

VRIJ VERKEER VAN GOEDEREN EN DIENSTEN

Besluiten EU

Van democratie en bureaucratie: de Dienstenrichtlijn is erdoor

Mr. B.J. Drijber

Sneller dan aanvankelijk werd verwacht is de Europese Dienstenrichtlijn tot stand gekomen.¹ De basis voor de eindtekst werd gelegd door het Europees Parlement. Ten opzichte van het voorstel is de richtlijn afgeslankt en evenwichtiger. Het omstreden oorspronglandbeginsel is eruit. Maar er blijft genoeg over. Deze richtlijn zal tot een belangrijke opschoning en modernisering van ordeningswetgeving leiden. Ook het binnenlandse bedrijfsleven zal daarvan kunnen profiteren. Er is echter ook veel onduidelijk. Of deze richtlijn de beloofde rechtszekerheid zal brengen, valt daarom te betwijfelen.

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

Een speelbal van ideologieën

Zelden bleek een voorstel voor Europese wetgeving zo controverseel als het voorstel voor de Dienstenrichtlijn.² Bedoeld om de interne markt van diensten te verbeteren, groeide het voorstel voor de voorstanders uit tot het symbool van de noodzakelijke economische modernisering in tijden van globalisering. Tegenstanders zagen de richtlijn als product van verguisd neoliberalisme en vreesden de afbraak van de sociale verzorgingsstaat. In deze bij vlagen emotionele strijd drongen de politiek meer conservatieve stromingen op hervormingen aan en stonden de van oudsher progressieve krachten op de rem.

Je kunt naar een project als dit op twee manieren kijken: politiek-economisch en juridisch-institutioneel. Voor een afgewogen standpuntbepaling zijn beide invalshoeken onmisbaar. De eerste invalshoek focust op de doelstellingen en de kansen die een voorstel biedt. Er pleit veel voor de doelstellingen van deze richtlijn, gelet op het grote en nog groeiende belang van de dienstensector voor de economie. De tweede invalshoek focust op de gekozen middelen en de juridische consequenties. Met het Commissievoorstel zouden de institutionele doelpalen fors zijn verzet – ook inter-institutioneel.³ Overal waar de richtlijn onvoorwaardelijke wederzijdse erkenning (als vorm van quasiharmonisatie) tot regel zou hebben verheven, zou de Commissie vermoedelijk geen prikkel meer hebben wetgevende voorstellen in te dienen. Ook de rol van het Hof zou worden teruggedrongen.

Mr. B.J. Drijber is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag.

Waar het Hof nu een afweging moet maken of een belemmering van het vrij verkeer van diensten kan worden gerechtvaardigd – een afweging die in de praktijk in de meeste gevallen 'liberaal' uitvalt –, zou als gevolg van de richtlijn die afweging al bij voorbaat zijn gemaakt ten nadele van de lidstaat van ontvangst.

Het Europees Parlement heeft de balans redelijk rechtgetrokken (zie hierna). In deze bijdrage zal ik de totstandkomingsgeschiedenis van de eindtekst schetsen en de belangrijkste onderdelen analyseren: werkings sfeer, vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten. Aan het slot de vraag: wie wordt hier beter van en wat verandert er nu eigenlijk?

Werdegang: van Bolkestein tot Bartenstein

Het oorspronkelijke voorstel was te horizontaal in zijn toepassing en te radicaal in zijn dereguleringsdrift om ooit aanvaardbaar te zijn. Beide misrekeningen waren het gevolg van de ambities van de feitelijke opstellers van de richtlijn, die al jaren naar dit project aan het toewerken waren. Of zij Frits Bolkestein ooit hebben verteld dat 'zijn richtlijn' ook zou leiden tot deregulering van kindercrèches en bejaardenzorg waag ik te betwijfelen. Wat daar ook van zij, het Parlement heeft ingegrepen en zich als wetgever definitief op de kaart gezet. Er is ongelooflijk veel werk verzet, met name door de acht onderhandelars (vier van de beide grote fracties EVP en PES) die de compromistekst in elkaar hebben gezet. Die tekst werd op 16 februari 2006 door het *plenum* aangenomen.

Daarna was als eerste de Commissie weer aan zet. Charlie McCreevy, de opvolger van Bolkestein, was nooit een fervente aanhanger van dit voorstel geweest. Toen zich een politiek compromis tussen de twee grote fracties in het Parlement aftekende, had de pragmaticus McCreevy snel zijn knopen geteld: de Commissie zou hier niet dwars tegen ingaan. Het enige alternatief zou namelijk zijn: geen richtlijn. Op de voorjaarsstop van de Europese Raad op 24 maart 2006 stelde het Oostenrijks voorzitterschap voor dat de Raad verder zou werken op basis van het compromis van het Parlement. Een

¹ Dit artikel is gebaseerd op de tijdens het schrijven meest recente, beschikbare, tekst van de Europese Dienstenrichtlijn. Dat is document PE 381.847 van het Europees Parlement. Deze tekst is op een enkel detail na identiek aan het gemeenschappelijk standpunt van de Raad (Pb. C 270E/1).

² COM(2004)/2 van 13 januari 2004.

³ Zie mijn analyse in *NTER* 2004, p. 112.

enkele regeringsleider zou nog hebben gewaarschuwd voor een te vergaande verwatering van het voorstel. Zonder actieve steun van het VK was dat pleit kansloos. Premier Blair bleek echter op het cruciale moment – zo is mij verteld – buiten de vergaderzaal met bondskanselier Merkel aan de thee te zitten om ongetwijfeld belangrijker zaken te bespreken. Vanaf dat moment was het politieke lot van het Bolkesteinvoorstel definitief bezegeld.

Al op 4 april kwam de Commissie met een gewijzigd voorstel, waarin het parlementaire compromis vrijwel integraal was overgenomen. Volgende stap zou een politiek akkoord in de Raad worden. Daarbij was een hoofdrol weggelegd voor de Oostenrijkse minister Bartenstein, met in eigen land zowel economie als arbeid (de beide gevoelige onderwerpen) in portefeuille. Bartenstein was zeer nauw betrokken geweest bij de onderhandelingen in het Parlement. In ruil liet hij drie van de meest betrokken EP-leden deelnemen aan de vergadering van de Raad voor Concurrentievermogen van 29 mei. De Raad ging in zijn politiek akkoord mee met het parlementaire compromis. Echter, er werden naast technische verduidelijkingen die geen verduidelijkingen zouden blijken te zijn (zie hierna), bepalingen toegevoegd die lidstaten dwingen wetgeving bij de Commissie te melden. Eind juli werd het gemeenschappelijk standpunt formeel vastgesteld.

Ondanks de talrijke onduidelijkheden in de tekst voelde een meerderheid in het Parlement niet voor amendementen in tweede lezing, zeker toen het Finse Raadsvoorzitterschap liet weten in de tekst niets te willen wijzigen uit angst voor de doos van Pandora. Op 15 november 2006 kwam het dossier weer in het *plenum* van het Parlement. Commissaris McCreevy legde een van tevoren afgestemde verklaring af om de laatste politieke plooiën glad te strijken. Op 11 december keurde de Raad de eindtekst goed en een dag later volgde ondertekening door de voorzitters van beide wetgevende

instellingen. De Dienstenrichtlijn (nader: 'de Richtlijn') zal begin 2010 in nationale regelgeving moeten zijn omgezet.

De werkingssfeer: afgeslankt maar nog zeer breed

Ook in de eindversie is de Richtlijn nog steeds een *horizontale kader-richtlijn* die in beginsel op alle dienstenactiviteiten en -sectoren van toepassing is. Het aantal uitgesloten onderwerpen is echter aanzienlijk uitgebreid. Die uitsluitingen zijn gebaseerd op uiteenlopende grootheden: rechtsgebied, industriële sector of soort activiteit. Dat maakt ze soms lastig hanteerbaar. De Richtlijn vormt in veel gevallen een nieuwe laag tussen specifieke communautaire regelgeving en het Verdrag. Dat is niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid.

Ten opzichte van het voorstel zijn geschrapt de controversiële bepalingen over versoepeling van administratieve formaliteiten bij *detachering van werknemers* uit EU-landen c.q. derde landen.⁴ In sociaal-democratische kringen bestond de vrees dat de Detacheringsrichtlijn zou worden ondermijnd⁵ en sociale dumping bevorderd. Ook al was die vrees wellicht overdreven, het is verstandig geweest dit gevoelige onderwerp weg te laten. Niet alleen omdat ook op dit terrein het Verdrag zijn werk doet,⁶ maar ook omdat de spreekwoordelijke Poolse loodgieter toch wel komt, sterker nog: er allang is. Al even verstandig was het om de bepaling over *medische behandelingen in het buitenland* te schrappen.⁷ Daarover bestaat gedetailleerde rechtspraak. Het heeft weinig zin die vast te leggen in een horizontale richtlijn.⁸

In de praktijk kan het nog best een puzzeltje worden om vast te stellen of de Richtlijn nu wel of niet van toepassing is. Het toepassingsgebied wordt namelijk bepaald door artikel 1 (onderwerp), artikel 2 (werkingssfeer), artikel 3 (verhouding tot overig EG-recht) en artikel 4 (definities), bijeengebracht in *hoofdstuk I* 'Algemene bepalingen'.

Artikel 1 leest als een catalogus van politieke bezorgdheden. Er staat namelijk vooral wat de Richtlijn allemaal niet doet. Zij is van toepassing op *diensten van algemeen economisch belang* ('DAEB's'),⁹ maar heeft geen betrekking op de liberalisering en de financiering daarvan.¹⁰ Zij laat het *strafrecht* van de lidstaten onverlet. De Raad heeft echter toegevoegd: 'lidstaten mogen het vrij verrichten van diensten niet beperken door strafrechtelijke bepalingen toe te passen die meer bepaald de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit regelen of hierop van invloed zijn'. Een staaltje slechte wetgevingstechniek omdat een bepaling die het voorwerp van de richtlijn afbakt, geen normatieve inhoud behoort te hebben. Vermoedelijk is bedoeld dat lidstaten beperkende regelingen niet mogen onderbrengen in het wetboek van strafrecht om zo de Richtlijn te omzeilen. Nationale bepalingen over het *arbeidsrecht* en het recht op collectieve onderhandelingen worden eveneens voorwaardelijk met rust gelaten, namelijk als zij 'in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht'.¹¹ Deze toevoeging is ongelukkig omdat de Richtlijn naar de letter van toepassing zou worden als een nationale arbeidsrechtelijke bepaling niet in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Dat zal niet zo bedoeld zijn, verwarrend is het wel.¹²

Artikel 2, lid 2, bevat uitsluitingen van de werkingssfeer. Drie belangrijke en reeds geharmoniseerde dienstensectoren waren ook in het voorstel al uitgezonderd: financiële diensten, elektronische communicatie en transport.¹³ Er zijn enkele nieuwe uitzonderingen gekomen. Om te beginnen *niet-economische diensten van algemeen belang*, bijvoorbeeld bekostigd onderwijs.¹⁴ Deze bepaling is strikt genomen overbodig en daarom verwarrend omdat een niet-economische dienst geen 'dienst' is en alleen al om die reden buiten de Richtlijn valt.¹⁵ Verder zijn 'diensten van de *gezondheidszorg*' uitge-

⁴ Artikel 24 en 25 van het oorspronkelijke ontwerp.

⁵ Richtlijn 96/71. Deze richtlijn blijkt in de praktijk niet steeds bevredigend te werken. Dat was echter geen reden om haar via de Dienstenrichtlijn in te perken.

⁶ Zie bijvoorbeeld het arrest van 19 januari 2006, zaak C-244/04, *Commissie/Duitsland*, n.n.g.

⁷ Artikel 23 van het oorspronkelijke ontwerp.

⁸ Zie laatstelijk het arrest van 16 mei 2006, zaak C-372/04, *Watts*, n.n.g. Daarover H.M. Stergiou, *NTER* 2006, p. 219. De Ministers van Volksgezondheid zijn al met dit onderwerp bezig.

⁹ In de zin van artikel 16 en artikel 86, lid 2, EG.

¹⁰ Artikel 1, leden 2 en 5. Dat DAEB's niet als zodanig zijn uitgezonderd valt te billijken. Bij gebrek aan een eenduidige communautaire definitie zou de werkingssfeer van de richtlijn op dit punt per lidstaat kunnen verschillen. Zie ook B.J. Drijber, *Les services d'intérêt général et la libre prestation de services*. In: *Les services d'intérêt général et l'Union européenne* (éditeurs: J-V Louis en S. Rodrigues), Bruylant 2006, p. 65.

¹¹ Zie artikel 1, leden 6 en 7.

¹² Overweging 14 wijst erop dat de woorden 'in overeenstemming met het gemeenschapsrecht' eerder beschrijvend (of constaterend) zijn bedoeld dan conditionerend. Dat het gemeenschapsrecht onverminderd van toepassing is, ook op arbeidsrechtelijke onderwerpen, spreekt vanzelf.

¹³ Artikel 2, lid 2, letters b, c en d.

¹⁴ Artikel 2, lid 2, letter a.

¹⁵ Zoals omschreven in artikel 2, lid 1. Overweging 17 geeft steun voor die opvatting: 'Deze richtlijn is alleen van toepassing op diensten die om economische redenen worden verricht.' Zie ook overweging 34.

zonderd, ook van privéklinieken.¹⁶ Bedoeld zijn: 'medische en farmaceutische diensten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren.'¹⁷ Ook *gokactiviteiten* zijn er uitgegooid.¹⁸ Verder zijn *sociale diensten* uitgesloten, maar die uitsluiting is opnieuw geclausuleerd.¹⁹ Ten eerste geldt de uitsluiting alleen voor 'sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood'. De discussie in Nederland over de woningcorporaties toont aan dat het begrip 'sociale huisvesting' lastig is te definiëren. Ten tweede moeten genoemde diensten worden verleend 'door de staat, door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen hebben van de staat, of als liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend'. Onduidelijk is of dat bijvoorbeeld betekent dat een aanbesteding heeft moeten plaatsvinden of dat een subsidiebesluit voldoende is.²⁰ Uitgesloten zijn verder bij een officieel overheidsbesluit benoemde *notarissen* (een beroepsgroep met een zeer sterke lobby) en *deurwaarders*, niet alleen voor de uitoefening van hun 'publieke taken' overigens.²¹ Tot slot is de Richtlijn niet van toepassing 'op het gebied van *belastingen*'. Grond voor deze belangrijke uitsluiting is dat het Verdrag een specifieke rechtsgrondslag voor belastingen bevat (artikel 99 EG).

Voor de praktijk minstens zo belangrijk is *artikel 3*, dat de verhouding tussen de Dienstenrichtlijn en andere wetgeving regelt. Het eerste lid maakt duidelijk dat deze richtlijn een *lex generalis* is die in geval van strijdigheid wijkt voor andere communautaire voorschriften met betrekking tot 'specifieke aspecten van de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in specifieke sectoren of voor specifieke beroepen'. In dat verband worden vier instrumenten expliciet (maar niet limitatief) genoemd.²² Naar mijn mening heeft de Richtlijn bij samenloop steeds slechts een aanvullende rol, ook ten aanzien van horizontale instrumenten, en ongeacht of daarmee een strijdigheid bestaat.²³ Te denken valt aan de richtlijn oneerlijke handelspraktijken²⁴ en de e-commercerichtlijn.²⁵ Voor internetdiensten zal deze laatste richtlijn veruit de belangrijkste rechtsbron blijven; de Dienstenrichtlijn heeft slechts een aanvullende rol op ondergeschikte punten.²⁶

Een controversieel punt was de verhouding tot het *internationaal privaatrecht*. Dit rechtsgebied heeft bij 'interne markt mensen' een slechte naam. Een aanbieder die zich houdt aan de regels van zijn eigen land, zou niet op grond van het internationaal privaatrecht van een andere lidstaat met het onrechtmatige daadsrecht van die staat mogen worden geconfronteerd, want dat zou tot ondraaglijke rechtsonzekerheid en verbod van de interne markt leiden. Een dergelijke opvatting moet worden verworpen.²⁷ De keuze voor het recht van het land van de consument is in geval van extracontractuele aansprakelijkheid even gebruikelijk als redelijk. Dat is niet toevallig ook het uitgangspunt van de conceptverordening 'Rome II' (toepasselijk recht op verbintenissen uit onrechtmatige daad).²⁸ Het Parlement wilde dit belangrijke harmonisatievoorstel uit de greep van de Dienstenrichtlijn houden.²⁹ Dat is gelukt, maar de Raad heeft opnieuw voor dubbelzinnigheid gezorgd. Er staat namelijk: 'de richtlijn heeft geen betrekking op de regels van internationaal privaatrecht (...)'.³⁰ Nu verder steeds termen als 'doet geen afbreuk aan' of 'laat onverlet' worden gebruikt, lijkt te worden gezegd dat de Richtlijn geen nieuwe (specifieke) regels van internationaal privaatrecht geeft.³¹ Toch is volgens mij bedoeld dat de Richtlijn het internationaal privaatrecht, zowel communautair als nationaal, ongemoeid laat.

De Richtlijn moge dan al met al fors zijn afgeslankt, zij is nog steeds van toepassing op een heel divers palet aan dienstenactiviteiten, zowel *business-to-business* als *business-to-consumer*.³² De brede werkingssfeer zit ook hierin dat van een zeer breed begrip 'dienst' wordt uitgegaan. Weliswaar is de definitie van 'dienst' in artikel 4, onder 1, ontleend aan artikel 50 EG, de Richtlijn bevat verwijzingen naar activiteiten die, als alleen aan het Verdrag zou moeten worden getoetst, onder het vrij verkeer van goederen vallen.³³

Vrijheid van vestiging: stroomlijning en screening

Hoofdstuk II gaat over administratieve vereenvoudiging, zoals de eenloketprocedure. Het past in de *cutting-red-tape*-gedachte, die door de voorstanders van de Richtlijn met verve werd uitgedragen. Als het goed is, wordt het oprichten van ondernemingen in andere lidstaten inderdaad simpeler en goedkoper. Dat is op zich natuurlijk goed nieuws.

Eigenlijk horen deze bepalingen bij het daaropvolgende *hoofdstuk III* over de vrijheid van vestiging. Hoewel dat hoofdstuk minder aandacht kreeg dan het controversiële hoofdstuk IV over het vrij verrichten van diensten, is het voor de praktijk *het belangrijkste gedeelte* van de Richtlijn. De meeste diensten worden immers aangeboden vanuit de lidstaat waar ook de ontvanger van de dienst is gevestigd.

¹⁶ Artikel 2, lid 2, letter f.

¹⁷ Overweging 22. Zie ook overweging 33 waarin 'thuiszorg, zoals hulp aan ouderen' wordt genoemd als dienst die onder de richtlijn valt, 'voor zover zij niet van de werkingssfeer zijn uitgesloten'. Daarmee is de cirkel rond.

¹⁸ Zie artikel 2, lid 2, letter h.

¹⁹ Artikel 2, lid 2, letter j. Zie S. van Raepenbusch, 'Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social', in: Les services d'intérêt général et l'Union européenne (éditeurs: J-V Louis en S. Rodrigues), Bruylant 2006, p. 99.

²⁰ Ook overwegingen 27 en 28 geven op deze vragen geen antwoord.

²¹ Artikel 2, lid 2, letter l.

²² Verordening 1408/71 (sociale zekerheid), Richtlijn 89/552 (televisierichtlijn), Richtlijn 96/71 (detacheringrichtlijn) en Richtlijn 2005/36 (nieuwe richtlijn erkenning beroepskwalificaties).

²³ Zie ook overweging 30: 'Er bestaat reeds een uitgebreide communautaire wetgeving inzake dienstenactiviteiten. Deze richtlijn bouwt voort op deze bestaande wetgeving en vult deze aldus aan.'

²⁴ Richtlijn 2005/29, *Pb.* 2005, L 149/22. Zie B.J. Drijber, *NTER* 2005, p. 179.

²⁵ Richtlijn 2000/31, *Pb.* 2000, L 178/1.

²⁶ Zie het slot van overweging 33.

²⁷ Een deskundig tegengeluid kwam van de Britse professor Paul Beaumont op de hoorzitting die de (leidende) parlementaire commissie IMCO op 11 november 2004 had georganiseerd, te vinden op de website van het EP: www.europarl.europa.eu/hearings/20041111/imco/beaumonten.pdf.

²⁸ Het gemeenschappelijk standpunt van de Raad is onlangs gepubliceerd in *Pb.* 2006, C 298E, p. 68.

²⁹ Hetzelfde geldt voor het voorstel 'Rome I', waarmee het EVO wordt gecommunautariseerd.

³⁰ Artikel 3, lid 2.

³¹ In die zin ook artikel 1, lid 4, van de e-commercerichtlijn.

³² Zie overweging 33.

³³ Bijvoorbeeld de distributieshandel (ov. 33), de watervoorziening (artikel 17, punt 1, letter d) en de overbrenging van afvalstoffen (artikel 17, punt 10). Vergelijk ook ov. 76.

Wie in Amsterdam woont, gaat niet naar de kapper in Napels en laat ook geen loodgieter uit Denemarken komen. De Amsterdamse vestiging van een Brits reclamebureau of *real estate agency* is onderworpen aan de Nederlandse wetgeving. Die wetgeving moet nu gaan voldoen aan de normatieve bepalingen van dit hoofdstuk III.

Een eerste set bepalingen gaat over vergunningen. Een lidstaat mag alleen nog een vergunningsvereiste stellen als aan een groot aantal randvoorwaarden en criteria wordt voldaan. Deels betreft het hier een codificatie van de rechtspraak. Dat dit hoofdstuk ook gevolgen heeft voor generieke procedureregels blijkt uit de bepaling die voorziet in een stilzwijgende goedkeuring (in plaats van de in het Nederlands bestuursrecht gebruikelijke fictieve weigering), als niet tijdig op de vergunningsaanvraag is beslist.³⁴ In de onderhandelingen is dat beginsel echter verzacht, omdat is toegevoegd: 'Andere regelingen kunnen niettemin worden vastgesteld, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij.'³⁵

Verder bevat dit hoofdstuk een serie 'verboden eisen'.³⁶ Hier heeft de Richtlijn in feite het karakter van een verordening. De genoemde eisen zijn vrijwel zonder uitzondering terug te voeren op arresten van het Hof. Een verschil met de rechtspraak is echter dat de verboden algemene toepassing hebben, terwijl in de rechtspraak de motivering van een verbod niet zelden sterk is afgestemd op de betrokken sector of activiteit.

Tot slot schrijft dit hoofdstuk een grote 'screeningsoperatie' voor. Van acht soorten non-discriminerende eisen moeten de lidstaten

onderzoeken of die 'in hun rechtstelsel' voorkomen en of zij voldoen aan de drie randvoorwaarden non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid.³⁷ Noodzakelijkheid betekent hier: 'de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang.'³⁸ Bij de te onderzoeken eisen gaat het met name om:³⁹ een beperking op basis van de geografische minimumafstand tussen aanbieders (denk bijvoorbeeld aan apothekers), een bepaalde rechtsvorm,⁴⁰ eisen aangaande het aandeelhouderschap, het verbod in één lidstaat meer dan één vestiging te hebben, de eis een minimum aantal werknemers te hebben en de eis zich te houden aan minimum- en/of maximumtarieven.⁴¹

Er is lang gesproken over de vraag of deze screeningsoperatie van toepassing moest zijn op wetgeving over DAEB's. Het Parlement wilde dat niet.⁴² Volgens de eindtekst zijn de screeningsbepalingen wel van toepassing op DAEB's, voor zover dat 'de vervulling, in feite of in rechte, van de aan de desbetreffende ondernemingen toegewezen bijzondere taken niet belemmert'. Deze toevoeging is mijns inziens zinloos, omdat niet valt in te zien hoe een papieren exercitie als het screenen ertoe zal kunnen leiden dat een DAEB-onderneming haar taken niet zou kunnen vervullen. Wellicht is bedoeld dat de 'verdachte eisen' van lid 2 mogen worden gesteld als anders een DAEB niet kan worden vervuld. Artikel 86, lid 2, EG zou dan als extra grond kunnen worden ingeroepen om 'verdachte eisen' te rechtvaardigen. Exclusieve rechten (in de zin van artikel 86, lid 1, EG) vallen buiten de screening.

Deze operatie stofkam moet uitmonden in een rapportage die drie jaar na de inwerkingtreding van de Richtlijn bij de Commissie moet worden opgeleverd. Daarin moet een lidstaat vermelden welke eisen hij handhaaft en waarom, en welke eisen zijn ingetrokken of versoepeld. Lidstaten mogen bovendien geen nieuwe eisen als genoemd in lid 2 invoeren, tenzij die voldoen aan de voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid. Is daar volgens de betrokken lidstaat aan voldaan, dan moeten die nieuwe eisen nog steeds bij de Commissie worden aangemeld, die ze aan de andere lidstaten toestuurt. De betrokken lidstaat mag formeel die nieuwe eisen wel al vaststellen,⁴³ maar de Commissie moet binnen drie maanden onderzoeken of ze verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht. Waar passend neemt zij een beschikking aan, waarin zij de lidstaat in kwestie verzoekt van vaststelling van de eisen af te zien of deze in te trekken.⁴⁴

Aldus wordt een meldingsmechanisme ingevoerd dat weer iets afwijkt van de meldingsprocedures in de notificatierichtlijn,⁴⁵ de televisierichtlijn,⁴⁶ de e-commercerichtlijn⁴⁷ en de kaderrichtlijn elektronische communicatie.⁴⁸ De Commissie kan een negatieve beschikking geven. Als zij binnen drie maanden niets van zich laat horen, wordt zij kennelijk geacht geen bezwaren te hebben. Niet geregeld is of andere lidstaten opmerkingen kunnen indienen en wat daarmee gebeurt. Ook ontbreekt een bepaling dat de Commissie, alvorens een beschikking te geven, de lidstaat in kennis stelt van haar voorlopige bevindingen.

Hoe moeten we hoofdstuk III beoordelen? Positief is dat regelgeving wordt opgeschoond en lidstaten bij het aannemen van autonome maatregelen meer nog dan voorheen oog moeten hebben voor de effecten daarvan op de interne markt. Ook binnenlandse ondernemingen zullen profiteren van de door de Richtlijn opgelegde deregulering. Vanuit institutioneel en praktisch oogpunt zijn echter kanttekeningen te maken. De bewijslast in inbreukprocedures wordt omgedraaid. Nederland was daar voorstander van. Niet alle lidstaten zullen echter met dezelfde ijver als Nederland aan de slag gaan met de screeningsoperatie.⁴⁹ Hoe controleer je of een lidstaat zijn

³⁴ Zie over de 'lex silencio' F. de Lange, *NTER* 2005, p. 224.

³⁵ Artikel 13, lid 4.

³⁶ Zie artikel 14.

³⁷ Artikel 15, leden 1 en 3.

³⁸ Anders dan bij het hoofdstuk over vrij verkeer van diensten is hier dus ruimte gelaten voor de hele waaier van dwingende redenen van algemeen belang, zoals die netjes staan opgesomd in artikel 4, onder 8.

³⁹ Artikel 15, lid 2, onder a, b, c, e, f en g.

⁴⁰ Vergelijk het arrest *Sodemare*, zaak C-70/95, Jur. 1997, p. I-3395.

⁴¹ Dat een minimumtarief niet zonder meer verdacht en veroordeeld hoeft te zijn werd bevestigd in het arrest van 5 december 2006, zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla*, n.n.g.

⁴² Binnen het Parlement, meer bepaald de PES, is het initiatief genomen om een conceptrichtlijn over diensten van algemeen economisch belang op te stellen. Politiek doel is de bevoegdheden van de lidstaten (en regio's) veilig te stellen. Het gekozen middel is, paradoxaal genoeg, een communautaire richtlijn. Daarin worden bepaalde gemeenschappelijke kenmerken en randvoorwaarden van DAEB's vastgelegd. Dit interessante initiatief beoogt DAEB's een volwaardig en zichtbaar onderdeel van de interne markt te doen zijn. Het is zeer onzeker of de Commissie bereid is dit initiatief op te pikken.

⁴³ Artikel 15, lid 7, 1^{ste} alinea.

⁴⁴ Artikel 15, lid 7, 2^e alinea.

⁴⁵ Zie de artikelen 8 en 9 van Richtlijn 98/34, *Pb.* 1998, L 204/37.

⁴⁶ Zie artikel 2bis van Richtlijn 89/552, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/36, *Pb.* 1997, L 202/60.

⁴⁷ Zie artikel 3, lid 4, onder b van Richtlijn 2000/31.

⁴⁸ Artikel 7 van Richtlijn 2002/21, *Pb.* 2002, L 108/33.

⁴⁹ In Den Haag is maanden geleden al een voorbereidende werkgroep (onder voorzitterschap van BZ) opgericht. Kennelijk gaat nu een andere werkgroep (onder voorzitterschap van EZ) de screening ter hand nemen.

gehele regelgeving heeft uitgekamd? Terwijl dit hoofdstuk erop is gericht inbreukprocedures te voorkómen, is het paradoxaal genoeg zelf een potentiële bron van eindeloze inbreukprocedures wegens niet-screening of niet-melding. Formeel worden de bevoegdheden van de Commissie niet uitgebreid, indirect wordt de greep van de Commissie op de lidstaten verder vergroot omdat zij dit hele proces van bovenaf zal coördineren. In de hoofdsteden kunnen ministeries de screeningsoperatie aangrijpen om de houdbaarheid van regelgeving van andere departementen ter discussie te stellen. Zo nodig zal het machtswoord van de grote broer (DG Markt) worden uitgelokt om de zin door te zetten. Dat is bij uitstek het soort van 'dynamiek' dat door deze richtlijn zal ontstaan.

Vrij verrichten van diensten: onduidelijkheid troef

Volgens het Commissievoorstel waren de regels van het land van vestiging van de aanbieder van toepassing op de buitenlandse activiteiten van die aanbieder en moesten de andere lidstaten de rechtmatigheid en de toepasselijkheid van die regels onvoorwaardelijk aanvaarden. Harmonisatie ter borging van bepaalde vitale belangen was echter niet voorzien. Er was wel een serie specifieke (maar permanente) uitzonderingen van het land van oorsprongbeginsel, alsmede drie tijdelijke uitzonderingen en een mogelijkheid voor *ad hoc* uitzonderingen op zeer beperkte gronden en na toestemming van de Commissie. Dit alles zou volgens de voorstanders niets anders inhouden dan het toepassen van het Verdrag, waarbij *Cassis de Dijon* 'nu eindelijk ook voor diensten zou gaan gelden'.

Over die laatste stelling heb ik mij verwonderd. Het oorspronglandbeginsel vormt een conflictregel. Die kan door de wetgever worden ingevoerd, maar staat niet in het Verdrag. Toepassing van het oorspronglandbeginsel leidt tot terzijdestelling van het recht van het land van ontvangst. In de rechtspraak wordt al jaren wederzijdse erkenning toegepast, maar dat is niet hetzelfde. Het vertrekpunt is zelfs tegenovergesteld: bij wederzijdse erkenning is in beginsel de regelgeving van de lidstaat van ontvangst van toepassing. Het praktisch resultaat is echter vaak vergelijkbaar: als die toepassing tot ongerechtvaardigde belemmeringen leidt, zal de betrokken regelgeving in zoverre buiten toepassing moeten worden gelaten. In het kader van de rechtvaardigingstoets, met name bij het proportionaliteitsvereiste, speelt een rol of de aanbieder voldoet aan de eisen van het land van oorsprong.

Er zijn daarom twee principieel niet onbelangrijke verschillen tussen oorspronglandbeginsel en wederzijdse erkenning volgens het Verdrag. Ten eerste: bij wederzijdse erkenning heeft een lidstaat de mogelijkheid een rechtvaardiging in te roepen, bij het oorspronglandbeginsel heeft hij dat, behoudens specifieke uitzonderingen, niet meer. Ten tweede: is aan de voorwaarden voor een rechtvaardiging niet voldaan, bijvoorbeeld omdat de maatregel onevenredig is, dan moet bij wederzijdse erkenning overeenkomstig de rechtspraak enkel de betrokken bepaling buiten toepassing worden gelaten; de rest van de regelgeving van het land van ontvangst is gewoon van toepassing. Die rechtvaardigingsmogelijkheid werd de lidstaten in het richtlijnvoorstel grotendeels uit handen geslagen. Dat dit noodzakelijk was voor het *level playing field*, zoals wel werd gezegd, is discutabel.⁵⁰ Buitenlandse aanbieders in een bepaalde lidstaat zouden elk op grond van hun eigen nationale regels in dat land opereren, zodat de concurrentie tussen hen veeleer zou worden verstoord. De ontvanger van de dienst zou in eigen land te maken krijgen met verschillende rechtssstelsels naargelang de herkomst van de aanbie-

ders. Dat zou de transparantie en de rechtszekerheid niet ten goede komen.⁵¹ Er waren dan ook goede redenen om het oorspronglandbeginsel overboord te zetten. Het fragiele compromis dat daarvoor in de plaats gekomen is, beperkt niettemin de bevoegdheden van de lidstaat van ontvangst vrij aanzienlijk en is bovenal onduidelijk. Het gaat om een nieuwe tekst voor *artikel 16* – het hart van de Richtlijn.⁵²

Artikel 16, lid 1, opent met twee algemeen geformuleerde alinea's. De eerste alinea luidt: 'De lidstaten eerbiedigen het recht van de dienstverrichters om diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn.' In de tweede alinea staat: 'De lidstaat waar de dienst wordt verricht, zorgt voor vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstenactiviteit op zijn grondgebied.' In de derde alinea is bepaald 'dat de lidstaten de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied niet afhankelijk [maken] van de naleving van eisen die niet aan de volgende beginselen voldoen: a) discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of voor rechtspersonen, naar de lidstaat waar zij gevestigd zijn; b) noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu; en c) evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken.'

Artikel 16, lid 2, bevat een lijst van verboden eisen die niet aan een dienstverrichter uit een andere lidstaat kunnen worden tegenovergeworpen. Deze lijst vormt, net als artikel 14, een codificatie van de rechtspraak.

Artikel 16, lid 3, luidt: 'De lidstaat waarnaar de dienstverrichter zich begeeft, wordt niet verhinderd om, in overeenstemming met lid 1, eisen aan het verrichten van dienstenactiviteiten te stellen als deze gerechtvaardigd zijn om redenen in verband met de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu. Ook wordt die lidstaat niet verhinderd om in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht zijn voorschriften inzake de arbeidsvoorwaarden toe te passen, waaronder die welke zijn neergelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten.'

Met deze bepalingen hangt direct samen het door de Raad toegevoegde *artikel 39, lid 5*. Op grond van de eerste zin moeten de lidstaten in het verslag dat zij uiterlijk drie jaar na de inwerkingtreding⁵³ bij de Commissie moeten indienen, ook opnemen 'de nationale eisen waarvan de toepassing onder artikel 16, lid 1, derde alinea, en artikel 16, lid 3, eerste zin, zou kunnen vallen, met opgave van de redenen waarom zij oordelen dat de toepassing van deze eisen voldoet aan de criteria, bedoeld [in die bepalingen]'.

Helaas laat het compromis ernstig aan duidelijkheid te wensen over. De onduidelijkheden hebben vooral betrekking op de verhouding tussen de verschillende bepalingen:

⁵⁰ Voor een lezenswaardige studie naar het begrip 'level playing field' verwijs ik graag naar CPB Document nr. 34, oktober 2003: Equal Rules or Equal Opportunities? Demystifying Level Playing Field.

⁵¹ Zie B.J. Drijber, The Country of Origin Principle in the proposed Directive on Services in the Internal Market, *Revue européenne du droit de la consommation*, 2005, p. 14.

⁵² Deze tekst komt uit de koker van EP-rapporteur Evelyne Gebhardt (D/PES).

⁵³ In de Nederlandse taalversie van het gemeenschappelijk standpunt staat ten onrechte: drie jaar na de omzettingsdatum. Vergelijk ook overweging 74.

- a De eerste twee alinea's van artikel 16, lid 1, lijken voornamelijk declaratoire waarde te hebben. Zij zouden echter ten onrechte kunnen suggereren dat het grensoverschrijdend dienstenverkeer geheel vrijgelaten moet worden. Aan het begin van beide bepalingen had daarom eigenlijk moeten staan: 'Onverminderd de derde alinea van dit lid (...)'.⁵⁴
- b Bij de derde alinea van artikel 16, lid 1, valt op dat wordt gerefereerd aan de 'toegang tot en de uitoefening van een dienstactiviteit'. Dat is typisch 'vestigingsjargon'.⁵⁴ Deze derde zin ziet naar mijn indruk op eisen die worden gesteld aan de dienstverrichter (subject). Belangrijk: de rechtvaardigingsgronden omvatten niet de *rule of reason* excepties uit de rechtspraak (behalve milieubescherming), wat een verschil is met de bepalingen in het hoofdstuk over vestiging. Van groot belang is dat de directe werking van deze uitzondering wel is gegarandeerd, omdat een lidstaat – anders dan in het Bolkesteinvoorstel – niet langs de Commissie hoeft wanneer hij daar een beroep op wil doen.
- c Artikel 16, lid 3, herhaalt het eerste lid maar nu – kennelijk – voor de aangeboden dienstactiviteit (object). De door de Commissie aangebrachte toevoeging 'in overeenstemming met lid 1' heeft vooral tot functie de voorwaarden a) en c) uit lid 1, derde alinea, ook voor lid 3 te laten gelden. Voorwaarde b) (de mogelijke rechtvaardigingsgronden) staat immers al in lid 3. Ook hier het beperkte rijtje zonder de *rule of reason* excepties. De verwijzing naar de mogelijkheid arbeidsvoorwaarden en cao's toe te passen, vind ik verwarrend. Beide onderwerpen zijn namelijk al op grond van artikel 1, lid 6, van de Richtlijn uitgesloten.
- d De screeningsbepaling in artikel 39, lid 5, lijkt van lidstatelijk masochisme te getuigen. De reden is opnieuw dat lidstaten die zichzelf liberaal en vooruitstrevend vinden, het – mede voor hun exportindustrie – een goede zaak achten als andere lidstaten tot verdergaande marktopening worden gedwongen. Ik voorspel dat deze screening lastiger wordt dan de screening op grond van artikel 15, lid 4. Er zal namelijk gemakkelijk discussie kunnen ontstaan over de vraag of een nationale regeling wel territoriaal van toepassing is op diensten die vanuit andere lidstaten worden aangeboden. Dat is namelijk zeker niet automatisch het geval.

Over artikel 16 is opgemerkt dat het afbreuk zou doen aan de rechtspraak van het Hof, wat een stap terug zou betekenen.⁵⁵ Ik zie dat niet, tenzij je artikel 16 zo zou interpreteren dat lidstaten 'belemmeringen' (niet zijnde indirecte discriminaties) zouden mogen toepassen. Die lezing is echter weinig plausibel. Naar mijn indruk zijn de bevoegdheden van de lidstaat van ontvangst veeleer beperkt ten opzichte van het Verdrag, omdat de *rule of reason* excepties – ook voor niet-discriminerende maatregelen – zijn weggesneden. Enige uitzondering is milieubescherming. Als de vraag naar de verenigbaarheid van artikel 16 met het Verdrag zich voordoet, zal het dan ook vooral erom gaan of de ruimte voor een rechtvaardiging niet te veel is ingeperkt, en niet omgekeerd. Wat nu echt de meerwaarde

van de regeling is ten opzichte van artikel 49 van het Verdrag, blijft intussen onduidelijk.

Artikel 17 bevat een lijst van 'aanvullende afwijkingen van het vrij verrichten van diensten'. Dit zijn permanente afwijkingen van artikel 16. Zij laten de toepasselijkheid van artikel 49 EG onverlet. Dat laatste lijkt een overbodige opmerking, maar in de onderhandelingen is door de voorstanders van de Richtlijn vaak beweerd dat wanneer een bepaald onderwerp van de Richtlijn wordt uitgesloten, lidstaten zouden kunnen doen wat zij willen. Onzin natuurlijk. In artikel 17 zijn uiteindelijk een vijftiental zeer heterogene onderwerpen uitgezonderd. Punten 2)-4) zonderen uit aangelegenheden die vallen onder de detachingsrichtlijn, de privacyrichtlijn en de advocaten dienstverleningsrichtlijn.⁵⁶ Ik zou mij kunnen voorstellen dat dergelijke 'aangelegenheden' al van de werkingsfeer van de Richtlijn als geheel zijn uitgezonderd op grond van artikel 3, lid 1. Hetzelfde geldt voor socialezekerheidsverordening 1408/71, genoemd in punt 7. Handelingen waarvoor de wet de tussenkomst van een notaris voorschrijft zijn uitgezonderd in punt 12, maar ook notarissen zijn van de werkingsfeer van de Richtlijn uitgesloten.⁵⁷ Tot slot zijn van artikel 16 uitgezonderd 'bepalingen betreffende contractuele en niet-contractuele verbintenissen (...), bepaald volgens de regels van het internationaal privaatrecht', terwijl artikel 3, lid 2, nu juist leek te impliceren dat het internationaal privaatrecht in zijn geheel door de Richtlijn onaangetaast blijft.

Veel van de genoemde onderwerpen zijn dus al uitgezonderd van de werkingsfeer van de Richtlijn, zodat wat dat betreft verwarring alleen maar toeneemt. Met de afzwakking van artikel 16 was er mijns inziens sowieso minder noodzaak aan een uitgebreide lijst in artikel 17. Verder moet worden benadrukt dat artikel 49 EG gewoon van toepassing is op de uitgezonderde activiteiten (voor zover het inderdaad om diensten gaat).

Artikel 18 bevat de mogelijkheid voor een uitzondering op *ad hoc* basis. Die is beperkt tot de veiligheid van de diensten. Er gaat een zware procedure aan vooraf. De artikelen 19 tot en met 21 gaan over de rechten van de afnemers van diensten. Lidstaten moeten er onder meer op toezien dat op de afnemer geen discriminerende eisen op grond van zijn nationaliteit of verblijfplaats van toepassing zijn. Hier wordt bijvoorbeeld gedacht aan een leveringsweigering aan klanten gevestigd in een andere lidstaat. Ik zie niet goed in hoe een lidstaat daarop kan toezien, als daarmee tenminste is bedoeld: toezicht houden.

De rest in vogelvlucht

De rest van de Richtlijn wijkt niet erg af van het richtlijnvoorstel. *Hoofdstuk V* gaat over de kwaliteit van de diensten. De informatieverplichtingen waaraan de dienstverrichter moet voldoen zijn gehandhaafd.⁵⁸ Er is een bepaling over beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen en, net als voor online, mag aan gereguleerde beroepen geen algemeen reclameverbod worden opgelegd.⁵⁹

Hoofdstuk VI heeft betrekking op administratieve samenwerking tussen de lidstaten. Deze bepalingen hebben tot doel de bepalingen over het vrij verrichten van diensten te ondersteunen. In artikel 31, lid 1, staat dat de lidstaat van ontvangst, waar de dienstverrichter zich tijdelijk naartoe heeft verplaatst om de dienst te verrichten, toezicht moet houden op de activiteiten van de dienstverrichter op zijn grondgebied, welk toezicht betrekking heeft op nationale eisen die de lidstaat van ontvangst stelt uit hoofde van artikel 16 en 17. Ik kan die bepaling niet goed plaatsen: dat een lidstaat van ontvangst bepaalde

⁵⁴ Vergelijk artikel 43, 2^e alinea, EG.

⁵⁵ Zie Editorial comments, *CMLR* 2006, nr. 2, p. 307/310.

⁵⁶ Zie Richtlijn 96/71, Richtlijn 95/46 en Richtlijn 77/249.

⁵⁷ Zie artikel 2, lid 2, letter l.

⁵⁸ Artikel 22.

⁵⁹ Zie artikel 24, lid 1, van de Richtlijn en artikel 8, lid 1, van de e-commerce-richtlijn.

eisen *mag* stellen binnen de strakke kaders van artikel 16 is één ding, maar dat dit een reden zou moeten zijn diezelfde lidstaat te verplichten om op de naleving van die eisen toezicht te houden, ontgaat mij.

Hoofdstuk VII draagt de titel 'convergentieprogramma'. Artikel 38 vraagt aan de Commissie te onderzoeken of harmonisatievoorstellen zinvol zijn over gerechtelijke inning van schuldvorderingen en over particuliere beveiligingsdiensten. Het eerste onderwerp stond in het Commissievoorstel bij de tijdelijk uitgezonderde onderwerpen, maar is in de eindtekst opgeschoven naar de permanente uitzonderingen op artikel 16.⁶⁰ Het tweede onderwerp is, tegen de zin van de Commissie, buiten de Richtlijn gelaten.⁶¹ Artikel 39 heeft betrekking op de verslagen van de screening en hoe de Commissie daar procedureel mee omgaat. Artikel 41 bevat een herzieningsclausule die zo is geformuleerd dat de herziening vooral moet gaan over de vraag of artikel 16 niet moet worden uitgebreid. De Commissie heeft via een verklaring bij artikel 41 laten weten over een jaar met een rapport over regelgevende beperkingen op commerciële communicatie te komen.⁶²

Slotbeschouwing

Commissaris McCreevy zei het zo mooi: 'In this dossier, the European Parliament has shown its maturity and capacity to find well-balanced compromises on very complex issues. At first reading you clearly took the lead and were able to deliver the broad consensus we pursued.'⁶³ Dit compliment is terecht. Het politieke proces dat heeft geleid tot deze richtlijn, is een overwinning van de democratie en een bevestiging van de leidende positie van het Parlement.

In veel opzichten is de Richtlijn een product van haar tijd. Niet alleen door haar karakter van horizontale kaderrichtlijn, maar ook door de bureaucratie die zij veroorzaakt. De Commissie zal de komende drie à vijf jaar de grootste bureaucratische operatie uit de geschiedenis van de interne markt gaan aansturen. Democratie baart bureaucratie, daar komt het op neer. Dat klinkt wellicht vreemd, juist gezien het *cutting-red-tape*-verhaal, maar het is aan de orde van de dag. Simpele overheidsbureaucratie (loketten, formulieren en stemfels) wordt vervangen door de duurdere bureaucratie van de hoger opgeleiden. Ambtenaren die langdurig gaan screenen, evalueren en rapporteren en in dat kader veel moeten reizen, vergaderen en vertalen. Om maar niet te spreken van de private sector bureaucratie: alle consultants die dit megaproces zullen begeleiden en juristen die, ook voor bedrijven, talloze interpretatievragen zullen moeten tackelen. Alle initiatieven gericht op meer marktwerking blijken keer op keer weer een *boost* voor de dienstensector.

De omzetting wordt een Herculestaak, omdat de Richtlijn voornamelijk verplicht tot het tegen het licht houden c.q. het afschaffen van regels over een heel breed terrein. Er zal een interactief proces op gang komen dat – via aan democratische controle onttrokken netwerken – door de Commissie wordt gestuurd. De correcte *toepassing* is echter minstens zo belangrijk. Ook lagere overheden zullen aan de Richtlijn moeten voldoen. Het was allemaal om de rechtszekerheid begonnen, maar of de Richtlijn de rechtszekerheid ook werkelijk verbetert, zou ik gezien mijn bovenstaande bevindingen willen betwijfelen. Wie er even goed voor gaat zitten zal snel een waslijst prejudiciële vragen kunnen bedenken. Het ergste is natuurlijk artikel 16. Qua onduidelijkheid kan die bepaling wedijveren met het Deense Protocol bij het Verdrag van Amsterdam, om maar eens een berucht voorbeeld te noemen. Laten we hopen dat de praktijk zich toch weet te redden. Met de e-commercerichtlijn, in veel opzichten de voorloper van deze richtlijn, lijkt dat aardig te lukken.

Gaat de Richtlijn nu veel veranderen? Ja, in die zin dat de omzetting en de screening dood hout zullen weggappen maar ook veel levend hout ter discussie zullen stellen. Per saldo zal deze richtlijn kunnen leiden tot een belangrijke modernisering van de regelgeving. Maar of de Richtlijn ook de uitkomst van concrete geschillen belangrijk zal wijzigen, waag ik eerlijk gezegd te betwijfelen. Ik heb de proef op de som genomen door de Richtlijn toe te passen op enkele recente Hofuitspraken over artikel 49 EG. Bij dit onderzoekje bleek steeds dat de uitkomst op grond van de Richtlijn niet anders was. In sommige gevallen was de Richtlijn niet van toepassing, in andere gevallen was door het Hof verboden wat ook op grond van de Richtlijn verboden zou zijn of, zeldzamer, door het Hof toegestaan wat ook op grond van de Richtlijn kan worden toegestaan.⁶⁴

Een aardig voorbeeld is een recent arrest over de in België geldende verplichting om op de aan buitenlandse aannemers verschuldigde aanneemsom 15% in te houden 'en te storten bij de door de Koning aan te wijzen ambtenaar volgens de door hem te bepalen modaliteiten'.⁶⁵ Die verplichting vormt een evidente belemmering van het vrije dienstenverkeer, omdat het inschakelen van buitenlandse aannemers (vaak MKB) erdoor sterk wordt ontmoedigd. Het beroep van België op de noodzaak belastingfraude in de bouw tegen te gaan, werd verworpen. Dit lijkt bij uitstek het soort van regelingen dat de Richtlijn zou moeten uitbannen. Probleem is echter dat de Belgische beperkingen waren neergelegd in het Wetboek van de inkomstenbelasting. En (...) 'deze richtlijn is niet van toepassing op het gebied van belastingen'.⁶⁶ Heeft een land een niet-fiscale regeling om geknoei met sociale premies in de bouw te voorkomen (zoals de Nederlandse ketenaansprakelijkheid), dan zou de Richtlijn weer wel van toepassing (kunnen) zijn. Juristen gaan hier veel plezier aan beleven.

⁶⁰ Zie artikel 17, punt 5, en zaak C-3/95, *Reisebüro Broede*, Jur. 1996, p. I-6591.

⁶¹ Artikel 2, lid 2, letter k.

⁶² DG Markt kan deze oude baby kennelijk nog steeds niet loslaten. De conclusie van dat rapport laat zich nu al raden: *barriers all over the place*.

⁶³ In zijn *oral statement* voorafgaande aan de stemming op 15 november jl.

⁶⁴ Arrest van 13 juli 2004, zaak C-429/02, *Bacardi France*, Jur. 2004, p. I-6613.

⁶⁵ Arrest van 9 november 2006, *Commissie/België*, zaak C-433/04, n.n.g.

⁶⁶ Artikel 2, lid 3.