende het toenmalige EEG-Verdrag voor de regels van het vrij verkeer een exceptie op grond van de openbare orde.⁸ Zoals alle excepties wordt dat begrip door het Hof van Justitie eng geïnterpreteerd. Voor de lidstaten en hun decentrale overheden is dat niet zelden een onverwachte tegenvaller gebleken. In haar bijdrage aan dit blad wijst Hanneke Luijendijk op de onmogelijkheid voor de burgemeester van Eindhoven om met een beroep op het Europese begrip openbare orde preventief op te treden tegen een groep Franse voetbalhooligans.⁹ Voor het vrij verkeer van personen en diensten heeft de enge interpretatie haar neerslag gevonden in Richtlijn 2004/38 voor het verblijfsrecht van Unieburgers en hun familie, die op 1 mei 2006 in werking is getreden.¹⁰

Volgens artikel 27 lid 2 Richtlijn 2004/38¹¹ moeten beperkingen van het inreisrecht en het verblijfsrecht om redenen van openbare orde of openbare veiligheid evenredig zijn en uitsluitend gebaseerd zijn op het gedrag van betrokkenen. Strafrechtelijke veroordelingen vormen als zodanig geen reden voor deze maatregelen. De Richtlijn biedt het gastland de bevoegdheid het land van oorsprong en eventueel andere lidstaten te verzoeken om mededeling van politieke gegevens betreffende betrokkene.¹² Dat het begrip openbare orde direct verbonden moet worden met het gedrag van betrokkenen wijkt aanzienlijk af van de interpretatie van dat begrip door de Nederlandse overheden. Ik vrees dan ook dat de Dienstenrichtlijn bij de interpretatie van dit begrip veel meer problemen zal geven dan nu door de koepels van gemeenten en provincies wordt gedacht.¹³ Laat ik mij voorlopig beperken tot de concrete voorbeelden van de Utrechtse vergunningen voor seksinrichtingen en evenementen.

De APV van Utrecht maakt niet duidelijk wanneer de gemeente van oordeel is dat de organisator van evenementen 'in enig opzicht van slecht levensgedrag is'. Gemakshalve ga ik er van uit dat dit zeker het geval zal zijn wanneer hij onvoorwaardelijk is veroordeeld voor meer dan zes maanden.

De vraag die dan beantwoord moet worden is of de gemeente Utrecht onder de Dienstenrichtlijn een dienstverlener uit een andere lidstaat kan weigeren wanneer deze

⁷ Zie voor de nadere uitwerking: artikel 3 de leden 1 en 2 Besluit eisen zedelijk gedrag Drank- en Horecawet 1999.

⁸ Thans de artikelen 39 lid 3 (werknemers), 46 lid 1 (vestiging) en 55 EG (diensten).

⁹ Hanneke Luijendijk, Gemeenten en de regels van het vrij personenverkeer, *Gst.* 2006, 7246, p. 106.

¹⁰ Hanneke Luijendijk, a.w., p. 105.

¹¹ *PbEG* 2004, L 229/35.

¹² Artikel 27 lid 3 Richtlijn 2004/38.

¹³ In de wandelgangen is mij al opgevallen dat met name bij de koepels een nogal optimistische interpretatie van openbare orde circuleert.

een bordeel of een sekswinkel wil openen of een evenement wil organiseren. De gemeente wordt dan geconfronteerd met de exceptie van openbare orde. Op grond van de bestaande Europese rechtspraak en regelgeving moeten gemeenten zich bij de interpretatie van het begrip openbare orde realiseren dat zij voor de dienstverleners van de hoofdstukken III en IV de beperkte interpretatie van het Hof en Richtlijn 2004/38 moet volgen. Concreet betekent dit dat een Duitser die zich in Utrecht wil vestigen om een sekswinkel te beginnen, dan wel woonachtig in Gronau in Utrecht evenementen wil organiseren, niet louter mag worden geweigerd omdat hij strafrechtelijk onvoorwaardelijk veroordeeld is geweest voor meer dan zes maanden. Verder moeten eventuele aanvullende argumenten tegen dergelijke grensoverschrijdende dienstverleners binnen het begrip openbare orde ook gerelateerd worden aan hun concrete gedrag. Hierbij kunnen twee kanttekeningen worden geplaatst (zie onder b en c).

b. Verschil tussen verblijfsrecht en verlenen van bepaalde diensten?

Uit traditioneel communautair gezichtspunt is het bovenstaande juist, maar vanuit de positie van de centrale en decentrale overheid van de lidstaat kan daar het volgende bij worden opgemerkt. Volgens het gemeenschapsrecht mag het zo zijn dat een onderdaan van een andere lidstaat zijn verblijfsrecht niet verliest bij een strafrechtelijke veroordeling, maar het recht om te verblijven is toch iets anders dan het recht om bepaalde 'gevoelige' diensten te verlenen, zoals het exploiteren van een bordeel of sekswinkel, het organiseren van evenementen of het runnen van een horecabedrijf. Er is veel voor te zeggen om naast een algemene openbare orde drempel voor verblijf voor dergelijke 'gevoelige' diensten nog een extra, bijzondere drempel te hanteren. Dan rijst de vraag of de Dienstenrichtlijn daar de ruimte voor biedt.

Als ik het goed zie, is die ruimte er wellicht wel voor de dienstverleners van hoofdstuk III, dus de Duitse evenementenorganisator of seksinrichtingexploitant die zich in Utrecht wil vestigen maar niet voor dienstverleners van hoofdstuk IV, de Duitse evenementenorganisator uit Gronau. Als we het over de horecavergunning hebben is die ruimte er wellicht wel voor onze Franse patron wanneer hij in Zandvoort met een vergelijkbare APV geconfronteerd wordt. Wanneer we de problemen van paragraaf 2. even laten voor wat ze zijn, kan voor de dienstverlener van hoofdstuk III namelijk de ruime *rule of reason* gehanteerd worden en die zou ruimte kunnen bieden voor een extra drempel. Bij de dienstverleners van hoofdstuk IV, zoals de Duitse evenementenorganisator uit Gronau zitten we daarentegen vast aan het begrip openbare orde.

Dan wordt de vraag actueel of het in het kader van de Dienstenrichtlijn mogelijk is om het begrip openbare orde ruimer te interpreteren dan in de rechtspraak gebruikelijk is. Hier kan het volgende over worden gezegd.

c. Onduidelijkheid tijdens het onderhandelingsproces

In eerste instantie gaf het Commissievoorstel van de Dienstenrichtlijn geen aanleiding om te twifelen aan de enge maar duidelijke interpretatie van het begrip openbare orde van het Hof en Richtlijn 2004/38. Tijdens de onderhandelingen is er echter een complicatie opgetreden. Bij de onderhandelingen over het gewijzigd voorstel van de Commissie van april 2006 is de beperkte interpretatie van het begrip openbare orde voorwerp van kritiek geweest. Om aan de bezwaren tegemoet te komen en met name ruimte te bieden voor

typisch Nederlandse zaken als euthanasie en abortus hebben de onderhandelingen, naar mij van de zijde van de Nederlandse onderhandelaars is medegedeeld, geleid tot een ruimere interpretatie van het begrip openbare orde dan de bestaande. Het begrip bevat ook onderwerpen in verband met de menselijke waardigheid, de bescherming van minderjarigen en kwetsbare volwassenen alsmede dierenwelzijn. In de *Minutes Statements* van de Commissie bij de vaststelling van het politiek akkoord heeft de Commissie bevestigd dat onder de bescherming van minderjarigen ook begrepen mag worden het bevorderen van het welzijn en de ontwikkeling van kinderen. De neerslag van deze verruiming vinden we terug in punt (41) van de preambule waar staat:

‘Het begrip openbare orde, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, omvat de bescherming tegen een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving, en kan met name onderwerpen in verband met de menselijke waardigheid, de bescherming van minderjarigen en kwetsbare volwassenen, als ook dierenwelzijn omvatten.’

De Nederlandse onderhandelaars zijn tevreden dat zij het begrip openbare orde nu ruimer kunnen interpreteren, maar deze aanpassing van de Dienstenrichtlijn is niet zonder problemen.

Om te beginnen is het politiek wel te begrijpen maar verdient het juridisch niet de schoonheidsprijs om in artikel 16 vast te houden aan een zeer beperkt aantal excepties en die dan zo uit te leggen dat sommige belangen van de *rule of reason* zoals dierenwelzijn daaronder worden gerekend.

In de tweede plaats is met deze verruiming het begrip openbare orde er niet duidelijker op geworden terwijl het voor de lidstaten en hun decentrale overheden zo’n cruciaal begrip is. Hoe moeten we de verruiming interpreteren? Ik neem aan dat die alleen betrekking heeft op de expliciet vermelde begrippen en dat voor het overige de strenge interpretatie geldt. Omdat dierenwelzijn en bescherming van minderjarige en kwetsbare volwassenen de gemeente Utrecht geen soelaas biedt om voor de Gronause evenementenverzorger een zwaardere drempel op te werpen neem ik aan dat deze onder de vlag van de openbare orde nog steeds niet geweigerd mag worden louter op grond van een strafrechtelijke veroordeling. Dat de winst van onze onderhandelaars aanleiding geeft tot dergelijke overwegingen maakt duidelijk dat de Europese wetgever zich op een hellend vlak begeeft wanneer hij de deur op een kier zet voor welke verruiming dan ook van het begrip openbare orde. Het Hof is daar niet voor niets decennia lang zeer strikt en consequent mee omgegaan.

Tenslotte stel ik vast dat de bevochten verruiming in de preambule van de Dienstenrichtlijn wel erg rechtspraakconform is geformuleerd. Zonder de toelichting door de onderhandelaars is het bijzonder moeilijk uit punt (41) op te maken dat het begrip ruimer moet worden uitgelegd dan thans door het Hof geschiedt. Ook wanneer ik de boze gedachte verdring dat de Commissie de Nederlandse onderhandelaars met deze formulering bewust blij heeft willen maken met een dooie mus, stel ik vast dat de Commissie met deze tekst het Hof alle ruimte biedt bij een geschil over het begrip openbare orde aan zijn eigen interpretatie vast te houden. Ook hier geldt dat secundair gemeenschapsrecht niet in strijd mag zijn met primair Verdragsrecht.

We moeten in ieder geval vaststellen dat de Commissie tijdens de onderhandelingen bepaalde overwegingen aan de preambule heeft toegevoegd om het proces van besluitvorming en acceptatie te bevorderen. Als de Richtlijn dan eenmaal is geaccepteerd

en inwerking getreden, worden de lidstaten en hun decentrale overheden met de vraag opgezadeld welke betekenis aan dergelijke overwegingen moet worden gegeven in relatie tot de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zolang het Hof zich niet expliciet geconformeerd heeft aan een ruimere uitleg van de Dienstenrichtlijn lopen de lidstaten en de gemeenten het risico dat zij zich ten onrechte rijk rekenen. Een dergelijke onduidelijkheid komt ook bij het derde en laatste dilemma aan de orde.

4. De ruime interpretatie van de betreffende vrijheden

Door het containerbegrip diensten heeft de Dienstenrichtlijn een zeer grote reikwijdte die op zich al problematisch is. Bij het selecteren van de regelingen en vergunningen die de gemeenten moeten toetsen aan de Dienstenrichtlijn doet zich echter nog een extra complicatie voor. In de loop van de tijd heeft het Hof van Justitie de vier vrijheden zo ruim uitgelegd dat daar ook allerlei begeleidende rechten onder vallen, die het vrij verkeer vergemakkelijken of een logisch uitvloeisel daarvan vormen.¹⁴ Dat roept de vraag op hoever de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn strekt. Omdat in de Richtlijn steeds in één adem wordt gesproken van de toegang tot en de uitoefening van diensten mogen we aannemen dat we ruim moeten interpreteren en de begeleidende rechten moeten meenemen.

a. Begeleidende rechten meenemen

Als voorbeeld in de decentrale sfeer kan gewezen worden op het arrest *Steinhauser*.¹⁵ De Duitse kunstschilder Steinhauser werd in de Franse stad Biarritz uitgesloten van een openbare inschrijving voor een gemeentelijke expositieruimte omdat deze inschrijving alleen toegankelijk was voor personen met de Franse nationaliteit. Het Hof oordeelde dat de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging niet uitsluitend de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst betreft, doch eveneens de uitoefening van die werkzaamheden in ruime zin. Het huren van een lokaal voor beroepsdoeleinden vergemakkelijkt de beroepsuitoefening en valt daarmee onder de werking van artikel 43 EG. Regelingen voor het ter beschikking stellen van gemeentelijke expositieruimten moeten dus aan de Dienstenrichtlijn getoetst worden. Een concreet voorbeeld ter illustratie. De gemeente Bunnik stelt regelmatig kunstenaars in de gelegenheid te exposeren in het gemeentehuis. Uiteraard is de gemeente niet zo dom geweest als Biarritz om die mogelijkheid te beperken tot Nederlandse kunstenaars. De faciliteiten staan open voor kunstenaars die woonachtig zijn in Bunnik. Dit betekent dat de Spaanse schilder die zich gevestigd heeft in Bunnik kan exposeren en wat dat betreft lijkt Bunnik dus goed te zitten. Toch doet zich hier een complicatie voor die voortvloeit uit het feit dat bij de Dienstenrichtlijn alleen naar de lidstaten is gekeken en niet naar de decentrale overheden. Ook onder de Richtlijn kan Bunnik de in Utrecht gevestigde Utrechtse kunstenaar toegang weigeren tot de expositieruimte (zuiver interne situatie). Maar hoe zit het met de Belgische kunstenaar die zich in Utrecht heeft gevestigd? Deze kunstenaar valt onder de regels van hoofdstuk III en die laten geen ruimte voor woonplaatsvereisten. In de eerdere voorbeelden ben ik er steeds van uitgegaan dat de dienstverlener van hoofdstuk III zich ook vestigt in de gemeente die de vergunningen en regelingen moet

¹⁴ Zie: Hanneke Luijendijk, a.w., p. 108/109.

¹⁵ Zaak 197/84, *Steinhauser*, *Jur.* 1985, p. 1819.

aanpassen en toepassen. De Richtlijn creëert echter een nieuwe categorie dienstverleners waar we binnen het EG-recht nog geen ervaring mee hebben: onderdanen uit andere lidstaten die zich in gemeente A hebben gevestigd en aanspraken maken op voorzieningen in gemeente B. Of die categorie extra problemen oplevert moet nader worden gezien.

Het voorbeeld mag duidelijk maken dat het door de begeleidende rechten niet eenvoudig is de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vast te stellen. In dit verband kan ook gewezen worden op de ruime interpretatie van het recht van vestiging in het in mijn eerste bijdrage genoemde Konle-arrest.¹⁶ Zoals gezegd moest het Hof zich in deze zaak uitspreken over het instrument van de vergunning voor het verkrijgen van de eigendom van een bouwterrein om in het kader van de ruimtelijke ordening te waarborgen dat een woning niet als vakantiewoning zal worden gebruikt. In aansluiting op eerdere rechtspraak stelde het Hof 'dat nationale maatregelen die de eigendomsverkrijging van grond regelen, in overeenstemming dienen te zijn met de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging van onderdanen van de lidstaten en het vrije kapitaalverkeer.'¹⁷ Volgens het Hof 'is het recht om onroerende goederen op het grondgebied van een andere lidstaat te verkrijgen, te gebruiken of te vervreemden, het noodzakelijk complement op de vrijheid van vestiging.'¹⁸

Uit dit arrest blijkt dat regelingen die betrekking hebben op het verkrijgen, het gebruiken of het vervreemden van onroerende goederen door onderdanen uit andere lidstaten in strijd kunnen zijn met de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal. Dergelijke regelingen kunnen dan alleen met een beroep op de excepties – inclusief noodzakelijkheid- en proportionaliteitstoets- gehandhaafd worden. Dit zou betekenen dat overheden bij de toets aan de Dienstenrichtlijn ook moeten kijken naar dergelijke regelingen voorzover die de dienstverleners die zich in Nederland vestigen belemmeren bij de toegang of de uitoefening van hun diensten.

b. Onduidelijkheid tijdens het onderhandelingsproces

Evenals bij de openbare orde zijn hier tijdens de onderhandelingen over de Dienstenrichtlijn complicaties opgetreden die leiden tot onduidelijkheid.

Zo vinden we, in aansluiting op het Gemeenschappelijk standpunt van 17 juli 2006, in punt (9) van de preambule de volgende passage.

'Deze richtlijn is alleen van toepassing op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. Deze richtlijn is derhalve niet van toepassing op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, en evenmin op administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit in acht dienen te nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen.'

Het is mij niet duidelijk wat de gevolgen van deze passage zijn voor de rechtspraak volgens Konle. Het lijkt me dat gemeenten niet al te veel hoop moeten putten uit deze

¹⁶ Zaak C-302/97, *Konle*, *Jur.* 1999, p. I-3099. Zie mijn eerdere bijdrage par. 4.3.1.

¹⁷ *Konle*, punt 22.

¹⁸ *Konle*, punt 22.

passage die tijdens de onderhandelingen over de Richtlijn is toegevoegd. Evenals bij de openbare orde clause geldt hier dat het secundair gemeenschapsrecht niet in strijd mag zijn met het primaire Verdragsrecht en de uitleg daarvan door het Hof.

5. Conclusies

Aan de hand van het voorafgaande kom ik tot de volgende conclusies:

1. Bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn wordt de gemeentelijke wetgever geconfronteerd met het probleem dat er verschillende regels gelden voor grensoverschrijdende dienstverleners die zich vestigen (hoofdstuk III), tijdelijke grensoverschrijdende dienstverleners (hoofdstuk IV) en ‘eigen’ dienstverleners. De gemeentelijke wetgever die zijn wetgeving consistent en transparant wil houden komt voor het dilemma te staan om de minst vergaande eisen – voor de tijdelijke grensoverschrijdende dienstverlener – ook voor beide andere dienstverleners toe te passen.
2. Tijdens de onderhandelingen is ‘winst’ behaald in die zin dat het begrip ‘handel’ beperkt geïnterpreteerd zou mogen worden tot het aanbieden van diensten. Ook als die beperkte interpretatie gehanteerd zou mogen worden, zal op gemeentelijk niveau de ‘winst’ volledig verdampen. Het is moeilijk denkbaar dat de gemeentelijke wetgever bij het regelen van standplaatsvergunningen en ventvergunningen een strikte scheiding zal maken tussen handel in diensten en handel in goederen. We mogen verwachten dat de aanpassing van deze vergunningstelsels zich ook zal gaan uitstrekken tot handel in goederen.
3. Gemeenten dienen te beseffen dat de exceptie ‘openbare orde’ in het gemeenschapsrecht sinds jaar en dag door het Hof van Justitie zeer eng wordt uitgelegd. Hoewel tijdens de onderhandelingen door Nederland een verruiming van het traditionele begrip is gerealiseerd, mogen gemeenten zich niet rijk rekenen. De behaalde ‘winst’ leidt voornamelijk tot onduidelijkheden over het begrip en zolang het Hof van Justitie de bereikte verruiming niet expliciet heeft erkend, bestaat hier onzekerheid.
4. Bij het bepalen van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn moeten gemeenten ook de begeleidende rechten meenemen. Volgens het Hof van Justitie is het recht om onroerende goederen op het grondgebied van een andere lidstaat te verkrijgen, te gebruiken of te vervreemden het noodzakelijk complement op de vrijheid van vestiging. Dit betekent dat bij de vestiging van grensoverschrijdende dienstverleners gemeenten ook moeten kijken naar de regels voor het verkrijgen, gebruiken of vervreemden van onroerende goederen. Tijdens de onderhandelingen is ook hier ‘winst’ behaald door een expliciete beperking van de reikwijdte van de Richtlijn in de preambule punt (9). Ook hier geldt dat deze winst voornamelijk leidt tot onduidelijkheid en zolang het Hof de bereikte beperking niet expliciet heeft erkend bestaat hier onzekerheid.
5. Zoals in de eerste bijdrage werd benadrukt kan de Dienstenrichtlijn slechts begrepen worden met goede voorkennis van het bestaande recht en de rechtspraak over het vrij verkeer. Met deze voorkennis wordt men geconfronteerd met het feit

dat tijdens de onderhandelingen op een aantal punten 'winst' zou zijn ten opzichte van de bestaande rechtspraak. Van die 'winst' vinden we echter niets tastbaars terug in de preambule of de Dienstenrichtlijn zelf. Uit politiek oogpunt kunnen gemeenten er voor kiezen de mogelijke 'winst' volledig te benutten. Als zij daarentegen geen risico's willen nemen, doen zij er verstandig aan voorlopig de bestaande interpretatie van het Hof van Justitie te volgen.