

VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

Voorgenomen besluitvorming EU

De bezems van Bolkestein

mr. B.J. Drijber

Het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie over diensten op de interne markt is een ingenieuze en ambitieuze tekst met als voornaamste doel belemmeringen voor de toegang en de uitoefening van dienstenactiviteiten uit de weg te ruimen. Daartoe worden enkele interessante voorstellen gedaan. Er wordt echter ook veel overhoopgehaald, niet alleen omdat het voorstel een zeer breed toepassingsgebied heeft, maar ook omdat het de bevoegdheden van de lidstaten sterk beknot. Zo sterk dat strijd met het EG-Verdrag dreigt. Hoewel de Commissie zegt vereenvoudiging en minder *red tape* na te streven, lijkt haar voorstel eerder tot toename van de bureaucratie te leiden. Over dit voorstel valt heel veel te zeggen.

Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (COM (2004) 2 van 13.1.2004)¹

Een liberale missie

Sinds het midden van de jaren '90 beijvert de Commissie zich voor een grootscheepse liberaliseringsoperatie. Ligt het accent eerst op het opheffen van reclame- en marketingbeperkingen,² later wordt de strategie verbreed naar alle dienstensectoren. Ambitie is de aanbieder in staat te stellen zonder verdere aanpassingskosten de interne markt vanuit één lidstaat te bedienen. Om dat doel te bereiken is een strategie ontwikkeld die met grote vasthoudendheid wordt doorgevoerd.³ De *E-commerce* richtlijn uit 2000 vormde een eerste belangrijke stap.⁴ Het hier te bespreken richtlijnvoorstel bouwt daarop voort.

Looking at the whole economic chain

Om genoemd doel te bereiken werd de theorie van de *economic chain* ontwikkeld. De keten omvat van boven naar beneden zes schakels: vestiging, gebruik van input, verkoopbevordering, distributie, verkoop en klantenservice.⁵ Centrale gedachte is dat een wettelijke belemmering niet alleen moet worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van de normadressant zelf, maar ook vanuit het perspectief van andere marktpartijen in de keten, die indirect daar de gevolgen van ondervinden. Komt ergens een kink in de keten, dan heeft iedereen daar last van. Zo wordt een kettingreactie van belemmeringen geconstrueerd. Stel een lidstaat verbiedt supermarkten benzine te verkopen. Hoewel benzine een goed is, is er volgens de Commissie een 'dienstenprobleem' omdat een supermarktketen geen gebruik kan maken van diensten van transporteurs, reclamebureaus, enzovoort. Een ander voorbeeld is dat van de ontwerper van kansspelen die zijn diensten niet kan aanbieden in landen waar een beperkt aantal casinospelen is toegestaan.⁶

Banning the ban

In deze benadering is vrijwel alles een dienst en staat het mislopen van *business* gelijk met aan 'belemmering' van het dienstenverkeer. Zo ver gaat het Hof echter niet. De distributie van goederen bijvoorbeeld is, bij mijn weten, door het Hof niet als een aparte dienst aangemerkt. Eventuele belemmeringen worden aan de regels inzake het vrij verkeer van goederen getoetst. En het begrip 'belemmering'

¹ Een gecorrigeerde Nederlandse versie is uitgebracht op 25.2.2004 (COM(2004) 2 definitief/2).

² Het Groenboek over commerciële communicaties (COM(1996) 192 van 8.5.1996) was de *kick off*.

³ Drijvende kracht achter dit beleid is een - betrekkelijk kleine - eenheid binnen DG Markt.

⁴ Richtlijn 2000/31/EG, *Pb. EG* 2000, L 178/1. Zie B.J. Drijber, De richtlijn elektronische handel op de snijtafel', *SEW* 2001, p. 122-138. Een ander voorstel dat uit dezelfde denkschool komt, is het gewijzigde voorstel voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt (COM(2002) 585 definitief). Daarmee hangt samen het voorstel voor een richtlijn oneerlijke handelspraktijken (COM(2003)356 definitief van 18.6.2003).

⁵ Zie het Verslag over de toestand van de interne markt voor diensten (COM(2002) 441 van 30.07.2002), p. 60 e.v.

⁶ Zie het Verslag, onder meer voetnoot 115.

wordt door het Hof weliswaar ruim uitgelegd, maar het bestaan ervan hangt niet af van de indirecte effecten van een maatregel op andere marktpartijen dan de normadressant. De theorie van de *economic chain* bleek daarom een wankel basis voor het starten van inbreukprocedures.

De beste manier voor de Commissie om het gewenste niveau van liberalisering te verwezenlijken en tevens zelf aan de knoppen te zitten is communautaire wetgeving te initiëren. Harmonisatie van algemene belangen – ook indien gekoppeld aan wederzijdse erkenning – bergt echter het risico in zich dat in de politieke onderhandelingen een hoger beschermingsniveau uit de bus kan rollen dan de Commissie voor wenselijk houdt. De voor dit 'dilemma' gevonden oplossing is even eenvoudig als geniaal: bij wetgevend instrument (waar de lidstaten zelf bij zijn) negatieve integratie afdwingen. In een richtlijn worden de verboden op belemmeringen van het vrij verkeer geconcretiseerd, maar de in het Verdrag erkende uitzonderingen op die verboden worden slechts beperkt overgenomen. Toetsingskader wordt de richtlijn. Dat verkleint ook de kans dat het Hof in vrij verkeer zaken 'onwettige arresten' wijst.

Aanbod scheidt vraag

Wil een zo ambitieuze strategie politieke backing krijgen, dan is het onontbeerlijk een plekje te bemachtigen in de conclusies van een Europese Raad. Of de regeringsleiders het onderwerp inhoudelijk bespreken of niet, doet er eigenlijk niet toe. De sacrosancte conclusies tellen. Aanhaken bij een *high profile* thema houdt bovendien de druk op de ketel. Met de hier te bespreken richtlijn gaat het precies zo: het project 'een ware interne markt voor diensten te maken' lift mee met het 'Lissabon proces', dat de EU in 2010 de meest competitieve kenniseconomie ter wereld moet maken. Dat de hier te bespreken richtlijn helemaal niet speciaal over kennisintensieve diensten of innovatieve dienstensectoren gaat, maakt niet uit. In de conclusies van de Top van 25-26 maart staat in de passage gewijd aan Lissabon dat aan de ontwerp-richtlijn hoge prioriteit moet worden gegeven.⁷

De strategie verkopen

De verkoop van het product geschiedt als volgt. *Een*: de huidige situatie wordt als ernstig voorgesteld. Dat vraagt om empirische onderbouwing. In opdracht van DG Markt bestoken *consultants* bedrijven met questionnaires om bewijs van belemmeringen bij elkaar te sprokkelen. Zo ontstaan voorbeelden als dat van een bank die :19.500 betaalde voor juridisch advies in verband met het voeren van een reclamecampagne in twee andere lidstaten⁸ of dat van de al genoemde ontwerper van casinospelen. *Twee*: beloften worden gedaan over de zegeningen van de voorgestelde plannen. Zo zou het opheffen van de bestaande belemmeringen in de dienstensector leiden tot versterking van de Europese concurrentiepositie en aanzienlijke banengroei. *Drie*: de juridische complicaties en consequenties van de voorgestelde oplossingen worden sterk gerelativeerd. Oorsprongslidbeginsel, wederzijdse erkenning zijn immers beproefde concepten, die ook beter in overeenstemming zouden zijn met het subsidiariteitsbeginsel dan klassieke harmonisatie. *Vier*: kwetsbare partijen, zoals het MKB en de consument, worden als de grote winnaars aangewezen.

Aanloop tot het richtlijnvoorstel

Belangrijkste wegbereider voor deze richtlijn is het Verslag over de toestand van de interne markt voor diensten.⁹ Dat bevat een inventarisatie van 'de werkelijkheid van de interne markt, zoals zij door de dienstverleners en de gebruikers van diensten wordt gezien'. De aangedragen voorbeelden worden gepresenteerd als 'juridische grenzen' in iedere schakel van de keten.¹⁰ Verder wordt de 'kettering-reactie met gevolgen voor de gehele economie en voor de Europese concurrentiepositie' uit de doeken gedaan. Het zeer gedegen werkstuk werd zowel door de Raad als het Europees Parlement verwelkomd. De Raad nam zelfs conclusies aan waarin hij de Commissie vroeg het aangekondigde richtlijnvoorstel te bespoedigen. Dit soort Raadsconclusies moeten echter in hun context worden gezien. Zij worden doorgaans *en petit comité* (met de Commissie aan tafel) opgesteld en, juist vanwege hun schijnbare vrijblijvendheid, inhoudelijk nauwelijks besproken. Ondertussen krijgt het proces zijn eigen dynamiek.

Opzet van het document

Na een flitsende samenvatting volgt een uitgebreide toelichting. Daarin worden onder andere lastige vragen behandeld volgens een soort FAQ-methode. Deze 'specifieke vragen' en antwoorden komen in de plaats van een artikelsgewijze toelichting, die gezien de complexiteit van het onderwerp niet had misstaan. Uit de toelichting blijkt dat dit niet zo maar een richtlijn is. Onder het containerbegrip 'kaderrichtlijn' gaat 'een combinatie van reguleringsmethoden' schuil, van wederzijdse erkenning tot een 'moderniseringsoperatie' van de nationale wetgeving en 'alternatieve wijzen van regulering' via communautaire gedragscodes. Op zichzelf is zo'n reguleringsmix een interessant concept. Verder is deze richtlijn onderdeel van een 'dynamische aanpak', waarbij een tabel aangeeft wanneer er tussen nu en 2010 moet worden geëvalueerd, geïmplementeerd of gelegifereerd. Zo te zien hebben de 'interne marktstrategen' hun eigen werkprogramma tot en met 2010 al uitgeschreven.

De richtlijn bevat (nu al) 73 overwegingen. Veel daarvan zijn gewijd aan de verhouding tot andere communautaire regelgeving en de rechtspraak van het Hof. Met bepaalde passages lijkt oppositie binnen de Commissie te zijn afgekocht. Het operationele deel van de Richtlijn beslaat 47 artikelen. De belangrijkste hoofdstukken bevatten elk een verzameling heterogene onderwerpen. Rechtsbasis is niet artikel 95 EG maar artikel 47 lid 2 EG: 'toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening ervan'.¹¹ De richtlijn gaat dan ook over zowel de vrijheid van vestiging als het vrij verkeer

⁷ Punt 19 van de Conclusies van het Voorzitterschap. Zie al eerder punt 17 van de Conclusies van de Top van Lissabon van maart 2000.

⁸ Verslag, onder meer p. 67.

⁹ COM(2002) 441 van 30.07.2002, het vervolg op COM(2000) 888 van 29.12.2000.

¹⁰ Aan de Bijlage bij het Verslag valt te ontlezen dat van 6000 in eerste instantie aangeschreven ondernemingen 'meer dan een derde zelf ervaringen had opgedaan met belemmeringen'. Dat vind ik niet veel. Dit onderzoek heeft meer dan een jaar geduurd, wat doet vermoeden dat fors is gerappelleerd om de antwoorden binnen te krijgen.

¹¹ Plus art. 55, 71 en 80 lid 2 EG - de laatste twee bepalingen met het oog op transportonderwerpen.

van diensten. Voor een deel zal deze richtlijn de opvolger kunnen worden van het 'Algemene Programma' uit 1961.¹²

De werkingssfeer: van de wieg tot aan het graf

Het Hof heeft het begrip 'dienst' steeds ruim uitgelegd. Het voorstel haakt daar op aan, maar gaat wezenlijk verder. Nagenoeg alles blijkt een 'dienst' te zijn, ook de distributie van goederen.¹³ Onafhankelijke tussenpersonen zijn dienstverleners, net zoals veilingcoöperaties diensten aan hun leden leveren. Maar Albert Heijn verkoopt aan zijn klanten goederen, geen diensten. *Airmiles*, zegels en dergelijke vormen ook niet een apart te beoordelen 'dienst'; zij zijn 'dienstbaar' aan de hoofdactiviteit, de verkoop van waren. De Commissie baseert zich, in lijn met de *chain* theorie, veeleer op een economisch concept waarvan het doel is het grensoverschrijdend verkeer te bevorderen, ongeacht of er nu werkelijk belemmeringen in juridische zin bestaan. Ik ontken niet dat de gemeenschapswetgever verder kan gaan in het opleggen van verplichtingen dan de Commissie in inbreukzaken. Toch stel ik mij de vraag of een zo ruime uitleg van de begrippen 'dienst' en 'belemmering' als hier kennelijk wordt gebezigd, door de gekozen rechtsbasis wordt gedekt.

Alle in tekenbare sectoren en beroepen vallen onder de werkingssfeer van het voorstel. Dat loopt van belastingadviseurs, zorgaanbieders, beveiligingsdiensten, uitzendbureaus, landmeters, de gehele bouwsector, alle toeristische diensten, tot aan kinderopvang en de thuiszorg voor bejaarden. Dat laatste voorbeeld wordt expliciet genoemd, net als het lijkenvervoer.¹⁴ Je kunt je afvragen of een zo heterogeen scala activiteiten in één regelgevend kader kan worden geperst. Maar vooral opmerkelijk is dat een richtlijn, die zelfs de bejaardenzorg niet met rust laat, als toonbeeld van subsidiariteit wordt aangeprezen. Commissaris Bolkestein mag dan in interviews zeggen dat de EU zich wat hem betreft alleen met kerntaken zou moeten bezighouden, zijn eigen 'beleidsdaden' vallen daar soms moeilijk mee te rijmen.¹⁵

Van de werkingssfeer van de richtlijn zijn drie grote gebieden uitgezonderd, waarvoor al communautaire regelgeving bestaat, namelijk financiële diensten, elektronische communicatiediensten en vervoersdiensten - de laatste echter alleen 'voor zover deze zijn geregeld bij andere communautaire besluiten op grond van de gemeenschappelijke verkeerspolitiek'.¹⁶ Die formulering is niet waterdicht. Er zijn immers onderwerpen, zoals de toegang tot het

internationaal vervoer van personen per spoor,¹⁷ die (nog) niet 'zijn geregeld' bij een communautair besluit. Strikt genomen zouden die onderwerpen (tijdelijk) onder deze richtlijn vallen. Dat kan niet de bedoeling zijn.

Administratieve vereenvoudiging

Het eerste grote hoofdstuk van het voorstel gaat over vrije vestiging. Het bevat allereerst een afdeling met voorstellen om voor dienstverrichters de *start-up* in een andere lidstaat te vergemakkelijken. De lidstaat van ontvangst moet buitenlandse papieren en diploma's aanvaarden, zonder een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift of een vertaling te mogen vragen, behoudens in 'uitzonderlijke gevallen die objectief zijn gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang' (artikel 5). Ik denk dan aan fraude. Lidstaten moeten er verder voor zorgen dat een dienstverrichter, uiterlijk op 31 december 2008, alle procedures en formaliteiten in het gastland bij 'één loket' kan afwikkelen (artikel 6). Bedoeld zijn alle handelingen in de startfase, met inbegrip van vergunningaanvragen of inschrijvingen in een register of bij een beroepsorde. Lidstaten mogen zelf bepalen hoe zij dat ene loket inrichten - per land of per gemeente, voor alle diensten of per beroepsgroep, als behandelcentrum of als doorgeefluik - zo lang de dienstverrichter maar op één punt terecht kan. De Richtlijn schrijft ook voor welke informatie bij dat ene loket verkrijgbaar moet zijn (artikel 7). Ten slotte is bepaald dat alle procedures bij het ene loket elektronisch moeten kunnen worden afgewikkeld (artikel 8).

Deze voorstellen ogen stuk voor stuk verfrissend omdat ze erg concreet zijn. Het ene loket past bij de *one stop shop* gedachte, wat net zo'n modebegrip is als het *level playing field*. Toch staat allerminst vast dat er voor het 'ene loket' een afdoende rechtsbasis bestaat. Op zichzelf kan een richtlijn de lidstaten (positief) verplichten organisatorische of operationele maatregelen te nemen. De vraag is echter of hier de remedie (het ene loket) in verhouding staat tot het beweerdelijke probleem (belemmeringen bij toegang tot dienstactiviteiten). Ik ben er dan ook niet van overtuigd dat artikel 6 voldoet aan het evenredigheidsvereiste van artikel 5 derde alinea EG, ook al laat het Hof de Gemeenschap een erg ruime beoordelingsmarge. Wat bij dit alles vooral opvalt is dat met twee maten wordt gemeten: met dezelfde vanzelfsprekendheid als waarmee de Commissie nationale belemmeringen aanmerkt als disproportioneel (omdat een minder vergaande oplossing beschikbaar zou zijn), bestempelt zij de door haar zelf voorgestelde maatregelen zonder verdere redengeving als 'noodzakelijk' (ongeacht of minder ingrijpende oplossingen mogelijk zouden zijn).¹⁸

Los van deze juridische kanttekening heb ik twijfels over de praktische uitvoerbaarheid van het ene loket. Bij een open begrip als 'dienstenactiviteiten' zal het niet goed mogelijk zijn vast te stellen of werkelijk aan de opgelegde verplichting is voldaan. Bovendien valt veel op te helderen. Vallen milieuvergunningen en arbeidsvergunningen er onder, of alleen de pure startformaliteiten? Kunnen ook binnenlandse bedrijven bij het ene loket terecht? Ten slotte dreigt de hele operatie gigantisch kostbaar te worden. Voor ICT consultants gloren er goudgerande opdrachten. Het terugdringen van bureaucratie is een sympathiek streven maar je schiet er weinig mee op als er andere - duurder betaalde - bureaucratie voor in de plaats komt. Conclusie: het 'ene loket' is zeker een aardig idee, maar hoort niet thuis in een richtlijn.

¹² Pb. EG nr. 2 van 15 januari 1962.

¹³ Dat wordt bevestigd door considerans 24. Het arrest *Pfeiffer*, C-255/97, Jur. 1999, p. I-2835, had betrekking op een grootwinkelbedrijf dat in een andere lidstaat zijn marketingformule wilde toepassen maar daarbij in conflict kwam met het handelsnaamrecht. De Commissie wil het grootwinkelbedrijf in staat stellen zijn verkoopformules Europawijd toe te passen.

¹⁴ Overweging 12.

¹⁵ Ik denk bijvoorbeeld ook aan het recente beleid om voor aanbestedingen onder de drempelwaarden van de communautaire aanbestedingsrichtlijnen vergaande transparantie-eisen te stellen, ook al gaat het om zeer bescheiden opdrachten.

¹⁶ Zie art. 2 lid 2.

¹⁷ Onderdeel van het onlangs voorgestelde 'derde spoorwegpakket' (COM(2004)139 van 03.03.2004).

¹⁸ Zie toelichting, p. 15.

Vergunningen

Het tweede vestigingsluik bevat een compleet stelsel van regels over vergunningverlening en noemt de daarbij in acht te nemen materiële en procedurele randvoorwaarden (artikel 9 – 13). Veel is ontleend aan de rechtspraak, zoals het arrest *Anafir*.¹⁹ De betrokken richtlijn-bepalingen zijn niet van toepassing op vergunningen die ingevolge andere communautaire besluiten zijn verplicht of zijn toegestaan, bijvoorbeeld milieuvergunningen (artikel 9 lid 3). Het uitgangspunt is overigens dat *geen* vergunning mag worden gevraagd voor het uitoefenen van een dienstenactiviteit.

Vergunningen moeten in beginsel voor het gehele nationale grondgebied worden gegeven. Bij schaarste kan een selectie uit verschillende gegadigden plaats vinden. In dat geval mag de verleende vergunning niet automatisch worden verlengd en mogen de lidstaten ook niet 'enig ander voordeel toekennen aan de vorige dienstverrichter' (artikel 12 lid 2). Op zichzelf een redelijke bepaling, die tegelijkertijd ruimte laat voor interpretatieverschillen. Verder moeten de lidstaten in een verslag aan de Commissie hun vergunningstelsels beschrijven en voor elk daarvan aantonen waarom ze nog nodig zijn. Voor de lidstaat is dat een bewerkelijke exercitie, voor de Commissie een manier om de *factfinding* voor een eventuele inbreukprocedure op de betrokken lidstaat zelf af te schuiven. Het is een sluwe methode de bewijslast om te draaien.

Verboden vestigingseisen

Volgens artikel 14 'stellen de lidstaten de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied niet afhankelijk van de volgende eisen'. Daarna volgt een lijstje van acht eisen, die - voor zover dat niet al op grond van artikel 43 EG is gebeurd - uit de nationale wetgeving moeten worden geschrapt. Iedere mogelijke rechtvaardiging is bij voorbaat uitgesloten. Niet duidelijk is of de bepaling tevens voor binnenlandse dienstverrichters geldt of alleen in grensoverschrijdende situaties. Als het eerste de bedoeling is, dan heeft deze richtlijn ook consequenties voor het primaire vestigingsrecht van vennootschappen.²⁰ Als het laatste inderdaad de bedoeling is, zou in de geciteerde bepaling uit de aanhef moeten worden toegevoegd: 'door een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter'.²¹

Enkele van de verboden verklaarde eisen zijn direct te herleiden tot uitspraken van het Hof. Andere 'verboden eisen' vind ik nogal absoluut geformuleerd. Zo verbiedt lid 1 een nationaliteitseis aan de oprichter of personeelsleden van een onderneming, terwijl een dergelijke eis toch uitzonderlijk gerechtvaardigd kan zijn op grond van artikel 45 of artikel 39 lid 4 EG (b.v. de kapitein van een zeeschip).²² Deze richtlijn lijkt daar een streep door te halen. Lid 4 verbiedt wederkerigheidseisen 'met uitzondering van die welke door communautaire besluiten op energiegebied zijn vastgelegd'. Aan die uitzondering dient de recente richtlijn over het openbare overnamebod te worden toegevoegd, omdat die een (curieuze) wederkerigheidsclausule bevat.²³ Volgens lid 8 mag niet worden geëist dat een dienstverrichter op het grondgebied van een lidstaat gedurende een bepaalde tijd een activiteit heeft verricht. Inderdaad is een dergelijke eis indirect discriminerend, maar bij sterk cultuurgebonden activiteiten kan zij wellicht gerechtvaardigd zijn.

Een Europese MDW operatie

Naast de zo juist genoemde 'zwarte lijst' bevat artikel 15 een 'grijze lijst' (mijn terminologie) van 'beoordelingsplichtige vestigingseisen'.

Het gaat om niet-discriminerende eisen, waarvan de lidstaten moeten onderzoeken of die in hun wetgeving voorkomen. Zo ja, dan moeten de lidstaten in het door hen op te stellen 'verslag over wederzijdse beoordeling'²⁴ aangeven of zij de eisen hebben ingetrokken of versoepeld en, zo dat niet het geval is, waarom die eisen noodzakelijk en evenredig zouden zijn. Een gigantische operatie 'stofkam' dus. Vanaf de *inwerkingtreding* van de richtlijn geldt er voor deze 'grijze lijst clausules' een *standstill* bepaling. Zij mogen niet worden ingevoerd, tenzij nieuwe omstandigheden dat rechtvaardigen en mits van te voren bij de Commissie melding plaats vindt (lid 5).

Boven aan deze lijst van tien verdachte eisen staan 'kwantitatieve of territoriale beperkingen, met name beperkingen op basis van de bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverrichters'. Het vestigingsbeleid voor bijvoorbeeld apothekers of pomphouders zou daardoor onder druk kunnen komen te staan. Ruimtelijke ordeningsaspecten worden overigens *niet* door de richtlijn geraakt.

Ook bij dit artikel is niet duidelijk of het ook zuiver binnenlandse situaties bestrijkt. Ik vermoed van wel. Het artikel illustreert verder hoe liberalisering wordt afgedwongen. Immers, eenmaal 'beoordelingsplichtig' verklaard, zijn de betrokken eisen Europeesrechtelijk ook meteen 'verdacht'. Het effect dat alleen al van het richtlijnvoorstel kan uitgaan op nationale procedures moet niet worden onderschat.

De controle op de naleving van dit artikel kan lastig worden. Hoe stel je immers vast of er bij de doorlichting van de totale wetgeving niet één wetje is overgeslagen? Hoewel de Commissie de noodzaak van deze richtlijn onder meer onderbouwt met de stelling dat inbreukprocedures voor alle partijen een te grote belasting vormen,²⁵ zal de cascade van (materiële en procedurele) verplichtingen die deze richtlijn voor de lidstaten in het leven roept, bron van talrijke inbreukprocedures kunnen zijn. Het roept associaties op met de Habitatrichtlijn.

Vrij verkeer van diensten: de structuur van het hoofdstuk

Kern van de richtlijn is het hoofdstuk over dienstenverkeer en met name de afdeling getiteld 'het oorsprongslidbeginsel en daarop toegelaten afwijkingen'. Verder bevat dit hoofdstuk een afdeling over 'rechten van afnemers van diensten' en over de 'terbeschikkingstelling' van werknemers. Ik vat hier de eerste afdeling samen.

¹⁹ Arrest van 20 februari 2001, C-205/99, Jur. p. I-1271 en, zeer recent, arrest van 11 maart 2004, *Commissie/Frankrijk*, C-496/01, n.n.g. (vergunning medisch-biologische laboratoria).

²⁰ Zie met name lid 3, dat verder lijkt te gaan dan het arrest van 5 november 2002, *Überseering*, C-208/00, p. I-9919.

²¹ Uit de definitie van 'dienstverrichter' in art. 4 lid 2 blijkt evenmin onomwonden dat alleen een 'buitenlandse' dienstverrichter is bedoeld, omdat onder 'een lidstaat' ook de eigen lidstaat kan worden verstaan. Dat zou moeten worden opgehelderd.

²² Arresten van 30 september 2003, *Colegio de Oficiales*, C-405/01, n.n.g. en *Anker*, C-47/02, n.n.g.

²³ Zie art. 12 lid 3 van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het openbaar overnameverbod (PE-CONS 3607/04 van 16 maart 2004).

²⁴ Genoemd in art. 41.

²⁵ Zie onder meer de toelichting p. 20, onder 'subsidiariteit'.

Dienstverrichters moeten voldoen aan de wetgeving van de lidstaat van oorsprong die binnen het gecoördineerde gebied vallen (artikel 16 lid 1). Dat laatste blijkt een *catch all* begrip te zijn: 'elke eis inzake de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten' (artikel 4 lid 12). De lidstaat van oorsprong is belast met controle van de dienstverrichter en de door hem verrichte diensten, ook in een andere lidstaat (artikel 16 lid 2). Zo nodig verlenen de autoriteiten van het gastland bijstand (artikel 35). De - vanuit politiek oogpunt - belangrijkste bepaling van de hele richtlijn is artikel 16 lid 3:

'De lidstaten mogen het vrije verkeer van diensten die worden verricht door een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter niet beperken om redenen die binnen het gecoördineerde gebied vallen.'

Dat geldt dan 'met name' voor negen expliciet genoemde eisen, die dus in elk geval worden verboden.

Op deze regel van *onvoorwaardelijke* wederzijdse erkenning bestaan drie soorten uitzonderingen. Er is een lijst van *algemene* afwijkingen waar 23 onderwerpen op voorkomen (artikel 17). Vervolgens zijn drie onderwerpen, namelijk geldvervoer, gokactiviteiten en gerechtelijke inning van schuldvorderingen, *tijdelijk* uitgezonderd (artikel 18). Ten slotte is er een regeling voor afwijkingen van het oorsprongsland beginsel in *specifieke* gevallen (art 19). Kort gezegd kan een lidstaat op grond van een van de limitatief opgesomde redenen een afwijkende maatregel nemen, mits hij die eerst aan de Commissie voorlegt volgens een procedure die wordt aangeduid met de misleidende naam 'wederzijdse bijstand' (artikel 19 lid 2; artikel 37).

Deze structuur is ontleend aan de *E-commerce* richtlijn, die op haar beurt was gemodelleerd naar de Televisierichtlijn.²⁶ Zoals ik elders heb betoogd,²⁷ bestaat er echter een kardinaal verschil met de Televisierichtlijn. Daarin ziet het begrip 'gecoördineerde gebieden' alleen op de onderwerpen die in die richtlijn daadwerkelijk worden geharmoniseerd.²⁸ In de *E-commerce* richtlijn echter is dat evenwicht doorbroken ten gunste van onvoorwaardelijke wederzijdse erkenning, doordat

- (a) er een zeer ruime definitie van 'gecoördineerd gebied' wordt gegeven,
- (b) de wederzijdse erkenning wordt voorgeschreven voor dat gehele gebied, terwijl
- (c) niet-economische belangen nauwelijks worden geharmoniseerd.²⁹

Die zelfde methode wordt hier opnieuw toegepast. Ditmaal

wordt er wel bij gezegd dat de term 'gecoördineerd gebied' ook ziet op gebieden die niet op communautair niveau zijn geharmoniseerd.³⁰ Ik zal deze belangrijke afdeling thans nader analyseren.

Oorsprongsland: a very key principle

Anders dan wel wordt aangenomen, volgt het oorsprongslandbeginsel niet direct uit het Verdrag. Het is een beginsel waarvoor de gemeenschapswetgever met betrekking tot een bepaald onderwerp *kan* opteren.³¹ Gevolg is dat de aanbieder zijn eigen recht (voor zover vallend binnen het 'gecoördineerd gebied') meeneemt naar het gastland, een beetje zoals vroeger de kolonistator zijn eigen regels meenam naar de nieuw verworven kolonie. Vandaar mijn term *onvoorwaardelijke* wederzijdse erkenning. Dat gaat verder dan wederzijdse erkenning op grond van de vrij verkeersbepalingen zelf (de '*Cassis de Dijon*' rechtspraak). Die is per definitie *voorwaardelijk*. Het recht van het gastland moet buiten toepassing blijven *indien en voor zover* het anders zou leiden tot ongerechtvaardigde handelsbelemmeringen. Er is dus een principiële verschil. In de praktijk hoeft het verschil echter niet groot te zijn. In veel gevallen zijn handelsbelemmeringen immers niet gerechtvaardigd en dus verboden op grond van het Verdrag. Ook als het oorsprongslandbeginsel niet over de volle breedte wordt ingevoerd, is er dus altijd nog de rechtspraak van het Hof die daar dicht in de buurt komt. De veronderstelling dat zonder de richtlijn er voor de dienstensector 'niets' zou zijn, anders dan het bestemmingslandbeginsel, is daarom totaal ongefundeerd.

De combinatie oorsprongsland en wederzijdse erkenning is klassiek. Zij vormen echter slechts twee zijden van een vierkant. De andere twee zijn 'single licence' (oorsprongsland is enige die vergunning voor de hele EU kan en moet geven en ook toezicht houdt) en harmonisatie voor zover nodig om wederzijds vertrouwen te creëren. In deze richtlijn ontbreekt de *single licence*; het is zelfs in beginsel *verboden* een vergunning te vragen. Van harmonisatie van algemene belangen is evenmin sprake. De gemeenschappelijke bepalingen zijn grotendeels procedureel van aard. Alle bepalingen uit de reguleringmix samen genomen, leiden nog steeds niet tot enige harmonisatie van betekenis. Ik geef toe dat harmonisatie moeilijk te verwezenlijken kan zijn bij een zo heterogene populatie dienstverleners als notarissen, zorgaanbieders en begrafenisondernemers - om er maar enkelen te noemen -, nu daarbij zeer uiteenlopende algemene belangen een rol spelen. Maar dat zou uiteraard geen reden moeten zijn om voor het hele 'gecoördineerde gebied' wederzijdse erkenning onvoorwaardelijk voor te schrijven.

Wederzijdse erkenning wordt door de Commissie gepresenteerd als een 'aanvulling' op het oorsprongslandbeginsel.³² In feite lijkt het oorsprongslandbeginsel eerder de *rechtvaardiging* voor de nagestreefde wederzijdse erkenning te zijn, omdat van de *veronderstelling* wordt uitgegaan dat de lidstaat van oorsprong controle uitoefent (artikel 16 lid 2). Welnu, ik voorspel dat van die controle in de praktijk weinig of niets terecht zal komen.

Om te beginnen kan het, met name bij concerns, onzeker zijn welke lidstaat het land van oorsprong is.³³ Als de Duitse dochter van een Zweeds moederbedrijf diensten aan Nederlandse afnemers aanbiedt, is dan Duits of Zweeds recht van toepassing? Buiten concernsituaties zal op grond van het arrest *Inspire Art* het oorsprongsland vermoedelijk het land zijn waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft, zelfs als alle activiteiten in een ander land worden uitgeoefend.³⁴ Moeten de autoriteiten van de lidstaat van vestiging dan

²⁶ Richtlijn 89/552/EEG (Pb. EG 1989, L 298/23), zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/36/EG (Pb. EG 1997, L 202/60).

²⁷ B.J. Drijber, Les communications commerciales au carrefour de la dérégulation et de la réglementation, *Cahiers de droit européen* 2002, p. 529/596.

²⁸ Dit wordt vrij algemeen aangenomen, hoewel het arrest *De Agostini*, C-34/95 e.a., Jur. 1997, p. I-3843 ruimte voor enige twijfel laat.

²⁹ Zie art. 3 van de *E-commerce* richtlijn.

³⁰ Overweging 21.

³¹ Zie *Duitsland/Raad*, C-233/94 (richtlijn depositogarantiestelsels), Jur. 1997, p. I-2404, punt 64.

³² Overweging 39.

³³ In de overzichtelijke wereld van televisiestations kan daar al onenigheid over bestaan, getuige het slepende jurisdictieconflict over de zenders RTL 4 en 5. Zie, laatstelijk, ABRVS 6 augustus 2003, besproken door K.J.M. Mortelmans, *Mediaforum* 2003, p. 281.

³⁴ Arrest van 30 september 2003, *Inspire Art*, C-167/01, n.n.g.

De algemene afwijkingen: een lijstje gevoelige onderwerpen

toezicht uitoefenen op iets dat zich geheel buiten hun grondgebied afspeelt? Krijgen we straks de Litouwse en Cypriotische Ltd's en Litouwse en Cypriotische controle? Maar ook als in het land van oorsprong wél op permanente basis activiteiten plaats vinden, lijkt het een illusie te denken dat die lidstaat controle kan uitoefenen op de tienduizenden dienstverleners die op zijn grondgebied zijn gevestigd, mede omdat een vergunningsvereiste nu juist in beginsel verboden is. Dit bezwaar geldt in versterkte mate voor het toezicht op activiteiten over de grens. Wat *kunnen* de Poolse autoriteiten doen, als straks een Pools postorderbedrijf de consument in Nederland oplicht? Vermoedelijk niets. Wat *mogen* de Nederlandse autoriteiten dan nog doen? In beginsel ook niets. Tot slot: zelfs al zou controle wel een praktische mogelijkheid zijn, dan blijft nog steeds de principiële vraag of het eigenlijk wel *wenselijk* is dat de overheid (actief) 'controle' uitoefent op economische activiteiten. Ik zou menen van niet, nog los van rechtsstatelijke overwegingen.

Om vertrouwen te kweken in het oorsprongslandbeginsel heeft de Commissie gezocht naar bureaucratische lapmiddelen. Ten eerste bevat de richtlijn een waslijst aan informatieverplichtingen, waaraan dienstverrichters moeten voldoen (artikel 26). De Commissie denkt daarmee twee vliegen in één klap te slaan: meer informatie betekent grotere transparantie voor de consument én betere controle mogelijkheden voor de overheid. Ik ben daar niet van overtuigd. Sommige van de verplichtingen gelden sowieso al, waardoor opname in deze richtlijn onnodig is; andere informatieverplichtingen zullen niet of nauwelijks te controleren zijn. Ten tweede moeten de lidstaten 'met inachtneming van het oorsprongslandbeginsel' elkaar wederzijdse bijstand verlenen bij de controle over de naleving (artikel 35 e.v.). In het voorbeeld van zojuist: de Nederlandse autoriteiten stellen de Poolse autoriteiten in kennis van vermoede onregelmatigheden begaan in Nederland. Daartoe worden contactpunten opgezet. Op verzoek van de lidstaat van oorsprong voeren de autoriteiten van het gastland ook inspecties uit (artikel 36, lid 2). Of dit allemaal in de praktijk gaat werken (Nederland zou moeten nagaan of de Poolse wet wordt nageleefd) mag worden betwijfeld. Indien het stelsel toch van de grond komt, gaan in de uitvoeringssfeer ongetwijfeld problemen ontstaan. Zo rijst de vraag hoe een 'inspectie op verzoek' zich verhoudt tot de regels over justitiële samenwerking.

Tot slot is het nuttig stil te staan bij de enorme reikwijdte van het oorsprongslandbeginsel. Het heeft ook betrekking op het *strafrecht*.³⁵ Gevolg daarvan is dat voor alle onderwerpen die binnen het onbestemde gecoördineerde gebied vallen de bestaande strafrechtelijke jurisdictieregels op het gebied van diensten over boord worden gezet. Het beginsel is ook van toepassing op het *civiele recht*. Het vormt in feite een communautaire conflictregel die het bestaande i.p.r. ter zijde stelt, behoudens voor enkele specifieke punten die in de lijst van algemene afwijkingen zijn opgenomen³⁶ of die in specifieke communautaire instrumenten zijn geregeld. *Last but not least*, het oorsprongslandbeginsel is ook van toepassing op het *belastingrecht*, en wel overkort omdat voor fiscale aangelegenheden geen afwijkingsmogelijkheden zijn opgenomen. Dit volgt uit artikel 2 lid 3, dat artikel 16 van toepassing verklaart op 'belastinggebied'. Ik vraag mij af of de Commissie het heffen van belasting door de lidstaat van ontvangst werkelijk als een 'belemmering' beschouwt, die binnen het gecoördineerde gebied valt. Het (explosieve) gevolg zou zijn dat alleen het 'land van oorsprong' nog een heffingsrecht heeft. Beter ware het als de richtlijn helemaal niet op belastingzaken van toepassing zou zijn.³⁷

Een eerste serie algemene afwijkingen betreft bestaande richtlijnen die deels voorzien in toepasselijkheid van het bestemmingslandbeginsel. Doel is dus de coherentie met het bestaande communautaire recht te garanderen en dat is toe te juichen. Een tweede serie afwijkingen betreft een bonte mengeling van, kort gezegd, gevoelige onderwerpen. Onder meer: distributie van energie en water,³⁸ handelingen waarvoor de wet tussenkomst van een notaris voorschrijft, toestemming voor vergoeding van de kosten van intramurale zorg, vestiging van zakelijke rechten, de inschrijving van auto's die in een andere lidstaat worden geleast en 'diensten die in de lidstaat waarnaar de dienstverrichter zich verplaatst, onder een *volledig* verbod vallen om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid.' Laatste uitzondering wekt mogelijk bevreemding, omdat een lidstaat die slechts een *gedeeltelijk* verbod hanteert en dus minder restrictief is, geen beroep op de uitzondering kan doen. Mogelijke verklaring voor deze paradox is dat de Commissie tegenstanders van het oorsprongslandbeginsel het argument uit handen wil slaan dat illegale activiteiten langs de band van het vrije dienstenverkeer moeten worden getolereerd.

De lijst van uitzonderingen op het oorsprongslandbeginsel is dus betrekkelijk lang. Je moet echter ook kijken wat er *niet* op staat. Dat is bijvoorbeeld het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst en onrechtmatige daad. Beide civielrechtelijke onderwerpen worden in communautair (JBZ) verband behandeld naar aanleiding van het Groenboek over het EVO ('Rome I') en het voorontwerp voor een verordening inzake het toepasselijk recht op verbintenissen uit onrechtmatige daad ('Rome II').³⁹ Lang niet zeker is of de oorsprongslandregel ook daar als absolute winnaar uit de bus komt. Zo niet, dan zal de onderhavige richtlijn moeten worden aangepast. Zo ver is het echter nog lang niet. De Commissie zal zich in het kader van *dit* dossier in elk geval inspannen het oorsprongslandbeginsel zo veel mogelijk er door te drukken, met name voor het onrechtmatige daadsrecht. Absolute *key priority* van haar beleid is en blijft namelijk bedrijven (lees: de *multinationals*) in staat te stellen hun - vaak uit de VS overgenomen - marketingtechnieken zonder aanpassingskosten en claimrisico's overal in de EU toe te passen.

De tijdelijke afwijkingen: Britse bookmakers in de wachtkamer

Gokactiviteiten zijn tijdelijk uitgezonderd van het oorsprongslandbeginsel maar niet van de vrijheid van vestiging. Volgens de considerans verplicht de richtlijn de lidstaten echter niet 'bestaande mono-

³⁵ Zie overweging 21, slot.

³⁶ Zie art. 17 lid 20 (vrijheid van rechtskeuze), lid 21 (consumentenovereenkomsten) en lid 23 (niet-contractuele aansprakelijkheid bij ongevallen in de lidstaat van ontvangst).

³⁷ Dat kan heel simpel door art. 2 lid 3 te beperken tot: 'Deze richtlijn is niet van toepassing op belastinggebied' - *full stop*.

³⁸ Als gezegd betwijfel ik of het verkopen en distribueren van goederen als zodanig een dienstactiviteit vormt in de zin van art. 50 EG.

³⁹ Zie het voorontwerp voor een verordening over het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit onrechtmatige daad ('Rome II') en het Groenboek over de communautarisering van het EVO ('Rome I'). Zie COM(2002) 654 van 14 januari 2003.

polies, met name bij loterijen, op te heffen.⁴⁰ Daaruit leid ik af dat ook artikel 43 EG daar volgens de Commissie niet toe dwingt. Wat zou het immers voor zin hebben op te merken dat de richtlijn iets niet verbiedt als datzelfde al op grond van het Verdrag verboden zou zijn. Deze constatering is relevant voor de Wet op de kansspelen. In het richtlijnvoorstel zelf wordt 'aanvullende harmonisatie' met betrekking tot de drie tijdelijk uitgesloten gebieden in het vooruitzicht gesteld (artikel 40). De goksector ligt overal politiek echter bijzonder gevoelig, mede vanwege het grote financiële belang van de overheid. Minder politiek maar wel lastig ligt de gerechtelijke inning van schuldvorderingen. Verschijnen er straks buitenlandse deurwaarders voor onze Kantonrechters? Ook daar zou het een lange weg zijn van het arrest *Broede*,⁴¹ waarin het Hof bepaalde dat Duitsland op dit punt mocht bepalen wat het wilde, naar een geharmoniseerd stelsel.

Afwijkingen in specifieke gevallen: lidstaten in de tang

De enige gronden die lidstaten kunnen aanvoeren voor afwijkingen van het oorsprongslandbeginsel in 'specifieke gevallen' zijn

'de veiligheid van de diensten (waaronder volksgezondheid), de uitoefening van een beroep in de gezondheidszorg en de bescherming van de openbare orde, met name de aspecten die verband houden met de bescherming van minderjarigen'.

Dit schamele (maar wel limitatieve) lijstje gaat totaal voorbij aan alle door het Hof erkende *rule of reason* excepties. Mijn inschatting is dat er in de loop van de onderhandelingen wel nog een enkele rechtvaardigingsgrond bij zal komen. Iedere poging consumentenbescherming⁴² en oneerlijke mededinging aan de lijst toe te voegen zal op krachtig verzet stuiten.

Het invoeren van rechtvaardigingsgronden is echter ook op andere wijze ingeperkt. Een (gedupeerde) lidstaat kan niet zo maar actie ondernemen. Hij moet eerst afwachten of de lidstaat van oorsprong corrigerende maatregelen neemt. Verder moet hij de beoogde maatregel van te voren bij de Commissie aanmelden (artikel 19 lid 2 j^o artikel 37). Deze kan dan vervolgens de maatregel toch nog gemakkelijk afwijzen door te zeggen dat die disproportioneel is. De mogelijkheid voor lidstaten om beroep te doen op een verdragsrechtelijke rechtvaardigingsgrond wordt dus op twee essentiële wijzen ingeperkt: het scala in te roepen algemene belangen is veel beperkter dan het Verdrag toestaat en de directe werking van artikel 46 EG (c.q. de *rule of reason* excepties) wordt doorkruist door een aanmeldingsprocedure met ongewisse afloop.

Dit systeem deugt niet. Het is vaste rechtspraak dat een harmonisatiemaatregel de functie van een *lex specialis* heeft ten opzichte van het Verdrag. Is een materie op communautair niveau uitputtend geregeld, dan vormt de harmonisatiemaatregel het enige toetsingskader.⁴³ Producten die aan de communautaire normen voldoen mogen vrij circuleren. Ook mogen de lidstaten op dat terrein dan geen eenzijdige maatregelen meer nemen. Zij hebben hun bevoegd-

heden overgedragen maar er ook iets voor in de plaats gekregen namelijk een gemeenschappelijk regime. De logische tegenhanger is dat waar geen harmonisatie tot stand komt, het Verdrag het toepasselijke toetsingskader blijft en de lidstaten, uiteraard binnen de grenzen van het Verdrag, maatregelen mogen nemen.

De onderhavige richtlijn doorkruist deze simpele en eerlijke logica. Zij incorporeert en verruimt te verboden uit het Verdrag, maar brengt de rechtvaardigingsgronden uit het Verdrag tot minimale proporties terug. Daarbij 'vervangt' de richtlijn het Verdrag als *lex specialis*, zonder echter in een 'speciale' gemeenschappelijke regeling te voorzien. Waar geen gemeenschappelijke normen zijn, kan een lidstaat echter niet worden gedwongen zich onvoorwaardelijk te onderwerpen aan het recht van een andere lidstaat, in casu de lidstaat van oorsprong. Nu primair recht hoger in rangorde is dan secundair recht, staat deze constructie dan ook op gespannen voet met het Verdrag. Het feit dat de lijst van algemene uitzonderingen al redelijk lang is, doet daaraan niet af.

Dat dit punt niet ten tijde van de onderhandelingen over de *E-commerce* richtlijn in brede kring is onderkend, hangt onder meer samen met de door de Commissie en haar belangrijkste medestanders (het VK voorop) gevoerde *powerplay*, waarbij kritiek al snel als een spaak in het vliegwiel van de interne markt werd afgedaan. In zo'n klimaat is het ook voor gerespecteerde instituten als de juridische diensten van de instellingen moeilijk daar tegen in te gaan, als ze daar reden toe zouden zien. Bovendien wordt dan al gauw gezegd dat de gemeenschapswetgever een ruime discretionaire beoordelingsvrijheid heeft. Dat laatste is juist, maar of dat ook betekent dat een interne markttrichtlijn het Verdrag opzij kan zetten, zou ik willen betwijfelen. De eventuele tegenwerping dat de richtlijn dat ook helemaal niet doet, *omdat* het Verdrag hoe dan ook voorrang heeft, miskent dat het wel degelijk de bedoeling is de rechtvaardigingsgronden te beknootten. Als een lidstaat een rechtvaardigingsgrond inroept die niet op het lijstje staat, begaat hij namelijk een inbreuk op de richtlijn.

Om deze redenen heb ik grote vraagtekens bij de rechtsgeldigheid van artikel 16 lid 3, gelezen in combinatie met artikel 19 j^o 37 van het richtlijnvoorstel. Alternatieven zijn zeker te bedenken, maar die zullen onvermijdelijk tamelijk ingrijpend zijn. Dat laatste komt meer door het radicale karakter van het huidige voorstel dan door de strekking van die eventuele alternatieven. Ik haast mij eraan toe te voegen dat ik beslist geen principiële tegenstander ben van het oorsprongslandbeginsel. Dit beginsel heeft zijn nut meer dan bewezen, maar steeds voor specifieke onderwerpen en in samenhang met een bepaalde mate van harmonisatie. Ik wil best geloven dat niet alle dienstensectoren waar deze richtlijn op van toepassing is, een even dichte harmonisatie behoeven als de financiële sector of de telecommunicatiesector. Het nagenoeg geheel ontbreken van harmonisatie van normatieve bepalingen lijkt mij echter het andere uiterste, zeker als gelijktijdig de lidstaten de handen wordt vastgebonden.

Rechten van de afnemers van diensten

Deze afdeling bevat allereerst enkele 'met name' genoemde eisen die verboden zijn (artikel 20). Bijvoorbeeld: beperkingen van fiscale aftrekmogelijkheden omdat de dienstverrichter in een andere lidstaat is gevestigd. Dat zou kunnen betekenen dat lidstaten de aftrekbaarheid van levensverzekeringspremies niet meer mogen voorbehouden aan levensverzekeringen die zijn afgesloten bij maatschappijen in de eigen lidstaat. De door het Hof erkende rechtvaardigingsgrond 'fiscale coherentie' lijkt daarmee definitief ten grave te

⁴⁰ Zie overweging 35.

⁴¹ Arrest van 12 december 1996, C-3/95, Jur. p. I-6511.

⁴² Op grond van art. 17 punt 23) zijn 'consumentenovereenkomsten betreffende de verrichting van een dienst' uitgesloten van het oorsprongslandbeginsel. Daargelaten dat dit begrip niet duidelijk is, dekt het niet alle situaties waarin de consument bescherming nodig kan hebben.

⁴³ Zie recentelijk het arrest van 11 december 2003, *DocMorris*, C-322/01, n.n.g., punt 64.

worden gedragen.⁴⁴ Overigens ontbreekt het de richtlijn hier zelf aan coherentie. Blijkens artikel 2 lid 3 zijn namelijk alleen de artikel 14 en 16 op fiscale aangelegenheden van toepassing maar de rest van de richtlijn (waaronder artikel 20) niet. Ook vormt het ontbreken van een fiscale aftrekmogelijkheid een benadeling van de dienstverrichter (verzekeraar), welke al is verboden door artikel 16. Een nieuw verbod, nu vanuit de optiek van de afnemer van de dienst (de verzekerde), is dus niet nodig.

Op de afnemer mogen geen discriminerende eisen op basis van zijn nationaliteit of woonplaats van toepassing zijn (artikel 21 lid 1). Dienstverrichters die zijn benaderd door een afnemer uit een andere lidstaat, mogen niet weigeren te leveren of een hogere prijs berekenen (artikel 21 lid 2), tenzij er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor handen is. Met deze bepaling krijgt het vrij verkeer van diensten waarachtig horizontale werking. De vraag is natuurlijk wel hoe je in de praktijk bewijst dat een bedrijf discrimineert op grond van woonplaats.

Dat deze richtlijn vrijwel geen onderwerp onaangeroerd laat, blijkt wel uit het feit dat - in deze zelfde afdeling - de rechtspraak over toestemming van zorgverzekeraars voor een medische behandeling in het buitenland wordt gecodificeerd (artikel 23). De richtlijn gebruikt daarbij heldere bewoordingen, die zorgvuldig zullen zijn afgestemd met de collega's van volksgezondheid en sociale zaken, getuige ook de talrijke overwegingen die aan dit onderwerp zijn gewijd.⁴⁵ Toch lijkt het niet handig een deel van dit complexe en in beweging zijnde probleemgebied in een zo horizontale richtlijn te willen vastleggen. Straks moet in een concrete zaak zowel aan de richtlijn als aan de verdragsbepalingen worden getoetst. Bovendien is het arrest *Muller-Fauré*,⁴⁶ dat aan de basis ligt van dit richtlijnartikel, een tamelijk precies en genuanceerd arrest waarmee de praktijk vermoedelijk uit de voeten kan. Codificatie heeft geen toegevoegde waarde maar werkt verstarrend. Het laatste artikellid onderwerpt de nationale regelingen betreffende een toestemmingsvereiste aan de vergunningsvereisten genoemd in artikel 9 e.v. Die bepalingen zijn ongeschikt het hier bedoelde toestemmingsvereiste vorm te geven. Dit laatste lid kan daarom beter geschrapt.

De 'terbeschikkingstelling' van werknemers en hun verblijfsrecht

Een aparte afdeling is gewijd aan detachering. Deze materie is gevoelig en wordt deels al gedekt door de 'Detacheringsrichtlijn'.⁴⁷ Ik merk op dat de plaats in het hoofdstuk 'rechten van de afnemers' minder voor de hand ligt. Doelgroep is hier namelijk de bouwer, baggeraar of ICT consultant die in een andere lidstaat met zijn eigen mensen een project gaat doen. De gedachte is dat het gastland aan hem geen vergaande verplichtingen mag opleggen. Het mag bijvoorbeeld geen verblijfstitel eisen voor onderdanen van derde landen die de dienstverrichter in zijn gevolg meeneemt (artikel 25 lid 1). De lidstaat van oorsprong krijgt de taak na te gaan of de betrokken werknemers op zijn eigen grondgebied verblijven en daar legaal werk hebben.⁴⁸ Of daar veel van terecht zal komen is nog maar de vraag.

Kwaliteit van de diensten: een bonte verzameling onderwerpen

Onder de noemer 'kwaliteit van de diensten' treffen we uiteenlopende bepalingen aan: informatieverplichtingen, beroepsverzekeringen, productgaranties, commerciële communicaties voor geregle-

menteerde beroepen, multidisciplinaire activiteiten, 'kwaliteitsbeleid', geschillenbeslechting en gegevens over de betrouwbaarheid van de dienstverrichter. Ik beperk mij tot twee onderwerpen.

Lidstaten moeten 'elk algeheel verbod op commerciële communicatie voor gereglementeerde beroepen intrekken' (artikel 29 lid 1). Voor zover lidstaten bijvoorbeeld medici verbieden reclame te maken, dient een dergelijk verbod dus te worden opgeheven. Deze bepaling dekt tevens deelverboden, zoals het verbod reclame te maken via een bepaald medium. Dat gaat bijzonder ver. Lidstaten moeten er verder op toezien dat commerciële communicatie in overeenstemming is met de beroepsregels betreffende met name de onafhankelijkheid, waardigheid en integriteit van de beroepsbeoefenaren en hun beroepsgeheim (lid 2). Een vergelijkbaar artikel staat al in de *E-commerce* richtlijn.⁴⁹ Destijds werd ervan uitgegaan dat regelgeving zo veel mogelijk technologieneutraal moest zijn ('on line volgt off line'), maar uiteindelijk zouden de regels voor on line geleverde diensten op onderdelen toch liberaler worden. Om concurrentievervalsing te voorkomen, worden de reclameregels voor off line geleverde diensten nu verlaagd naar het niveau van on line.

De richtlijn schrijft verder voor dat multidisciplinaire activiteiten in beginsel moeten worden toegestaan. Aan beoefenaren van gereglementeerde beroepen kunnen echter wel beperkingen worden opgelegd ter zake van het in partnerschap uitoefenen van verschillende activiteiten, 'voorzover dergelijke eisen op grond van de specifieke kenmerken van elk beroep gerechtvaardigd zijn om naleving van de beroepsethiek te waarborgen' (artikel 30 lid 1). Hier herkent men het arrest *Wouters*.⁵⁰ Daarin oordeelde het Hof dat het door de Nederlandse Orde van Advocaten uitgevaardigde verbod voor advocaten om op basis van winst- en verliesdeling met accountants samen te werken, niet strijdig was met artikel 81 EG. Volgens mij zou een zo horizontale richtlijn als deze niet een *Lex Wouters* moeten bevatten.

Controle en convergentie

De laatste twee hoofdstukken bevatten voornamelijk procedurele bepalingen. 'Wederzijdse bijstand' is het toverwoord, waarover ik mij hierboven al sceptisch heb getoond. Belangrijke bepaling is die over 'wederzijdse beoordeling' (artikel 41). Elke lidstaat moet verslag doen over zijn bestaande regels inzake vergunningstelsels (artikel 9 lid 2), beoordelingsplichtige eisen (artikel 15 lid 4) en multidisciplinaire activiteiten (artikel 30 lid 4). Dat verslag moet ten laatste op de omzettingsdatum van de richtlijn klaar zijn. De Commissie legt elk verslag voor aan de andere lidstaten (in 20 talen?), die daar opmer-

⁴⁴ Vgl. arrest van 28 januari 1992, *Bachmann*, C-204/90, Jur. p. I-249 en arrest van 26 juni 2003, *Skandia*, C-422/01, n.n.g..

⁴⁵ Zie overwegingen 51-57

⁴⁶ Arrest van 13 mei 2003, C-385/99, n.n.g. Zie de bespreking door I. van der Steen in *NTER* 2003, p. 272-279 en door K.J.M. Mortelmans en J.W. van der Gronden in *SEW* 2003, p. 270-280.

⁴⁷ Richtlijn 96/71/EG, Pb. EG 1997, L 18/1. Zie ook art. 17 punt 5).

⁴⁸ Dat voorschrift lijkt, *a contrario*, niet van toepassing wanneer een communautaire bouwonderneming speciaal voor een bepaalde opdracht werknemers uit derde landen heeft geworven.

⁴⁹ Zie art. 8 van Richtlijn 2000/31.

⁵⁰ Arrest van 19 februari 2002, C-309/99, Jur. p. I-1577.

kingen over kunnen maken, en vervolgens aan een adviescomité.⁵¹ Daarna maakt zij een samenvattend verslag en doet zo nodig nieuwe voorstellen.

Een dergelijke opzet past in de huidige trend van *monitoring* via bureaucratische netwerkstructuren.⁵² Zeker in het licht van de uitbreiding met tien nieuwe lidstaten, kunnen deze overlegstructuren een nuttige platformfunctie vervullen, hoewel ook daarin de Commissie in hoge mate de dienst uitmaakt. Zij heeft daarbij het wapen van de inbreukprocedure steeds achter de hand, voor het geval een lidstaat niet snel genoeg in het gareel wil.⁵³

Samenvatting juridische vraagpunten

Ter afronding vat ik mijn belangrijkste juridische kanttekeningen kort samen:

1. Het richtlijnvoorstel berust op aanvechtbare premissen, zowel wat betreft werkingssfeer van de regels betreffende het vrij verichten van diensten als wat betreft de reikwijdte van het begrip 'belemmering'.
2. Het beperken van de mogelijkheid verdragsrechtelijke uitzonderingen op het vrij verkeer van diensten in te roepen, zonder te voorzien in harmonisatie van de belangen die door die excepties worden gedekt, staat op gespannen voet met het Verdrag.
3. Op diverse plaatsen, vooral in het deel met betrekking tot de vrijheid van vestiging, worden ingrijpende voorstellen gedaan, waarvan betwijfeld kan worden of zij alle voldoen aan het evenredigheidsvereiste van artikel 5 EG.
4. De richtlijn leidt tot een verbrokkeld communautair kader. Op

een concrete situatie zal vaak de richtlijn, andere communautaire wetgeving én het Verdrag zelf van toepassing zijn. Onzeker zal zijn, wat nu waaraan moet worden getoetst.

Uiteraard kan elk van deze punten worden uitgediept en aangescherpt.

Afsluiting

Door technologische ontwikkelingen en de opheffing van grenzen is liberalisering vandaag de dag de natuurlijke tendens. Op zichzelf is dat een goede zaak. Met de dienstenrichtlijn komt dit liberaliseringsproces echter in een grote stroomversnelling. De bezems van Commissaris Bolkestein vegen straks heel Europa schoon, van Cadiz tot aan Kaliningrad. Dat is handig voor de kleinere ondernemer die zijn vleugels naar andere lidstaten wil uitslaan, maar vooral voordelig voor het grote bedrijfsleven dat op een van de omvangrijkste speelvelden ter wereld in hoge mate vrij spel krijgt. Onze exportindustrie wordt daar overigens niet *per se* beter van. Een Nederlandse onderneming zal straks op de Duitse markt concurreren met ondernemingen uit lidstaten met een lichtere regelgeving. Als allen zich aan de Duitse regelgeving moesten houden, was er een gelijk (nationaal) speelveld. Een gelijk Europees speelveld (de beste oplossing) ontstaat alleen bij een voldoende mate van harmonisatie. Het alternatief, beleidsconcurrentie, wijs ik niet bij voorbaat af, maar het is wel erg paradoxaal dat die door een richtlijn zou worden aangewakkerd.

Deze richtlijn zal ook in de hoofdsteden veel over hoop halen. Zij raakt alle hoeken van het beleid, van volksgezondheid tot JBZ. Omzetting, uitvoering en handhaving worden een gigantische operatie met omvangrijke aanpassingskosten voor de overheden. Op politiek niveau is daarom een afgewogen beoordeling noodzakelijk. Alle 'Lissabon retoriek' en lobbygeweld ten spijt, in feite gaat het hier om een grootscheepse (en onomkeerbare) overdracht van bevoegdheden. In plaats van een ordentelijk gemeenschappelijk regime krijgen de lidstaten daar vooral bureaucratie en rechtsonzekerheid voor terug. Is dat wat we werkelijk willen?

⁵¹ Dat krijgt de dubbele functie van comitologie-comité (zie art. 42) en praatclub.

⁵² Vgl. het *European Competition Network* tussen DG COMP en de NCA's en de meldingsprocedure van art. 7 lid 3 van de Kaderrichtlijn elektronische communicatiediensten (Pb. EG 2002, L 198/33).

⁵³ Zie ook 'specifieke vraag' I) uit de toelichting.