



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer

van Harten, H.J.

Publication date
2011

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Harten, H. J. (2011). *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer*. [, Universiteit van Amsterdam].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

3 RECHTERLIJKE AUTONOMIE BIJ DE MATERIEELRECHTELIJKE TOEPASSING EN UITLEGGING

‘De werking van de verbodsbepalingen ter verwezenlijking van de vrijheden levert veel problemen op. Het is, zelfs voor ingewijden, niet makkelijk een potentieel belemmerende nationale maatregel te koppelen aan een verbodsbepaling. Daar komt bij dat de recente rechtspraak van het Hof van Justitie op dit punt soms zwalkt. Toch blijkt uit rechtsvergelijkend onderzoek dat de Nederlandse rechter het goed doet.

Iedere rechter kan op elk moment met de werking van de vrijverkeerbepalingen (de communautaire allesreiniger) geconfronteerd worden. Rechterlijke commotie of leed ontstaat wanneer een rechter binnen de veilige muren van zijn sector of rechtsgebied plots belaagd wordt door Europees geschut. Het kan daarbij gaan om een schutter die in het wilde weg een EG-argument gebruikt maar ook om de doelgerichte actie van een advocaat gespecialiseerd in het Europees recht.’

K.J.M. Mortelmans, ‘Europees materieel recht voor Nederlandse rechters: l’acquis et le défi communautaires’ in: K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik, S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter. Verworvenheden en uitdagingen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 67-105 op p. 86

3.1 Inleiding

Het vorige hoofdstuk bood een theoretische inkadering voor het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht. Dit hoofdstuk en de volgende twee hoofdstukken zetten de praktijk voor het voetlicht. Met behulp van de rechterlijke ervaringen die zijn opgedaan met de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer in de Nederlandse rechtspraak, vindt een verkenning plaats van het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie in de praktijk. De onderzochte rechtspraak vormt hier de primaire bron van kennis, waaruit de analyse voortvloeit. Achtereenvolgens passeren in drie verschillende hoofdstukken drie centrale thema’s.

Het huidige hoofdstuk beziet het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie aan de hand van de praktijk van de materiële toepassing en uitlegging van beide vrijheden door de Nederlandse rechter. Het is het eerste onderwerp van bespreking omdat de heersende gedachte is dat het Verdragsrechtelijke vrijverkeerrecht het ‘hardst’ via materiële normen doorwerkt in de nationale rechtsplegingscontext. Zoals Mortelmans terecht al aangeeft: ‘iedere rechter kan op elk moment met de werking van de vrijverkeerbepalingen (de communautaire allesreiniger) geconfronteerd worden’. Bij de decentrale rechtsbescherming van het vrijverkeerrecht gaat het primair om de inhoudelijke doorwerking van Europees recht en niet om doorwerking van een procedureel kader. Dat is, zoals

bleek in het vorige hoofdstuk voor zover op dit vlak geen harmonisatie heeft plaatsgevonden, op grond van het beginsel van nationale procesautonomie in uitgangspunt een zaak van de lidstaten en het nationale recht.

Tegen die achtergrond is het een ‘logisch’ vertrekpunt om na te gaan in hoeverre, op wat voor manieren en in welke vormen in de praktijk elementen van nationale rechterlijke autonomie een rol spelen bij de materiële doorwerking van de vrijheden. De exercitie roept velerlei boeiende (vervolg)vragen op: hoe gaat de Nederlandse rechter in de uitsprakenpraktijk om met zijn manoeuvreerruimte in de toepassing en uitlegging van het materiële recht? Volgt de rechter feitelijk de logische toetsingssystematiek van de vrijheden? Kan de rol van de Nederlandse rechter het beste worden gezien als toepasser van Europese materiële normen of geeft de rechter daar in de praktijk toch een ‘eigen’ uitleg aan? Worden Europese aanspraken gelijkwaardig behandeld met puur Nederlandsrechtelijke aanspraken? Wordt wel eens Europeesrechtelijk *contra legem* uitgelegd? Welke sferen van autonome keuzevrijheid spelen in de praktijk van het materiële vrijverkeerrecht bij de Nederlandse rechter een wezenlijke rol? Dit zijn vragen die door het hoofdstuk heen aan de orde komen.

De focus van de bespreking maakt dat het doel van dit hoofdstuk niet is om tot een beoordeling van de gegeven materiële uitleg (‘wat?’) te komen. De concentratie is op de manier waarop de Nederlandse rechter opereert (‘hoe?’). Dit is in de praktijk nauw met elkaar verweven. Toch ligt het accent in de behandeling op laatstgenoemde dimensie. De bespreking beperkt zich tot enkele karakteristieke onderwerpen die naar aanleiding van het jurisprudentieonderzoek en in het kader van nationale rechterlijke autonomie de aandacht verdienen. Een zelfstandig exposé over de geschiedenis en ontwikkeling van de reikwijdte van de vrijheden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijft daarom buiten het bereik van dit onderzoeksverslag,¹ wel bevatten de deelonderwerpen een

¹ Daarvoor zij verwezen naar de uitstekende algemene literatuur die op dit vlak bestaat. In het bijzonder kan verwezen worden naar K.J.M. Mortelmans, ‘Chapter VIII: The Functioning of the Internal Market: The Freedoms’, in: Kapteyn e.a. 2008, bijvoorbeeld naar de hoofdstukken 19, 20 en 21 in Chalmers e.a. 2010 en hoofdstuk 3, De markt en publieke belangen in Eijsbouts e.a. 2010, P. Oliver, W. Roth, ‘The Internal Market and the Four Freedoms’, in: *CMLR* 41 2004, p. 407-441. Specifiek met betrekking tot het vrijedienstenverkeer en de vestigingsvrijheid zij bijvoorbeeld verwezen naar J. van de Gronden (ed.), *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of general interest policies within the services markets*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, J.W. van de Gronden, *Hervormingen in een dienstbaar Europa. Over diensten, uitdagingen en Europees recht*, oratie Radboud Universiteit Nijmegen, Deventer: Kluwer 2008, Hatzopoulos en Do 2006, L. Woods, *Free movement of goods and services within the European Community*, Aldershot: Ashgate Publishing 2004, M. Andenas, W. Roth (eds), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2002, J. Snell,

beknpte introductie tot de kern van het vrijverkeerrecht: een algemene gebruiksaanwijzing bij de ‘communautaire allesreiniger’.

Hoewel het in dit hoofdstuk dus niet zozeer gaat om de materiële uitleg, sluit de structuur van het hoofdstuk in hoofdlijn aan bij de logica in de toetsingssystematiek van de vrijheden. In de eerste plaats komen rechterlijke autonomieaspecten rond de materiële, personele en geografische werkingssfeer aan de orde. Vervolgens bezie ik hoe nationale rechterlijke autonomie een rol speelt bij de verbodsnorm van beide vrijheden. Daarna verlegt de aandacht zich naar autonomieaspecten bij het tegenwoordige zwaartepunt in de toetsing aan het vrijverkeerrecht: de mogelijkheid om belemmerende maatregelen te rechtvaardigen uit oogpunt van publiek belang. In het bijzonder wordt daarbij ingezoomd op de boeiende rol die het evenredigheidsbeginsel inneemt als kruispunt van verbindingen van de taakverdeling tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter, en de nationale rechter ten opzichte van het nationale bestuur. Ten slotte verbinden we de bevindingen uit de paragrafen tot een centrale conclusie.

3.2 Rond drie dimensies in werkingssfeer: materieel, personeel en geografisch

Stel, er doet zich een zaak voor bij de nationale rechter waarin de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer wordt ingeroepen. Dan lijken zich, in theorie althans, drie dimensies in de werkingssfeer van het vrijverkeerrecht als eerste ‘ontvankelijkheidsvoorwaarden’ aan te dienen. Het gaat dan om de materiële, personele en geografische reikwijdte van de vrijheden; een beknopte uitleg daarvan volgt zo dadelijk. Te denken valt aan vragen als: is er sprake van een ‘dienst’ in de zin van het vrijedienstenverkeer? Kan de procespartij zich in verhouding tot de andere partij wel op de vrijheden beroepen? Wordt het interstatelijk verkeer beïnvloed? De nationale rechter kan zich bij de beoordeling van deze dimensies in hoge mate baseren op de rechtsonwikkeling van de vrijheden in de afgelopen decennia. Van belang is daarvoor uiteraard dat de nationale rechter uit de voeten kan met de Europeesrechtelijke uitleg van het Hof van Justitie. En, dit lijkt een vanzelfsprekendheid, de rechter van die relevante jurisprudentie op de hoogte is (gebracht) bij de beslechting van het geding.

Bezien we deze dimensies in de Nederlandse rechtspraak vanuit het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie, dan vragen enkele aspecten om aandacht.

Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship between the Freedoms, Oxford: Oxford University Press 2002 en Hatzopoulos 2000.

De kern daarvan heeft van doen met de grote rol van feiten en bewijs in de nationale rechterlijke toetsing. De feitenvaststelling en de beoordeling van het bewijs vormt een wezenlijk terrein waarop de nationale rechter zichtbaar feitelijk autonoom opereert.

Uitgangspunten in werkingssfeer

Wat moet onder de materiële, personele en geografische werkingssfeer van beide vrijheden worden verstaan? Voor de toepassing van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer is het wezenlijk wat onder de begrippen ‘vestiging’ en ‘diensten’ moet worden verstaan. De reikwijdte van het diensten- en vestigingsbegrip kunnen we aanmerken als de *materiële werkingssfeer* van beide vrijheden. Naar het oordeel van het Hof van Justitie gaat het hier om begrippen van gemeenschapsrecht, die als zodanig door het Hof van Justitie zouden moeten worden uitgelegd. Tegelijkertijd is de nationale rechter als eerstelijnsrechtsbeschermer van het vrijverkeerrecht de eerst aangewezen om deze begrippen toe te passen op een concreet geval waarin een beroep op de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer wordt gedaan.

Vestiging

Van vestiging is sprake als een entiteit zich vastlegt aan een bepaalde plaats. Het klassieke, centrale uitgangspunt bij de vestigingsvrijheid wordt gevormd door artikel 49 VWEU. De tweede alinea van die Verdragsbepaling maakt in grote trekken duidelijk wat onder de vrijheid van vestiging moet worden verstaan:

‘De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.’

Als het gaat om de vraag hoe het Hof van Justitie het begrip vestiging in de zin van de vestigingsvrijheid heeft uitgelegd, dan biedt het arrest *Factortame II* een kernachtige omschrijving. Daarin maakt het Hof van Justitie duidelijk dat onder vestiging moet worden verstaan: ‘dat daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat.’²

Diensten

In tegenstelling tot de centrale begrippen als goederen, werknemers of kapitaal uit de andere vrijheden, worden diensten wél in het VWEU gekarakteriseerd. Artikel 57 VWEU maakt duidelijk dat als diensten moeten worden beschouwd: ‘de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voorzover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn.’³

² Zaak 221/89, *Factortame II*, r.o. 20.

³ De Verdragsbepaling vervolgt met een niet-limitatieve en wat gedateerde opsomming van werkzaamheden die als diensten kunnen worden bestempeld. Het gaat dan

Hiermee geeft het VWEU geen echte definitie van het dienstenbegrip. Er staat niets anders dan dat een dienst een ‘dienstverrichting welke gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt’ is. De relatie tot ‘gewoonlijk tegen vergoeding’ geeft aan dat er sprake moet zijn van een waardeerbare tegenprestatie tussen dienstverrichter en dienstontvanger. Bovendien wordt dat naar de bewoordingen van het VWEU pas relevant zodra de andere bepalingen inzake het vrije verkeer niet opgaan.

In de uitspraak *Walrave Koch*, na prejudiciële vragen van de rechtbank Utrecht, bevestigde het Hof van Justitie begin jaren zeventig dat het criterium ‘economische activiteit’ moest worden gehanteerd als maatstaf voor het dienstenbegrip en het werknemersverkeer.⁴ Alleen als daarmee samenhang aanwezig was, stond de weg naar het Europees recht open. Maar wanneer is er sprake van een economische activiteit? Volgens vaste rechtspraak moet het in ieder geval gaan ‘om reële en daadwerkelijke en niet slechts om marginale en bijkomstige activiteiten’.⁵ Het begrip ‘economische activiteit’ wordt als zodanig uitgelegd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie dat het gaat om het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt.⁶ Dat criterium heeft geleid tot verdere verfijning in het concept van het economische karakter van bepaalde activiteiten.⁷ Uit de innerlijke logica van de vrijheden volgt dat het bij het aanbieden van goederen op een markt gaat om goederen(verkeer) en het criterium economische activiteit in het kader van diensten alleen ziet op de gevallen waarin een causale relatie bestaat met het aanbieden van diensten op een bepaalde markt.⁸

Volgens de Verdragskarakterisering vormen diensten een restcategorie. Het Hof van Justitie is op verschillende wijze omgesprongen met de rangorde tussen de vrijheden die expliciet volgt uit artikel 57 VWEU. Het Hof heeft deze rangorde regelmatig, strikt genomen, *contra legem* geïnterpreteerd. In de jurisprudentie van het Hof zijn drie typen present:

over ‘met name werkzaamheden van industriële, commerciële aard, van het ambacht en van de vrije beroepen’. Ten slotte volgt een zekere afbakening ten opzichte van de vestigingsvrijheid en de inhoud van de dienstenvrijheid, want ‘Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke die staat aan zijn eigen onderdanen oplegt.’ Het woordje ‘tijdelijk’ geeft hierin ook iets weer over de reikwijdte van het vrijedienstenverkeer, het maakt het daarin bijvoorbeeld onderscheidend van de vestigingsvrijheid.

⁴ Zaak 36/74, *Walrave-Koch*. Zie over dit arrest de annotatie van K.J.M. Mortelmans in: Beukers e.a. 2010, p. 103-107. Het verklaart ook dat de artikel 4, lid 1 Dienstenrichtlijn als dienst aanmerkt ‘elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 57 VWEU.’

⁵ Zie gev. zaken C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 54.

⁶ Zie bijvoorbeeld zaak 118/85, *Commissie t. Italië*, r.o. 7, zaak C-35/96, *Commissie t. Italië*, r.o. 36.

⁷ Zie daarover de conclusie van AG Jacobs bij gev. zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK-Bundesverband*, o. 27-42.

⁸ Enkele decennia na *Walrave Koch* oordeelde het Hof van Justitie in navolging van vaste rechtspraak dat bij ‘een activiteit waarbij onder bezwarende titel een dienst wordt verricht ten behoeve van de ontvanger, zonder dat materiële goederen worden geproduceerd of overgedragen’ er sprake is van een dienstverrichting tegen vergoeding en dus bijvoorbeeld prostitutie onder de werkingssfeer van het dienstenverkeer past. Zie zaak C-268/99, *Jany*, r.o. 48.

- a) Het vrijedienstenverkeer is een restcategorie;⁹
- b) De keuze van de vrijheid wordt bepaald door het zwaartepunt in het concrete geval;¹⁰
- c) Verschillende vrijheden worden gelijktijdig toegepast.¹¹

De vrijheden richten zich op belemmerende maatregelen van lidstaten. *Wie* zich op de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer kan beroepen heeft betrekking op de *personele werkingssfeer* van beide vrijheden. Concreet gaat het daarbij in het geval van het vrijedienstenverkeer in ieder geval om de figuur van de dienstverrichter en de dienstontvanger.

Uit de bewoordingen van artikel 56 en 57 VWEU lijkt voort te vloeien dat het vrij verkeer van diensten alleen de dienstverrichters begunstigt. De dienstenvrijheid heeft in de jurisprudentie een bredere personele werkingssfeer gekregen. Zij ziet namelijk ook op de ontvanger van diensten. Dat lag overigens al verscholen in het Spaak-rapport uit 1956, dat aanzette tot de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap. Daarin wordt de horecasector als voorbeeld genoemd waarin diensten worden ontvangen. Dit gaf advocaat-generaal Trabucchi in de zaak 118/75, *Watson* aanleiding om de mogelijkheid van de figuur van de dienstontvanger te benadrukken. Toch duurde het tot de uitspraak van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken 286/82 en 26/83, *Luisi en Carbone*, voordat de figuur van de dienstontvanger werd geaccepteerd: ‘De vrijheid van dienstverrichting impliceert bijgevolg de vrijheid van degenen te wier behoefte diensten worden verricht, om zich met het oog daarop naar een andere lidstaat te begeven zonder daarbij door betalingsbeperkingen te worden gehinderd; als personen te wier behoefte een dienst wordt verricht, zijn mede te beschouwen toeristen alsmede zij die geneeskundige behandeling behoeven, en zij die zich voor studie of zaken op reis begeven’ (*Luisi en Carbone*, r.o. 16).

Overigens impliceerde ook artikel 4 Richtlijn 73/148 al dat een dienstontvanger in een andere lidstaat mocht verblijven gedurende de ontvangst van diensten. De Dienstenrichtlijn heeft expliciet oog voor de rechten van dienstontvangers. Artikel 19 eist: ‘De lidstaten leggen een afnemer geen eisen op die het gebruik van een dienst van een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter beperken.’ De dienstontvangers mogen in het algemeen niet geconfronteerd worden met discriminatie (artikel 20): ‘De lidstaten zien erop toe dat op de afnemer geen discriminerende eisen op grond van zijn nationaliteit of verblijfplaats van toepassing zijn.’ Dat gaat in het bijzonder op voor publieke dienstverrichters (artikel 20, lid 2).

⁹ Een voorbeeld geeft de zaak 55/94, *Gebhard*, waarin het Hof in het licht van artikel 57 VWEU onder meer duidelijk maakt ‘dat de bepalingen betreffende de diensten slechts van toepassing zijn, indien de bepalingen betreffende het recht van vestiging dat niet zijn’ (r.o. 20). Vgl. ook bijvoorbeeld zaak C-222/95, *Parodi*, zaak C-159/90, *Grogan*, r.o. 17, zaak 198/89, *Touristengids Griekenland*, r.o. 6, zaak 205/84, *Commissie t. Duitsland*, r.o. 18, gev. zaken 286/82 en 26/83, *Luisi en Carbone*.

¹⁰ Vgl. bijvoorbeeld zaak C-348/96, *Calfa*, zaak C-55/93, *Van Schaik*, zaak C-275/92, *Schindler*, zaak C-97/98, *Peter Jägerskiöld*. Vgl. ook zaak 45/87, *Commissie v. Ierland*, zaak C-484/93, *Svensson*, zaak C-410/96, *Ambry*.

¹¹ Bijvoorbeeld zaak C-405/98, *Gourmet*, gev. zaken C-34 tot C-36/95, *De Agostini*, zaak C-101/94, *Commissie t. Italië*, zaak C-484/93, *Svensson*, zaak C-272/91, *Lottomatica*.

Daarnaast bevat de richtlijn een inspanningsverplichting voor het geven van bijstand aan de dienstontvanger (artikel 21).

In het geval van de vestigingsvrijheid strekt de personele reikwijdte zich in ieder geval uit tot de figuur van de economische vestiger zolang er sprake is van werkzaamheden anders dan in loondienst. Deze figuren kunnen zowel natuurlijke als rechtspersonen zijn.

Uit artikel 49 VWEU valt af te leiden dat het hier gaat om een economische vestigingsvrijheid. Dat is tegenwoordig in Europeesrechtelijke context overigens geen automatisme. In de loop der tijd heeft zich ook een niet-economische vrijheid van vestiging ontwikkeld. Deze volgt onder meer uit de richtlijnen voor de economisch niet-actieven en de verdragsbepalingen inzake het Unieburgerschap zoals neergelegd in artikel 20 VWEU. Deze studie beperkt zicht tot de economische vestigingsvrijheid.

De vrijheid van vestiging richt zich op de werkzaamheden anders dan in loondienst, waarmee, kort gezegd, bijvoorbeeld zelfstandigen en andere ondernemingen worden bedoeld. Dit bakent het vestigingsrecht overigens af ten opzichte van het vrijewerkmemersverkeer uit artikel 45 VWEU. Het VWEU spreekt over de toegang tot het oprichten en het beheren van (andere) ondernemingen.

Verreweg de meeste beroepen op de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer zullen zich in de praktijk voordoen in een verticale procesrelatie: een private partij beroept zich jegens een overheidsorgaan, verantwoordelijk voor een kennelijk belemmerende maatregel, op de verkeersvrijheden. De inroepbaarheid van de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer in horizontale geschillen, dat wil zeggen tussen private partijen onderling, is enerzijds aanvaard, anderzijds is het nog een verwoed discussiepunt in de literatuur.¹² Aanvaard, omdat in enkele gevallen het Hof van Justitie deze vrijheden van toepassing heeft verklaard in schijnbaar puur

¹² Eijsbouts e.a. 2010, p. 260 wijzen er op dat ‘enkele belangrijke fundamentele verdragsbepalingen niet alleen in de verhouding burger-overheid, maar ook tussen burgers onderling inroepbaar zijn. Met name de discriminatieverboden uit het VWEU blijken horizontale werking te bezitten.’ Zie, voorzichtig positief met betrekking tot de horizontale inroepbaarheid van de vrijheden, S. Van den Bogaert, ‘Horizontality: The Court Attacks?’, in: C. Barnard, J. Scott, *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford: Hart Publishing 2002, p. 123-152. Contra horizontale directe werking bijvoorbeeld R. Lane, ‘The internal market and the individual’, in: N. Nic Shuibhne (ed.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham: Edward Elger 2006, p. 245-276. Eveneens hierover: Oliver, Roth 2004 en A.S. Hartkamp, *De werking van het EG-Verdrag in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen over directe en indirecte horizontale werking van het primaire gemeenschapsrecht*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2009.

horizontale geschillen. Toch ging het in deze geschillen wel om maatregelen met een zeker ‘publiek’ machtskarakter.¹³

Ook een overheidsorgaan kan zich overigens beroepen op het vrijedienstenverkeer ten opzichte van een ander overheidsorgaan. Dat is bijvoorbeeld weleens duidelijk geworden in de Nederlandse rechtspraak over het vrijedienstenverkeer.¹⁴

Voor de werkingssfeer van de vrijheden is eveneens de *geografische dimensie* van belang. Voor een geslaagd beroep op de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer dient er sprake te zijn van een interstatelijk effect: er moet concreet een beïnvloeding van verkeer tussen lidstaten bestaan.

Er zijn verschillende situaties denkbaar waarin een beroep op de vestigingsvrijheid of het vrijedienstenverkeer mogelijk is in het geval van het verkeer tussen de lidstaten. Ten aanzien van vestiging zijn twee pure vormen te onderkennen:

- 1) begunstigde van lidstaat A vestigt zich in een andere lidstaat,
- 2) begunstigde van lidstaat A, gevestigd in lidstaat B, vestigt zich in lidstaat A.

Ten aanzien van het vrijedienstenverkeer zijn vier pure situaties denkbaar:

- 1) dienstverrichter verplaatst zich van oorsprongland naar gastland,
- 2) dienstontvanger verplaatst zich van oorsprongland naar gastland,
- 3) dienst wordt verricht zonder verplaatsing van dienstverrichter of –ontvanger,
- 4) zowel dienst als dienstverrichter en –ontvanger verplaatst zich naar gastland.

Klassieke jurisprudentie van het Hof van Justitie leerde dat als alle aspecten van de economische activiteit zich binnen één lidstaat afspeelden, er sprake was van een ‘interne situatie’. Een beroep op de verdragsvrijheden staat in een dergelijk geval strikt genomen niet open. De Verdragsbepalingen betreffende de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer blijven zodoende buiten toepassing.

In recentere jurisprudentie van het Hof van Justitie tekent zich een ontwikkeling af die erop duidt dat de precieze grenzen tussen een interne situatie en vervulling van de interstatelijkheidseis vervagen. Deze ontwikkeling heeft aanleiding gegeven tot verhitte discussies in de literatuur.¹⁵ Die discussie is verklaarbaar

¹³ Eerder reeds zaak 36/74, *Walrave Koch* en veel recenter zaak C-438/05, *Viking*, zaak C-341/05, *Laval*, zaak C-346/06, *Rüffert*.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld ABRvS, 24 april 2008, LJN BD0232, waarin de Provincie Overijssel succesvol opkomt tegen een boete die door de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is opgelegd aan de provincie in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen. De Provincie Overijssel beroept zich in dit kader op het vrijedienstenverkeer jegens de staatssecretaris en de Afdeling honoreert dat beroep.

¹⁵ Een beeld hiervan geeft de bundel onder redactie van E. Manunza, L. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006. Zie

als we kijken naar het Verdragsrechtelijke kader. In de kernbepalingen uit het VWEU rond de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer staat de interstatelijkheidseis letterlijk verwoord. Artikel 49 VWEU verbiedt beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat ‘op het grondgebied van een andere lidstaat.’ Artikel 56 VWEU verbiedt beperkingen ‘op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie [...] ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.’ En, zo valt te lezen in artikel 57 VWEU, dat, onverminderd de vestigingsvrijheid, ‘degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk [kan] uitoefenen in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke die staat aan zijn eigen onderdanen oplegt.’ Tegelijkertijd definieert artikel 26, lid 2 VWEU de interne markt als ‘*een ruimte zonder binnengrenzen* waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen’ (curs. HVH). Daaruit volgt de spanning tussen enerzijds een ‘harde’ interstatelijkheidseis en anderzijds een streven te komen tot een ruimte zonder binnengrenzen, die in de kern natuurlijk ook neerkomt op een vraag van reguleringsbevoegdheid tussen de Unie en de lidstaten.¹⁶

Ten slotte kan onder de geografische werkingssfeer het externe verkeer worden geschaard. In dat geval is er sprake van verkeer tussen een derde land en een lidstaat van de Unie. Voor extern verkeer met een derde land gelden de vrijverkeerregels in beginsel niet.¹⁷ Per concreet geval moet worden nagegaan welk regime van toepassing is. Dit hangt bijvoorbeeld af van de eventueel afgesloten associatieovereenkomst met het derde land of geldende toetredingsakkoorden, waar al dan niet overgangsbepalingen of specifieke bepalingen over de reikwijdte van specifieke vrijheden in staan opgenomen.

De grote rol van feiten en bewijs voor de nationale rechterlijke toetsing

Uit het onderzoek naar de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak komt naar voren dat de feiten en het bewijs met betrekking tot de drie dimensies in werkingssfeer een bijzonder grote rol spelen voor een geslaagd beroep op de vrijheden. Op dit terrein opereert de Nederlandse rechter op

bijvoorbeeld ook N. Nic Shuibhne, ‘Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?’, in: *CMLR* 39 2002, p. 731-771.

¹⁶ Uit artikel 4, lid 2 sub a VWEU volgt dat de interne markt een gedeelde bevoegdheid van de Unie en de lidstaten betreft.

¹⁷ Uitzondering hierop is het vrijekapitaalverkeer waar in het VWEU expliciet voor staat vermeld dat het zich uitstrekt tot verhoudingen met derde landen. Art. 63, lid 1 VWEU: ‘In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.’

verschillende manieren feitelijk autonoom. Gedeeltelijk is dit inherent aan deze dimensies in werkingssfeer: bij de materiële, personele en geografische werkingssfeer van de vrijheden schuurt het recht nu eenmaal sterk tegen de feiten aan. De beoordeling of er sprake is van dienstverrichting of het ontvangen van diensten, dan wel of er bijvoorbeeld sprake is van vestiging of verkeer tussen lidstaten, heeft nu eenmaal naar zijn aard sterk feitelijke trekken.

Dat kan verduidelijkt worden als we bijvoorbeeld kijken naar een rechtsoverweging uit een betrekkelijk willekeurig gekozen uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage over de aftrekbaarheid van kosten van deelnemingen buiten de EU voor de vennootschapsbelasting:

‘4.4 Partijen zijn eenparig van mening dat alle onder 2.1 genoemde deelnemingen meerderheidsdeelnemingen zijn. De rechtbank sluit zich hier bij aan. Naar oordeel van de rechtbank verlenen deze meerderheidsdeelnemingen eiseres een zodanige invloed op de besluiten van de deelnemingen dat zij de activiteiten van de deelnemingen kan bepalen. Het tegendeel is ook niet gesteld of gebleken.’¹⁸

Tussen partijen is het een *feit* dat er sprake is van meerderheidsdeelnemingen en de rechter sluit zich daarbij aan. Daarna volgt een conclusie van de rechtbank: in zo'n geval is de vrijheid van vestiging van toepassing, een conclusie die ongetwijfeld bewust samenvalt met een interpretatie van het Hof van Justitie.¹⁹

Haast geruisloos gaan de feiten hier over in het recht. Bij het rechterlijk operationaliseren van de vrijheden in de nationale context voor de toepassing in een concreet geval vervaagt de tweedeling tussen recht en feit. Het recht wordt feitelijk, een feitenconstellatie kan overigens wederom weer als rechtsvraag worden benaderd. Dat laatste is ook in de rechtspraak bij het Hof van Justitie vaak genoeg duidelijk geworden.²⁰

Het ‘feitelijke’ karakter van deze elementen maakt als zodanig dat er op dit terrein een wezenlijke rol bestaat voor de nationale rechter. Formeel, want in de taakverdeling tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter in de prejudiciële procedure behoort het primaat van de feiten en de vaststelling

¹⁸ Rechtbank 's-Gravenhage, 21 januari 2008, LJN BC3532.

¹⁹ De rechtbank verwijst in twee rechtsoverwegingen hiervoor naar het arrest C-231/05, *Oy aa*, r.o. 20.

²⁰ Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit meer zaken bij het Hof van Justitie die door Nederlandse rechters zijn aangebracht. Twee kenmerkende, inmiddels klassieke voorbeelden: in de eerste plaats was het in de zaak 36/74, *Walrave Koch*, na prejudiciële vragen van de rechtbank Utrecht, vraagpunt van uitleg wanneer het wielrennen met motorgangmaking onder het vrijewerkmemers- of het vrijedienstenverkeer viel. Voor de Hoge Raad was het op 9 december 1980 (NJ 1981/177) nog dermate twijfelachtig of ‘het ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ onder ‘diensten’ in de zin van het vrijedienstenverkeer moest worden beschouwd, genoeg reden was om voor prejudiciële uitleg naar het Hof van Justitie te verwijzen (met als resultaat overigens de bevestiging daarvan in de zaak 279/80, *Webb*, inmiddels levert dat nauwelijks meer problemen op.

daarvan tot het domein van de nationale rechter.²¹ Dat verklaart, mede, dat in de beoordeling van de drie dimensies in werkingssfeer van de vrijheden het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie zichtbaar naar de voorgrond treedt. In de onderzochte praktijk blijkt de wezenlijke rol die de nationale rechter en zijn procedurele omgeving hierbij speelt. De onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak bevat een veelheid van voorbeelden. Enkele karakteristieke voorbeelden rond de verschillende dimensies in werkingssfeer worden achtereenvolgens besproken:

- de rechterlijke beoordeling of een vrijheid als zodanig van toepassing is
- gevallen waarin het nationale procesrecht een doorslaggevende rol speelt voor de rechterlijke benadering
- de rechterlijke beoordeling van samenloop van vrijheden
- de variëteit in de bewijslast met betrekking tot een interstatelijk effect.

Vrijheid als zodanig van toepassing?

In de eerste plaats kan worden gewezen op de rechterlijke beoordeling van de vraag of de ingeroepen vrijheid van toepassing is op de feiten en omstandigheden en of er voldoende bewijs voor is aangevoerd.

Uit de onderzochte rechtspraak blijkt het belang dat partijen zich in ieder geval zo concreet mogelijk dienen te beroepen op de vrijheden. Een van de uitspraken over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van boetes opgelegd in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen, maakt dat beeldend duidelijk:

²¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld zaak C-111/01, *Gantner*, r.o. 37: ‘Teneinde het Hof in staat te stellen een nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te geven, behoort de nationale rechter, alvorens de zaak naar het Hof te verwijzen, de feiten vast te stellen en de problemen van zuiver nationale recht op te lossen.’ Het Hof van Justitie verwijst daarbij naar gev. zaken 36/80 en 71/80, *Irish Creamery Milk Suppliers Association*, waarin het Hof in r.o. 7 onder meer opmerkt dat deze opdracht ‘evenwel geenszins een beperking [inhoudt] van de beoordelingsbevoegdheid van de nationale rechter, die als enige rechtstreeks kennis heeft van de feiten van het geding en van de argumenten van partijen, die uitspraak zal moeten doen en die derhalve het best in staat is te beoordelen, in welke stand van het geding een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie noodzakelijk is.’ Dit blijkt ook uit de *Informatienota* voor prejudiciële verzoeken. Daarin wordt bij punt 19 overwogen ten aanzien van het tijdstip waarop een prejudiciële vraag wordt gesteld: ‘Het is echter wenselijk, dat de prejudiciële vraag wordt gesteld wanneer de procedure zover is gevorderd, dat de nationale rechter het feitelijke en rechtskader van het probleem kan afbakenen’. Ook komt rond de vorm van de prejudiciële verwijzingsbeslissing in overweging 22 naar voren dat deze ‘een korte uiteenzetting [moet] bevatten van het voorwerp van het geschil en van de relevante feiten die vast zijn komen te staan’. Eerder in de *Informatienota* blijkt onder punt 13 dat een lagere rechter: ‘zelf beslissen [kan] wat de juiste uitlegging van het recht van de Unie is en hoe het moet worden toegepast op de feiten die hij vaststelt.’ (Cursiveringen HVH.)

‘2.6.1. Het betoog dat de Wav mogelijk niet in overeenstemming is met EG-regelgeving, nu de Europese Commissie een onderzoek heeft ingesteld naar de geoorlooftheid van het onderscheid dat Nederland maakt tussen werknemers uit de verschillende lidstaten, *faalt reeds omdat A. niet heeft geconcretiseerd welke Europese regelgeving mogelijk in het geding zou zijn en waarom de Wav hiermee niet in overeenstemming zou zijn*. Dat ten tijde van belang reeds bekend was dat op termijn ook werknemers uit Polen onder de werkingssfeer van het vrij verkeer van werknemers zouden vallen, leidt evenmin tot de conclusie dat toepassing van de Wav in dit geval in strijd zou zijn met EG-regelgeving.’ (cursivering HVH.)²²

De procespartij heeft naar het oordeel van de Afdeling duidelijk onvoldoende concreet gemaakt op welke Europese norm hij zich voor de rechter beroept. Van partijen mag echter een concreet beroep worden verwacht. Interessant is dat juist op dit terrein, dat van Wav-boetes in het licht van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer, nadien nog erg veel uitspraken van de Afdeling volgden waarin een beroep op de vrijheden werd gehonoreerd. Wat is in een dergelijk geval de Europeesrechtelijke opdracht van de nationale rechter? Moet de in dit geval oordelende bestuursrechter de verplichting naar nationaal procesrecht, ex artikel 8:69 lid 2 Awb, om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen volgen,²³ dienen partijen actief te worden opgedragen om concreter te procederen? Het ligt voor de hand dat de rechter de Europeesrechtelijke claim gelijkwaardig behandelt met een nationaalrechtelijke claim en dus ‘gewoon’ ambtshalve de rechtsgronden zou moeten aanvullen binnen de buitengrenzen van het geschil, maar hoever dient de rechter daarbij te gaan? Het voorbeeld illustreert in ieder geval het belang van het nationale procesrechtelijke kader en de attitude die de rechter in de praktijk daarbij ten aanzien van een Europeesrechtelijke claim aanneemt. Vermoedelijk zal de rechterlijke omgeving hier nadrukkelijk van invloed op zijn evenals het karakter van de procedure in het nationale

²² ABRvS, 11 juli 2007, LJN BA9299.

²³ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem, 10 december 2008, LJN BG9345: ‘Eiser heeft verder betoogd dat, doordat hij zijn beroepskosten niet in aftrek kan brengen op zijn inkomen hij wordt beknot in zijn recht om te kunnen wonen en werken daar waar hij wil. Volgens eiser is dit in strijd met het EG-recht. De rechtbank begrijpt hieruit dat eiser klaagt over schending van de vrijheid van werknemersverkeer en de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in respectievelijk artikel 45 en 49 VWEU. Deze grief kan eiser niet baten, omdat voor toepassing van voornoemde bepalingen nodig is dat sprake is van een grensoverschrijdende situatie. Eiser woonde en werkte in 2005 in Nederland. Van een grensoverschrijdende situatie is dus geen sprake.’ Een ander voorbeeld biedt de rechtbank Breda, 11 november 2008, LJN BG5481: ‘2.8 Nu belanghebbende zijn beroep op het Europees recht niet heeft onderbouwd, gaat de rechtbank er van uit dat belanghebbende een beroep doet op artikel 49 van het VWEU.’ Zie ook Rechtbank Breda, 29 april 2008, LJN BD5599. Uit een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 29 september 2006, LJN AY9195 komt naar voren: ‘Appellante heeft voorts gesteld dat haar vrijheid van vestiging door het bestreden besluit wordt belemmerd. De Raad vat deze stelling op als een beroep op artikel 45 dan wel artikel 21 VWEU. Dienaangaande overweegt de Raad als volgt.’

rechtsgebied (civiel-, bestuurs- of strafrechtelijk). In het kader van boetes opgelegd op grond van de Wet arbeid vreemdelingen,²⁴ maar bijvoorbeeld ook in het geval van een ongewenstverklaring²⁵ tegen de achtergrond van de vrijheden hebben verschillende Nederlandse rechters het bestuur opnieuw de opdracht gegeven onderzoek te doen naar de mogelijke aanspraken die een eiser kan ontleen aan het Europees recht. Anderzijds zijn er juist op deze terreinen voorbeelden te vinden waarin een zware bewijslast wordt opgelegd aan de inroeper van de vrijheid.²⁶

In het verlengde van het hierboven geciteerde voorbeeld van de Afdeling liggen de gevallen waarin een ‘allesinroeper’ procedeert: een partij die zich, naast een nationaalrechtelijk argument, veelal op *alle* vrijheden beroept en het Europees recht in zijn algemeenheid.²⁷

In dit verband biedt een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch een kenmerkend voorbeeld.²⁸ In deze zaak wordt opgekomen tegen de weigering van de belastingdienst teruggave te verlenen van de verschuldigde BPM-belasting bij de invoer van een Audi A8 vanuit Duitsland. Het geschil betreft alleen de vraag of de waarde van de trekhaak zijnde € 1.756 in mindering moet worden gebracht op de in de aangifte gebezigde maatstaf van heffing. Belanghebbende stelt zich op het standpunt dat het hier gaat om ‘de toepassing van de zes [sic] vrijheden van de EU. Het betreft in het bijzonder het goederen- en dienstenverkeer. Bij het deel van de trekhaak dat op de personenauto is aangebracht, gaat het om het dienstenverkeer. Bij het losse onderdeel zou je kunnen spreken van een levering van goederen. Dat laatste is overigens los te verkrijgen en heeft dezelfde status als losse accessoires.’

²⁴ Zie bijvoorbeeld v.zr. rechtbank Zwolle, 16 april 2008, LJN BC9751: ‘Op basis van bovengenoemde feiten en omstandigheden kan naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet zonder meer worden aangenomen dat louter sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en dat geen sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening.’ Vgl. v.zr. rechtbank Almelo, 11 april 2007, LJN BA4219 waarin de voorzieningenrechter een Wav-boetebesluit schorst en van de Staatssecretaris onder meer verwacht ‘waarom de feiten die hij heeft gesteld, leiden tot de conclusie dat sprake is van een gezagsverhouding. Binnen de bouwwereld zal altijd sprake zijn van een projectstructuur waarbinnen activiteiten moeten worden verricht in een bepaalde volgorde. Op zichzelf behoeft dat niet tot de conclusie te leiden dat er een gezagsverhouding is.’

²⁵ Zie bijvoorbeeld rechtbank 's-Gravenhage, zp. Amsterdam, 14 juni 2007, LJN BA8505.

²⁶ Zie bijvoorbeeld rechtbank Arnhem, 10 april 2008, LJN BD0147.

²⁷ Ook Prechal 2006, p. 433 merkt deze praktijk op: ‘*practising lawyers [...] grasping at European law as a last straw and submitting ‘wild arguments’ to the court which is supposed to make something meaningful out of it.*’

²⁸ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 17 mei 2006, LJN AZ2625. Andere voorbeelden zijn onder meer rechtbank Breda, 29 april 2008, LJN BD5599. In dit laatste geval is de BPM-regelgeving volgens partij in strijd met ‘het Europese recht en met name het evenredigheidsbeginsel’, maar deze partij beroept zich wel specifiek op ‘s Hofs uitspraak in zaak C-242/05, *Van de Coevering*.

Hoe moet de rechter daar mee omgaan? Het behoort, mijns inziens, ook tot de feitelijke autonomie van de nationale rechter om de kansloze beroepen van de kansrijke te scheiden. Het beroep van een fundamentele vrijheid verdient in beide gevallen ten minste een minimale motivering en concretisering. Dit is ook terug te zien in een voorbeeld bij de rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Arnhem, waarin de rechter nagaat of er sprake is van een vestiger in de zin van de vestigingsvrijheid in het geval van extern vrijverkeer. Specifiek in dit geval gaat het om de reikwijdte van artikel 41 Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst EG-Turkije:

'21. Eisers beroep op artikel 41 van het protocol kan hem reeds niet baten, omdat gesteld noch gebleken is dat hij als zelfstandige beroepsactiviteiten heeft verricht, en evenmin is gebleken dat hij op dat gebied of het gebied van het vrij verrichten van diensten serieuze voornemens heeft.'²⁹

Het Hof van Justitie kijkt in zijn uitleg van het Europees recht wellicht op een wat abstracter niveau naar dit soort zaken. In de Nederlandse rechtspleging is het werkelijk noodzakelijk dat de partij die zich beroept op de vrijheid concreet en gemotiveerd aantoont waarom de vrijheid van toepassing is.

Een doorslaggevende rol voor nationaal procesrecht

In de tweede plaats kan worden gewezen op andere voorbeelden waarin het nationale procesrecht doorslaggevend is voor de inroepbaarheid van de vrijheden in een procedure. In sommige gevallen strandt bijvoorbeeld het beroep op de vrijheid door de omvang van de rechtsstrijd. Deze kan hierdoor in eerste aanleg anders zijn dan in hoger beroep en, met regelmaat, ingekleurd worden door een uitspraak in eerste aanleg.³⁰ Hier speelt de nationale procesrechtelijke traditie opnieuw een wezenlijke rol in de praktijk van de effectivering van de Europese rechten. Een dergelijk gegeven komt echter niet duidelijk naar voren als we de Europese rechtsbescherming alleen beschouwen zoals die plaatsheeft bij het Hof van Justitie. Doordat bepaalde oordelen van de rechtbank onbestreden blijven in hoger beroep, leidt dit er in beginsel toe dat de rechtsstrijd in hoger beroep zich beperkt tot dat wat nog bestreden wordt.

²⁹ Rechtbank 's-Gravenhage, zp. Arnhem, 31 augustus 2007, LJN BB6013.

³⁰ Soms komt dit ook voor in eerstelijnsuitspraken. De rechtbank Middelburg geeft een voorbeeld in een zaak rond een Wav-boete. Een eiseres maakt pas in beroep voor de rechtbank duidelijk dat de vreemdeling met de Poolse nationaliteit die voor haar heeft gewerkt, werkzaam was als zzp-er: 'De rechtbank acht die stelling niet aannemelijk in het licht van eiseres eerdere verklaring dat er sprake was van een vriendendienst van iemand die zich verveelde en die als tegemoetkoming een zakgeld van € 200,-- heeft ontvangen.' Rechtbank Middelburg, 3 mei 2007, LJN BB5250.

Een voorbeeld vinden we bij de Afdeling in een van de andere uitspraken over boetes in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen in de afgelopen jaren. In de zaak *Tuinen van Tourmalijn* over de werkzaamheden van vier Hongaarse rietdekkers overweegt de Afdeling:

‘2.3.1. Gelet op de in hoger beroep onbestreden overweging van de rechtbank dat, zakelijk weergegeven, geen sprake is van een dienstverlener die is gevestigd in Hongarije en, ter uitvoering van een opdracht, zijn werknemers tijdelijk in Nederland arbeid heeft laten verrichten, en op het verhandelde ter zitting, dient uitsluitend te worden onderzocht of de betrokken vreemdelingen de werkzaamheden hebben verricht als zelfstandigen in de uitoefening van hun recht op vrijheid van dienstverrichting.’³¹

Omdat de overweging van de rechtbank onbestreden is, dat geen sprake is van een dienstverlener gevestigd in Hongarije die tijdelijk in Nederland arbeid heeft laten verrichten ter uitvoering van een opdracht en de zitting geen aanleiding heeft gegeven om de onbestreden overweging toch nader te bezien, hoeft de toetsing, naar oordeel van de Afdeling, zich ‘uitsluitend’ te richten op de vraag of de werkzaamheden door de Hongaren als zelfstandige dienstverrichters zijn verricht.³²

Een andere uitspraak van de Raad van State inzake *Hornbach Holding* van 6 juni 2009 maakt eveneens de relatie tussen de omvang van de rechtsstrijd en de inroepbaarheid van vrijheden treffend duidelijk.³³ Het beroep van Hornbach op de vestigingsvrijheid, het vrijedienstenverkeer en de dienstenrichtlijn is pas in beroep bij de Afdeling gebracht en stuit af om de volgende reden:

³¹ ABRvS, 15 oktober 2008, LJN BF9012, LJN BF9013.

³² Interessant aan deze uitspraak is dat volgens de verklaringen van de Hongaren ‘vreemdeling sub 1’ de werkgever is en de drie andere Hongaren vaste krachten zijn. Vreemdeling sub 1 heeft in het boeterapport verklaard dat hij een eigen bedrijf heeft in Hongarije, maar heeft zich, in samenspraak met de opdrachtgever, na voorlichting van de Kamer van Koophandel ingeschreven als een in Uffelte gevestigde eenmanszaak ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel te Meppel. De Afdeling concludeert hieruit dat het gaat om één zelfstandig ondernemer en drie werknemers, zodat de rechtbank terecht heeft overwogen dat de betrokken vreemdelingen hun werkzaamheden niet als zelfstandigen hebben uitgevoerd, met als gevolg dat een beroep op het vrijedienstenverkeer niet openstaat. De Hongaarse ondernemer heeft kennelijk niet in beroep bewezen dat hij daadwerkelijk (mede) in Hongarije als onderneming gevestigd was. Doordat dat aspect in beroep niet aan de orde kwam, werd de zaak voor de Afdeling in ieder geval een stuk eenvoudiger om af te doen. Had de Hongaar in hoger beroep het oordeel van de rechtbank aangevallen en kunnen hardmaken dat hij in Hongarije was gevestigd en tijdelijk met zijn werknemers naar Nederland kwam voor een opdracht, dan had het beroep op het vrijedienstenverkeer ongetwijfeld meer kans van slagen gehad.

³³ ABRvS, 6 juni 2009, LJN BI7251.

‘Anders dan Hornbach stelt, is voldoende aannemelijk dat de toename van verkoopvloeroppervlak ten opzichte van de in 2005 vergunde situatie planologisch relevante gevolgen heeft die mede ten grondslag liggen aan het in de structuurvisie neergelegde vestigingsbeleid. Eerst bij brief van 29 april 2009 heeft Hornbach het standpunt ingenomen dat dit beleid in strijd komt met artikel 43 en 49 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en de op dat verdrag gebaseerde Dienstenrichtlijn (2006/123/EG). *Aangezien het hoger beroep is gericht tegen de aangevallen uitspraak, er geen reden is waarom dit betoog niet reeds voor de rechtbank had kunnen worden aangevoerd en Hornbach dit uit een oogpunt van een zorgvuldig en doelmatig gebruik van rechtsmiddelen had behoren te doen, dient dit betoog buiten beschouwing te blijven.*’ (cursivering HVH)

Hier werkt de zogeheten leer van de argumentatieve fuik door in een Europeesrechtelijk beroep en wordt het Europeesrechtelijke argument in die zin gelijkwaardig behandeld met een op nationaal recht gebaseerd beroep.

Beoordeling van samenloop

Een derde categorie van voorbeelden waarin nationale rechterlijke autonomie feitelijk naar voren komt, zijn de gevallen waarin meerdere vrijheden ingeroepen worden: er is een samenloop van vrijheden. De rechter moet hier aan de hand van de feiten en omstandigheden beslissen over de reikwijdte van de specifieke vrijheden in het concrete geval. Feitelijk krijgt de rechter hier veelal ook de ruimte in de rechtspraak van het Hof van Justitie om zelfstandig tot een beslissing te komen.³⁴ Samenloop van vrijheden is geen louter theoretische exercitie. Het doet zich veelvuldig voor in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak. De aanpak met betrekking tot de afbakening tussen de vrijheden is niet eenduidig in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Verschillende lijnen doen zich in de rechtspraak voor. Hoe moet de nationale rechter in deze gevallen opereren? Welke lijn moet worden gevolgd?

In de Nederlandse rechtspraak wordt de afbakening verschillend opgelost. In betrekkelijk veel gevallen wordt er geen concrete keuze gemaakt tussen de ingeroepen vrijheden, bijvoorbeeld omdat er geen sprake is van een

³⁴ In dit verband is bijvoorbeeld het bekende arrest 55/94, *Gebhard* een sprekende illustratie, waarin de afbakening tussen het vrijewerknemersverkeer, de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer aan de orde is. Het Hof geeft in het dictum criteria zodat de tijdelijkheid van een dienstverrichting ‘moet worden beoordeeld aan de hand van de frequentie, de periodiciteit en de continuïteit ervan’. Of een beroep op de vestigingsvrijheid kan slagen moet ‘worden beoordeeld in het licht van de werkzaamheden die de betrokkene in de lidstaat van ontvangst wenst uit te oefenen.’ Beide terreinen van beoordeling laat het Hof van Justitie echter aan de nationale rechter, de toepassing van de uitleg op de feiten blijft een zaak van de nationale rechter. Vgl. ook bijvoorbeeld, zaak C-409/06, *Winner Wetten*, r.o. 51 ‘Aldus staat het aan de verwijzende rechter om in het licht van de omstandigheden van elk geval vast te stellen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie onder artikel 49 VWEU of onder artikel 56 VWEU valt.’

economische activiteit³⁵ of er sprake is van een interne situatie.³⁶ Er zijn ook gevallen waarin er naar het oordeel van de rechter geen sprake van een belemmering is, zodat de vraag ontweken wordt.³⁷ Of er zijn uitspraken waarin de rechter ‘veronderstellenderwijs’ uitgaat van een belemmering en zijn onderzoeken concentreert op de rechtvaardiging van de belemmering.³⁸

³⁵ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Maastricht, 1 april 2008, LJN BC8198 (Josemans), waarin een beroep wordt gedaan op het verbod van discriminatie naar nationaliteit, het vrijgoederenverkeer en het vrijdienstenverkeer. Naar oordeel van de rechtbank wordt in de staande jurisprudentie van het Hof van Justitie het economisch karakter aan drugs ontzegd. Zie ook rechtbank Leeuwarden, 8 mei 2007, LJN BA5715, of Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 28 augustus 2008, LJN BF9938. In deze laatste zaak heeft een belanghebbende met haar vaders auto, met Belgisch kenteken, in Nederland gebruik gemaakt van de weg. Ze heeft vervolgens een naheffingsaanslag Wet BPM opgelegd gekregen. Er is geen sprake van het vrijewerkmemersverkeer, vestigingsvrijheid of het vrije verkeer van diensten, maar er is wel sprake van Unieburgerschap die naar dit oordeel van het Gerechtshof tot een vergelijkbare rechtbescherming hoort te leiden. Het Gerechtshof maakt dus wel een keuze, maar voor het vrij verkeer van Unieburgers.

³⁶ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Gravenhage, 29 augustus 2006, LJN AY9788 waarin een beroep op het vrijdienstenverkeer en het vrijkapitaalverkeer passeert.

³⁷ Zie bijvoorbeeld CBB, 16 september 2008, LJN BG1604: ‘6.5 Voorzover A heeft betoogd dat het reclameverbod van artikel 5, eerste lid, Tabakswet buiten toepassing dient te worden gelaten, omdat het strijdig is met het in artikel 28 en/of 43 van het EG-verdrag neergelegde vrije verkeer van goederen en het vrije vestigingsrecht, is het College van oordeel dat - daargelaten of in de hier voorliggende gevallen wel intercommunautaire handel aan de orde is - het verbod op elke vorm van tabaksreclame de handel in tabaksproducten vanuit een verplaatsbaar tabaksverkooppunt niet in de weg staat. [...] Van een ongeoorloofde handelsbeperking is naar het oordeel van het College dan ook geen sprake.’ Ook kan bijvoorbeeld worden gewezen op Hoge Raad, 8 februari 2008, LJN AZ0890, r.o. 4.3: ‘Naar redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is, levert in het onderhavige geval de omstrede kostenaftekbepanking, anders dan het Hof heeft geoordeeld, dan ook geen beperking op van de vrijheid van vestiging of vrijheid van kapitaalverkeer binnen de Europese Gemeenschap.’ Of zie rechtbank Breda, 9 januari 2008, LJN BC2577, r.o. 4.1.3, er is geen sprake van een ‘ontoelaatbare belemmering om te kiezen voor een (buitenlandse) deelneming dan wel een vaste inrichting’. Dat dit in wezen iets is dat in verschillende decennia terugkomt, blijkt uit de uitspraak van de president van de rechtbank Amsterdam, 3 juni 1982, KG 1982/98. De president van de rechtbank neigt ernaar om programmeergevens in het bijzonder onder de sfeer van het vrijgoederenverkeer te brengen, maar lijkt tussen de regels door geen belemmering aan te nemen: ‘Ten slotte komt aan de orde of de uitoefening van het auteursrecht van eiseressen in strijd komt met het beginsel van het vrij verkeer van goederen en diensten zoals dit is neergelegd in het EEG-verdrag. Naar Wij begrijpen beroepen gedaagden zich in het bijzonder op de art. 30-36 van genoemd Verdrag [nu artikel 34-36 VWEU]. De programmeergevens zouden immers door eiseres onder 1 eerst naar België zijn geëxporteerd en aldus rechtmatig in België in het verkeer zijn gebracht, waarna gedaagden deze programmeergevens weer naar Nederland zouden importeren. Tegen een dergelijke parallelimport zouden eiseressen zich niet kunnen verweren met een beroep op hun auteursrecht.’ Zie ook bijvoorbeeld ABRvS, 27 juli 2005, LJN AU0104 en ABRvS, 18 januari 2006, LJN AU9796.

³⁸ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam, 18 januari 2006, LJN AU9845 in vergelijkbare zin over dezelfde nationale maatregel: Gerechtshof Arnhem, 29 augustus 2006, LJN AY8154.

Soms blijft door een vermoedelijke verschrijving onduidelijkheid bestaan.³⁹ In andere gevallen stuit het beroep af, zoals hierboven aan de orde kwam, op het gebruik van het nationale procesrecht⁴⁰ of is er in het geheel geen strijdigheid met Europees recht aanwezig.⁴¹

In enkele gevallen benadert de Nederlandse rechter de maatregel vanuit verschillende vrijheden. Een voorbeeld biedt de uitspraak van de Afdeling waarin het gaat om een vergunningaanvraag voor het organiseren van een speelcasino in Bergen op Zoom, de zaak *CFR*:

‘2.6 Dat het aanbieden van casinospelen een economische activiteit is en dat artikel 27h, eerste lid, Wok een beperking van het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 43 van het EG-Verdrag, en een beperking van het vrijedienstenverkeer in de zin van artikel 49 van het EG-Verdrag, behelst, is tussen partijen niet in geschil en staat ook voor de Afdeling vast.’⁴²

In andere gevallen kiest de rechter voor de toepasselijkheid van een specifieke vrijheid.⁴³ Maar dat hoeft in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak,

³⁹ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad, 14 november 2008, LJN BG4211. Na de beschikking van het Hof van Justitie in de zaak C-42/08, *Ilhan* overweegt de Hoge Raad in r.o. 2.3: ‘Gelet op hetgeen het Hof van Justitie voor recht heeft verklaard in zijn hiervoor in 1 vermelde beschikking, verzetten in een situatie als de onderhavige waarin een auto met een buitenlands kenteken wordt verhuurd door een inwoner van een andere lidstaat van de EG, de artikelen 49 VWEU tot en met 62 VWEU zich tegen deze heffing omdat bij de berekening van de belasting geen rekening is gehouden met de duur van de hiervoor in 2.3 vermelde huurovereenkomst of het gebruik met de auto van het wegennet in Nederland’ (cursivering HVH).

⁴⁰ ABRvS, 6 juni 2009, LJN BI7251. In deze sfeer passen ook de zaken waarin de advocaat-generaal bij de Hoge Raad nagaat of een vrijheid van toepassing is en de Hoge Raad de zaak afdoet via artikel 81 RO, zodat het cassatiemiddel niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Zie bijvoorbeeld Hoge Raad, 5 januari 2007, LJN AV0830 met conclusie advocaat-generaal De Wit. Ook bijvoorbeeld Hoge Raad, 5 januari LJN AU8958.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld rechtbank Rotterdam, 25 februari 2008, LJN BC5697.

⁴² ABRvS, 14 maart 2007, LJN BA0670. Zie bijvoorbeeld ook rechtbank Breda, 14 januari 2006, LJN AV0996, rechtbank Arnhem, 30 juni 2006, LJN AY1707, r.o. 35 en 36. Of zie rechtbank Rotterdam, 3 oktober 2006, LJN AZ0057: ‘Niet kan worden gezegd dat het enkele vereiste van notificatie al in strijd komt met het in het EG-Verdrag verankerde recht van vrij verkeer van werknemers en diensten. [...] De notificatie-procedure is eenvoudig van aard en komt naar het oordeel van de rechtbank niet in strijd met de artikelen 45 en 56 van het VWEU’. Ook bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam, 1 februari 2006, LJN AV1218.

⁴³ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 31 augustus 2007, LJN BB4596, waarin het Nederlandse tabaksreclameverbod in het licht wordt geplaatst van het vrijegoederenverkeer, de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer. De rechtbank acht de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer niet van toepassing, omdat dit onvoldoende door de inroeper is aangetoond. In zelfde zin rechtbank Rotterdam, 31 augustus 2007, LJN BB4647. In ABRvS, 6 november 2002, LJN AE9907 (Vakantiewoning Veere), acht de Afdeling het vrijekapitaalverkeer van toepassing, het beroep op de vestigingsvrijheid en het

terecht, niet meteen tot een andere materiële uitkomst te leiden.⁴⁴ Soms is de keuze pragmatisch. Als een beroep op een specifieke vrijheid slaagt, behoeft het beroep op een andere vrijheid geen bespreking meer.⁴⁵

In verschillende uitspraken waarin de samenloop tussen het vrijkapitaalverkeer en de vestigingsvrijheid aan de orde is, wordt een (dwingende) rangorde tussen de vrijheden aangenomen. Maar juist op het terrein van deze afbakening is de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet eenduidig:⁴⁶ sommige arresten lijken te wijzen op een expliciete rangorde of zwaartepuntbenadering,⁴⁷ soms is tenminste een vrijheid van toepassing: als een onderdaan van een lidstaat via een deelneming in een onderneming gevestigd in een andere lidstaat zodanige invloed op de besluiten heeft dat hij de activiteiten van die onderneming kan bepalen, is in ieder geval de vestigingsvrijheid van toepassing,⁴⁸ in andere arresten worden de vrijheden gelijkwaardig en gelijktijdig toegepast⁴⁹ en soms

vrijdienstenverkeer is ‘op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting onvoldoende komen vast te staan’.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld rechtbank Breda, 29 april 2008, LJN BD5599, r.o. 2.9: ‘De rechtbank ziet geen reden om voor het vrij verkeer van goederen andere criteria aan te leggen dan voor het vrij verkeer van diensten zoals in bovengenoemd arrest van het Hof van Justitie. [...] Nu vaststaat dat de auto niet was bestemd voor duurzaam gebruik in Nederland en hier ook feitelijk niet duurzaam werd gebruikt, is heffing van de volledige BPM in strijd met Europees recht.’ Zie ook v.zr. rechtbank ’s-Gravenhage zp. ’s-Hertogenbosch, 30 mei 2008, JNVR 2008/133, of rechtbank Arnhem, 2 februari 2007, LJN AZ8017: ‘In dit verband merkt de rechtbank ook op dat volgens vaste jurisprudentie van het HvJEG de artikelen 45 (vrijheid van verkeer van werknemers) en 49 (vrijheid van vestiging), dezelfde rechtsbescherming verlenen.’ De rechtbank verwijst in dit verband naar zaak C-363/89, *Roux*, en gev. zaken C-151/04 en C-152/04, *Nadin en Durré*. Zie ook bijvoorbeeld Gerechtshof ’s-Hertogenbosch, 30 mei 2007, LJN BA7865, r.o. 4.10.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld rechtbank Arnhem, 21 januari 2006, LJN AV7737 of rechtbank Arnhem, 2 februari 2007, LJN AZ8017.

⁴⁶ Zie hierover S. Hemels, J. Rompen, P. Smet, I. De Waele, S. Adfeldt, G. Breuninger, M. Ernst, V. Carpentier, S. Mostafavi, ‘Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? Conflicting Visions of National Courts and the ECJ’, in: *EC Tax Review* 2010, p. 19-31 met oog voor veel nationale Europeesrechtelijke rechtspraak en zowel kritiek op de nationale rechters (eerder verwijzen naar het Hof van Justitie) als het Hof van Justitie, dat wordt verzocht met heldere en consistente regels met betrekking tot deze afbakeningsvraag te komen. Zie eveneens D. S. Smit, ‘The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?’, in: *EC Tax Review* 2007, p. 252-267.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld zaak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, zaak C-436/00, *X en Y*.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld zaak C-251/98, *Baars*. Bevestigd in bijvoorbeeld zaak C-200/98, *X en Y*, zaak C-208/00, *Überseering*.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld zaak C-302/97, *Konle*, zaak C-204/90, *Bachmann*, zaak C-298/05, *Columbus*, zaak C-105/07, *Lammers en Van Cleeff*.

verloopt de afbakening door te kijken naar het doel van de betwiste nationale maatregel.⁵⁰

In de Nederlandse (voornamelijk fiscale) rechtspraak heeft een standaardriedel zijn intrede gedaan naar aanleiding van onder meer de arresten *Baars* en *Lasertec*.⁵¹ Als een belemmerende maatregel ‘hoofdzakelijk’ ingrijpt in de vrijheid van vestiging, dan is ‘deze beperking een onvermijdelijk gevolg van de (eventuele) belemmering van de vrijheid van vestiging en rechtvaardigt zij niet dat de [...] beperking wordt getoetst aan artikel 63 VWEU.’⁵² De afbakening tussen vestigingsvrijheid en het vrijekapitaalverkeer ligt in dit verband verscholen in de feitelijke invloed op deelnemingen in andere lidstaten. Over het algemeen wordt in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak aanvaard dat meerderheidsdeelnemingen in een andere lidstaat leiden tot een zodanige invloed op de onderneming dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, zodat sprake is van de vrijheid van vestiging.⁵³ Op de achtergrond speelt in veel gevallen mee dat de werkingssfeer van de vestigingsvrijheid van artikel 49 VWEU zich, in tegenstelling tot het vrijekapitaalverkeer, niet uitstrekt tot derde landen. Dat kan er toe leiden dat het beroep op de vrijheden faalt, overigens in overeenstemming met een richting in de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁵⁴

Dat de Hoge Raad deze lijn ook heeft aanvaard als de meest geschikte uitleg van gevallen van samenloop tussen de vestigingsvrijheid en het vrijekapitaalverkeer, blijkt klip en klaar uit een opmerkelijk uitvoerig gemotiveerd arrest van 26 september 2008.⁵⁵ Eerder nam het Gerechtshof Amsterdam bijvoorbeeld aan dat

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld zaak C-494/04, *Lasertec*.

⁵¹ Zaak C-251/98, *Baars*, zaak C-494/04, *Lasertec*.

⁵² Zie bijvoorbeeld rechtbank 's-Gravenhage, 21 januari 2008, LJN BC3532, rechtbank Haarlem, 1 november 2007, LJN BB8600, rechtbank Arnhem, 29 november 2007, LJN BH0113, rechtbank Haarlem, 17 december 2007, LJN BC6535, rechtbank 's-Gravenhage, 6 mei 2008, LJN BD6011, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 16 mei 2008, LJN BD5033, rechtbank 's-Gravenhage, 3 juli 2008, rechtbank 's-Gravenhage, 10 december 2008, LJN BG7784.

⁵³ Op de voet van bijvoorbeeld arrest C-231/05, *Oy Aa*, r.o. 20.

⁵⁴ Vgl. bijvoorbeeld zaak C-157/05, *Holböck*, r.o. 28-29. Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage, 21 januari 2008, LJN BC3532.

⁵⁵ Hoge Raad, 26 september 2008, LJN BF2266: ‘Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen volgt dat de onderhavige aftrekuitsluiting deswege valt binnen de materiële werkingssfeer van de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging, en dat voor zover deze aftrekuitsluiting het in artikel 63 VWEU voorziene vrije verkeer van kapitaal beperkt, die beperking een onvermijdelijk gevolg is van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging. In zulk een geval rechtvaardigt volgens evenbedoelde rechtspraak die beperking niet dat de maatregel waaruit zij voortvloeit, wordt getoetst aan de artikelen 63 VWEU tot en met 65 VWEU, ook niet indien het betreft kapitaalverkeer met een land buiten de Europese Unie’, en verderop: ‘Indien een nationale regeling zowel onder artikel 49 VWEU als onder artikel 63 VWEU valt, vindt dit zijn oorzaak in het feit dat de concrete gevallen waarop die regeling toepasbaar is, door hun onderlinge

‘evenmin de omstandigheid dat een kapitaalinvestering onder de vrijheid van vestiging valt, behoeven uit te sluiten dat die investering tevens onder de vrijheid van kapitaalverkeer valt’.⁵⁶

Los van de afbakeningsvraag tussen de vestigingsvrijheid en het vrijekapitaalverkeer zijn er in de Nederlandse rechtspraak nog enkele voorbeelden te vinden waarin het vrijedienstenverkeer nog als restvrijheid wordt beschouwd. Hoewel deze betrekkelijk zeldzaam zijn,⁵⁷ roepen ze wel de vraag op hoe de nationale rechter in dit verband moet opereren. Gezien de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit punt is het de vraag of het nog toegestaan is om conform de letterlijke bewoordingen van artikel 57 VWEU te oordelen.

Variëteit in bewijslast

Rond het interstatelijkheidsvereiste speelt bewijs een wezenlijke rol in de Nederlandse praktijk. In veel gevallen in de onderzochte rechtspraak heeft de interstatelijkheidseis weliswaar het karakter van ‘afvinken’: er is duidelijk sprake van verkeer tussen lidstaten, dus aan interstatelijk verkeer is voldaan. Dan lijkt het de eenvoudigste toets in de dimensies van werkingssfeer. Toch is waardering van de feiten ook hier doorslaggevend. Hier bezit de rechterlijk opnieuw feitelijk autonomie om te beslissen. Deze dimensie vormt, vooral in de

verschillen onder verschillende artikelen van het VWEU kunnen vallen. Hieruit volgt derhalve niet dat in een concreet geval ook diezelfde verschillende verdragsbepalingen van toepassing kunnen zijn (vgl. HvJ EG 26 juni 2008, *Burda*, C-284/06, punten 71 en 72, NTFR 2008/1325). Evenmin volgt daaruit dat wegens de reikwijdte van de nationale regeling niet meer zou opgaan dat in het concrete geval de beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer het onvermijdelijke gevolg is van een belemmering van de vrijheid van vestiging.’

⁵⁶ Gerechtshof Amsterdam, 1 februari 2006, LJV AV1218, r.o. 5.12.4.

⁵⁷ Bijvoorbeeld v.zr. rechtbank ’s-Gravenhage zp. ’s-Hertogenbosch, 30 mei 2008, JNVR 2008/133 (Boliviaanse partner van Nederlandse juwelier): ‘12. De voorzieningenrechter wijst er allereerst op dat uit deze bepaling reeds blijkt dat het dienstenverkeer als een ‘restvrijheid’ moet worden aangemerkt. Dit betekent dat indien een economische activiteit onder het vrije verkeer van goederen valt, het niet onder het dienstenverkeer kan vallen. [...]14. In het licht van het vorenstaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat het type handelstransacties dat door referent wordt verricht niet aangemerkt kan worden als het verrichten c.q. ontvangen van diensten maar als onderdeel van het vrije verkeer van goederen. Immers, de referent is met zijn handelstransacties primair bezig met het betrekken van goederen uit Duitsland. Dat daarbij een zekere expertise benodigd is voor het selecteren van goederen en dat referent ook beurzen bezoekt in Duitsland, zoals door hem ter zitting is gesteld, maakt dit gelet op het accessoire karakter ervan, niet anders.’ In de zaak *F-limited* hanteert advocaat-generaal Wattel bij een vergelijkbare onderscheidingskwestie een formele benadering door zich te baseren op de rangorde tussen de vrijheden die volgt uit artikel 57 VWEU. Zijns inziens zijn de bepalingen inzake het vrijekapitaalverkeer van toepassing, zodat de bepalingen inzake het vrije verkeer van diensten toepassing missen en buiten beschouwing horen te blijven. De Hoge Raad laat in dit geval bespreking van de Europeesrechtelijke dimensie in het geheel buiten beschouwing. Zie Hoge Raad, 8 februari 2002, LJV AB2856.

gevallen waarin het interstatelijk verkeer evident lijkt, lang niet altijd een expliciete overweging in de Nederlandse uitspraken, al wordt het interstatelijke karakter van het geschil soms wel expliciet in de uitspraak meegenomen.

Er zijn voorbeelden waar de bewijslast van interstatelijk verkeer erg – mijns inziens te – zwaar wordt gemaakt. Een illustratie daarvan biedt een uitspraak van de rechtbank Maastricht in een (aanbestedingsrechtelijk) geschil over de gunning van parkeerdiensten door de Gemeente Maastricht.⁵⁸

Partij P1 beroept zich tegenover de Gemeente Maastricht op het verbod van staatssteun, de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer. De bijdrage van de gemeente aan Q-park zal de tussenstaatse handel naar oordeel van P1 ongunstig beïnvloeden. De rechtbank overweegt: ‘3.7.3 Hoewel de gemeente zich graag voorstaat op haar internationale ligging en uitstraling en zichzelf daarbij presenteert als ware zij het “balkon van Europa”, is desondanks naar het oordeel van de rechtbank, zoals zij hierboven onder nummer 3.4.3 reeds heeft overwogen, de enkele opmerking dat de geografische ligging van Maastricht meebrengt dat buitenlandse ondernemingen eerder interesse zouden hebben gehad in de door de gemeente verstrekte opdracht, onvoldoende om de stelling te onderbouwen dat door het aangaan van de opdracht het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig is beïnvloed.’

P1 heeft naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende concreet aangetoond dat aan de interstatelijkheidseis is voldaan.

Zetten we een dergelijk strenge bewijsmaatstaf af tegen uitspraken als *Coname* en *Parking Brixon* van het Hof van Justitie, dan is het wat mij betreft de vraag of de rechtbank hier nog wel binnen zijn opdracht tot loyaliteit ten aanzien van het Europees recht opereert.⁵⁹

Ook de rechtbank Haarlem is opmerkelijk streng in een uitspraak over uitwerking van artikel 10d Wet Vpb: alle relevante feiten hebben zich naar oordeel van de rechtbank ‘binnen de grenzen van de [provincie] gemeente Q’ voorgedaan, het gegeven dat ‘eiseres een internationaal transportbedrijf exploiteert verandert daaraan niets.’⁶⁰ Er is naar het oordeel van de rechtbank

⁵⁸ Rechtbank Maastricht, 8 oktober 2008, LJN BF7031.

⁵⁹ Zaak C-231/03, *Coname* en zaak C-458/03, *Parking Brixon*. In de uitspraak *Josemans* over het coffeeshopbeleid van de Gemeente Maastricht hanteert diezelfde rechtbank een soepeler interstatelijkheidsmaatstaf, zie rechtbank Maastricht, 1 april 2008, LJN BC8198.

⁶⁰ Zie rechtbank Haarlem, 29 september 2008, LJN BF8836, r.o. 4.8. In Hoge Raad, 19 december 2008, LJN BG3579, afgedaan op grond van artikel 81 RO, dus zonder nadere motivering, valt uit de conclusie van advocaat-generaal Timmerman op te maken dat er sprake is van een interne situatie en daarom het beroep op het arrest *Gourdain* en het arrest *Inspire art* niet opgaat wegens het missen van feitelijke grondslag: ‘3.14 Aangezien beide arresten op lidstaatoverschrijdende situaties betrekking hebben en het in casu slechts gaat om in Nederland gevestigde Nederlandse rechtspersonen en om de Nederlandse natuurlijke persoon [eiser 1] mist de klacht feitelijke grondslag.’ Zie ook Gerechtshof ’s-Gravenhage, 29

sprake van een interne situatie, ook al opereert de betrokken partij vermoedelijk in de dagelijkse ondernemingspraktijk als grensoverschrijdende dienst aanbieder. De uitspraak roept de vraag op hoe concreet en causaal de relatie met de interstatelijkheidseis moet zijn. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven is, evenals de rechtbank Haarlem, geneigd een zeer concrete toets te hanteren. Een min of meer vergelijkbare manier van afdoen vinden we terug in een uitspraak van het CBB over de tariefbeschikking van de Nederlandse zorgautoriteit voor orthodontisten.⁶¹ Eén van de appellanten in de procedure voor het CBB beroept zich op de vrijheid van vestiging en het vrijedienstenverkeer. Het CBB overweegt als volgt:

‘5.2.3 Ten aanzien van het betoog dat de bij de bestreden besluiten gehandhaafde tariefbeschikking strijdig zou zijn met de vrijheid van vestiging en met het vrij verkeer van diensten (artikel 43 en 49 EG) overweegt het College het volgende.

Het standpunt van verweerster dat de omstandigheid dat enkele appellanten in België woonachtig zijn, geen grensoverschrijdend element in de procedure brengt, is juist.

Deze appellanten oefenen hun praktijk in Nederland uit en zijn derhalve evenals andere hier te lande gevestigde orthodontisten gebonden aan de tarieven, zoals die voor Nederland zijn vastgesteld.

Hier ontbreekt dus elk element van discriminatie.

Aan de stelling van appellanten dat orthodontisten afkomstig uit andere lidstaten - met name uit België en Duitsland waar orthodontisten doorgaans met kleinere praktijken werken (1 of 2 stoelen) - onevenredig nadeel zouden kunnen ondervinden van de gehandhaafde tariefbeschikking, gaat het College voorbij, reeds omdat, naar verweerster terecht heeft betoogd, in concreto niet is gebleken dat sprake is van praktijkuitoefening hier te lande van Belgische of Duitse orthodontisten, die de door appellanten gevreesde gevolgen zou hebben.’

In het concrete geval is in het beroep tegen de tariefbeschikking niet gebleken dat er sprake is van praktijkuitoefening in Nederland door Belgische en Duitse orthodontisten. Biedt een Nederlandse orthodontist, gevestigd in Nederland, zijn diensten aan onderdanen van andere EU-lidstaten aan, dan lijkt mij de interstatelijkheid een gegeven. Ligt het in deze gevallen aan partijen door onvoldoende concreet bewijs aan te leveren? Wat daarvan zij, de voorbeelden

augustus 2006, LJN AY9788: ‘Vaststaat dat A Ltd. in Nederland was gevestigd, althans een vaste inrichting hier te lande had. De uitgeleende werknemers zijn door A Ltd. als inhoudingsplichtige aan belanghebbende uitgeleend. Nu belanghebbende binnenlands belastingplichtige is, het tegendeel is noch gesteld noch anderszins gebleken, en geen feiten en omstandigheden zijn gesteld waaruit naar voren komt dat de werknemers zijn ingezet voor projecten buiten de Nederlandse grenzen in een andere Lid-Staat, is te dezen geen sprake van een, de onderline grenzen van de Lid-Staten overschrijdende, economische activiteit ter zake van het leveren van goederen of het verrichten van diensten. De Ierse dan wel de Britse nationaliteit van de uitgeleende werknemers doet aan het vorenstaande niet af. Hetgeen belanghebbende over verwijzing naar jurisprudentie en/of literatuur aanvoert, stuit op het vorenoverwogene af.’

⁶¹ CBB, 18 december 2008, LJN BG7876.

tonen het belang van bewijskwesities voor de effectuering van de vrijheden in de Nederlandse rechtsplegingscontext. We zouden kunnen stellen dat hier nationale rechterlijke autonomie in de sfeer van de beschikbare informatie uitdrukkelijk aan de orde is: veel hangt in dit verband af van wat de partij die de vrijheid inroept, aandraagt en hoe de rechter omspringt met de feitenvaststelling en de waardering van het bewijs.

De (vaste) jurisprudentie van het Hof van Justitie biedt een kompas en met een rechterlijke *common sense*-benadering is over het algemeen al een heel eind te komen.

Tussenconclusie

Autonomie van de nationale rechter is feitelijk terug te zien bij de hier besproken dimensies in de Nederlandse rechtspraak, zowel inhoudelijk als procesmatig.

Het inhoudelijke aspect wordt zichtbaar omdat het karakter van het recht in de drie hier besproken dimensies zo feitelijk van aard is. Als ‘verantwoordelijke’ voor de feiten en beoordeling van bewijs is een zichtbaar doorslaggevende rol weggelegd voor de nationale rechter in de decentrale effectuering van vrijheden. De rechter bezit hier overigens ook in zijn Europese (prejudiciële) opdracht autonomie in de sfeer van de basisvoorwaarden; dit terrein behoort feitelijk tot de nationale rechter.

Wellicht weinig verrassend maar feiten en het aangedragen bewijs, en daarmee het nationaalprocesrechtelijke kader, functioneren in de praktijk als cruciale voorwaarde voor een geslaagd beroep op de materiële normen van de vrijheden. Met andere woorden, de Europeesrechtelijke materiële rechtsnorm vloeit in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak over in een procedurele vraag. Dat roept de fundamentele vraag op of het onderscheid tussen materiële doorwerking en procesautonomie, dat in de Europeesrechtelijke doctrine theoretisch frequent wordt gehanteerd, wel zo’n valide uitgangspunt is als gedacht.

De Nederlandse rechter bezit, en neemt, duidelijk autonomie in de sfeer van beoordeling en beslissing: door verantwoording te nemen voor de beoordeling en beslissing in het concrete geval en expliciet of impliciet na te gaan of aan deze dimensies voor de toepasselijkheid van de vrijheden is voldaan.

Autonomie in de sfeer van de informatie, feiten en omstandigheden speelt feitelijk vooral een doorslaggevende rol bij de vraag welke vrijheid van toepassing is in gevallen waarin meer vrijheden zijn ingeroepen en bij de vraag

of er wel voldaan is aan een interstatelijk effect. De voorbeelden uit de onderzochte rechtspraak onderstrepen het praktische belang van concreet bewijs. Mijn indruk is dat de bewijsmaatstaf in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak voor de vrijheden zo nu en dan zwaarder is dan in de prejudiciële procespraktijk van het Hof van Justitie gebruikelijk is.

Procesmatig neemt de Nederlandse rechter evenzeer de vrijheid. Dit komt met name terug in de aanpak en vormgeving van de rechterlijke toetsing. In de uitspraak komen de drie dimensies lang niet altijd alle drie expliciet naar voren. In die gevallen wordt bijvoorbeeld geen keuze gemaakt tussen de toepasselijkheid van vrijheden of behoren bepaalde dimensies niet tot het geschil (en spreekt de rechter zich er daarom niet over uit), wordt de interstatelijke dimensie niet expliciet of beoordeelt de rechter het beroep op de vrijheden aan de hand van een ander element in de toetsingssystematiek. Proceseconomische motieven bieden een verklaring, maar soms biedt de Nederlandse rechter op dit punt niet de transparantie die wenselijk zou zijn. Dit roept de vraag op of er voor de nationale rechter in zijn feitelijke autonomie als rechtsbeschermer in het Europees recht een motiveringsverantwoordelijkheid of minimale motiveringsplicht zou moeten voortvloeien.

3.3 Rechterlijke variaties rond de verbodsnormen

Belemmeringen op de vrijheid van vestiging en het vrijedienstenverkeer zijn verboden, tenzij deze gerechtvaardigd kunnen worden om redenen van algemeen belang. Hoewel de toets van de beperking en de rechtvaardiging in zowel de jurisprudentie van het Hof van Justitie als in de onderzochte Nederlandse rechtspraak vaak vloeiend in elkaar overloopt of met elkaar verweven is, concentreert deze paragraaf zich op twee aspecten uit de onderzochte rechtspraak rond de verbodsnormen van artikel 49 VWEU (vestiging) en artikel 56 VWEU (diensten) die van belang zijn voor de analyse van nationale rechterlijke autonomie.

In de eerste plaats komt de beperkte duiding van het karakter van de belemmering aan de orde. In de onderzochte rechtspraak beperkt, om verschillende redenen, de Nederlandse rechter zijn oordeel tot de vaststelling dat er sprake is van een beperking van de vrijheid. Een nader onderzoek naar het karakter van de belemmering vindt niet of nauwelijks plaats. Tegen de achtergrond van nationale rechterlijke autonomie als feitelijk gegeven roept een dergelijke aanpak op tot nadere overdenking.

In de tweede plaats bespreek ik de rechterlijke autonomieaspecten rond de verbodsnorm aan de hand van rechtspraak waarin een zekere verfijning van de vrijverkeersjurisprudentie naar voren komt. Daarbij concentreert de analyse zich op zaken met betrekking tot grensoverschrijdende zorg. Op dit terrein blijkt de rechterlijke toetsing af te drijven van het reguliere, logische vrijverkeerregime. Het gaat niet langer concreet om de vraag of een belemmering aanwezig is, maar om specifieke criteria waaraan voldaan moet worden, wil er sprake zijn van een (niet gerechtvaardigde) belemmering op het vrijedienstenverkeer. Dit vindt zijn grondslag in specifieke arresten van het Hof van Justitie. Er is daardoor een vorm van rechterlijke harmonisatie ontstaan. De effecten van deze rechterlijke harmonisatie werken in op de praktijk van de nationale rechterlijke autonomie.

Uitgangspunten van de verbodsnormen

Voor het goede begrip van de observaties naar aanleiding van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak volgt opnieuw een korte gebruiksaanwijzing van de Europeesrechtelijke allesreiniger, ditmaal rond de verbodsnormen van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer.

In abstracto bestaat er tussen verbodsnorm en rechtvaardiging een vanzelfsprekende logica: als er geen belemmering van de vrijheden is, dan hoeft een maatregel niet gerechtvaardigd te worden. De praktijk blijkt hier overigens weerbarstiger dan de theorie. Er zijn in de onderzochte rechtspraak betrekkelijk veel voorbeelden te vinden waarin de Nederlandse rechter het zwaartepunt legt op de rechtvaardiging en, om verschillende redenen, niet het karakter van de belemmerende maatregel onderzoekt. Toch is de vraag naar de aard van de beperking niet geheel zonder betekenis. De uitkomst kan materiële gevolgen hebben.

Volgens de klassieke Europeesrechtelijke jurisprudentie zijn de mogelijkheden om een maatregel met onderscheid te rechtvaardigen, beperkt tot expliciete rechtvaardigingsgronden uit het VWEU (met betrekking tot het vrije dienstenverkeer en de vestigingsvrijheid staan de kerngronden verwoord in artikel 51 en 52 VWEU), voor belemmeringen staat een beroep op de ‘dwingende redenen in het algemeen belang’ open, een categorie van in de jurisprudentie aanvaarde rechtvaardigingsgronden (zie hierover de uitgangspunten in paragraaf 3.4). Deze leer is inmiddels in de jurisprudentie van het Hof van Justitie genuanceerd⁶² en dit onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden speelt, zoals verderop in dit hoofdstuk zal blijken, in de

⁶² Zie daarover bijvoorbeeld C. Timmermans, ‘Creative Homogeneity’, in: M. Johansson, N. Wahl, U. Bernitz (eds), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg. A European for all seasons*, Bruxelles: Bruylant 2006, p. 471-484, Eijsbouts e.a. 2010, p. 102.

Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak nog maar een opmerkelijk beperkte rol. Toch laat dat onverlet dat de duiding van de beperking voorlopig nog van materieel belang zou kunnen zijn voor de beoordeling van een concreet geval door de nationale rechter. Daarmee hangt uiteindelijk mede de effectiviteit van het Europees recht in de nationale rechtsorde samen.

Wat houden die verbodsnormen nu in? In artikel 49 VWEU valt te lezen:

‘In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden.’

Beperkingen zijn verboden, maar uit de verdragsbepaling wordt niet duidelijk wat precies als een ‘beperking’ moet worden gezien. De tweede alinea van artikel 49 VWEU heeft een positiever uitgangspunt. Het gaat, woordelijk gezien, in wezen om een gebod tot gelijke behandeling:

‘De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichtingen het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.’

Volgens het Verdrag gaat het bij de vrijheid van vestiging in ieder geval om de *toegang* en *uitoefening* van werkzaamheden anders dan in loondienst op gelijke voet met de onderdanen van het land waar gevestigd wordt. De tweede alinea van artikel 49 VWEU geeft de grondslag voor een toets naar discriminatie voor beperkingen *tot* de markt en *op* de markt. In de beide specifieke rechtsbases voor Uniemaatregelen op het terrein van de vestigingsvrijheid is een reeks van soorten van beperkingen te lezen (artikel 50 en 53 VWEU).⁶³

Voor het vrijedienstenverkeer geldt als uitgangspunt de bewoordingen van artikel 56 VWEU:

‘In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der

⁶³ De Dienstenrichtlijn verbiedt in het kader van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters discriminerende vergunningstelsels voor ‘de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit’ (artikel 9, lid 1, sub a) en verbindt de vergunningverlening in een lidstaat aan verscheidene voorwaarden (artikelen 10-13). Voorts is er een categorie van expliciet verboden eisen rond de vrijheid van vestiging (artikel 14): van een verbod van directe of indirecte discriminatie op grond van nationaliteit (lid 1), tot andersoortige beperkingen zoals een registerplicht (lid 8). Voor een aantal bijzondere beperkingen, mits niet discriminerend, geldt een verlicht regime (artikel 15). Vanaf 28 december 2006 werkt een notificatieverplichting voor nieuwe beperkingen van dit soort.

lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.’

Ook hier wordt niet direct duidelijk wat voor ‘beperkingen’ verboden zijn.⁶⁴ Op vergelijkbare wijze als bij de vrijheid van vestiging is in het Verdragsrechtelijke kader voor diensten een gebod tot gelijke behandeling toegevoegd. Niet in dezelfde bepaling, maar in het slot van artikel 56 VWEU:

‘Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt.’

In vrijwel identieke bewoordingen wordt de verbodsnorm van het vrijedienstenverkeer als een gebod tot gelijke behandeling uitgelegd. Daardoor ligt ook bij het vrijedienstenverkeer een discriminatietoets als verbodsnorm in de rede. Dat oordeel wordt versterkt door de expliciete bewoordingen van artikel 61 VWEU:

‘Zolang de beperkingen op het vrij verrichten van diensten niet zijn opgeheven, passen de lidstaten deze zonder onderscheid naar nationaliteit of naar verblijfplaats toe op al degenen die diensten verrichten als bedoeld in de eerste alinea van artikel 56.’

De bewoordingen van het Verdrag geven zonder meer een grondslag voor het gegeven dat de dienstenvrijheid en vestigingsvrijheid een gebod tot gelijke behandeling omvat. Doordat de bewoordingen over een verbod van beperkingen spreken, is ruimte gegeven aan de Verdragsuitlegger om tot een verdergaande norm dan een enkele discriminatietoets te komen. Het Hof van Justitie heeft de ruimte benut en is stapsgewijs tot een bredere werkings sfeer van beide verbodsnormen gekomen. De verbodsnorm uit zowel artikel 49 VWEU (vestiging) als 56 VWEU (diensten) heeft zich in de jurisprudentie van het Hof van Justitie inhoudelijk ontwikkeld tot een driezijdige toets. Verboden zijn.⁶⁵

⁶⁴ De dienstenrichtlijn stelt in artikel 16 vast: ‘De lidstaten eerbiedigen het recht van dienstverrichters om diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn. De lidstaat waar de dienst wordt verricht, zorgt voor vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstenactiviteit op zijn grondgebied’. Deze eerste zinnen van artikel 16 zijn in de eerste plaats gekoppeld aan een discriminatieverbod (lid 1 sub a). Daarna zijn er zeven soorten andere beperkingen die door de dienstenrichtlijn worden gedekt en in beginsel bestreden (lid 2, sub a-g). Zoals bij de uitgangspunten in paragraaf 3.2 aan de orde kwam, heeft de dienstenrichtlijn expliciet oog voor de rechten van dienstontvangers in de artikelen 19, 20 en 21.

⁶⁵ Hierover uitgebreid Mortelmans 2008, p. 723-728, p. 749-755 en Eijsbouts e.a. 2010, p. 78-83, 89-98.

- a) directe discriminaties (met expliciet onderscheid naar nationaliteit of herkomst; ook wel formele discriminatie genoemd)⁶⁶
- b) indirecte discriminaties (met feitelijk onderscheid naar nationaliteit of herkomst tot gevolg; ook wel materiële of verkapte discriminatie)⁶⁷
- c) belemmeringen zonder onderscheid.⁶⁸

Over het algemeen is een directe discriminatie het duidelijkst te herkennen. Een indirecte discriminatie moet feitelijk worden aangetoond. Voor een belemmering zonder onderscheid geldt hetzelfde. De verschillende elementen van de toets zijn tot op heden niet volkomen samengevloeid. De discriminatietoets en belemmeringstoets staan naast elkaar in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Toch betreffen het gedeeltelijk overlappende normen: een discriminerende maatregel is ook altijd een belemmerende maatregel; een maatregel die zonder onderscheid is geformuleerd, kan in de praktijk op indirect discriminerende wijze worden toegepast.

Beperkte duiding van het karakter van de belemmering

Wanneer een partij zich beroept op de vrijheid voor de nationale rechter, behoort het tot de autonomie van de nationale rechter om te beoordelen of er sprake is van een belemmering en of zich eventueel discriminatie voordoet. De onderzochte rechtspraak geeft op dit punt een ontvullend beeld: de voorgaande opdeling met een toets naar directe discriminatie, indirecte discriminatie en belemmering zonder onderscheid is maar zelden expliciet aanwezig in de onderzochte praktijk.

Zoals hierboven bleek, spreekt het VWEU in beide basisverbodsnormen over 'beperkingen' die verboden zijn. Lang niet altijd overweegt de Nederlandse rechter verdergaand dan dat er sprake is van een 'beperking' volgens de bewoordingen van artikel 49 en 56 VWEU. Wanneer een onderzoek plaatsvindt naar het bestaan van discriminatie, dan beperkt de rechter zich in veel gevallen tot een toets naar directe discriminatie. Indirecte discriminatie wordt in de onderzochte rechtspraak zelden aangenomen. Het ligt voor de hand dat hier bewijskwesaties, het aantoonbaar maken van het gevolg dat de maatregel in de praktische toepassing heeft, aan ten grondslag liggen.

⁶⁶ Sinds de erkenning van de directe werking van beide vrijheden achtereenvolgens in zaak 2/74, *Reyners* (nationaliteitsvereiste) en zaak 33/74, *Van Binsbergen* (woonplaatscriterium).

⁶⁷ Hier kan reeds het woonplaatscriterium uit de zaak 33/75, *Van Binsbergen* als indirecte discriminatie op grond van nationaliteit worden genoemd. Dit geldt ook voor bijvoorbeeld arresten als zaak 107/83, *Klopp* of zaak 340/89, *Vlassopoulou*.

⁶⁸ De acceptatie van een belemmeringenverbod onder het vrijedienstenverkeer volgt duidelijk uit zaak C-76/90, *Säger*. Voor het belemmeringenverbod onder de vestigingsvrijheid kan bijvoorbeeld worden gewezen op de zaak C-55/94, *Gebhard*.

Een consequentie van het feit dat de Nederlandse rechter enkel uitgaat van ‘een beperking’ als zodanig is dat er in die gevallen dus kennelijk sprake is van een belemmering zonder onderscheid, die de weg openlaat voor rechtvaardigingsmogelijkheden via ‘dwingende redenen van algemeen belang’. De vraag is wat nu eigenlijk wordt verwacht van de nationale rechter op het terrein van de verbodsnorm. Wanneer opereert de rechter in de verantwoordelijkheid van zijn Europeesrechtelijke feitelijke autonomie: door alleen vast te stellen dat er een beperking bestaat of dient er in beginsel altijd een toets naar discriminatie te worden uitgevoerd?

Voorafgaand aan die vragen moet, ook in het kader van de verbodsnormen, wederom worden gewezen op het praktische belang van bewijs van de belemmering in de onderzochte rechtspraak. Wil een beroep op de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer in de Nederlandse rechtspraak kans van slagen hebben, dan dienen partijen de Europeesrechtelijke argumenten concreet onderbouwd en gemotiveerd te berde te brengen.

Onvoldoende aannemelijk

In de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak komt het met enige regelmaat voor dat een beperking door de rechter als onvoldoende aannemelijk wordt gezien. Een inhoudelijk oordeel over het karakter van de beperking blijft dan, vanzelfsprekend, achterwege.

Een voorbeeld geeft de Afdeling in de zaak *Caravanloods Leerdam*.⁶⁹ Daarin wordt geprocedeerd tegen een weigering om vrijstelling te verlenen ten behoeve van de bouw van een 1000m² grote loods voor de stalling van caravans. De Afdeling verwerpt het beroep als volgt: ‘Appellanten hebben voorts niet aannemelijk gemaakt en ook overigens valt niet in te zien dat het beleid, op grond waarvan het college heeft geweigerd vrijstelling te verlenen, leidt tot een belemmering van het vrij verkeer van goederen, diensten of personen als bedoeld in het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.’⁷⁰

De aannemelijkheid van het bestaan van een beperking op de vestigingsvrijheid of het vrijedienstenverkeer is in dit soort zaken een vraag van bewijslast, opgedragen aan de partij die zich op de Europese vrijheden beroept. In de zaak

⁶⁹ ABRvS, 27 juli 2005, LJN AU0104. Een ander voorbeeld biedt Hoge Raad, 11 juni 2004, LJN AF7812 waarin het beroep op de vrijheden al smoot in de conclusie van advocaat-generaal Wattel. De Hoge Raad vindt het beroep op de vrijheden in deze zaak kennelijk zo onaannemelijk dat het cassatiemiddel faalt ‘op de gronden weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal.’. Zie ook bijvoorbeeld Hoge Raad, 11 april 2003, BNB 2003/253 (Valutawinst).

⁷⁰ In vrijwel gelijke bewoordingen doet de Afdeling uitspraak in een vergelijkbaar geval in 2006, zie ABRvS, 18 januari 2006, LJN AU9796.

*Vakantiewoning Veere*⁷¹ voor de Afdeling vecht een Duitse woningbezitter de afwijzing aan van een ontheffing van het verbod tot gebruik van zijn woning in het centrum van Veere als tweede woning. Hij betoogt dat daarmee ook sprake is van beperking op de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer, gezien de economische activiteiten die hij vanuit zijn woning in Veere verricht. Dit is ‘op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting onvoldoende komen vast te staan.’ De zaak wordt met behulp van het vrijekapitaalverkeer afgedaan.

Een ander voorbeeld biedt een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven inzake *Minister van Economische Zaken t. Commerciële radiobedrijven*.⁷² Diverse aanbieders van commerciële radiodiensten procederen in deze zaak tegen onder meer de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2003 (hierna: Regeling VEB) bij de vergunningverlening van frequenties voor landelijke commerciële radio-omroepen. Deze regeling houdt in dat de verkrijger of houder van een vergunning voor het gebruik van een dergelijke vergunning een eenmalig bedrag is verschuldigd. Partijen RTL en Yorin wijzen erop dat de Regeling VEB in strijd is met het vrijedienstenverkeer. Het College verwerpt dit beroep als volgt:

‘Voorzover de commerciële radio-omroepen, onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal Léger in de gevoegde zaken C-544/03 en C-545/03, Mobistar en Belgacom, hebben aangevoerd dat het eenmalig bedrag in strijd is met artikel 49 EG, op grond waarvan het vrij verkeer van diensten niet mag worden beperkt, overweegt het College dat in onderhavig geval – zoals ook het Hof van Justitie in de genoemde zaken heeft geoordeeld ten aanzien van de belastingmaatregelen die daarin aan de orde waren (zie het arrest van 8 september 2005, Jur. blz. I-7723) – het eenmalig bedrag zonder onderscheid van toepassing is op alle aanvragers, ongeacht de lidstaat waar zij vandaan komen. Gesteld noch gebleken is dat de commerciële radio-omroepen, die deels afkomstig zijn uit andere lidstaten, zijn beperkt in hun mogelijkheden om mee te dingen naar onderhavige vergunningen.’

Het kan zijn dat het eenvoudiger is voor gevestigde partijen dan voor nieuwkomers om aan dit eenmalige bedrag te voldoen, zodat een dergelijke regeling weliswaar niet in rechte, maar in feite de markttoegang belemmert. Kennelijk leveren partijen echter naar oordeel van de rechter onvoldoende bewijs voor de stelling dat een beperking zich voordoet.

Soms draagt de Nederlandse rechter een partij expliciet op om nader bewijs te leveren.

⁷¹ ABRvS, 6 november 2002, LJN AE9907.

⁷² CBB, 4 april 2007, LJN BA2169.

In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de rechtbank Rotterdam in een zaak tussen *Euro-sportring t. SGR*.⁷³ In deze zaak stelt Euro-sportring op grond van een statutenwijziging van de Stichting Garantiefonds Reisgeld (SGR) beperkt te worden in het vrij verrichten van diensten. Door deze statutenwijziging vallen reisovereenkomsten met klanten in het buitenland niet langer onder de SGR-garantie. 95% van de Nederlandse reisorganisaties is bij SGR aangesloten en er bestaat geen vergelijkbaar garantiefonds in Nederland. Euro-sportring beroept zich in een civiele procedure op het vrijedienstenverkeer ten opzichte van de SGR. Partijen zijn het oneens of de statutenwijziging een beperking van het vrijedienstenverkeer vormt. De rechtbank komt er niet goed uit met zijn oordeel over de beperking en overweegt dat ‘zowel voor de horizontale werking van art. 56 VWEU als voor de vraag of sprake is van een relevante belemmering van de dienstverlening van groot belang [lijkt] of er voor Euro-Sportring een redelijk alternatief voorhanden was. [...] Voor een nader oordeel te geven over eventuele strijdigheid met art. 56 VWEU, zal de rechtbank de uitkomst afwachten van de bewijslevering op dat punt.’ De einduitspraak is, naar mijn weten, niet gepubliceerd.

Een ander voorbeeld biedt de zaak *Erfgenamen t. VGZ* die omging bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.⁷⁴ Het Gerechtshof kent in deze civiele zaak eenzelfde bewijsopdracht toe, alleen daar is de bewijslastverdeling omgekeerd. Het Gerechtshof past het arrest C-157/99, *Smits en Peerbooms* toe op de algemene voorwaarden van de zorgverzekeraar VGZ (al dan niet als ziekenfonds werkzaam). Het Gerechtshof verwacht van VGZ bewijzen waarom het vereiste van toestemming voor behandelingen in het buitenland aanvaardbaar is.

Ook de rechtbank Maastricht biedt een voorbeeld in de zaak *Metallkeramikkrone*.⁷⁵ In deze zaak gaat het om de vraag of een Belgische tandartsrekening gedeeltelijk zou moeten worden vergoed door de Gemeente Heerlen. Van de rekening van € 410,- wordt iets meer dan de helft door de zorgverzekering vergoed, voor het overige doet de dienstontvanger een aanvraag bijzondere tandartskosten ad € 205,-. ‘Ter voorlichting van partijen’ overweegt de rechtbank dat het vrijedienstenverkeer op dit geval van toepassing is. Concrete duiding van de beperking wordt echter overgelaten aan de Gemeente Heerlen: ‘De rechtbank laat ter beoordeling aan verweerder of er sprake is van een directe of indirecte dan wel potentiële beperking die uitgaat van de toepassing van het territorialiteitsbeginsel.’ Het besluit wordt vernietigd en ook de eventuele rechtvaardiging van de beperking wordt overgelaten aan de Gemeente Heerlen.

De voorbeelden maken duidelijk dat de directe werking van de vrijverkeerbepalingen weliswaar een recht tot inroepbaarheid van het Europees internemarktrecht voor de nationale rechter creëert, maar uit de praktijk blijkt dat het noodzakelijk is om concreet en onderbouwd te vorderen, wil een beroep op de verbodsnorm van een vrijheid kans van slagen hebben.

⁷³ Rechtbank Rotterdam, 19 oktober 2005, LJN AU5890 (*Euro-sportring t. SGR*).

⁷⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 november 2002, LJN AF3205.

⁷⁵ Rechtbank Maastricht, 17 juni 2004, LJN AP8790 (*Metallkeramikkrone*).

Beperking niet in geschil

Een andere vorm, die in wezen een uitvloeisel vormt van wat partijen voor de nationale rechter aandragen, is het fenomeen van de ‘beperking niet in geschil’. Deze komt regelmatig voor in de onderzochte rechtspraak. Het is een verklaring voor het feit dat de rechter zich niet altijd uitspreekt over de aard van de beperking. Zodra het bestaan van de beperking niet langer onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd van partijen, is het de vraag of de rechter daar nog iets mee moet ondernemen. Sterker: de rechter heeft naar nationaal procesrecht niet altijd zomaar de vrijheid zich daarover uit te laten. Er zijn in wezen drie typen van de ‘beperking niet in geschil’ aan te treffen in de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak:

- 1) met een aansluitende toets naar discriminatie,
- 2) zonder verdere toets naar discriminatie,
- 3) buiten de rechtsstrijd van partijen in lagere instanties.

In zaken van het eerste type wordt de vraag naar de aard van de beperking veelal in de sfeer van de rechtvaardiging getrokken. Dat nationale rechters deze aanpak hanteren, is begrijpelijk en verklaarbaar in het licht van standaardarresten als *Gebhard* en *Broede*, waarin de discriminatietoets ook bij het Hof van Justitie als het ware onderdeel is gaan vormen van de vraag of jurisprudentiële rechtvaardiging acceptabel is.⁷⁶ In deze gevallen maakt de rechter over het algemeen eerst duidelijk wat niet in geschil is, waaronder de beperking op de vrijheid of de vrijheden, om vervolgens toch een toets naar de eventuele aanwezigheid van discriminatie op grond van nationaliteit of herkomst uit te voeren. Een voorbeeld van deze aanpak biedt de Afdeling in de zaak *CFR*:

‘Dat het aanbieden van casinospelen een economische activiteit is en dat artikel 27h, eerste lid, Wok een beperking van het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 49 VWEU, en een beperking van het vrijedienstenverkeer in de zin van artikel 56 VWEU behelst, is tussen partijen niet in geschil en staat ook voor de

⁷⁶ Vgl. zaak C-55/94, *Gebhard*, r.o. 37: ‘Het is evenwel vaste rechtspraak van het Hof, dat nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.’ Deze aanpak werd voor het vrijedienstenverkeer bevestigd in zaak C-3/95, *Broede*. Het Hof noemt de non-discriminatoire toepassing als één van de voorwaarden om een nationale maatregel te kunnen rechtvaardigen. Daarmee komt de inhoudelijke toetsing aan de verbodsnorm (direct dan wel indirect discriminerend of niet) onder de sfeer van de rechtvaardiging.

Afdeling vast. Verder staat vast dat op het terrein van kansspelen geen harmonisatie van wetgeving heeft plaatsgevonden.⁷⁷

Vervolgens citeert de Afdeling enkele kernoverwegingen van het Hof van Justitie in het arrest *Placanica*,⁷⁸ waarin ook het Hof van Justitie aansluiting zoekt bij de aanpak uit het arrest *Gebhard*. Waarna de Afdeling met de rechtbank overgaat tot de vaststelling dat het reguleren en beheersen van kansspelen uit oogpunt van consumentenbescherming en het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit als rechtvaardigende dwingende redenen van algemeen belang kunnen worden aangemerkt. Dan volgt alsnog een toets naar de aanwezigheid van discriminatie:

‘Gelet op dit toetsingskader is de Afdeling met de rechtbank van oordeel dat het reguleren en beheersen van kansspelen, met als doel het beschermen van de consument, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit en het tegengaan van gokverslaving, kunnen worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de jurisprudentie van het Hof.

Uit het toetsingskader blijkt voorts dat willen beperkingen van het vrije verkeer op grond van dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd kunnen worden, zij in ieder geval zonder discriminatie naar nationaliteit dienen te worden toegepast.

Artikel 27h, eerste lid, van de Wok verbiedt ieder ander dan de vergunninghouder de exploitatie van casinospelen, welk verbod zowel in Nederland als in een andere lidstaat gevestigde ondernemers gelijkelijk treft. Artikel 27h, eerste lid, van de Wok stelt geen eisen omtrent de nationaliteit of de vestigingsplaats van de vergunninghouder. De rechtbank heeft dan ook terecht en op goede gronden geoordeeld dat het wettelijke stelsel als zodanig geen discriminatie naar nationaliteit inhoudt.⁷⁹

Het tweede type van de ‘beperking niet in geschil’, dus zonder verdere toets naar de aanwezigheid van discriminatie, is op het oog minder gelukkig tegen de achtergrond van de toetsing aan eventuele rechtvaardigingsgronden. Zo zou het kunnen gebeuren dat bijvoorbeeld een maatregel die de schijn heeft tot indirecte discriminatie te leiden, sneller gerechtvaardigd wordt geacht uit oogpunt van publiek belang dan het geval zou zijn wanneer de rechter wel een onderzoek verricht naar de aanwezigheid van indirecte discriminatie. Een voorbeeld van dit

⁷⁷ Raad van State, 14 maart 2007, LJN BA0670, r.o. 2.6. Vgl. bijvoorbeeld ook vznr. Rb. Arnhem, 27 januari 2003, IER 2003/36, KG 2003/53. Niet alle rechters hanteren overigens de laatste zinsnede die de Afdeling hier gebruikt: dat de beperking ook voor de Afdeling zelf vaststaat. Deze zinsnede heeft wel toegevoegde waarde in de zin dat er uit blijkt dat de rechter zelf ook van oordeel is dat de maatregel een beperkend effect heeft op diegenen die zich willen beroepen op de vestigingsvrijheid of het vrijedienstenverkeer.

⁷⁸ gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica*.

⁷⁹ R.o. 2.6.1.

soort geeft het Gerechtshof Amsterdam in *Staatsloterij t. Stargames*.⁸⁰ Het Gerechtshof oordeelt:

‘Partijen zijn het erover eens dat dit verbod een beperking vormt van de vrijheid van het vrij verrichten van diensten. Het debat tussen partijen spitst zich toe op de vraag of deze beperking overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie EG kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.’

In het rechterlijk onderzoek naar de rechtvaardiging van de maatregel blijft vervolgens een toets naar de aanwezigheid van discriminatie achterwege.⁸¹ De aanpak is daarmee misschien niet zo zuiver, want aan een belangrijke voorwaarde voor de beoordeling van de openstaande categorie van rechtvaardigingsgronden voor de belemmering (alleen de Verdragsrechtelijke uitzonderingen of ook de *rule of reason*-rechtvaardigingen) wordt voorbijgegaan: de vraag of sprake is van discriminatie. Toch opereert het Gerechtshof hier niet per se buiten de grenzen van zijn feitelijke rechterlijke autonomie in het Europees recht. Het procesprobleem ligt eerder bij de partijen: wil een partij afdwingen dat de rechter onderzoek doet naar het aantoonbaar maken van een eventueel discriminerend karakter of effect van een maatregel, dan moet op dit punt opnieuw concreet geprocedeerd worden.

Het derde type, omvang rechtsstrijd, komt in de onderzochte rechtspraak met enige regelmaat voor. De rechtsstrijd wordt dan bijvoorbeeld door een partij pas in een beroepsprocedure verder uitgebouwd door het beroep op het vrijedienstenverkeer of de vestigingsvrijheid te introduceren, dan wel door meer andere beperkende maatregelen in de rechtsstrijd te betrekken. Dit ketst af op

⁸⁰ Gerechtshof Amsterdam, 16 december 2004, IER 2005/54.

⁸¹ Vgl. in zelfde zin Gerechtshof Arnhem, 4 april 2000, LJN AA5968 (Noorse deelneming): ‘Het Hof zal bij de beoordeling van het onderhavige geschil veronderstellenderwijs er van uitgaan dat de hiervoor in 4.1 genoemde subvragen - behoudens de laatstvermelde (te weten of sprake is van een voldoende - proportionele - rechtvaardigingsgrond) - bevestigend dienen te worden beantwoord.’ Ook het CBB, 2 oktober 2002, LJN AF0365 (Remu t. minister van Economische Zaken) geeft blijk van ’n benadering. De hoogste bestuursrechter passeert concrete bestempeling en schiet in zijn overwegingen direct door naar de rechtvaardigingsgronden: ‘Zoals overwogen in de arresten van het Hof van Justitie van 4 juni 2002 kan een nationale regeling bedoelde vrijheden slechts beperken, indien dit gerechtvaardigd is om de in artikel 58 EG genoemde redenen of om dwingende redenen van algemeen belang. Het College is van oordeel dat redenen als hierbedoeld ten grondslag liggen aan het in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet opgenomen instemmingsvereiste, nu dit vereiste er toe strekt de regionale netwerken voor het transport van elektriciteit en gas betrouwbaar te laten functioneren, opdat afnemers te allen tijde over deze primaire voorzieningsbronnen kunnen beschikken’. Niet ondenkbaar is dat het toenmalige instemmingsvereiste van de minister – verwerkt in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet rond iedere wijziging met betrekking tot de eigendom van het net, of van de aandelen in een netbeheerder of vergunninghouder – in de gevarezone van de indirecte discriminatie komt.

nationaal procesrecht. Een voorbeeld biedt het oordeel in cassatie van de Hoge Raad in de kortgedingprocedure tussen *Lotto t. Ladbrokes*.⁸² In cassatie is aangevoerd dat de Wet op de Kansspelen verschillende bepalingen bevat die een discriminerende werking hebben, het cassatiemiddel klaagt erover dat het Gerechtshof daar niet op ingegaan is. De Hoge Raad verwerpt dit argument in lijn met het oordeel van zijn advocaat-generaal Keus. Het Gerechtshof hoefde zich over deze discriminerende beperkingen niet te buigen en

‘had daartoe ook niet de vrijheid nu de vraag of andere bepalingen dan de zojuist genoemde mogelijk een discriminerende werking hebben naar het kennelijke en in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijke oordeel van het hof geen deel uitmaakte van de rechtsstrijd tussen partijen. Het onderdeel noemt dan ook geen vindplaatsen van in feitelijke instanties in dit verband naar voren gebrachte stellingen. Het kan daarom niet tot cassatie leiden.’

Zoals hierboven naar voren kwam en in de volgende paragraaf van nadere achtergrond wordt voorzien is, mijns inziens, de vraag naar de inhoud van de beperking en zijn effecten nog steeds inherent aan de vraag op grond van welke publieke belangen een belemmering gerechtvaardigd kan worden. In wezen is de beoordeling van de inhoud van een belemmering daarom noodzakelijk voor het afdoen van de zaak. Doordat deze vraag echter buiten de rechtsstrijd van partijen valt, komt de rechter daar niet aan toe. De conclusie van advocaat-generaal Keus verschaft nadere achtergrond. De advocaat-generaal concludeert dat Ladbrokes in feitelijke instanties niet duidelijk heeft gesteld dat artikel 1, aanhef en onder a Wok discriminerend is of de vergunningvoorwaarden in de praktijk discriminerend uitwerken.⁸³ Dit type komt in wezen neer op het probleem dat partijen in feitelijke instanties onvoldoende concreet hebben geprocedeerd. Dit onderstreept nogmaals dat diegene die zich op de vrijheden beroept, dat op gemotiveerde, concrete en complete manier doet.

Belemmering niet relevant

Een volgende reden om niet tot duiding van het karakter van een belemmering over te gaan is gelegen in zaken waarin de belemmering door de Nederlandse rechter niet relevant wordt geacht voor de beslechting van het geschil. Zo komt het Gerechtshof 's-Gravenhage in de zaak *Verplaatsing pensioenlichaam* tot de conclusie dat een fiscale strafheffing, 60% van de waarde van de verzekerde pensioenaanspraak, in verband met een zetelverplaatsing van een pensioen-BV naar België de vestigingsvrijheid belemmert en niet gerechtvaardigd kan

⁸² Hoge Raad, 18 februari 2005, LJN AR4841 met nt. M.A. Fierstra, SEW 2005 p. 387-390.

⁸³ Conclusie advocaat-generaal Keus bij Hoge Raad, 18 februari 2005, LJN AR4841, 2.35 e.v.

worden.⁸⁴ De staatssecretaris stelt daarop cassatieberoep bij de Hoge Raad in. Ambtshalve wijst advocaat-generaal Wattel op het Belastingverdrag tussen België en Nederland. Vervolgens komt de advocaat-generaal tot de conclusie dat inderdaad sprake is van een belemmering op de vestigingsvrijheid, omdat de fiscale strafheffing volgens

‘art. 23a Wet Vpb. een fiscale ontmoediging van vennootschappelijke emigratie [is] die los staat van behoud of verlies van rechtspersoonlijkheid (zodat Daily Mail niet van toepassing lijkt, al moet toegegeven worden dat het arrest in dat opzicht niet helder is) en behoeft daarom rechtvaardiging.’⁸⁵

Het blijkt hier dus volgens zowel het Gerechtshof als de advocaat-generaal in ieder geval om een belemmering te gaan of deze discrimineert wordt niet duidelijk, maar de Hoge Raad komt er niet aan toe. Hij doet de zaak af op andere gronden⁸⁶: op basis van het Belastingverdrag tussen België en Nederland.

Indirecte discriminatie is afwezig

Ten slotte wil ik in dit verband wijzen op de opvallende afwezigheid van de toetsing naar indirecte discriminatie in de onderzochte rechtspraak: kennelijk is dit concept op het terrein van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer niet zo aantrekkelijk om snel aan te nemen voor de Nederlandse rechter. In het geval van indirecte discriminatie leidt de maatregel ertoe dat met name partijen uit andere lidstaten worden benadeeld. Het gaat dus om het gevolg van een belemmering of het effect dat een belemmering sorteert. Deze ‘omstandighedentoets’ omzeilt de rechter of toetst daaraan zeer zijdelings, tussen de regels door. Een goed voorbeeld daarvan biedt de prejudiciële verwijzingsbeslissing van de Centrale Raad van Beroep in de zaken die ten grondslag lagen aan het arrest *Müller/Fauré* van het Hof van Justitie.⁸⁷ Uit het arrest *Kohll*⁸⁸ leidt de Raad af dat artikel 56 VWEU zich verzet

‘tegen iedere nationale regeling die ertoe leidt, dat het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen één lidstaat.’

⁸⁴ Gerechtshof 's-Gravenhage, 18 maart 2003, BK-01/01905.

⁸⁵ Conclusie AG Wattel, bij Hoge Raad, 13 mei 2005, LJV AR1738.

⁸⁶ Zie ook bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 22 augustus 2003, LJV AM1885 (overbrenging pensioenverplichting van Nederlandse Antillen naar Belgische pensioenverzekeraar). Of rechtbank Haarlem, uitspraak van 22 mei 2006, LJV AX7112 (Aftrek kartelboete).

⁸⁷ Zaak C-385/99, *Müller/Fauré*. Centrale Raad van Beroep, 6 oktober 1999, LJV ZB8801. Vgl in zelfde zin op het terrein van de gezondheidszorg rechtbank Amsterdam, 7 oktober 2003, LJV AN9604 en rechtbank Maastricht, 28 juni 2004, LJV AP8808.

⁸⁸ Zaak C-158/96, *Kohll*.

Voor iedere behandeling buiten het toenmalige Nederlandse contractenstelsel volgens de ziekenfondswet was voorafgaande toestemming van het ziekenfonds vereist. Dat gold

‘op vrijwel dezelfde wijze voor buiten Nederland gevestigde hulpverleners, zodat geen sprake lijkt te zijn van een andere behandeling van buitenlandse medische hulpverleners ten opzichte van Nederlandse hulpverleners.’

De toestemming kan echter alleen worden verleend

‘wanneer zulks “voor de geneeskundigde verzorging nodig is”. [...] Deze uitwerking van het toestemmingsvereiste wijst derhalve op voorrang van gecontracteerde - en dus vrijwel steeds Nederlandse - medische hulpverleners boven zorgverleners in andere lidstaten. Daar komt nog bij dat de bestuursrechtelijke bevoegdheden van de Nederlandse overheid zich niet uitstrekken tot zorgaanbieders in andere landen, hetgeen een belemmering kan vormen bij het sluiten van contracten met deze zorgaanbieders.’

Tussen de regels lijkt de Raad te suggereren dat hier in ieder geval sprake is van een belemmering, die mogelijk ook nog eens *de facto* neerkomt op een indirecte discriminatie, want het model leidt tot het praktische gevolg dat het moeilijker wordt om een operatie te laten uitvoeren in een andere lidstaat dan in Nederland.

Een dergelijke impliciete toets lijkt ook gevolgd te worden in het oordeel van het Gerechtshof Arnhem in hoger beroep na het oordeel van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem in *Lotto t. Ladbrokes*. Het Gerechtshof merkt op dat er

‘geen sprake van discriminatie [is], omdat de WoK in art. 1 aanhef en onder a een ieder verbiedt om zonder vergunning gelegenheid te geven tot het deelnemen aan kansspelen. Voorts is niet uitgesloten dat buitenlandse bedrijven een vergunning ingevolge de WoK verkrijgen.’⁸⁹

Vervolgens laat het Gerechtshof dit ondersteunen door te verwijzen naar het feit dat Ladbrokes zelf in het verleden ook een vergunning voor het aanbieden van weddenschappen op paardenraces had en het Canadese bedrijf Autotote op het moment van de uitspraak eveneens een dergelijke vergunning bezat. Het Gerechtshof lijkt daar met zoveel woorden mee te willen aangeven dat er ook geen sprake is van indirecte discriminatie: buitenlandse ondernemingen worden ook vergunningen verleend. Van discriminatie in rechte of in feite is daarom geen sprake, dus kan een rechtvaardiging worden gevonden in dwingende redenen van algemeen belang.

⁸⁹ Gerechtshof Arnhem, 2 september 2003, IER 2003, 77.

Dit oordeel wordt overgenomen door de rechtbank Arnhem in de bodemprocedure *Lotto t. Ladbrokes* in zowel het tussenvonnissen als het eindvonnissen. In het tussenvonnissen komt de rechtbank tot de conclusie:

‘Tussen partijen is niet in geschil dat artikel 1 a WoK niet discriminatoir is. Ook buitenlandse (rechts)personen komen in aanmerking voor een vergunning. Zo is de vergunning voor het organiseren van paardenwedstrijden enige tijd verleend aan een Nederlandse dochteronderneming van Ladbrokes en is zij thans verleend aan een Nederlandse dochteronderneming van een Noordamerikaans bedrijf. Aan het feit dat de vergunning in beide gevallen is verleend aan een Nederlandse dochteronderneming van de buitenlandse concerns, komt geen doorslaggevend betekenis toe. Het is ook niet gesteld dat uit de WoK voortvloeit dat de vergunninghouder een Nederlandse (rechts-)persoon dient te zijn.’⁹⁰

Waarna de rechtbank in zijn einduitspraak van 31 augustus 2005 zelfs met de nodige stelligheid overweegt:⁹¹

‘De rechtbank recapituleert dat zij in r.ov. 4.21 van haar tussenvonnissen heeft beslist dat het Nederlandse kansspelbeleid niet discriminerend is.’

In de beroepszaak van Ladbrokes tegen het eendoordeel van de rechtbank Arnhem houdt het Gerechtshof Arnhem vast aan de hier neergelegde lijn.⁹² Op dezelfde gronden concludeert het Gerechtshof dat geen sprake is van discriminatie. Bovendien blijkt volgens het Gerechtshof uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat het verlenen van een vergunning aan één onderneming niet discriminatoir kan worden geacht.

Een ander voorbeeld waarin het twijfelachtiger wordt of er geen sprake van indirecte discriminatie is, biedt de zaak *Interwetten Cyprus e.a. t. De Lotto* in hogerberoepspraak van het Gerechtshof Arnhem.⁹³ In deze zaak tussen de Lotto en verschillende kansspelaanbieders zonder Nederlandse vergunning stellen Interwetten Cyprus c.s. dat de Wet op de kansspelen discriminatoir is. Het is, volgens deze partijen, zowel formeel als materieel onmogelijk om een vergunning onder deze wet te krijgen. Dit verwerpt het Gerechtshof Arnhem in een kortgedingprocedure op 23 november 2004. De Wet op de Kansspelen is naar voorlopig oordeel ‘niet discriminatoir’, want ook buitenlandse bedrijven hebben de mogelijkheid een vergunning ingevolge deze wet te verkrijgen. Het Gerechtshof overweegt:

⁹⁰ Rechtbank Arnhem, 2 juni 2004, LJN AP0418.

⁹¹ Rechtbank Arnhem, 31 augustus 2005, LJN AU1924.

⁹² Gerechtshof Arnhem, 17 oktober 2006, LJN AZ0222.

⁹³ Gerechtshof Arnhem, 23 november 2004, NJF 2005/38.

‘Weliswaar dienen zij in dat geval te beschikken over een vestigingsplaats in Nederland, docht dit vereiste moet uit het oogpunt van toezicht en controle voorshands toelaatbaar worden geoordeeld [...].’⁹⁴

Een vestigingseis in Nederland lijkt mij voor een tijdelijke dienstverlener toch al heel snel een indirect discriminerende werking op te leveren. Het Gerechtshof erkent dat overigens ook min of meer in de derde overweging waarin het discriminatoire karakter van de Wok wordt verworpen: ten aanzien van de beperkingen is ‘onvoldoende aannemelijk geworden dat, anders dan door de plaats van vestiging, op enigerlei wijze onderscheid wordt gemaakt tussen buitenlandse en Nederlandse bedrijven.’ Maar ondertussen is vestiging in Nederland noodzakelijk. Het Gerechtshof gaat hier mijns inziens toch wel wat te kort door de bocht. Door het kennelijk solide oordeel van het Gerechtshof wordt het beroep in cassatie voor de Hoge Raad⁹⁵ in deze procedure via artikel 81 RO verworpen, waaruit volgt dat:

‘Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel.’

De rechtbank Rotterdam biedt een voorbeeld waarin het belang van het concreet aantonen van een onderscheid duidelijk wordt.⁹⁶ Nederland-FM beroept zich in deze zaak ten opzichte van de minister voor Verkeer en Waterstaat op het vrijedienstenverkeer. De minister heeft naar oordeel van Nederland-FM met het overnemen van het voorstel voor verdeling van zenderfrequenties afkomstig van elf radio-omroepen in strijd gehandeld met onder meer het vrijedienstenverkeer. De rechtbank verwerpt dit met als hoofdreden:

‘Inherent aan een verdeling van schaarse goederen is dat er gegadigden zijn die buiten de boot vallen. Door Nederland FM is niet aangetoond - noch is de rechtbank gebleken - dat de door de minister toegepaste criteria een met artikel 56 VWEU strijdig onderscheid zouden maken tussen buitenlandse en binnenlandse gegadigden.’

Andere voorbeelden lijken te suggereren dat een enkele toets naar directe discriminatie voldoende rechterlijke toetsing vormt. In dit verband kan worden gewezen op een procedure rond de monopoliepositie van Holland Casino in het oordeel van de rechtbank Breda inzake *CFR t. ministers van Justitie en*

⁹⁴ Gerechtshof Arnhem, NJF 2005/38. Vgl. Gerechtshof Arnhem in *Lotto t. Ladbrokes*, 2 september 2003 waar het Gerechtshof op andere gronden tot een vergelijkbaar oordeel komt.

⁹⁵ Hoge Raad, 21 april 2006, LJN AV0641.

⁹⁶ Rechtbank Rotterdam, 11 november 1999, LJN AA4824.

*Economische Zaken.*⁹⁷ In geding is de afwijzing van een vergunning voor het organiseren van een speelcasino in Bergen op Zoom. CFR stelt zich op het standpunt dat artikel 27h Wok inbreuk maakt op het Europees recht. De rechtbank merkt in relatie tot de belemmering op:

‘Tussen partijen is niet in geschil - en ook de rechtbank is van oordeel - [...] dat het monopoliestelsel - als neergelegd in artikel 27h, eerste lid, van de Wok - een beperking als bedoeld in artikel 49 van het EG-Verdrag vormt op het beginsel van het vrij verrichten van diensten.’

Deze beperking duidt de rechtbank onder verwijzing naar het arrest *Läärä*⁹⁸ als niet discriminerend op grond van nationaliteit: het stelsel treft nu eenmaal zowel ondernemers in Nederland als ondernemers gevestigd in een andere lidstaat die in Nederland een speelcasino willen organiseren. Over het eventuele indirect discriminerende karakter van deze wet volgt geen oordeel, zodat we volgens de rechtbank van doen hebben met een zonderonderscheidbelemmering die door dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd kan worden.⁹⁹

Het zijn niet alleen lagere rechters die deze aanpak hanteren. De Afdeling laat eenzelfde benadering zien in de beroepszaak van CFR en bijvoorbeeld de *Schindler*-uitspraak.¹⁰⁰ Hoewel de Afdeling zich letterlijk baseert op de arresten

⁹⁷ Rechtbank Breda, 2 december 2005, LJN AU7389. Zie bijvoorbeeld ook Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 2 maart 2004, LJN AO5141. In deze economische strafzaak heeft de verdachte onder meer als tussenpersoon Duitse lottospelen aangeboden aan het Brabantse publiek. De verdachte beroept zich daarbij op het vrijedienstenverkeer. Het Gerechtshof vangt aan met het wettelijk verbod uit de Wet op de Kansspelen in artikel 1 aanhef onder a en concludeert dat dit verbod zou kunnen worden aangemerkt als een beperking van het vrij verrichten van diensten. Vervolgens geeft het op zakelijke wijze weer wanneer een dergelijke beperking is toegestaan, om in lijn met het Gerechtshof Arnhem, de parlementaire geschiedenis indachtig, te concluderen dat het aanvragen van een vergunning onder de Wet op de kansspelen openstaat voor een ieder en daarom geen onderscheid wordt gemaakt tussen Nederlandse en buitenlandse marktdeelnemers. Aan eventuele indirecte discriminatie wordt niet getoetst.

⁹⁸ Zaak C-124/97, *Läärä*.

⁹⁹ Zie ook bijvoorbeeld rechtbank Breda, 14 januari 2006, LJN AV0996. Het gaat in deze zaak om storting van kapitaal in geld door in België woonachtige aandeelhouders/natuurlijke personen in een in Nederland gevestigd lichaam. Daarover is ingevolge artikel 32 Wet op belastingen van rechtsverkeer een kapitaalsbelasting verschuldigd. De Belgische aandeelhouders stellen dat dit in strijd is met het verbod op de belemmering van de vrijheid van vestiging en kapitaalverkeer. De rechtbank geeft aan dat een beroep op deze vrijheden inderdaad mogelijk is, maar dat ‘artikel 32 van de WBR niet tot een ongeoorloofd onderscheid naar woonplaats [leidt] en moet de stelling van belanghebbende dat sprake is van strijdigheid met het verbod op belemmering of discriminatie van de vestigingsvrijheid en de vrijheid van kapitaalverkeer, worden verworpen.’ Feitelijk beperkt de rechtbank zijn toetsing tot een op directe discriminatie gebaseerde toets.

¹⁰⁰ ABRvS, 14 maart 2007, LJN BA0670 (CFR), ABRvS, 17 juli 2007, LJN BA9831 (*Schindler*).

Gambelli en Placanica van het Hof van Justitie,¹⁰¹ waarin het Hof bevestigt dat de beperkingen zonder discriminatie dienen te worden *toegepast*, neemt de Afdeling bij de toets naar de aard van de beperking enkel het feit in aanmerking dat het bewuste artikel uit de Wok als zodanig geen eisen stelt omtrent de nationaliteit of de vestigingsplaats van de vergunninghouder. De Afdeling oordeelt:

‘De rechtbank heeft dan ook terecht en op goede gronden geoordeeld dat het wettelijke stelsel als zodanig geen discriminatie naar nationaliteit inhoudt.’

Daarmee gaat de Afdeling in mijn optiek voorbij aan een volledige toets zoals voorgesteld door het Hof van Justitie. Dat stelt zich immers op het standpunt dat de beperking ook zonder discriminatie moet worden toegepast en impliceert daarmee dat ook indirecte discriminatie moet worden uitgesloten.

Een voorbeeld geeft ten slotte ook de Hoge Raad in de beeldende zaak *Rotterdamse parkeerboete*.¹⁰² In deze zaak gaat het om de parkeerboete van een Engelse consultant die in Rotterdam niet in staat was om haar parkeerkaartje te betalen, omdat er bij de desbetreffende automaat enkel met chipknip kon worden betaald. Terwijl advocaat-generaal Niessen tot strijdigheid met het Europees recht concludeert en indirecte discriminatie aanneemt, gaat de Hoge Raad er van uit dat er een alternatief voor handen was (een kennelijk bestaande prepaidchipkaart) en daarom van discriminatie geen sprake is. De Hoge Raad overweegt:

‘In cassatie kan veronderstellenderwijs ervan worden uitgegaan dat de parkeerder zich bevond in een door het gemeenschapsrecht beheerste situatie. Dat betekent dat de parkeerder op grond van de artikelen 56 VWEU en 61 VWEU, dan wel artikel 18 VWEU gevrijwaard diende te blijven van discriminatie op grond van nationaliteit.’¹⁰³

De beschikbaarheid van de prepaidchipkaart

‘betekent dat, ook al zou betaling met een rekeninggebonden chipkaart voor buitenlanders in de regel niet mogelijk zijn, een toereikend alternatief beschikbaar was, namelijk betaling met een ter plaatse voldoende verkrijgbare niet-rekeninggebonden chipkaart.

In zoverre kan niet worden gezegd dat het Voorschrift in strijd is met het gemeenschapsrecht. Daarvoor is ook onvoldoende dat aan dit alternatief enige kosten verbonden zijn. Het gaat hier om een bescheiden bedrag (€ 2,50) dat noch

¹⁰¹ Gev. zaken C-359/04 en C-360/04, *Placanica*.

¹⁰² Hoge Raad, 8 juli 2005, LJN AR8934.

¹⁰³ Hoge Raad, 8 juli 2005, LJN AR8934.

onevenredig is aan de kosten van het bieden van de voorziening noch een wezenlijke belemmering opwerpt voor het gebruik ervan.’

De toets aan indirecte discriminatie blijft zeer impliciet of wordt ontweken met een beroep op de aanwezigheid van een ‘toereikend alternatief’. Door deze aanpak neemt de Hoge Raad een soort van *de minimis* aan, die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie naar mijn weten nog nooit als zodanig is geaccepteerd: de vraag of strijdigheid met de verbodsnorm bestaat, wordt verbonden aan de voorwaarde of er een reëel en daadwerkelijk alternatief bestaat.

Effecten van rechterlijke harmonisatie door het Hof van Justitie en de nationale rechter

De tweede opvallende lijn in de onderzochte rechtspraak die ik, zoals gezegd, in relatie tot de verbodsnormen tegen de achtergrond van nationale rechterlijke autonomie wil bespreken, betreft de effecten van ‘rechterlijke harmonisatie’.¹⁰⁴ Bij de uitleg van het primaire vrijverkeerrecht heeft zich op bepaalde beleidsterreinen langzamerhand zeer specifieke, fijnmazige jurisprudentie ontwikkeld. De vraag naar het bestaan van een belemmering op de vrijheden drijft in die gevallen af van de belemmeringstoets of discriminatietoets. Verschillende inhoudelijke criteria zijn gaan gelden voor de vraag of een (niet-gerechtigde) belemmering bestaat. Anders gezegd, de belemmeringstoets wordt een voorwaardelijke belemmering: pas als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, is er sprake van een beperking in de zin van de verbodsnorm.

In de jurisprudentie is de vraag naar de beperking en de rechtvaardiging ervan bij zowel het Hof van Justitie als bij de Nederlandse rechter dan niet meer goed te scheiden. De beste illustraties daarvan zijn te vinden in de rechtspraak over de relatie tussen de gezondheidszorg en het vrijedienstenverkeer en in de relatie tussen het vreemdelingenrecht en de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer. Hier wil ik mij concentreren op de voorbeelden uit de onderzochte rechtspraak over grensoverschrijdende medische dienstverlening. Op wat voor manier werkt de rechterlijke harmonisatie op dit terrein door in het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie?

Vergoeding van medische dienstverlening in andere lidstaten heeft in de beginjaren van de 21^{ste} eeuw tot een bulk aan Nederlandse Europeesrechtelijke uitspraken geleid. Het gaat in dit soort zaken vrijwel altijd om de vergoeding van medische diensten die in een andere lidstaat door een particulier zijn genoten onder een sociaal arrangement van de lidstaat van vestiging. De

¹⁰⁴ Vgl. Van de Gronden 2008, p. 45.

particulier beroept zich op het vrijedienstenverkeer in zijn relatie tot de zorgverzekeraar, die op basis van een zorgstelsel al dan niet tot vergoeding van medische diensten overgaat. In een reeks van uitspraken van het Hof van Justitie rond de eeuwwisseling – een flink aantal van Nederlandse oorsprong – zijn verschillende casusposities afgedaan. Het Hof van Justitie heeft zich in eerste instantie bijzonder voorzichtig betoond. Dat is heel begrijpelijk, omdat het gevaarlijk kan zijn om een nationaal zorgstelsel uit evenwicht te brengen door zorg onbeperkt in het buitenland voor vergoeding in aanmerking te laten komen.

Toch zorgen arresten als *Smits en Peerbooms* en *Müller/Fauré* voor concrete effecten in de nationale rechtspleging.¹⁰⁵ In *Smits en Peerbooms* lag het Nederlandse ‘zorg in natura’-stelsel ter beoordeling bij het Hof van Justitie, naar aanleiding van prejudiciële vragen van de rechtbank Roermond. Dit stelsel hield kort gezegd in dat ziekenfondsen normaal gesproken alleen de zorg vergoeden van instellingen waarmee een contract bestond; voor andere zorg was toestemming van het ziekenfonds vereist. In zowel de zaak *Smits* als in de zaak *Peerbooms* ging het om de vergoeding van intramurale zorg genoten in het buitenland, zorg die met een ziekenhuisopname gepaard ging. Het Hof van Justitie interpreteerde in het arrest *Smits en Peerbooms* twee Nederlandse criteria verbonden aan de toestemming voor zorg buiten het overeenkomstenstelsel (gebruikelijkheid en noodzakelijkheid). Als aan de uitleg van het Hof werd voldaan, leidde het toestemmingsvereiste voor de zorg buiten de gecontracteerde instellingen niet tot een beperking voor het vrijedienstenverkeer van de medische dienstontvanger. Daarvoor stelde het Hof van Justitie de volgende invulling van voorwaarden:

- 1) In het licht van de gebruikelijkheidstoets moet de behandeling volgens internationale medische maatstaven geschieden, waarbij alle beschikbare relevante gegevens in aanmerking moeten worden genomen;¹⁰⁶
- 2) er moet tijdig geen identieke of voor de patiënt even doeltreffende behandeling kunnen worden verkregen.¹⁰⁷

De genuanceerde benadering van het Hof van Justitie leidde er praktisch toe, dat in de zorgzaken voor de Nederlandse rechter nauwelijks meer stilgestaan wordt bij de vraag naar het karakter van de eventuele belemmering: in veel gevallen blijft het onduidelijk wat de beperking concreet inhoudt en of er sprake is van een discriminatie, dan wel een belemmering zonder onderscheid. De invulling van de voorwaarden is belangrijker dan de vraag naar het karakter van de belemmering.

¹⁰⁵ Zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, zaak C-385/99, *Müller/Fauré*.

¹⁰⁶ Zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, r.o. 97-98.

¹⁰⁷ Zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, r.o. 103-104.

Dat blijkt bijvoorbeeld uit de definitieve uitspraak van de rechtbank Roermond, na de prejudiciële beslissing van het Hof.¹⁰⁸ In het licht van dit arrest heeft de zorgverzekeraar, volgens de rechtbank, in het concrete geval onvoldoende onderzocht en bovendien nauwelijks onderbouwd of de behandeling door de internationale medische wetenschap voldoende is beproefd, omdat alleen is gekeken binnen de kring van beroepsgenoten in Nederland.¹⁰⁹ Dat leidt echter *niet* tot de vernietiging van het bestreden besluit. Doordat de behandeling naar het oordeel van de rechtbank namelijk niet noodzakelijk was voor de geneeskundige verzorging van de eiseres (er was een tijdige en even doeltreffende behandeling in Nederland mogelijk), moet het beroep tegen de niet-verleende toestemming door de zorgverzekeraar worden verworpen. Dat maakt dat de toestemmingseis gerechtvaardigd is in het concrete geval. Van een beperking van de vrijheid van diensten is, in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, geen sprake meer.

Er zijn tientallen voorbeelden beschikbaar waarin de nationale rechter de toets van internationale gebruikelijkheid en beschikbaarheid op concrete gevallen heeft toegepast. De ene keer past de weigering van vergoeding wel binnen de voorwaarden uit *Smits Peerbooms*, de andere keer niet. De rechter krijgt de specialistische taak om te beoordelen of een zorgbehandeling gebruikelijk is of niet, en of een alternatief voorhanden was. Ook hier stuiten we op de rol van het bewijs in de nationale procedure en de verdeling van de bewijslast en ontstaan, op basis van dezelfde uitleg van het Hof van Justitie, verschillende oordelen bij verschillende rechtbanken.

Zo kan het gebeuren dat in het geval van een intramurale endoscopische herniaoperatie, uitgevoerd in een andere lidstaat, bij de rechtbank 's-Gravenhage¹¹⁰ geen beroep kan worden gedaan op het vrijedienstenverkeer, omdat de zorgverzekeraar

‘bij de toepassing van het gebruikelijkheidsvereiste heeft getoetst aan de stand van de internationale medische wetenschap en terecht heeft geconcludeerd dat geen sprake is van een verstrekking. De effectiviteit van de endoscopische herniaoperatie, zowel op basis van de internationale literatuur als naar de mening van de beroepsgroep, is voorshands onvoldoende aangetoond. Eiseres heeft daar onvoldoende tegen ingebracht.’

¹⁰⁸ Rechtbank Roermond, 13 november 2001, LJN AD7032.

¹⁰⁹ Dat was wel het geval in het eindoordeel van de rechtbank Roermond in de zaak *Peerbooms*, maar daar bleek de operatie niet gebruikelijk te zijn. Zie rechtbank Roermond, 6 december 2001, RZA 2002/15.

¹¹⁰ Rechtbank 's-Gravenhage, 9 april 2002, LJN AE1787.

De rechtbank Middelburg ziet een maand later een dergelijke behandeling echter als gebruikelijk: ten tijde van het bestreden besluit waren er ‘voldoende aanknopingspunten [...] om de endoscopische nucleotomie als gebruikelijke behandeling en dus als verstrekking in de zin van de Ziekenfondswet te beschouwen’,¹¹¹ waarbij overigens zij aangetekend dat drie jaar later de Centrale Raad van Beroep in hoger beroep dit oordeel van de rechtbank Middelburg verwerpt.¹¹²

Onderwijl waren de prejudiciële vragen van de Centrale Raad van Beroep,¹¹³ die leidden tot het arrest *Müller/Fauré*, nog niet beantwoord.¹¹⁴ Zeer summier gezegd, verklaarde het Hof in *Müller-Faure* dat extramurale zorg zich wel verzet tegen het toestemmingsvereiste in een naturastelsel. Uit het arrest volgt eveneens dat de hoogte van de vergoeding bepaald mag worden door de lidstaat die voor de vergoeding van de zorg wordt aangesproken, zolang deze vergoeding op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria wordt vastgesteld.¹¹⁵

De verfijning van het recht door deze uitspraak versterkte opnieuw het effect dat in nationale zorgzaken waarin het vrijedienstenverkeer een rol speelt, de concrete duiding van de beperking niet langer in termen van discriminatie of belemmering zonder onderscheid plaatsvond. Het scharnierpunt bij deze zaken kwam te liggen bij de vraag of van intra- dan wel extramurale zorg sprake is, en of deze zorg voldeed aan de vereisten van gebruikelijkheid, noodzakelijkheid en het criterium van beschikbaarheid.

In de uitgebreide Nederlandse rechtspraak over het vrijedienstenverkeer die op dit arrest volgde, gaat het niet meer zozeer over de vraag of er van een te rechtvaardigen beperking sprake is, maar veeleer om interpretatievragen van begrippen als intramuraal, extramuraal, gebruikelijkheid en de beschikbaarheid van het alternatief. Vele varianten in casusposities hebben zich voorgedaan. Om een kleine greep daaruit te doen: rechters oordeelden van vraagstukken rond behandelingen die in Nederland intramuraal plaatsvinden en in Duitsland

¹¹¹ Rechtbank Middelburg, 16 mei 2002, LJV AE3898. Dezelfde aanpak is gevolgd in de uitspraak van de rechtbank Middelburg op 11 maart 2003, LJV AF6290.

¹¹² Centrale Raad van Beroep, 11 oktober 2005, LJV AU4838. De endoscopische nucleotomie werd inmiddels als verstrekking beschouwd, maar ten tijde van het bestreden besluit was dat nog niet het geval, zodat de rechtsgevolgen van het in eerste aanleg vernietigde besluit in stand blijven.

¹¹³ Centrale Raad van Beroep, 6 oktober 1999, LJV ZB8801.

¹¹⁴ Zaak C-385/99, *Müller/Fauré*.

¹¹⁵ Zaak C-385/99, *Müller/Fauré*, r.o. 107.

extramuraal¹¹⁶ of omgekeerd, maar dan met opdeling van de zorg in een extramuraal deel en een intramuraal deel.¹¹⁷ Rechters oordeelden over korte behandelingen van enkele uren in een ziekenhuis (kennelijk extramuraal) in combinatie met gebruikelijkheid,¹¹⁸ over de beoordelingstijd van een zorgverzekeraar¹¹⁹ of lieten de beantwoording van de vraag of sprake is van extramuraal, dan wel intramuraal zorg, impliciet¹²⁰ of expliciet in het midden.¹²¹

Op 18 juni 2004 spreekt de Centrale Raad van Beroep zich uit in drie beroepszaken rondom de vergoeding van medische diensten die in een andere lidstaat zijn geleverd.¹²² Deze uitspraken hebben bijvoorbeeld een precedentwerking gehad voor latere nationale Europeesrechtelijke uitspraken.¹²³ De Raad geeft in deze zaken een nadere inkleuring van enkele voorwaarden uit het arrest *Müller/Fauré*. Onder meer wordt beoordeeld wanneer er sprake is van noodzakelijke wachttijden voor de planning van de gezondheidszorg en wanneer eigenlijk gesproken kan worden van intramuraal zorg. Kennelijk bestaat er op dit terrein waarop via het Hof van Justitie een vorm van rechterlijke harmonisatie ontstaat, waar de 'logische toetsingssysteematiek' van de vrijheden wordt losgelaten, toch nog behoefte om tot verdere toepassingsverfijning te komen. Hier is het echter niet het Hof van Justitie dat het recht verfijnt, maar de

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld rechtbank 's-Hertogenbosch, 1 augustus 2003, LJN AI1494.

¹¹⁷ Zie bijvoorbeeld rechtbank Maastricht, 26 september 2003, LJN AL3183.

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld rechtbank Amsterdam, 7 oktober 2003, USZ 2003/371; RSV 2004/50.

¹¹⁹ Zie bijvoorbeeld rechtbank Maastricht, 28 juni 2004.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld rechtbank 's-Hertogenbosch, 24 oktober 2003, LJN AN9960. De rechtbank verwijst overigens wel naar zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms* en zaak C-158/96, *Kohll*. De zaak wordt hier afgedaan binnen de sfeer van het evenredigheidsbeginsel.

¹²¹ Zie bijvoorbeeld rechtbank 's-Gravenhage, 5 april 2004, LJN AO7568 (geen verstrekking), of rechtbank 's-Gravenhage, 12 februari 2004, LJN AO3791 (experimentele behandeling) en Centrale Raad van Beroep, 13 juli 2005, LJN AT9545 (ICSI en MESA; geen verstrekking).

¹²² In de zaak *Linkerheupoperatie* (18 juni 2004, LJN AP4731), die betrekking heeft op intramuraal zorg, zijn de wachttijden overschreden. In de zaak *Zes kronen* (18 juni 2004, LJN AP4742) is de Raad van oordeel dat er sprake is van extramuraal behandelingen, zodat het toestemmingsvereiste in ieder geval niet aan de eiser mag worden tegengeworpen. In beide zaken geldt dat de kosten in lijn met de interpretatie van *Müller/Fauré*, voorzover deze binnen het verstrekkingenpakket vallen, moeten worden vergoed. En wordt in de zaak *Arthroscopie* (18 juni 2004, LJN AP4794) door de Raad een praktische definitie gegeven van intramuraal zorg.

¹²³ De aanpak uit deze zaken wordt door de Centrale Raad van Beroep zelf gevolgd (soms meer impliciet dan expliciet) in bijvoorbeeld de zaak *Vleesboom*, 20 juli 2004, LJN AQ6277, de zaak *Spondylodese*, 20 oktober 2004, LJN AR4949, de zaak *Crisisopnames*, 24 november 2004, LJN AR6847, de zaak *ICSI en MESA*, 13 juli 2005, LJN AT9545 en op 29 juni 2006, LJN AT9602. De aanpak zien we eveneens terug in bijvoorbeeld rechtbank Arnhem, 4 augustus 2004, LJN AR3576 en rechtbank Roermond, 25 februari 2005, LJN AS9108.

nationale rechter. Dit draagt elementen van nationale rechterlijke autonomie in zich. De rechter verwijst hier niet, maar geeft zelf verdere uitleg over de werking van de Europeesrechtelijke normen in deze specifieke situaties. Deze praktijk is dusdanig interessant, dat ik deze zelfstandig nader onder de loep neem in hoofdstuk 5: nationale Europeesrechtelijke precedënten.

Het vrijverkeerrecht betreffende medische dienstverlening heeft zich nadien nog sterk verder verfijnd.¹²⁴ Het aantal procedures op dit vlak is in Nederland aan het eind van het eerste decennium van de 21^{ste} eeuw sterk verminderd; kennelijk vormt het herziene zorgstelsel minder reden voor een gang naar de rechter waarin het vrijedienstenverkeer wordt ingeroepen. Inmiddels is een richtlijnvoorstel patiëntenmobiliteit in behandeling bij de Europese wetgever.¹²⁵

Zoals gezegd, is de hierboven geschetste ontwikkeling in de nationale Europeesrechtelijke jurisprudentie ook aan te treffen in de uitspraken rond de vestiging van onderdanen van of dienstverrichters uit de (oud-)kandidaatlidstaten¹²⁶ en de derde landen waarmee de door de lidstaten van de Europese Unie een associatieovereenkomst¹²⁷ of andere vorm van samenwerking¹²⁸ is overeengekomen. Er heeft zich op deze terreinen een fijnmazig systeem ontwikkeld waarin wordt nagegaan of een persoon in het concrete geval zich op een Europeesrechtelijke aanspraak kan beroepen en welke voorwaarden daaraan gesteld kunnen worden. De overvloedige

¹²⁴ Via arresten als zaak C-372/04, *Watts* en zaak C-444/05, *Stamatelaki*. Zie hierover de oratie van Van de Gronden 2008, p. 43-52.

¹²⁵ Voorstel van de Commissie voor een Richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, COM (2008) 414, def.

¹²⁶ Zie onder meer president rechtbank Alkmaar, 9 december 1994, AB 1995/430 (Texpol vof) m. nt. C. Denys, Hoge Raad, 22 februari 2000, NJ 2000/297 (Poolse arbeiders); rechtbank 's-Gravenhage, zp Amsterdam, 7 november 2001 (mvv voor Pool), rechtbank 's-Gravenhage, zp Utrecht, 28 maart 2002, LJN AE2680 (Bulgaarse prostituee), voorzieningenrechter rechtbank Groningen, 3 april 2000, LJN AE1524 (Grodam), rechtbank 's-Gravenhage, zp Utrecht, 10 juni 2002, LJN AE5345 (Bulgaarse musicus), rechtbank 's-Gravenhage, zp Assen, 16 september 2002, LJN AF1211 (Oost-Europese prostituees), rechtbank 's-Gravenhage, zp Arnhem (Bulgaarse prostituee), rechtbank Zwolle, 7 januari 2003, LJN AF2783 (Deventer dames), ABRvS, 10 januari 2003, LJN AF6635 (Roemeense zelfstandige), rechtbank 's-Gravenhage, zp Haarlem, 21 februari 2003, LJN AF8780 (Poolse bloembollen vof), rechtbank 's-Gravenhage, zp Amsterdam, 22 augustus 2003 LJN AL8316 (Poolse prostituee), rechtbank Haarlem, 23 december 2005.

¹²⁷ Zie bijvoorbeeld rechtbank 's-Gravenhage, zp Haarlem, 28 februari 2002, LJN AE1442 (Turkse zelfstandige), rechtbank 's-Gravenhage, zp Haarlem, 19 februari 2003, LJN AI0700 (Turkse zelfstandige II), rechtbank 's-Gravenhage, zp Rotterdam, 25 april 2004, (Turkse zelfstandige III), rechtbank 's-Gravenhage, zp Haarlem, 4 juli 2003, LJN AK3474 (Turkse zelfstandige IV).

¹²⁸ Zie bijvoorbeeld rechtbank 's-Gravenhage, zp Zwolle, 14 december 2001, LJN AD9299 (Russische prostituee).

Nederlandse rechtspraak over boetes opgelegd in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen is bijvoorbeeld een bron geweest voor een verdere verfijning van de afbakening tussen het vrijewerknemersverkeer, de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer, die zich, weliswaar op basis van enkele kernarresten van het Hof van Justitie, vooral autonoom in de Nederlandse rechtspleging heeft voorgedaan.

Tussenconclusie

De vraag naar de aard van de beperking wordt in de Nederlandse jurisprudentie lang niet altijd voorafgaand aan de rechtvaardigingstoetsing behandeld. Daar is overigens ook geen directe noodzaak toe, hoewel het vanuit doctrinair oogpunt vanzelfsprekender lijkt om eerst na te gaan of er strijdigheid bestaat met het verbod van beperkingen op de vestigingsvrijheid of het vrijedienstenverkeer: als iets niet verboden is, hoeft de maatregel, alles in aanmerking genomen, ook niet te worden gerechtvaardigd.

We zien hier een praktisch effect dat heel goed te maken zou kunnen hebben met de brede uitleg die het Hof heeft gegeven aan de verbodsnorm. Het is moeilijk om te ontdekken wat voor soort maatregelen buiten de reikwijdte van de vrijheden blijven. Wanneer er maar enigszins een band is met een economische activiteit, kan dat er toe leiden dat de maatregel binnen de reikwijdte van de verbodsnorm valt. Tegelijkertijd valt juist in de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak het belang van bewijs en concreet procederen op. Tegen die achtergrond krijg ik de indruk dat de Nederlandse rechter sneller dan het Hof van Justitie geneigd lijkt te zijn om belemmeringen niet aan te nemen.

Wat de duiding van het karakter van een belemmering betreft, kiest de Nederlandse rechter in veel gevallen misschien wel voor de makkelijkste weg. Vastgesteld wordt enkel dat er 'een beperking' is, zonder dat concreet, en expliciet althans, wordt getoetst of er sprake is van (indirecte) discriminatie op grond van nationaliteit of herkomst. Soms ligt dit aan partijen: de beperking is niet in geding, en het karakter van de beperking dus kennelijk ook niet. De vraag is of de nationale rechter dan zelfstandig nog verdergaand onderzoek zou moeten doen. Een minimaal onderzoek naar de aanwezigheid van directe of indirecte discriminatie acht ik wenselijk. Mede gezien de eventuele gevolgen hieraan verbonden voor de rechtvaardiging van de maatregel. Het is opvallend dat indirecte discriminatie zelden expliciet wordt getoetst. Daar lijkt het Hof van Justitie eerder toe geneigd te zijn, al laat het Hof dit in de prejudiciële praktijk nu juist vaak als feitelijke beoordeling en eindbeslissing aan de nationale rechter. Als dat in de nationale praktijk vervolgens nauwelijks wordt

aangenomen, dan is het de vraag of er wel sprake is van een stelsel van effectieve rechtsbescherming. Hier treedt opnieuw het grote praktische belang van procesrecht en bewijsmaatstaf naar voren.

Tweede lijn die aan de orde kwam in deze paragraaf, betrof de effecten van rechterlijke harmonisatie in relatie tot de autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. De verdere uitbouw en verfijning van de jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft er aan bijgedragen dat op bepaalde rechtsgebieden langzamerhand zeer specifieke Europese jurisprudentie is ontwikkeld. De toepassing van de vrijheden drijft in dit soort gevallen af van de doctrinaire toetsingssystematiek. Het gaat niet langer om de concrete vraag of er sprake is van een beperking die eventueel uit oogpunt van publiek belang te rechtvaardigen is, maar de crux komt te liggen bij de concrete kwalificaties als gebruikelijk, beschikbaar, intramuraal, dan wel extramuraal, etc. Pas als aan bepaalde condities is voldaan, is er sprake van een belemmering van de vrijheden. In de paragraaf valt terug te zien dat de rechter maar net weet moet hebben van de criteria die in de recentste jurisprudentie een rol spelen en het recht lijkt daardoor moeilijker hanteerbaar te worden, de relatie met een wettelijk houvast vervaagt steeds verder. Dit roept de vraag op hoe het mogelijk is om de rechterlijke rechtsvorming terug te draaien. Om het spoor terug te volgen naar de ‘logische’ toetsingssystematiek, is een stuk moeilijker dan er vanaf te raken. Verfijnde criteria garanderen, zoals duidelijk werd, niet automatisch dat rechters in vergelijkbare procedures tot vergelijkbare uitkomsten komen. Het afdrijven van de ‘logische’ toetsingssystematiek raakt aan het domein van zowel het Hof van Justitie als de nationale rechter maar ligt het niet veel meer op de weg van de (Europese) wetgever om op te treden? Procesdruk, zoals bij de grensoverschrijdende medische dienstverlening, vormt in dit geval een impliciet signaal van de rechter naar de wetgever en dat zou best explicieter mogen terugkomen in de Europeesrechtelijke rechtspraak van zowel de nationale rechter als het Hof van Justitie.

3.4 Rechterlijke weging van rechtvaardiging en evenredigheid

De ‘logische’ toetsingssystematiek volgende, belanden we nu aan bij de angel in de rechterlijke toetsing aan het vrijverkeerrecht: de rechtvaardiging van een belemmering uit oogpunt van publiek belang en de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Ook dit is een terrein waarin de autonomie van de nationale rechter in theorie en praktijk nadrukkelijk aan orde is. Wat valt in dat kader op in de onderzochte rechtspraak? Drie opvallende aspecten wil ik aan de

orde stellen.¹²⁹ In de eerste plaats bezien we de geneigdheid van de Nederlandse rechter om vast te houden aan het publieke belang. Dit roept diverse vragen op rond het karakter van de feitelijke autonomie van de nationale rechter. Vervolgens wordt ingegaan op diversiteit in toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Ten slotte staan we stil bij de rechterlijke aanpak wanneer tot de conclusie wordt gekomen dat van strijdigheid met één van de onderzochte vrijheden sprake is: hoe opereert de rechter in de praktijk van het ‘buiten toepassing’ laten?

Uitgangspunten van rechtvaardiging en evenredigheid

Het VWEU kent voor de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer vier gronden uit oogpunt waarvan een maatregel kan worden gerechtvaardigd: openbaar gezag, openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Deze zijn neergelegd in artikel 51 en 52 VWEU en nader uitgelegd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Daarnaast zijn in de jurisprudentie, in de woorden van het Hof van Justitie, ‘dwingende redenen van algemeen belang’ erkend. Dat zijn aanvullende gronden die een publiek belang borgen en een geaccepteerde rechtvaardiging voor de maatregel vormen. Deze gronden worden ook wel de *rule of reason* genoemd. Klassiek uitgangspunt is dat een maatregel met onderscheid alleen kan worden gerechtvaardigd door een expliciete rechtvaardigingsgrond uit het Verdrag. Anders gezegd, voor de acceptatie van *rule of reason* is het noodzakelijk dat de maatregel zonder onderscheid wordt toegepast.¹³⁰ In de literatuur is er op gewezen dat dit onderscheid in de jurisprudentie niet meer zo strikt wordt gehanteerd: in een aantal gevallen zijn ook maatregelen met onderscheid gerechtvaardigd door middel van een beroep op een ‘dwingende reden van algemeen belang’.¹³¹

Beide typen rechtvaardigingen moeten voldoen aan de eisen van het evenredigheidsbeginsel. Over het algemeen wordt aangenomen dat de toetsing

¹²⁹ Delen van deze paragraaf borduren voort op mijn bijdrage aan de conferentie ‘Proportionality: Rethinking A Classic of European Law’, gehouden te Amsterdam op 4 april 2008, gepubliceerd als ‘Proportionality in Decentralized Action; the Dutch Court Experience in Free Movement of Services and Freedom of Establishment Cases’ in: *Legal Issues of Economic Integration* 35 2008, p. 217-230.

¹³⁰ Vgl. zaak C-55/94, *Gebhard*, r.o. 37: ‘Het is evenwel vaste rechtspraak van het Hof, dat nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel’ (cursivering HVH).

¹³¹ Vgl. bijvoorbeeld Timmermans 2006, p. 472, Eijsbouts e.a. 2010, p. 101-102, Oliver en Roth 2000.

aan het evenredigheidsbeginsel, of proportionaliteitsbeginsel, in het kader van het vrijverkeerrecht bestaat uit drie elementen. Verwezen zij naar de literatuur op dit punt.¹³² Kort gezegd, gaat het in de eerste plaats om de geschiktheid van de maatregel om het gestelde doel te bereiken. Dit is een vrij abstracte test: kan met de overheidsmaatregel het gestelde publieke belang worden beschermd? Ten tweede moet de maatregel niet verder gaan dan wat nodig is voor het bereiken van dat doel (de noodzakelijkheidstest). Hier gaat het om de vraag of er niet een minder ingrijpend alternatief voor handen is, of er geen andere manier is om recht te doen aan zowel de vrijheid van verkeer en vestiging, alsmede aan het beschermen van het publieke doel. Dit is een concretere test en hier speelt, door de rol van het alternatief, bewijs, een wezenlijke rol.

Ten derde vormt de evenredigheid *sensu stricto* een element van de evenredigheidstoetsing. Hier komt de werkelijke belangenafweging aan de orde: welke hoogte van het nagestreefde beschermingsniveau moet in het concrete geval worden aanvaard. Er zijn maar weinig uitspraken van het Hof van Justitie waarin dit derde element expliciet een rol speelt.¹³³ Met dit element is het Hof van Justitie gewoonlijk zeer voorzichtig en terughoudend. Het raakt de rechtspolitieke keuze van de nationale wetgever op terreinen waar het antwoord veel minder evident is dan bij de geschiktheids- en noodzakelijkheidstest. Daarbij, wanneer de lidstaat nog de bevoegdheid is gelaten om het beschermingsniveau van het publieke belang te waarborgen, zal het Hof van Justitie per definitie zeer terughoudend zijn in de toetsing aan dit element of zoals het Hof van Justitie in het arrest *Läärä* overweegt:

‘De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen.’ (r.o. 36)

Daaruit volgt dus dat verschillen in het beschermingsniveau van het publieke belang tussen de lidstaten moeten worden geaccepteerd. En daarmee dat de rechtsbescherming niet per definitie uniform is op terreinen waarop een lidstaat

¹³² Zie bijvoorbeeld Jans e.a. 2007, p. 142-163, Eijsbouts e.a. 2010, p. 108-111, T. Tridimas, *The general principles of EU law*, Oxford: Oxford University Press 2006, hoofdstukken 3,4 en 5, J.H. Jans, ‘Evenredigheid Revisited’ in: *SEW* 2000, p. 270-281, E. Ellis (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing 1999, A.J.C. de Moor-Van Vugt, *Maten en gewichten: het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, G. de Búrca, ‘The Principle of Proportionality and its Application in EC Law’, in: *Yearbook of European Law* 13, Oxford: Oxford University Press 1994, J.H. Jans, ‘Evenredigheid: ja, maar waartussen?’ in: *SEW* 10 1992, p. 751-770.

¹³³ Jans e.a. 2007, p. 159.

reguleringsbevoegdheid toekomt. Dit gegeven verklaart ook dat Prechal terecht opmerkt:

‘Divergent interpretation and application of a Community rule may appear to be inherent to the Community legal system. This may happen, for instance, at the stage of the appreciation of the requirement of necessity and proportionality in a free movement case.’¹³⁴

Houden we dit gegeven in het licht van het feit dat verschillende auteurs in de literatuur de variëteit in toetsingsintensiteit door het Hof van Justitie op het punt van het evenredigheidsbeginsel in vrijverkeerszaken (soms is het Hof opmerkelijk terughoudend, andere keren hanteert het Hof een intense toetsing),¹³⁵ dan dringt de vraag op wat in dit verband van de nationale rechter verwacht moet worden.

Jans e.a. 2007 nemen aan dat het in de regel op de weg van de nationale rechter ligt om de geschiktheid en de noodzakelijkheid van de maatregel te beoordelen, al dan niet in combinatie met prejudiciële voorlichting door het Hof van Justitie.¹³⁶ De nationale rechter is het beste uitgerust om de feiten en consequenties en betekenis van de nationale maatregel in de nationale context te beoordelen. Voor de beoordeling van de evenredigheid *sensu stricto* van een maatregel stellen Jans e.a. 2007 een andere benadering voor: naast de grote terughoudendheid die de rechter hier past, ligt het voor de hand om een dergelijke beoordeling over te laten aan het Hof van Justitie:

‘After all, such a balancing of interests implies that it is necessary to decide what level of protection should apply within the Community. That is a decision that should preferably not be left to a random national court.’¹³⁷

Het is de vraag of dat een werkbare benadering is. Het Hof van Justitie is immers, tot op heden, zeer terughoudend in de beoordeling van de evenredigheid *sensu stricto* van een nationale overheidsmaatregel. Of verwijzing naar het Hof van Justitie in die gevallen de oplossing is, is tegen die achtergrond maar zeer de vraag. Feit blijft wel dat de nationale rechter een zekere

¹³⁴ Prechal 2006, p. 438.

¹³⁵ Zie bijvoorbeeld Tridimas 2006, hoofdstuk 5, Jans 2000, F.G. Jacobs, ‘Recent Developments in the Principle of Proportionality in EC Law’, W. van Gerven, ‘The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Law’ en T. Tridimas, ‘Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny’ in: Ellis 1999, p. 1-21, p. 37-63, p. 65-84, De Búrca 1994 en Jans 1992.

¹³⁶ Jans e.a. 2007, p. 162-163.

¹³⁷ Jans e.a. 2007, p. 163.

evenredigheidstoetsing moet uitvoeren in de gevallen waarin de rechter geconfronteerd is met een vrijverkeerbelemmerende maatregel.

Uiteindelijk ligt in de toetsing aan deze elementen besloten of een nationale maatregel buiten toepassing moet worden gelaten wegens strijd met de fundamentele vrijheden. Dit is bij uitstek een terrein waarop de nationale rechter feitelijk autonoom opereert. Anders gezegd, hier ontstaat een frontale confrontatie met het verschijnsel van autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. In de prejudiciële procespraktijk van het Hof van Justitie laat het Hof in het bijzonder op het terrein van het evenredigheidsbeginsel de eindbeslissing veelal aan de nationale rechter. Daarmee is feitelijk van een monopolie op de rechtsvorming van het Europees recht door het Hof van Justitie geen sprake meer. De uiteindelijke interpretatie van het recht geschiedt door de nationale rechter.

Elementen van nationale rechterlijke autonomie in de sfeer van beslissing en beoordeling zijn hier evident aan de orde en ook de elementen in de sfeer van de informatie en transparantie spelen een belangrijke rol. De nationale rechter heeft als eind- en hoofdverantwoordelijke voor de beslechting van het geschil op dit terrein tenslotte een ingrijpende bevoegdheid met een grote verantwoordelijkheid: de rechter kan tot het oordeel komen dat een nationale overheidsmaatregel (of dat nu een besluit, een overheidspraktijk of bijvoorbeeld een wet in materiële of formele zin is) in strijd komt met de vrijheden, zodat als gevolg daarvan de maatregel ‘buiten toepassing’ moet worden gelaten. Daarmee is elke Nederlandse rechter in potentie inderdaad een constitutionele rechter geworden.¹³⁸

Aan de hand van de feiten en omstandigheden en het aangedragen bewijs moet worden beoordeeld of een belemmering van het vrijedienstenverkeer en/of de vestigingsvrijheid gerechtvaardigd is uit oogpunt van publiek belang. Inherent aan het karakter daarvan, en dan in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel, blijft dit tot op zekere hoogte een sterk casusgebonden terrein. Tegelijkertijd is het tot op heden een moeilijk terrein; wat van de nationale rechter wordt gevraagd, is niet altijd even gemakkelijk af te leiden uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel.

Het is in dit verband typerend dat bijvoorbeeld zowel de Afdeling als de Hoge Raad in 2008 rond de toelaatbaarheid van aanbieders van kansspelen zonder Nederlandse

¹³⁸ Dit verklaart ook het moeilijke karakter van de evenredigheidstoetsing: deze raakt aan de verdeling van bevoegdheden, niet alleen tussen Hof van Justitie en nationale rechter, maar ook tussen rechter en nationale wetgever en bestuur: welke balans moet worden nagestreefd?

vergunning op de Nederlandse markt specifiek voorlichting van het Hof van Justitie vragen over de manier waarop het evenredigheidsbeginsel doorwerkt in de toetsing aan de relevante vrijheden.¹³⁹

Publiek belang wordt altijd serieus genomen

In de onderzochte rechtspraak bestaat een zekere geneigdheid van de Nederlandse rechter om vast te houden aan de nationaalrechtelijke context. Het publieke belang van een overheidsmaatregel wordt in veel gevallen welhaast vanzelfsprekend aanwezig geacht en als een valide rechtvaardiging van een eventuele belemmering op de vrijheden gezien. Dat is terug te zien in de onderzochte rechtspraak op verschillende manieren.

In de eerste plaats zijn er gevallen waarin de rechter zich geheel verenigt met de verdediger van de overheidsmaatregel, zonder dat zichtbaar enige toetsing plaatsvindt. Een sprekend voorbeeld biedt in dit verband een uitspraak van de rechtbank Rotterdam over de weigering van De Nederlandsche Bank N.V. om aan Nike European Operations Netherlands BV (hierna: NEON) een ontheffing te verlenen van de verplichting als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Pensioen en spaarfondsenwet. Dit artikel houdt een verplichting in ten aanzien van de pensioentoezegging van NEON aan haar werknemer. Volgens NEON is het niet verlenen van ontheffing een belemmering van het vrije verkeer van werknemers, van diensten en van kapitaal. Naar het oordeel van NEON bestaat er geen dwingende reden van algemeen belang die een beperking van het vrije verkeer rechtvaardigt, zodat in dit verband sprake is van strijd met het EG-recht. De rechtbank verwerpt die stelling door zich compleet te verenigen met het oordeel van De Nederlandsche Bank:

‘Voorts heeft verweerster op goede gronden gesteld dat het bestreden besluit geen strijdigheid met Europese gemeenschapsrecht oplevert, waaronder Verordening 1408/71. *De rechtbank verenigt zich geheel met hetgeen verweerster terzake gesteld heeft.* Daaraan voegt de rechtbank toe dat zij in haar uitspraak van 3 oktober 2006 reeds heeft overwogen dat ook de notificatieprocedure niet in strijd is met dat gemeenschapsrecht.’ (cursivering HVH)¹⁴⁰

¹³⁹ ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483, prejudiciële vraag 3. Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970, tweede prejudiciële vraag.

¹⁴⁰ Rechtbank Rotterdam, 25 februari 2008, LJN BC5697. In de uitspraak van 3 oktober 2006, waarnaar de rechtbank Rotterdam ter ondersteuning van het oordeel verwijst over de notificatie-eisen voor verzekeraars bij DNB, hanteert diezelfde rechtbank in wezen eenzelfde aanpak (LJN AZ0057). Dockwise beroept zich in deze zaak op het vrijewerknemersverkeer en het vrijedienstenverkeer. De rechtbank verwijst naar jurisprudentie van het Hof van Justitie en komt tot de conclusie: ‘De notificatie-procedure is eenvoudig van aard en komt naar het oordeel van de rechtbank niet in strijd met de artikelen 39 en 49 van het EG-Verdrag. Zij wijst er in dit verband in navolging van verweerster op dat de stellingen van Dockwise terzake de onredelijke solvabiliteitseisen waaraan genotificeerde verzekeraars zouden moeten voldoen niet opgaan.’

Het beroep van NEON wordt ongegrond verklaard. De vraag is of de rechter hier niet al te marginaal toetst aan de ingeroepen vrijheden. De rechtbank schrijft het beroep op de vrijheden weg in zijn uitspraak door zich geheel te verenigen met het bestuur en de nationaalrechtelijke gegeven context.

Een ander voorbeeld van hetzelfde type betreft een procedure bij de rechtbank Roermond. De rechter laat zich hier wel heel gemakkelijk leiden door het oordeel van de Officier van Justitie bij de beoordeling van een ontheffingsmogelijkheid in de Wet op de lijkbezorging. De Officier van Justitie heeft een verzoek tot ontheffing afgewezen. Het Crematorium Midden-Limburg (CML) beroept zich in bezwaar en beroep op het vrijegoederenverkeer en het vrijedienstenverkeer. De rechtbank merkt op dat verweerder, de Officier van Justitie, op deze bezwaargrond in het bestreden besluit niet is ingegaan, maar in de procedure voor een voorlopige voorziening ter zitting wel inhoudelijk op de gestelde strijdigheid is ingegaan. De rechtbank overweegt vervolgens:

‘Mede gelet op de omstandigheid dat CML door de gewraakte wetstoepassing wordt achtergesteld ten opzichte van Duitse begrafenisondernemers, kan de rechtbank zich in grote lijnen verenigen met de bedoelde reactie daarop van verweerders en acht zij die grief daarmee genoegzaam weerlegd.’¹⁴¹

Zonder dat voor de lezer van de uitspraak duidelijk wordt welke redenen ten grondslag liggen aan het standpunt van de Officier van Justitie, voegt de rechtbank zich in het oordeel van de Officier.¹⁴² Een minimale motivering had niet misstaan.

Als tweede manier waaruit valt af te leiden dat de Nederlandse rechter het nationale publieke belang over het algemeen serieus neemt, kan worden gewezen op het feit dat het onderscheid tussen Verdragsexcepties en dwingende redenen van algemeen belang in de onderzochte rechtspraak, opmerkelijk genoeg, nauwelijks nadrukkelijk voorkomt. Volgens het hierboven al genoemde klassieke onderscheid in het recht van de interne markt kunnen in beginsel alleen maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, gerechtvaardigd worden met een beroep op de *rule of reason*, ofwel een dwingende reden van algemeen belang. Maatregelen die met onderscheid van toepassing zijn, kunnen

¹⁴¹ Rechtbank Roermond, 23 november 2005, LJN AU7255, r.o. 8.1.

¹⁴² Zie ook bijvoorbeeld rechtbank Breda, 9 januari 2008, LJN BC2577, r.o. 4.1.4: ‘Een verschil in rechtsvormkeuze levert, in de woorden van de rechtbank ‘geen ontoelaatbare’ belemmering op, zodat ‘het gelijk met betrekking tot het antwoord op de eerste in geschil zijnde vraag derhalve [is] aan de inspecteur.’ Waaron er geen sprake is van belemmering die ontoelaatbaar is, blijft voor de lezer van de uitspraak onduidelijk.

alleen worden gerechtvaardigd door middel van een Verdragsexceptie. Uit de onderzochte rechtspraak komt een beeld naar voren dat deze beide vormen van rechtvaardiging in de Nederlandse praktijk over het algemeen als één categorie worden beschouwd. Dit is in uitgangspunt voordelig voor de verdediger van het publieke belang, want het maakt de catalogus van inroepbare rechtvaardigingsgronden aanzienlijk uitgebreider.

Er zijn nog wel voorbeelden waarin de rechter zowel nagaat of een rechtvaardigingsgrond uit het Verdrag mogelijk is en vervolgens of er dwingende redenen van algemeen belang zijn die een belemmering rechtvaardigen. De Afdeling meldt in zijn uitspraken over de aanvaardbaarheid van de Nederlandse Wet op de kansspelen tegen de achtergrond bijvoorbeeld keurig:

‘In voornoemde zaken en in het onderhavige geschil is geen beroep gedaan op de in het EG-Verdrag zelf gegeven excepties op het vrije verkeer, vervat in de artikelen 46, juncto 55 van het EG-Verdrag, maar op dwingende redenen van algemeen belang.’¹⁴³

Maar er zijn meer voorbeelden waarin alleen wordt uitgegaan van de rol van dwingende redenen van algemeen belang en ‘de rechtvaardigingsgronden’ als zodanig als één categorie worden aangemerkt. Een uitspraak van de rechtbank Haarlem biedt hier, uit vele, een voorbeeld:

‘Bij de beoordeling van deze klacht gaat de rechtbank er op voorhand van uit dat de aanslagen een beperking van het vrije verkeer vormen. Een dergelijke beperking is slechts toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken en mag ze niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.’¹⁴⁴

De rechter toetst hier grotendeels op basis van de samenvatting van het Hof van Justitie in het arrest *Gebhard*. Saillant detail is echter dat de voorwaarde dat de maatregel ‘zonder discriminatie van toepassing is’, in de aanpak verdwenen is. Van de *Gebhard*-aanpak, of een variatie daarop zoals hierboven, zijn, zoals we overigens ook al eerder in dit hoofdstuk zagen, betrekkelijk veel voorbeelden te vinden in de onderzochte uitspraken. Op zichzelf is met een dergelijke aanpak

¹⁴³ ABRvS, 14 maart 2007, LJN BA0670. Eenzelfde aanpak is terug te zien in ABRvS, 18 juli 2007, LJN BA9831. Zie ook bijvoorbeeld rechtbank Arnhem, 2 februari 2007: ‘in casu geen sprake van een maatregel als bedoeld in artikel 46, eerste lid, van het EG-Verdrag. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is of artikel 1, vijfde lid, van de Wet BPM juncto artikel 3 van het Besluit rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang.’ Zie ook bijvoorbeeld rechtbank Arnhem, 21 februari 2006, LJN AV7737.

¹⁴⁴ Rechtbank Haarlem, 17 december 2007, LJN BC6535.

niets mis, doch de wat afgezwakte *Gebhard*-benadering versterkt de vervaging tussen Verdragsuitzonderingen en dwingende redenen van algemeen belang in de decentrale rechtsbescherming van het vrijverkeerrecht. De onderliggende vraag is uiteraard in hoeverre de nationale rechter met het klassieke onderscheid moet omgaan als ook het Hof van Justitie dit onderscheid in rechtvaardigingsgronden nuanceert. Welke lijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft dan het meeste gezag?

Een derde manier waarin we terugzien dat het nationale publieke belang serieus wordt genomen door de Nederlandse rechter, wordt gevormd door uitspraken waarin de rechter kennelijk rechtvaardigingsgronden voor de overheidsmaatregel aanvult. Een fiscale uitspraak van de rechtbank Haarlem biedt een voorbeeld. In de zaak gaat het om het belemmerende karakter voor een belanghebbende door het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid met een in Duitsland gevestigde dochtermaatschappij. De rechtbank volgt de inspecteur niet in zijn oordeel dat de belemmering een gevolg is van een dispariteit van belastingstelsels, omdat ‘de belemmering niet wordt opgeheven als de Duitse wettelijke regeling op dit punt gelijk zou zijn aan de Nederlandse.’¹⁴⁵ Vervolgens concludeert de rechter dat de geconstateerde belemmering op de vestigingsvrijheid echter gerechtvaardigd is:

‘4.3. De rechtbank acht de hiervoor omschreven beperking gerechtvaardigd en zoekt voor dit oordeel aansluiting bij het eerder genoemde arrest van het HvJ EG in de zaak *Marks & Spencer II*, waarin is beslist dat de Britse regeling inzake group relief bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet in strijd is met de doelstellingen van het EG-verdrag en een geschikte maatregel is om evenbedoelde doelstellingen te verwezenlijken (vgl. de overwegingen 43 tot en met 51 van het arrest in de zaak *Marks & Spencer II*). Daar doet niet aan af dat het Nederlandse belastingstelsel regels kent (o.a. artikel 13c Wet Vpb) die dubbele verliesverrekening en belastingontwijking kunnen voorkomen. [...]’

Uit de uitspraak blijkt niet duidelijk dat de inspecteur deze rechtvaardiging heeft aangevoerd.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Rechtbank Haarlem, 17 januari 2008, LJN BC3724, r.o. 4.3.

¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld ook rechtbank, 20 juni 2006, LJN AY1707, over de verenigbaarheid van de verlengde navorderingstermijn van 12 jaar voor buitenlandse spaartegoeden met het dienstenverkeer en de vestigingsvrijheid. De rechtbank zoekt eerst aansluiting bij de wetsgeschiedenis voor de rechtvaardiging van een verruimde navorderingstermijn voor buitenlandse bestanddelen van vermogen of inkomen, om daarna te constateren dat er van een belemmering van het vrije diensten- of kapitaalverkeer sprake is, waarna de rechtbank – kennelijk – zelfstandig tot het oordeel komt dat er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang: ‘36. Een regeling die de in de artikelen 49 en 56 EG-Verdrag neergelegde vrijheden kan belemmeren, kan toelaatbaar zijn in verband met de doeltreffendheid van de fiscale controles. Daarbij moet een regeling geschikt zijn om dat doel te verwezenlijken, en mag hij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat

Eenzelfde aanpak lijkt terug te komen in de verwijzingsuitspraak van de Afdeling in de zaak *Betfair* wat de afwijzing van de vergunningaanvragen van Betfair betreft voor het organiseren van sportprijsvragen en voor een totalisator inzake de uitslag van harddraverijen en paardenrennen.¹⁴⁷ De minister heeft de aanvragen afgewezen, omdat in Nederland op grond van de Wet op de kansspelen voor deze activiteiten een éénvergunningstelsel bestaat en de vergunningen al zijn verleend. De minister, De Lotto en SGR benadrukken in de procedure de beoordelingsvrijheid die lidstaten hebben ten aanzien van het reguleren van kansspelen onder verwijzing naar de arresten *Läärä* en *Placanica*.¹⁴⁸ Zelf overweegt de Afdeling:

‘2.15.3 De Afdeling leidt uit overweging 39 van het arrest *Läärä* af dat de toekenning van een exclusief exploitatierecht aan de vergunninghoudende onderneming een keuze is die binnen de beoordelingsvrijheid van de lidstaten valt, met dien verstande dat deze keuze niet onevenredig mag zijn met het beoogde doel.

2.15.4. Vastgesteld dient vervolgens te worden of voor de aan de orde zijnde beperkingen in de vorm van een éénvergunningstelsel, een in de jurisprudentie aanvaarde rechtvaardigingsgrond aanwezig is, en zo dat het geval is, of sprake is van een maatregel die geen onderscheid maakt naar nationaliteit. Vervolgens dient te worden gezien of deze beperkingen geschikt en proportioneel zijn.

2.15.5. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraken van 14 maart 2007 in zaak nr. 200600283/1 en van 18 juli 2007 in zaak nr 200607881/1 kunnen het reguleren en beheersen van kansspelen, met als doel het beschermen van de consument, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit en het tegengaan van gokverslaving, worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de jurisprudentie van het Hof van Justitie in de arresten *Gambelli* en *Placanica*.¹⁴⁹

Het lijkt er op alsof de Afdeling in rechtsoverweging 2.15.5 hier ‘zelfstandig’ herinnert aan de aanwezige, eerder geaccepteerde, rechtvaardigingsgronden mede aan de hand van eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie en de Afdeling zelf.¹⁵⁰ Ongetwijfeld zullen in dit laatste geval de mogelijke publieke belangen als rechtvaardigingsgronden namens de minister van Justitie zijn

doel.’ Ook in rechtbank Arnhem 7 juli 2006, LJN AY6200 lijken de rechtvaardigingsgronden zelfstandig te worden aangevuld aan de hand van het arrest C-446/03, *Marks & Spencer II*.

Eenzelfde aanpak wordt gehanteerd door Gerechtshof Arnhem, 29 augustus 2006, LJN AY8154 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11 augustus 2006, LJN AZ8215.

¹⁴⁷ ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483.

¹⁴⁸ Zaak C-124/97, *Läärä* en gev. zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica*.

¹⁴⁹ ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483.

¹⁵⁰ In de uitspraak van 14 mei 2007 wordt overigens alleen gebruik gemaakt van de jurisprudentie van het Hof van Justitie om dwingende redenen van algemeen belang aan te nemen. Zie ABRvS, 14 maart 2007, LJN BA0670.

ingediend, maar de uitspraak suggereert in zijn bewoordingen althans dat de *rechter* hier het onderzoek verricht ten aanzien van de acceptatie van belangen als dwingende reden van algemeen belang. De uitspraken zetten ons op het spoor van de volgende vraag. Naar nationaal bestuursrecht is het, zoals ook eerder in het hoofdstuk naar voren kwam, normaal dat de rechter de rechtsgronden ambtshalve aanvult. Maar gaat deze verplichting steeds zover om het bestuursorgaan te hulp te schieten met het aanvullen van de aangevoerde dwingende redenen van algemeen belang uit oogpunt waarvan een belemmering op de vrijheden gerechtvaardigd kan worden?

Overigens zijn er ook wel voorbeelden te vinden waarin de Nederlandse rechter zwaarder gewicht toekent aan de verkeersvrijheden dan aan de rechtvaardiging van de overheidsmaatregel, maar zijn deze veel zeldzamer. Een voorbeeld vinden we in een geschil over de vrijstellingsvergunning BPM voor een buitenlandse auto bij de rechtbank Arnhem. In dit geval gaat de Belastinginspecteur ervan uit dat er geen sprake is van een belemmering. Rechtvaardigingsgronden heeft verweerder niet genoemd. De rechtbank overweegt:

‘Op grond van vaste jurisprudentie van het HvJ (zie onder andere het arrest van 15 september 2005, zaak C-464/02, Commissie/Denemarken, en Marks & Spencer) kan uitsluitend de derving van belastinginkomsten niet worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel in strijd is met een fundamentele vrijheid. Ook een algemeen vermoeden van belastingontwijking of fraude kan geen rechtvaardiging vormen voor een fiscale maatregel die de uitoefening van een bij het verdrag beschermde fundamentele vrijheid beperkt. Deze rechtvaardigingsgronden kunnen alleen slagen indien zich daarnaast nog andere rechtvaardigingsgronden voordoen.

Nu gesteld noch gebleken is dat er in dit geval sprake is van extra rechtvaardigingsgronden, maken de aan de vrijstellingsvergunning van eiser gestelde voorwaarden inbreuk op het vrij verkeer van diensten, zonder dat deze wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

Aan beantwoording van de vraag of de maatregel in strijd is met het evenredigheidsbeginsel komt de rechtbank dan niet meer toe.¹⁵¹

De bovenstaande voorbeelden roepen interessante vragen op over de autonome rol van de nationale rechter in de toetsing aan de vrijheden. Natuurlijk werkt hier het nationaalprocesrechtelijke kader in door, en ook het belang om de juiste toetsingsmaatstaf te hanteren bij het type maatregel dat met een beroep op de vrijheden wordt aangevochten. De voorbeelden waarin kennelijk of

¹⁵¹ Rechtbank Arnhem, 21 februari 2006, LJN AV7737.

daadwerkelijk de rechtvaardigingsgronden door de rechter worden aangevuld, vallen te verklaren uit enerzijds het nationaal procesrechtelijke kader en anderzijds een zekere terughoudendheid die de rechter aanneemt bij het buiten toepassing verklaren van nationale maatregelen wegens strijd met de Europeesrechtelijke vrijheden. Met deze aanpak plaatst de rechter zich wel voor een lastig takenpakket in de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel: want wat voor gevolgen heeft dit voor de bewijslast in zo'n geval? Is de publieke redelijkheid van de maatregel een gegeven of het uitgangspunt van een vrij dienstenverkeer?

Hoewel de Nederlandse rechters over het algemeen de benadering volgen dat het aan het bestuur of de wetgever is om de evenredigheid van de maatregel aan te tonen uit oogpunt van het publieke belang, wordt die aanpak niet in alle gevallen gevolgd.¹⁵²

Bovenstaande uitspraken roepen eveneens de vraag op naar de status van de rechtvaardigingsgronden van belemmeringen. Hebben deze een 'openbare orde'-karakter, waarbij de rechter uit oogpunt van een goede procesorde *verplicht* is de na te gaan welke publieke belangen ten grondslag liggen aan de overheidsmaatregel? Anders gezegd, moet de rechter hier zelf het onderzoek verrichten of is het aan de partij die de overheidsmaatregel verdedigt, om de publieke belangen die als rechtvaardiging dienen, aan te voeren? Hoe kritisch moet de rechter in zo'n geval opereren? Als de rechter voor de eerste benadering kiest (rechter vult rechtvaardigingsgronden aan), staat diegene die zich op de Europese vrijheid beroept, per definitie op een achterstand. Kiest de rechter voor de tweede benadering (overlaten aan partijen), dan bestaat het risico dat overheidsmaatregelen door mogelijk onzorgvuldige verdediging in bepaalde gevallen al buiten toepassing worden gelaten wegens strijd met Europees recht, zonder dat daarvoor een werkelijke noodzaak bestaat. En hoe moet de rechter dan opereren in zogenaamde diagonale verhoudingen: een vergunninghouder die civielrechtelijk procedeert tegen een aanbieder van diensten zonder vergunning die actief is op de Nederlandse markt?¹⁵³ De voorbeelden illustreren dat het bepaald niet eenvoudig is om op dit punt in de schoenen van de nationale rechter met Europeesrechtelijke opdracht te staan. Het Hof van Justitie schenkt op dit punt ook niet altijd even klare wijn.

¹⁵² Bijvoorbeeld: Gerechtshof Arnhem, 4 april 2000, LJN AA5968, V.zr. rechtbank Utrecht, 31 juli 2003, LJN AI0977; Rechtbank Arnhem, 30 maart 2007, LJN BA2869.

¹⁵³ Een voorbeeld biedt in dit verband de procedures tussen Lotto en Ladbrokes waarin een vergunninghouder procedeert tegen een aanbieder van kansspelen, zie Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970.

Ten slotte bieden de uitspraken aanleiding om in te gaan op de vraag *wie* de catalogus van dwingende redenen van algemeen belang nu eigenlijk samenstelt. Moeten dwingende redenen van algemeen belang als *rule of reason*-rechtvaardiging van een belemmerende maatregel eerst in de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn aanvaard voordat er eigenlijk gebruik van kan worden gemaakt? Ik zou menen dat dit een te beperkte taakopvatting van de nationale rechter is. Uiteindelijk kan het Hof van Justitie weliswaar voor de breedte van de Unie bepalen of een belang moet worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang, maar hier berust in mijn optiek ook een taak, mogelijkheid en verantwoordelijkheid van de nationale rechter om tot een zelfstandige weging van het belang te komen en te beoordelen of het belang als zodanig kan worden aangemerkt als dwingende reden van algemeen belang.

Grote variëteit in toetsing aan het evenredigheidsbeginsel

Met de voorgaande aspecten zijn we nog niet concreet aanbeland bij de wezenlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Want zoals bij de uitgangspunten in deze paragraaf al aan de orde kwam, volgens de ‘logische’ toetsingssystematiek dient elke rechtvaardiging van een belemmering op de vrijheden uit oogpunt van publiek belang te voldoen aan de eisen van het evenredigheidsbeginsel.

Met betrekking tot de omgang van de Nederlandse rechter met het Europese evenredigheidsbeginsel is in algemene zin de grote variëteit in toetsing opvallend. Dat is tot op zekere hoogte inherent aan het casusgebonden karakter van de evenredigheidstoetsing. Variatie is nu eenmaal een gegeven dat inherent is aan het bestaan van verschillende rechterlijke colleges en specifieke omstandigheden van ieder proces.¹⁵⁴

Wat de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel betreft, moet gerealiseerd worden dat hier in het bijzonder de feiten en omstandigheden en het aangevoerde bewijs doorslaggevend zijn voor de uitkomst en het rechterlijk oordeel. Tegelijkertijd staat vast dat er toch wel een zekere minimale toetsing aan het evenredigheidsbeginsel vereist is in het geval van een belemmerende overheidsmaatregel die verdedigd wordt met een beroep op een algemeen belang. Het Hof van Justitie laat op dit terrein, in de prejudiciële procesvoering, in veel gevallen de eindbeslissing en afweging aan de nationale rechter, maar ook in zijn jurisprudentie verschilt de aanpak al naar geval. Over het algemeen is

¹⁵⁴ Denk in dit verband bijvoorbeeld aan de woorden van Donner, eerder geciteerd in hoofdstuk 2 op p. 43: ‘Eenheid van rechtspraak blijft, zolang er een veelheid van rechterlijke instanties is, nu eenmaal een betrekkelijke zaak’.

het terrein van het evenredigheidsbeginsel voor de nationale rechter bij uitstek een terrein van autonomie.

Voordat we enkele voorbeelden van evenredigheidstoetsing uit de onderzochte rechtspraak nader onder de loep nemen, moet gerealiseerd worden dat de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in vrijverkeerzaken veel gebruikelijker is in de prejudiciële praktijk van het Hof van Justitie dan in de Nederlandse rechtspraak. Dit is een realiteit in de praktijk die niet evident is als we ons alleen zouden concentreren op de Europeesrechtelijke rechtspraak bij het Hof van Justitie. Oordelen over evenredigheid is een eindfase in de toetsing aan de vrijheden. Als een zaak bij het Hof van Justitie belandt, zijn tegenwoordig over het algemeen verschillende hordes al genomen. In betrekkelijk veel zaken in de onderzochte rechtspraak komt de rechter niet toe aan evenredigheidstoetsing. Soms ligt dat aan de toetsing aan eerdere elementen in het vrijverkeerrecht. Als bijvoorbeeld het beroep op de vrijheid niet slaagt, er sprake is van een interne situatie of er naar het oordeel van de rechter geen sprake van een belemmering op de vrijheden bestaat.¹⁵⁵

Ook andere gronden kunnen er toe leiden dat de rechter niet toekomt aan een evenredigheidstoetsing. Een oordeel over de evenredigheid is voor de rechter dan kennelijk niet noodzakelijk voor de beslechting van het geschil. Een voorbeeld bieden bestuursrechtelijke geschillen waarin de rechter de zaak beslist aan de hand van het zorgvuldigheidsbeginsel of motiveringsbeginsel voordat een expliciete – of nadat een wel erg impliciete – evenredigheidstoets plaatsvindt.¹⁵⁶

Dit is een wat grijs terrein van nationale rechterlijke toetsing, omdat de Nederlandse rechter op deze manier een inhoudelijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel kan ontwijken. Jans heeft zo'n benadering terecht wel eens bekritiseerd.¹⁵⁷ Het gaat hier in de kern om het karakter van de rechtsbescherming door de rechter. Mag de rechter hier een materiële toetsing omzeilen? Het resultaat van deze aanpak is in ieder geval dat de overheid van de rechter nog een kans krijgt om te motiveren waarom een bepaalde maatregel uit oogpunt van het evenredigheidsbeginsel aanvaardbaar is.

¹⁵⁵ Verwezen zij naar de voorbeelden in de vorige paragrafen van dit hoofdstuk.

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld vnr. rechtbank Breda, 6 augustus 2007, LJN BB1476 (Champignonkwekerij), rechtbank 's-Gravenhage, 28 mei 2002, LJN AE2680, rechtbank Zwolle, 7 januari 2003, LJN AF2783, rechtbank 's-Gravenhage, zp. Rotterdam, 25 april 2003, LJN AK3455, rechtbank 's-Gravenhage, zp. Haarlem, 4 juli 2003, rechtbank 's-Gravenhage, zp. Amsterdam, 22 augustus 2003, LJN AL8316, rechtbank Maastricht, 17 juni 2004, LJN AP8790, Hoge Raad, 13 mei 2005, LJN AR1738.

¹⁵⁷ Zie J.H. Jans, *Doorgesloten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, oratie Groningen, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

Als we in algemene zin kijken naar de gevallen waar in mindere of meerdere mate een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaatsvindt, valt de diversiteit in toetsing op. Op zichzelf is dat geen nieuwe conclusie of nieuw beeld. Jarvis concludeert in zijn studie naar het vrijegoederenverkeer bij de nationale rechter in 1998: *‘application of the proportionality principle by the national courts is extremely erratic.’*¹⁵⁸

In de eerste plaats kan gedacht worden aan de gevallen waarin evenredigheidstoetsing in het geheel ontbreekt. Een voorbeeld biedt een fiscale uitspraak van de rechtbank Breda over de afboeking van een vervangingsreserve op de aanschafprijs van een Duitse deelneming, waarbij een partij zich heeft beroepen op de vestigingsvrijheid en het vrijekapitaalverkeer.¹⁵⁹ De rechtbank overweegt:

‘Dit verschil in behandeling vloeit voort uit de rechtsvormkeuze en is als zodanig *geen ontoelaatbare belemmering* om te kiezen voor een (buitenlandse) deelneming dan wel een vaste inrichting. In zoverre is er dan ook geen strijd met de vrijheid van vestiging ex artikel 43 van het EG verdrag, dan wel de vrijheid van verkeer van kapitaal ex artikel 56 van het EG verdrag en is er geen aanleiding om ter zake prejudiciële vragen te stellen.

Het gelijk met betrekking tot het antwoord op de eerste in geschil zijnde vraag is derhalve aan de inspecteur.’ (r.o. 4.1.3 en 4.1.4, cursivering HVH)

De taal van de rechtbank suggereert dat er in ieder geval geen sprake is van een *ontoelaatbare* belemmering, maar de redenen waarom de belemmering niet ontoelaatbaar is, blijven in de uitspraak enkel verbonden aan de rechtsvormkeuze, niet aan een evenredige afweging van de borging van een publiek belang. Met andere woorden de belemmering is simpelweg ‘geen ontoelaatbare’ belemmering; het waarom blijft mysterieus. Een omgekeerd geval zien we in een uitspraak van de rechtbank Arnhem over een naheffingsaanslag BPM. Hier komt de rechtbank niet meer toe aan het evenredigheidsbeginsel, omdat de Inspecteur onvoldoende rechtvaardiging van de heffing in het concrete geval heeft aangetoond.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Jarvis 1998, p. 293.

¹⁵⁹ Rechtbank Breda, 9 januari 2008, LJN BC2577. Zie ook bijvoorbeeld Hoge Raad, 16 november 2001, NJ 2002/469, v.zr. rechtbank Arnhem, 27 januari 2003, LJN AF3374 (De Lotto v. Ladbroskes).

¹⁶⁰ Rechtbank Arnhem, 2 februari 2007, LJN AZ8017: ‘Gelet op vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat er in casu redenen van algemeen belang zijn die toepassing van artikel 1, vijfde lid, van de Wet BPM juncto artikel 3 van het Besluit kunnen rechtvaardigen. Ten aanzien van c. Evenredigheidsbeginsel. De vraag of het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen hoeft gelet op het vorenstaande niet te worden beantwoord.’ In dit geval hanteert de rechtbank een criterium uit een concrete uitspraak van

Aan de andere kant van het spectrum zijn er eveneens voorbeelden voorhanden. De Nederlandse rechter hanteert dan juist een uitgebreide toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁶¹ In sommige van deze uitspraken is de evenredigheidstoetsing dermate uitvoerig dat de toetsing zich moeilijk laat samenvatten.¹⁶²

Toch is een expliciete toetsing aan de drie elementen: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *sensu stricto* een zeldzaamheid. Maar eerlijk gezegd kan een vergelijkbare conclusie worden getrokken wanneer we spreken over de rechtspraak van het Hof van Justitie. De toetsing aan de verschillende elementen is over het algemeen niet altijd even goed zichtbaar in de onderzochte uitspraken. De rechter legt regelmatig het zwaartepunt op het element dat naar zijn oordeel de crux vormt van de rechterlijke beoordeling aan het evenredigheidsbeginsel. De rechtspraak van eerstelijnsrechters over de Wet arbeid vreemdelingen bieden voorbeelden waarin de verschillende fasen niet expliciet terugkomen. Zo oordeelt de rechtbank Haarlem op 21 februari 2006:

‘Het stellen van de eis van een tewerkstellingsvergunning ex artikel 2 Wav voor tijdelijke grensoverschrijdende dienstverlening als hier aan de orde betekent – naar het oordeel van de economische politierechter – echter een niet-proportionele belemmering van het vrije verkeer van diensten in de zin van artikel 49 EG-verdrag en is in strijd met het communautaire recht, zoals vormgegeven in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG.

Dat ook de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid reeds in november 2004 wijziging van de eis van een tewerkstellingsvergunning in situaties als de onderhavige geboden achtte, blijkt uit de besluitvorming en advisering rond het (ontwerp-)besluit strekkende tot het vervangen van de tewerkstellingsvergunning door een notificatieplicht (handelingen Tweede Kamer der Staten Generaal, nr. 29407, nr. 20 t/m 27 en het advies van de Raad van State, bijvoegsel Staatscourant 13-12-2005, nr 242).¹⁶³

het Hof van Justitie (Van de Coevering) om het geschil te beslechten. Zie in vergelijkbare zin over een vergelijkbaar geval rond een naheffingsaanslag Wet BPM, zonder dat een vrijstelling conform artikel 3 Uitvoeringsbesluit was aangevraagd, rechtbank Breda, 10 april 2007, LJV BA7305. Er vindt geen evenredigheidstoetsing plaats; er is geen duurzaam gebruik zodat de heffing in het onderhavige geval in strijd is met het EG-Verdrag. Zie ook bijvoorbeeld: Gerechtshof Amsterdam, 1 februari 2006, LJV AV1218, Hoge Raad, 1 april 2005 in de zaken BNB 2005/224 c*, BNB 2005/225 c*, BNB 2005/226 c*.

¹⁶¹ Bijvoorbeeld rechtbank Haarlem, 21 februari 2006, LJV AV2197, rechtbank Breda, 14 april 2006, LJV AY6219, rechtbank Amsterdam 11 augustus 2006, LJV BB1347, ABRvS, 17 juli 2007, LJV BA9831 (Schindler).

¹⁶² Gerechtshof Arnhem, 17 oktober 2006, LJV AZ0222.

¹⁶³ Rechtbank Haarlem, 21 februari 2006, LJV AV2197. De rechtbank Breda gebruikt overigens letterlijk dezelfde bewoordingen voor een gelijkkluidend oordeel gewezen op 14 april 2006, LJV AY6219. Zie ook bijvoorbeeld: Rechtbank 's-Gravenhage, 29 januari 2008, LJV BD1614. Daar legt de rechtbank het zwaartepunt direct bij de noodzakelijkheidstest:

Wanneer er in de onderzochte rechtspraak een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaatsvindt, gebeurt dit over het algemeen tegen de achtergrond van concrete rechtspraak van het Hof van Justitie. Dat betekent overigens niet direct dat er dezelfde uitkomsten volgen. De Afdeling citeert in bijvoorbeeld de uitspraak *CFR* eerst uitvoerig rechtsoverwegingen 63 tot en met 67 uit het arrest *Gambelli* en zoals in het arrest *Placanica* is bevestigd.¹⁶⁴ Om vervolgens toch nog een nadere invulling van het toetsingskader met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel te geven:

‘Vastgesteld dient dus te worden of voor de in het onderhavige geschil aan de orde zijnde beperking een in de jurisprudentie aanvaarde rechtvaardigingsgrond aanwezig is, en zo dat het geval is, of sprake is van een maatregel die geen onderscheid maakt naar nationaliteit. Vervolgens dient te worden bezien of deze beperkingen geschikt en proportioneel zijn.

De enkele omstandigheid dat lidstaten voor verschillende stelsels van bescherming kiezen, kan daarbij niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen maatregelen. Ieder stelsel dient te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten van de betrokken lidstaat nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen, zo volgt uit de hierboven vermelde arresten van het Hof.

De geschiktheid en de proportionaliteit van de getroffen maatregelen dienen te worden bezien in het licht van maatschappelijke en feitelijke ontwikkelingen in de betrokken lidstaat ten tijde van het bestreden besluit, alsmede in het licht van ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof en met name de rechtspraak die betrekking heeft op de interpretatie van de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag in verband met kansspelen en vergelijkbare activiteiten.’

Waar de Afdeling in deze uitspraak over de verenigbaarheid van het casinomonopolie in Nederland tegen de achtergrond van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer de geschiktheidstoets en proportionaliteitstoets uit elkaar trekt,¹⁶⁵ worden deze elementen in de uitspraak met betrekking tot de vergunning voor een goeddoelenloterij van 18 juli 2007 samengevoegd:

‘Het systeem van notificatie legt voorts geen verdergaande beperkingen en voorwaarden op dan zijn vereist voor het bereiken van de doelstelling van verweerder’, zodat, ‘de notificatieplicht een gerechtvaardigde en evenredige controlemaatregel is’.

¹⁶⁴ ABRvS, 14 maart 2007, LJN BA0670.

¹⁶⁵ ABRvS, 14 maart 2007, LJN BA0670 (CFR). De Afdeling beslist: ‘2.6.2.7. Gelet op het vorenoverwogene is de Afdeling van oordeel dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de beperking, die artikel 27h, eerste lid, van de Wok vormt op de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, in het licht van de stand van de jurisprudentie van het Hof, niet gerechtvaardigd zou zijn. Hieruit volgt dat de Afdeling tot het oordeel komt dat artikel 27h, eerste lid, van de Wok niet onverbindend is.’

‘Dat het uitsluiten in 2005 van een enkele extra aanbieder, naast de in de periode 1988-1992 toegelaten nationale postcodeloterij, de bankgiroloterij en de sponsorloterij, alsmede de in de Wks geregelde kansspelen met een landelijk bereik, geschikt en proportioneel zou zijn om de greep op de markt niet te verliezen, is door de Minister niet aannemelijk gemaakt.’¹⁶⁶

In de latere *Betfair*-verwijzingsuitspraak oordeelt de Afdeling met betrekking tot de evenredigheid van een éénvergunningstelsel voor de organisatie van sportprijsvragen en het organiseren van een totalisator als volgt:

‘De lidstaten mogen kiezen voor een éénvergunningstelsel, mits deze keuze niet onevenredig is aan het beoogde doel. Geen grond bestaat voor het oordeel dat het éénvergunningstelsel voor kansspelen zoals neergelegd in de artikelen 16, eerste lid en 24 van de Wks geen geschikt en proportioneel middel is om de gestelde doelen te weten het beschermen van consumenten, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit alsmede het tegengaan van gokverslaving te bereiken. Naar het oordeel van de Afdeling is aannemelijk dat het toelaten van slechts één vergunninghouder niet alleen in hoge mate de controle op de vergunninghouder vereenvoudigt, zodat de controle op het naleven van de aan de vergunningen verbonden voorschriften effectiever zal kunnen zijn, maar ook voorkomt dat concurrentie tussen vergunninghouders ontstaat die mogelijk leidt tot uitbreiding van gokverslaving. Dat sprake is van onevenredigheid aan het beoogde doel is gesteld noch gebleken. *Betfair* heeft onvoldoende aangevoerd op grond waarvan de Afdeling tot een ander oordeel dient te komen.’¹⁶⁷

Maar de Afdeling stelt vervolgens wel een prejudiciële vraag met betrekking tot de vraag of de toekomstige verlenging van de vergunning van de bestaande vergunninghouder, zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen, mee te dingen naar de vergunning, wel een geschikt en proportioneel middel is.¹⁶⁸

Het kan niet worden ontkend dat de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel neerkomt op een casusspecifieke rechterlijke waardering van feiten en omstandigheden. En dat maakt dat de autonomie van de nationale rechter hier feitelijk een wezenlijke rol speelt. Dit is een terrein waarop tot op zekere hoogte een inherente vrijheid voor de nationale rechter bestaat. Als illustratie daarvan kan worden gewezen op een uitspraak van de rechtbank Haarlem in een fiscaal geval naar aanleiding van een boekjaarijziging en zetelverplaatsing naar het

¹⁶⁶ ABRvS 18 juli 2007, LJN BA9831, r.o. 2.5.6. De Afdeling oordeelt: ‘2.7 De conclusie uit hetgeen onder overweging 2.5.5 tot en met overweging 2.5.9 is overwogen luidt dat de Minister niet aannemelijk heeft gemaakt dat het door hem gevoerde kansspelenbeleid een geschikt en proportioneel middel is om de uit de weigering van de gevraagde vergunning voortvloeiende beperking van vrij verkeer van diensten te rechtvaardigen.’

¹⁶⁷ ABRvS 14 mei 2008, LJN BD1483, r.o. 2.15.7.

¹⁶⁸ ABRvS 14 mei 2008, LJN BD1483, r.o. 2.20.2. Dit leidde tot de zaak C-203/08, *Betfair* en einduitspraak ABRvS 23 maart 2011, LJN BP8768.

Verenigd Koninkrijk van een Nederlandse onderneming.¹⁶⁹ De Inspecteur vermoedt dat de onderneming *fraudem legis* heeft gehandeld. De rechtbank ziet de strijd tegen misbruik als dwingende reden van algemeen belang en oordeelt:

‘4.12. Een beperking van de vrijheid van vestiging kan door de strijd tegen misbruik worden gerechtvaardigd, wanneer zij specifiek tot doel heeft, gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.

4.13. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat met de boekjaarijziging naar het oordeel van de rechtbank een volstrekt kunstmatige constructie is opgezet die geen verband houdt met de economische realiteit en die is bedoeld om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd zou zijn over op het Nederlandse grondgebied verrichte activiteiten. Verweerder heeft de boekjaarijziging met toepassing van het leerstuk van de wetsontduiking genegeerd. Naar het oordeel van de rechtbank is deze maatregel geschikt om het bedoelde misbruik te voorkomen en voldoende specifiek, zodat zij niet verder gaat dat nodig. Het opleggen van de onderhavige aanslagen is daarom niet in strijd met artikel 43 EG. Ook in zoverre faalt het beroep.’

Soms maakt de Nederlandse rechter een onderscheid in de evenredigheid van het concrete geval en de evenredigheid van de maatregel als zodanig. In een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is er bijvoorbeeld in het *concrete* geval wel strijd met het evenredigheidsbeginsel, maar laat de rechter de rechtvaardiging van de maatregel in het midden:

‘4.14. Het Hof kan de vraag of de onder 4.12 geconstateerde beperking van de vrijheid van vestiging van een zodanige aard is dat deze kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang en, zo ja, of het onder 4.13 vermelde oogmerk, te weten te voorkomen dat ondernemers in meer dan één lidstaat gebruik maken van de aldaar geldende regeling voor kleine ondernemers, als een dergelijke kan worden aangemerkt, in het midden laten, nu het litigieuze vestigingsvereiste in ieder geval in omstandigheden als de onderhavige waarin de ondernemer uitsluitend in Nederland en niet tevens in enige andere lidstaat belastingplichtig is voor de BTW, over zijn doel heen schiet, zodat, naar redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is, niet kan worden gezegd dat dit vereiste - zonder dat daaraan de mogelijkheid is verbonden te bewijzen dat desalniettemin niet reeds in een andere lidstaat gebruik wordt gemaakt van een regeling voor kleine ondernemers- geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, dan wel niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie het arrest van het HvJ EG van 31 maart 1993, nr. C-19/92, inzake Kraus, Jurispr. 1993, blz. I-1663, punt 32).’¹⁷⁰

¹⁶⁹ Rechtbank Haarlem, 17 december 2007, LJN BC6535.

¹⁷⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11 augustus 2008, LJN AZ8215. Om feitelijke redenen achtte de Hoge Raad in een ander geval over dezelfde maatregel overigens een paar maanden eerder geen ‘ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van buitenlandse

Datzelfde Gerechtshof splitst in een andere uitspraak aan de hand van het arrest in de zaak *N* haar oordeel omtrent de evenredigheid op in een onevenredig en niet onevenredig deel van het betwiste Nederlandse systeem:

‘4.9 Niet onevenredig is in het door Nederland gehanteerde systeem de verplichting om bij vertrek een belastingaangifte in te dienen, welke noodzakelijk is voor de berekening van de bij vertrek van het aan de Lidstaat van herkomst toekomende deel van de belasting. Wel onevenredig zijn in dat het tot 2004 door Nederland gehanteerde systeem een verplichting tot zekerheidsstelling voor het uitstel van betaling en een veronachtzaming van de eventuele na het vertrek optredende waardeverminderingen (zie het arrest zaak *N*, punten 49 tot 55). Het systeem, waarbinnen de onderhavige aanslag is opgelegd, bevatte deze laatste onevenredige elementen, ten tijde van de oplegging en kan dus wat betreft deze onevenredige elementen zeker geen toepassing meer vinden.’¹⁷¹

Ten slotte kan worden gewezen op voorbeelden waarin een beoordeling van rechtvaardiging ‘ten overvloede’ is opgenomen, maar dan gemakshalve de evenredigheidstoets achterwege is gelaten of beperkt wordt uitgevoerd. Eerder in dit hoofdstuk zagen we bijvoorbeeld een uitspraak van het CBB over de tariefbeschikking van orthodontisten, vastgesteld door de Nederlandse zorgautoriteit.¹⁷² Het beroep op de vestigingsvrijheid of het vrijedienstenverkeer stond voor appellanten niet open, omdat er naar het oordeel van de Nederlandse zorgautoriteit en het CBB geen sprake was van een interstatelijk belang. Rechtsoverwegingen ten aanzien van de rechtvaardiging van een eventuele belemmering op de vrijheid van vestiging en/of de vrije dienstverlening zijn echter wel opgenomen. In deze ‘extra’ rechterlijke toelichting komt het evenredigheidsbeginsel vervolgens niet aan de orde:

‘5.2.4 Voor zover in weerwil van het vorenstaande niettemin sprake zou zijn van een inbreuk op de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten, overweegt het College dat appellanten ten onrechte menen dat de door verweerster gegeven motieven voor tariefregulering van louter economische aard zijn. Het betaalbaar en toegankelijk houden van de gezondheidszorg voor de consument vormt in de gegeven omstandigheden een deugdelijke basis voor een beperking van de economische vrijheid van de zorgaanbiedende orthodontisten. De vaste jurisprudentie van het College onder de Wet tarieven gezondheidszorg (Wtg) geeft hiervoor voldoende steun. Het College vindt geen aanleiding hierover thans onder de Wmg anders te denken. Ook uit de communautaire jurisprudentie ter zake blijkt

belastingplichtigen of discriminatie en onnodige belemmering van verkeer van diensten aanwezig.’ Hoge Raad, 7 januari 2005, LJN AR1498. Zie ook Centrale Raad van Beroep, 22 juli 2008, LJN BD8764 en LJN BD8765 voor een casusspecifieke uitleg, zonder gevolgen voor de achterliggende overheidsmaatregel als zodanig, maar wel met gevolgen voor het besluit in concreto.

¹⁷¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 november 2006, LJN AZ3910.

¹⁷² CBB, 18 december 2008, LJN BG7876.

inmiddels - naar verweerster terecht heeft gesteld - duidelijk dat het bij het toegankelijk en betaalbaar houden van de gezondheidszorg niet louter om economische overwegingen gaat en dat het argument dat financiering van de gezondheidszorg een verzekeringskwestie is, niet afdoet aan de verantwoordelijkheid die de (nationale) overheid op dit punt heeft.¹⁷³

Ook het Gerechtshof Amsterdam biedt in een zodanig ‘ten overvloede’-oordeel een zeer beknopte evenredigheidstoetsing in de proefprocedures over de verlengde navorderingstermijn in het fiscale recht voor buitenlandse bestanddelen van vermogen of inkomen. Het Gerechtshof sluit zich aan bij de memorie van toelichting van artikel 16, lid 4 AWR en oordeelt:

‘Zo al aangenomen wordt dat de verlenging van de navorderingstermijn meebrengt dat sprake is van een in beginsel verboden belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer en/of van de vrijheid van vestiging binnen de EG, dan wordt deze – naar redelijkerwijze niet voor twijfel vatbaar is – in een geval als het onderhavige voldoende gerechtvaardigd doordat die verlenging gericht is op de bestrijding van belastingontduiking waar doeltreffende fiscale controles ontbreken. Een en ander geldt temeer in een situatie als de onderhavige waarin gepoogd is vermogen en inkomen aan het zicht van de Nederlandse fiscus te onttrekken door gebruik te maken van het bankgeheim in een EG-lidstaat. Een verlenging tot twaalf jaar, aansluitend bij de in het fiscale strafrecht geldende vervolgingstermijn, is in dat licht niet disproportioneel te achten.’¹⁷⁴

Is het in deze gevallen wel verstandig dat de rechter deze ‘extra voorlichting’ verschafft? Wanneer ertoe wordt besloten om overwegingen over de maatregel tegen de achtergrond van de vrijheden op te nemen, past het de rechter om in dat

¹⁷³ CBB, 18 december 2008, LJN BG7876.

¹⁷⁴ Gerechtshof Amsterdam, 18 januari 2006, LJN AU9845, r.o. 5.13. In zelfde zin Gerechtshof Amsterdam, 18 januari 2006, LJN AU9848 en, over dezelfde maatregel, rechtbank Arnhem, 20 juni 2006, LJN AY1707 en Gerechtshof Arnhem, 29 augustus 2006, LJN AY8154. In vergelijkbare zin over de uitwerking van het systeem van de heffing van BPM kan worden gewezen op een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 17 mei 2006, LJN AZ2625. Daarin maakt het Gerechtshof duidelijk dat indien er al een belemmering zou zijn, ‘met de in geding zijnde wettelijke bepalingen het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen.’ Vgl. ook bijvoorbeeld rechtbank Rotterdam, 31 augustus 2007, LJN BB4596. In zelfde zin rechtbank Rotterdam, 31 augustus 2007, LJN BB4647. In deze procedures gaat het om de houdbaarheid van het tabaksreclameverbod in de Tabakswet in het licht van de vrijheden. Al is het vrij verkeer van diensten in het concrete geval niet van toepassing, toch komt het dienstenverkeer in het oordeel van de rechtbank om de hoek kijken bij de beoordeling van de rechtvaardiging voor het vrijgoederenverkeer: ‘De diverse verbodsbepalingen van de Tabakswet zijn onmiskenbaar opgenomen met het oogmerk de volksgezondheid te beschermen door de consumptie van tabaksproducten drastisch terug te dringen (zie onder meer TK 2000-2001, 26472, nr. 7, p. 8-9), terwijl de rechtbank niet vermag in te zien dat die verboden niet daadwerkelijk aan het bereiken of bevorderen van dat doel kunnen bijdragen of dat drastisch terugdringen van tabaksgebruik op een uit oogpunt van het vrije verkeer van goederen (en het vrije verkeer van diensten) minder ingrijpende wijze kan geschieden.’

geval dan ofwel enige terughoudendheid aan te nemen, dan wel tot een werkelijke toetsing over te gaan.

Strijdigheid... en dan?

Het laatste onderwerp dat ik in deze paragraaf nader aan de orde zou willen stellen, betreft in wezen een simpele vraag: wat gebeurt er bij strijdigheid van een nationale maatregel met de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer? De lijn van het Hof van Justitie is in dit verband klip en klaar: de nationale rechter moet immers, zoals in hoofdstuk 2 al duidelijk werd, ‘zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing’¹⁷⁵ laten. Het Hof van Justitie heeft deze lijn door de jaren heen bevestigd. In bijvoorbeeld september 2010 is in de zaak *Winner Wetten* duidelijk gemaakt dat wanneer de strijdigheid vaststaat, er geen overgangsregime voor de nationale maatregel hoort te bestaan.¹⁷⁶ Strijdigheid leidt tot het buiten toepassing laten. Dat is de boodschap.

Maar dat is de lijn van het Hof van Justitie. Wat gebeurt er nu in een dergelijk geval daadwerkelijk bij de Nederlandse rechter in de onderzochte rechtspraak? Voordat enkele voorbeelden de revue passeren, wil ik er op wijzen, dat ik aan de hand van de onderzochte rechtspraak de indruk heb gekregen dat de aanname van strijdigheid met de vrijheden betrekkelijk weinig expliciet voorkomt en in het bijzonder in de civiele en strafrechtelijke uitspraken uitzonderlijk is. In een belangrijk deel van de uitspraken wordt niet toegekomen aan deze vraag, omdat het beroep op de vrijheid eerder afketst op een element in de toetsingssystematiek of de maatregel geacht wordt, gerechtvaardigd te zijn. Toch is het boeiend om op dit specifieke onderwerp in te gaan, omdat het verhaal in de praktijk een stuk gelaagder lijkt dan de directief ‘buiten toepassing laten’.

Er is verschil te signaleren in wat er gebeurt wanneer de rechter tot het oordeel komt dat (mogelijk) van strijdigheid met de vrijheden sprake is. Met regelmaat laat de rechter het in een dergelijk geval niet zover komen dat enkel het ‘buiten toepassing laten’ plaatsvindt en soms krijgt het bestuur dan een nieuwe kans, die een private partij zelden toekomt.

In de eerste plaats zijn er, bestuursrechtelijke, gevallen waar de strijdigheid met de Europese vrijheid leidt tot vernietiging van een besluit wegens strijd met het motiveringsbeginsel of het zorgvuldigheidsbeginsel. Deze aanpak zien we bijvoorbeeld terug in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van

¹⁷⁵ Zaak 106/77, *Simmenthal II*, r.o. 24.

¹⁷⁶ Zaak C-409/06, *Winner Wetten*.

State in de zaak *Schindler*.¹⁷⁷ De minister heeft in deze zaak naar oordeel van de Afdeling

‘niet aannemelijk gemaakt dat het door hem gevoerde kansspelenbeleid een geschikt en proportioneel middel is om de uit de weigering van de gevraagde vergunning voortvloeiende beperking van vrij verkeer van diensten te rechtvaardigen. De beslissing op bezwaar van de Minister van 25 juli 2005, voor zover betrekking hebbend op de weigering van de vergunning, is in zoverre onvoldoende gemotiveerd.’

Het is niet aannemelijk gemaakt door de minister dat het gevoerde kansspelenbeleid voldoet aan de eisen van het Europeesrechtelijke evenredigheidsbeginsel, zodat aan het daaraan ten grondslag liggende besluit om geen vergunning voor het organiseren van een goededoelenloterij in Nederland te verlenen een motiveringsgebrek kleeft en er vernietiging van het besluit plaatsvindt wegens strijd met het motiveringsbeginsel.¹⁷⁸ De Afdeling tast daarmee het kennelijk onredelijke kansspelenbeleid uit oogpunt van het vrij verkeer van diensten niet aan, hoeft het niet buiten toepassing te laten, maar vernietigt het daarop gebaseerde besluit en draagt de minister op om met inachtneming van de uitspraak opnieuw op het bezwaar te beslissen. In dit geval wordt het bestuur de mogelijkheid geboden opnieuw te beslissen.

Soms gaat de rechter echter verder en geeft, voortvloeiend uit ‘eigen hoofde’ van de strijdigheid van de maatregel, het bestuur geen nieuwe kans. Een dergelijk voorbeeld vinden we in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam. Daarin verklaart de rechter de eis van tewerkstellingsvergunningen in strijd met artikel 56 VWEU en oordeelt dat artikel 2, eerste lid van de WAV onverbindend is ten aanzien van Poolse dienstverrichters. Hier is de grond voor vernietiging reeds gegeven door die strijdigheid:

‘De rechtbank zal het beroep van eiser gegrond verklaren en het bestreden besluit vernietigen wegens strijd met artikel 49 van het EG-Verdrag. In het licht van voormelde overwegingen, waaruit voortvloeit dat verweerder onbevoegd is een boete op te leggen in het onderhavige geval, zal verweerder niet worden opgedragen een nieuw besluit te nemen.’¹⁷⁹

Het resultaat is hetzelfde als bij de eerste variant: vernietiging van het besluit, maar de rechter komt er via een andere route. Hier is het niet een nationaalrechtelijk beginsel, maar de strijd met het vrijedienstenverkeer die als zodanig tot de vernietiging leidt.

¹⁷⁷ ABRvS, 18 juli 2007, LJN BA9831.

¹⁷⁸ Zie ook bijvoorbeeld rechtbank 's-Gravenhage, zp. Haarlem, 12 september 2007, LJN BC3344.

¹⁷⁹ Rechtbank Amsterdam, 11 augustus 2006, LJN BB1347.

Deze tweede variant valt in belastinguitspraken ook regelmatig terug te zien. In de einduitspraak in de *N-zaak* oordeelt het Gerechtshof Arnhem bijvoorbeeld dat er sprake is met strijdigheid met het gemeenschapsrecht: ‘Dit heeft tot gevolg dat de opgelegde aanslag in zoverre niet in stand kan blijven.’¹⁸⁰ De uitspraak van de Inspecteur wordt vernietigd en het Gerechtshof vermindert zelf de aanslag tot een aangepaste aanslag.¹⁸¹ In een uitspraak van het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch vormt het vestigingsvereiste een

‘ontoelaatbare beperking van de in het EG-Verdrag geregelde vrijheid van vestiging [...], zodat dit vereiste buiten toepassing dient te blijven. Voor dit geval is niet in geschil dat de naheffingsaanslagen over de jaren 1998 en 1999 ten onrechte zijn opgelegd.’¹⁸²

De naheffingsaanslagen worden vernietigd direct uit hoofde van de strijdigheid met de vestigingsvrijheid.

Een andere – wat uitzonderlijke, maar slimme – manier om om te gaan met de verklaring van strijdigheid van de nationale maatregel met de vrijheden zien we terug bij een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep. In de uitspraken over de bijstandsuitkering van twee personen die in Schotland afkickverslavingszorg genieten, probeert de Raad het ‘probleem’ op te lossen door het nationale recht Unierechtconform uit te leggen.¹⁸³ De aangevochten besluiten van het College van B&W van de gemeente Dordrecht komen wegens de strijdigheid ‘voor vernietiging in aanmerking’. Uit hoofde van het Europees recht worden de besluiten vernietigd en het College van de gemeente Dordrecht wordt gelast om met inachtneming van de uitspraak opnieuw een besluit te nemen op het bezwaar van de appellanten, maar de Raad stelt eveneens vast dat artikel 16, eerste lid van de Wet Werk en Bijstand

‘zodanig [dient] te worden uitgelegd dat de in het geval van appellant geconstateerde strijdigheid van de in artikel 11, eerste lid en artikel 13, eerste lid onder d, en vierde lid van de WWB gestelde eisen inzake woon- en verblijfplaats met het bepaalde in artikel 49 van het EG wordt opgeheven.’ Zodat ook algemene

¹⁸⁰ Gerechtshof Arnhem, 31 augustus 2008, LJN BB3047. Vervolgens komt in deze procedure de vraag van schadevergoeding aan de orde, maar het Gerechtshof oordeelt dat van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht niet kan worden gesproken.

¹⁸¹ De Belastinginspecteur probeert in deze zaak de strijdigheid met het gemeenschapsrecht af te wenden doordat inmiddels de mogelijk met de vestigingsvrijheid strijdige regeling gewijzigd is met terugwerkende kracht. Het Gerechtshof gaat daar niet in mee: ‘Het Hof is echter van oordeel dat redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is dat, net zo min als het opheffen van een belemmering met terugwerkende kracht, het opheffen van een onevenredigheid niet met terugwerkende kracht kan plaatsvinden.’

¹⁸² Gerechtshof ’s-Hertogenbosch, 11 augustus 2006, LJN AZ8215.

¹⁸³ Centrale Raad van Beroep, 22 juli 2008, LJN BD8764 en LJN BD8765.

bijstand moet worden verleend zolang de afkicker op verwijzing van het behandelingsteam en met toestemming van zijn zorgverzekeraar in Castle Craig te Schotland een behandeling ondergaat.’

Met deze aanpak wordt het besluit vernietigd, maar is via een Unierechtconforme uitleg van de hardheidsclausule in de Wet Werk en Bijstand een oplossing gevonden voor de strijdigheid van de wet met de vrijheden.

Kort gezegd, komen er twee hoofdopties voor in de onderzochte rechtspraak. In de eerste plaats zijn er de voorbeelden waarin de strijdigheid tot gevolg heeft dat via een nationaalrechtelijke weg (veelal via het motiverings- en/of zorgvuldigheidsbeginsel) het bestuur wordt opgedragen de strijdigheid op te lossen. In de tweede plaats zijn er voorbeelden waarin de strijdigheid als zodanig al voldoende is voor het buiten toepassen laten van de nationale maatregel en tot vernietiging leidt. Bij het nationaalrechtelijk oplossen beslist de rechter veelal niet finaal, maar geeft het bestuur een reparatiekans.

Plaatsen we dit tegen de achtergrond van nationale rechterlijke autonomie, dan valt op dat er verschil in de rechterlijke attitude bestaat wanneer de rechter het oordeel is toegedaan dat van strijdigheid sprake is. De benadering is ofwel een directe, ‘uit hoofde van het Europees recht’, ofwel een indirecte via een nationaalrechtelijk kader.

Niet ondenkbaar is dat achter de verschillende aanpak een verschillende optiek van de voorrang van het Europees recht schuilgaat. Het arrest *Simmenthal* van het Hof van Justitie lijkt de nationale rechter op het spoor te zetten om ‘uit hoofde van het Europees recht’ de nationale maatregel reeds buiten toepassing te laten. De nationaalrechtelijke variant lijkt in dat opzicht wat gereserveerder ten opzichte van de voorrang van het Europees recht. Omdat het resultaat hetzelfde is, zolang de rechter de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit niet in stand laat,¹⁸⁴ bestaat er mijns inziens een keuzeruimte voor een door de nationale rechter te volgen aanpak en is dit ook een terrein van autonomie van de nationale rechter. De *Simmenthal*-verplichting om zorg te dragen voor de volle werking van de normen van Europees recht, wordt door beide bereikt.

Tussenconclusie

Uit de onderzochte rechtspraak komt het beeld naar voren dat de Nederlandse rechter het publieke belang in veel gevallen zeer serieus neemt.

¹⁸⁴ Dat zou mijns inziens op gespannen voet staan met de bevestiging van de *Simmenthal*-lijn in de uitspraak *Winner Wetten*, waarin het Hof van Justitie een overgangsregime voor een maatregel die strijdig is met de vrijheden, afwijst in het licht van de voorrang van het gemeenschapsrecht.

Rechtvaardigende publieke belangen lijken zo nu en dan ambtshalve in de beoordeling meegewogen. Gemiddeld genomen is de Nederlandse rechter terughoudend met het in strijd verklaren van een vrijverkeerbelemmerende maatregel. Dit leidt er in sommige gevallen toe dat de partij die zich op de vrijheid beroept, op een achterstand staat ten opzichte van de verdediger van de belemmerende maatregel. De rechter die hier optreedt als hoeder van het publieke belang, lijkt in de regel niet geneigd te zijn om direct een volle effectuering van het vrijverkeerrecht na te streven.

De diversiteit in de toetsingspraktijk aan het evenredigheidsbeginsel, van het geheel ontbreken van een evenredigheidstoetsing tot voorbeelden waarin de toetsing als zeer intens is te kwalificeren, roept vragen op, ook al gaat de nuance natuurlijk op dat dit beginsel nu eenmaal een inherent casusgebonden lading bezit. Opvallend is dat in de zaken waarin werkelijk wordt getoetst aan het evenredigheidsbeginsel, de Nederlandse rechter geneigd is de toetsing te laten plaatsvinden aan de hand van concrete lijnen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Veel wordt in die rechtspraak aan de nationale rechter overgelaten, zodat de autonomie van de nationale rechter hier zichtbaar aanwezig is. Toch lijken de centrale lijnen in de onderzochte rechtspraak niet duidelijk te zijn. Enige verduidelijking van de rechtspraak van het Hof van Justitie zou op dit punt niet misstaan: wat wordt minimaal verwacht van de nationale rechter en hoe moet de nationale rechter in de regel opereren met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel? Het bieden van nadere stapsgewijze handvatten voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel lijkt wenselijk.

Wat de gevallen van ‘buiten toepassing’ laten betreft, kunnen in de onderzochte rechtspraak twee hoofdtypen worden onderscheiden. Enerzijds zijn er de gevallen waarin direct uit hoofde van Europees recht de maatregel zijn werking ontbeert, anderzijds zijn er gevallen waarin via een indirecte weg (een nationaalrechtelijke route) het probleem met betrekking tot het buiten toepassing laten wordt geëffectueerd. Deze laatste variant is op zichzelf een opvallend gegeven, omdat reeds uit Europeesrechtelijke autonome bevoegdheid van de nationale rechter direct voortvloeit dat maatregelen die naar oordeel van die nationale rechter in strijd zijn met het Europees recht, buiten toepassing horen te worden gelaten.

3.5 Conclusies

Tot wat voor algemenere conclusies leidt het voorgaande?

Centraal gegeven door de paragrafen heen betreft de vrijheid die de rechter feitelijk bezit in het afdoen van het beroep op de vrijheden. De Nederlandse rechter neemt in veel van de onderzochte uitspraken de vrijheid met betrekking tot het al dan niet volgen van de toetsingssystematiek. De toetsingssystematiek wordt lang niet altijd, in de bewoordingen van de uitspraak althans, op doctrinair ‘logische’ wijze gevolgd. Van een uniforme aanpak is eigenlijk geen sprake. Vraag is uiteraard of dit op een of andere manier problematisch is. Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak, althans voorzover mij bekend en buiten de minimumeisen van effectieve rechtsbescherming, geen eisen gesteld aan de *manier* waarop de nationale rechter praktisch de toetsing uitvoert, zodat er ruimte voor de Nederlandse rechter bestaat om in zijn uitspraak bijvoorbeeld enkel in te gaan op het aspect of het element van de toetsing aan het vrijverkeerrecht dat mogelijk doorslaggevend is voor de beslechting van het geschil. Dat kan ingegeven zijn door proceseconomische overwegingen, maar soms, zoals we in het hoofdstuk zagen, lijkt het ook wel eens op een camouflage van onduidelijkheden.

Door het hele hoofdstuk heen valt ook de grote rol die het nationale procesrecht in de praktijk speelt bij het invoeren van materiële rechten. Nationale procesautonomie werkt in op de nationale rechterlijke autonomie: de manier waarop het bewijs een rol speelt, de omvang van het geding en bijvoorbeeld de manier waarop de rechtsstrijd in hoger beroep wordt vastgesteld, zijn voorbeelden waarin materieel Europees recht in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak een procedureel karakter krijgt. De directe werking van de vrijverkeerbepalingen creëert weliswaar een recht tot inroepbaarheid van het Europees interne marktrecht voor de nationale rechter, maar uit de praktijk blijkt dat het noodzakelijk is om concreet en onderbouwd te vorderen, wil een beroep kans van slagen hebben. Materieel recht lijkt bij het Europees recht voor de Nederlandse rechter op te lossen in het procesrecht. Op verschillende momenten in het hoofdstuk werd duidelijk dat de effectiviteit van het primaire Europees recht in hoge mate in handen ligt van de partij die zich op het Europees recht beroept. Dit nuanceert tot op zekere hoogte de hooggespannen verwachtingen die bestaan over de Europeesrechtelijke rechtsbescherming door de nationale rechter en het nut van een stringent onderscheid tussen materiële rechten en procesautonomie.

Twee centrale aspecten van het vrijverkeerrecht maken in het bijzonder dat het verschijnsel van de autonomie van de nationale rechter bij de onderzochte Nederlandse rechtspraak nadrukkelijk op de voorgrond treedt. In de eerste plaats voedt het ‘feitelijke’ karakter van de materiële, personele en geografische werkingssfeer de grote rol van de nationale rechter om zelf te beslissen en te

oordelen. Hier bestaat voor de nationale rechter een inherente taak bij de decentrale bescherming van het vrijverkeerrecht.

Het tweede aspect dat de autonomie oproept, vormt de belangrijke rol die een zekere ‘belangenafweging’ speelt bij twee verschillende elementen van de toetsing aan het vrijverkeerrecht (bij de beoordeling van het karakter van een belemmering en in het bijzonder bij de evenredigheidstoetsing). Het operationaliseren van deze toetsen in het concrete geval kan, zolang deze serieus worden uitgevoerd, zelden uitmonden in pure toepassing van het recht, maar vraagt van de nationale rechter een eigen, casusgebonden interpretatie. Het probleem van deze toetsen is al gauw dat ze naar hun aard uiteindelijk geen strikt formele juridische toets behelzen, maar neerkomen op een kwestie van bewijs en een rechtspolitieke beoordeling. En daarin hebben kenmerken van autonomie in de sfeer van de informatie, feiten en omstandigheden een sleutelrol. Daar komt bij dat het Hof van Justitie in zijn prejudiciële rechtspraak juist op dit terrein (bijvoorbeeld bij de toets van indirecte discriminatie en evenredigheid in het concrete geval) de nationale rechter een grote rol voor een eigen beoordelingsvrijheid laat, zodat het signaal dat van de jurisprudentie van het Hof van Justitie uitgaat, op deze punten een wat diffuus karakter heeft.

Dat kan ook als verklaring dienen voor het gegeven dat de Nederlandse rechter zich, in de door mij onderzochte rechtspraak, niet of nauwelijks waagt aan een diffuus begrip als ‘indirecte discriminatie’, terwijl het Hof van Justitie daar sneller toe geneigd is. De Nederlandse rechter beperkt zich in zijn oordeel over het algemeen tot de constatering dat er sprake is van een belemmering of beperking van de vrijheid, zonder verslag te doen van het eventuele bestaan van indirecte discriminatie of hij beperkt zijn toets naar discriminatie slechts tot een test op de aanwezigheid van directe discriminatie. De aanwezige terughoudendheid met betrekking tot de toetsing aan het Europese evenredigheidsbeginsel kan tegen deze achtergrond ook worden verklaard; soms is deze geheel afwezig in zaken waarin deze voor de hand had gelegen en soms is de toetsing dusdanig marginaal dat de Nederlandse overheid wel erg veel beleidsvrijheid wordt gelaten. Tegelijkertijd bestaan er ook gevallen waarin de rechter welhaast te intens toetst aan het evenredigheidsbeginsel of daaraan juist voorbij gaat.

Bij verschillende terreinen van rechtspraak, in het bijzonder rond medische dienstverlening, zagen we dat er via ‘rechterlijke harmonisatie’ een fijnmazige toepassingssystematiek is ontstaan. Los van de interessante vraag wie of wat daarvan de oorzaak is, is het vanuit het perspectief van de nationale rechterlijke autonomie interessant of de toepassing en uitlegging in het concrete geval dan gemakkelijker verloopt. Uit oogpunt van de sectorale toepassing is verfijning

wenselijk en noodzakelijk. Uit oogpunt van coherentie van de vrijheden bestaat het risico dat te veel afdrijven van de kern van het vrijverkeerrecht er toe leidt dat het recht betreffende de vrijheden waarbij in de woorden van Mortelmans de verbodsbepaling al ‘veel problemen oplevert’ en ‘zelfs voor ingewijden’ niet makkelijk is, het recht nog (veel) ingewikkelder wordt. Daarmee wordt het dan minder toegankelijk dan wenselijk is voor dit basisrecht in de Europese Unie. Van procesdruk en fijnmazige sectorale jurisprudentie van zowel het Hof van Justitie als de nationale rechter gaat een signaalfunctie uit voor de Europese wetgever om tot nader optreden te komen. Door het hoofdstuk heen speelde op de achtergrond nadrukkelijk ook de (informele) samenwerking tussen nationale rechter en Hof van Justitie en de taakverdeling bij de effectuering van het materiële recht. Het volgende hoofdstuk gaat in op de formele samenwerking tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie, het terrein van het prejudicieel verwijzingsrecht.