



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vijf jaar Dienstenrichtlijn in de praktijk: hoe dienstig kunnen we het maken? Verslag van de voorjaarsvergadering van de VAR en de NVER gehouden op 13 maart 2015

Weber, T.W.A.

Citation

Weber, T. W. A. (2015). Vijf jaar Dienstenrichtlijn in de praktijk: hoe dienstig kunnen we het maken? Verslag van de voorjaarsvergadering van de VAR en de NVER gehouden op 13 maart 2015. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 28(6), 182-188. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/73772>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/73772>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Vijf jaar Dienstenrichtlijn in de praktijk: hoe dienstig kunnen we het maken?

Verslag van de voorjaarsvergadering van de VAR en de NVER gehouden op 13 maart 2015

Door T.W.A. Weber¹

Op vrijdag 13 maart jongstleden vulde de Gotische zaal van de Raad van State zich met een gevarieerd gezelschap van juristen, ondernemers en academici voor een bijeenkomst georganiseerd door de VAR (Vereniging voor bestuursrecht) en de NVER (Nederlandse Vereniging Europees Recht). Het thema van de middag luidde: 'Vijf jaar Dienstenrichtlijn in de praktijk: hoe dienstig kunnen we het maken?' Dat deze richtlijn in de belangstelling staat van zowel EU-juristen als bestuursrechtjuristen, hoeft geen verrassing te zijn: vijf jaar na de implementatie van de richtlijn in de Dienstenwet is men er in beide kringen nog lang niet over uitgediscussieerd. Twee verwijzingsuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van vorig jaar hebben de discussie over de reikwijdte van de richtlijn in niet-grensoverschrijdende situaties opnieuw aangezwengeld.² Ook op Europees niveau staat de rechtspraak niet stil, met een conclusie van AG Cruz Villalón als recentste voorbeeld.³ Hieronder volgt een verslag van de bijeenkomst.

De Dienstenrichtlijn werd in december 2006 ingevoerd na een lang en moeizaam onderhandelingsproces.⁴ De inzet van de onderhandelingen was een algemene liberalisering van het dienstenverkeer in de EU. Dit moest onder andere bereikt worden door een zogenoemd 'country of origin'-beginsel, hetgeen inhield dat in principe alleen de lidstaat van herkomst dienstverlening zou reguleren. Het beginsel haalde de uiteindelijke versie niet en liet juristen, dienstverleners en overheden achter met een complexe, compromiszoekende richtlijn. Hoewel de richtlijn tot op zekere hoogte een administratieve lastenverlichting wist te bereiken, bleven belangrijke vraagstukken in nevelen gehuld. In Nederland werd de richtlijn geïmplementeerd in de Dienstenwet. Een van de belangrijkste discussiepunten, zo blijkt tijdens de middag, is de reikwijdte van het geheel. Wanneer is sprake van een 'dienst', en moet deze dan ook grensoverschrijdend zijn? Welke nationale maatregelen vallen binnen de reikwijdte van de richtlijn en de Dienstenwet? Valt een bepaling van ruimtelijke ordening hier bijvoorbeeld ook onder? Vijf jaar nadat de termijn voor implementatie is verstreken kunnen de gemoederen hier nog altijd hoog over oplopen.

De sprekers

De voorzitter van de middag, Ben Schueler (Universiteit Utrecht), introduceert de sprekers. Vijf jaar na de implementatie van de richtlijn is het een mooi moment om te kijken naar ervaringen in de praktijk en de rechtspraak, stelt hij. Eerst zal mr. Marleen Botman (Vrije Universiteit) een algemeen kader schetsen van de Dienstenrichtlijn en het vraagstuk van reikwijdte. Vervolgens zal mr. Patrick van den Berghe (Ministerie van Economische Zaken) nader ingaan op de implementatie in Nederland, en Europeesrechtelijke ontwikkelingen. Ten slotte zal mr. Paul Hogenhuis (Provincie Noord-Brabant) ingaan op de praktijkervaringen met de richtlijn op decentraal niveau. Tussentijds is er een paneldiscussie met mr. dr. Annemarie Drahmman (Stibbe en Universiteit Leiden), mr. Saskia Nuijten (NautaDutilh) en mr. Henk Gierveld (Ministerie van Infrastructuur en Milieu), en is er ruimte voor

¹ Thomas Weber LL.M. is onderzoeks- en onderwijsmedewerker aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden. Hij dankt de sprekers, panelleden en voorzitter voor hun opmerkingen bij dit verslag. Eventuele fouten zijn van de auteur.

² ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, AB 2015/13, m.nt. A. Drahmman; en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495, AB 2014/450, m.nt. M.R. Botman. Voor prejudiciële procedure zie resp. C-340/14 *Trijber* en C-341/14 *Harmsen*.

³ Conclusie van AG Cruz Villalón in C-593/13 *Rina Services e.a.* (ECLI:EU:C:2015:159).

⁴ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad, van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, O.J. 2006, L 376/36.

vragen uit het publiek.

Marleen Botman: de Dienstenrichtlijn – eenvoud of tweekoppig monster?

De Dienstenrichtlijn had eenvoud hoog in het vaandel staan, stelt Marleen Botman, die aan de Vrije Universiteit promoveert op de tenuitvoerlegging van de Dienstenrichtlijn in Nederland. Voor een dienstverrichter moet het net zo gemakkelijk worden om zich in een andere lidstaat te vestigen of er een tijdelijke dienst te verrichten als in het land van herkomst. Hiertoe moesten potentiële belemmeringen worden weggenomen en administratieve procedures vereenvoudigd worden: “gemak dient de mens”. Het gelach dat volgt uit de zaal geeft aan dat na vijf jaar moet worden vastgesteld dat dit doel nog niet helemaal bereikt is. “Voor de dienstverlener is het misschien iets makkelijker geworden, maar voor de wetgever en de bestuursrechter zeker niet”, aldus Botman.

Want wat is er de afgelopen tijd bereikt? In Nederland is de richtlijn omgezet in de Dienstenwet. Dat is een horizontale wet, net als in de meeste andere lidstaten. “Vanwege de brede werkingssfeer hebben we dus eigenlijk te maken met een tweede Algemene wet bestuursrecht.” Helaas heeft de wetgever ervoor gekozen om een aantal belangrijke bepalingen uit de richtlijn (waaronder artikelen 9, 10, en 16) hier niet in op te nemen. De Afdeling heeft intussen geoordeeld dat in ieder geval artikel 9 en 10 rechtstreekse werking hebben en dat men zich er dus tegenover de overheid op kan beroepen. Hoewel in Europa vele administratieve procedures zijn geschrapt sinds de komst van de richtlijn, is het aantal verdwenen procedures in Nederland “op twee handen te tellen”. De regering dankt dit aan het feit dat er door de vereenvoudiging van procedures en administratieve lasten al veel procedures geschrapt waren of vervangen door een meldingsplicht. Wat overbleef, zou in overeenstemming zijn met de richtlijn. “Het zal nog moeten blijken of dat een goede inschatting is geweest”, aldus Botman.

“Als het gaat om het elektronisch dienstenloket behoort Nederland tot de toppers van Europa”, volgens Botman. Opvallend is wel dat er in de praktijk er vrij weinig gebruik van wordt gemaakt. Hetzelfde geldt voor het Interne Markt Informatiesysteem (‘IMI’), waardoor overheden om inlichtingen over een dienstverlener kunnen verzoeken bij een overheidsinstantie in een andere lidstaat. Dat kan heel gemakkelijk, maar er zijn door Nederlandse instanties in het jaar 2014 welgeteld nul verzoeken ingediend. “Er is dus veel werk verricht maar nog lang niet genoeg gedaan”, concludeert Botman.

Wel kan gesteld worden dat de richtlijn ook positieve resultaten heeft behaald. Dat blijkt niet alleen uit de economische effecten (“acht procent van het BBP”), maar ook uit het feit dat nieuwe Europese maatregelen voortborduren op successen uit de Dienstenrichtlijn. Zo werd het IMI ingevoerd in een aantal andere richtlijnen, en heeft de Beroepskwalificatierichtlijn het elektronisch loket overgenomen. “Zo vormen de instrumenten in de Dienstenrichtlijn een soort proeftuin die bij gebleken succes worden gebruikt voor het verder ontwikkelen van de interne markt”, stelt Botman.

De rechtspraak: het tweekoppige monster van de werkingssfeer

De Europese rechtspraak van de afgelopen vijf jaar heeft volgens Botman met name gedraaid om de werkingssfeer van de richtlijn. Het Hof van Justitie van de EU (‘het Hof’) heeft ongeveer tien zaken behandeld, en kwam meestal tot de conclusie dat de richtlijn niet van toepassing was. In de zaken *Duomo* en *De Clercq* viel het geschil buiten de temporele werkingssfeer.⁵ In *Femarbel* gaf het Hof een mooie uitleg van wat moet worden verstaan onder gezondheidsdiensten en sociale diensten.⁶ Recent verscheen de conclusie van AG Cruz Villalón in de zaak *Rina Services*.⁷ “Hierin lijkt de werkingssfeer

⁵ C-357/10, C-358/10 en C-359/10 *Duomo e.a.* (ECLI:EU:C:2012:283); C-315/13 *De Clercq e.a.* (ECLI:EU:C:2014:2408).

⁶ C-57/12 *Femarbel* (ECLI:EU:C:2013:517).

⁷ Conclusie van AG Cruz Villalón in C-593/13 *Rina Services e.a.* (ECLI:EU:C:2015:159).

geen probleem te vormen en moet het Hof zich dus hoe dan ook inhoudelijk over de richtlijn buigen.” Nederland kent ongeveer zestig uitspraken waarin de Dienstenrichtlijn een rol speelde. Ook hier draaide het met name om de werkingssfeer, in het bijzonder de vraag of ruimtelijke voorschriften eronder vallen.

Die werkingssfeer is zo belangrijk, volgens Botman, omdat de Dienstenrichtlijn meer is dan een simpele codificatie van de rechtspraak betreffende het vrije dienstenverkeer en de vrijheid van vestiging. Het bevat aanvullende verplichtingen ten aanzien van het primaire recht en de rechtspraak. Zo bevat artikel 14 een aantal verboden vereisten voor vestiging. “Terwijl deze in het primaire recht nog gerechtvaardigd hadden kunnen worden, zijn ze in de richtlijn onherroepelijk verboden”, aldus Botman. Patrick van den Berghe reageert hier later op de middag op, en stelt dat discriminatoire vereisten ook onder de verdragsbepalingen niet te rechtvaardigen zijn. “Artikel 14 zie ik als een codificatie van de rechtspraak hierover”, aldus Van den Berghe. Een tweede reden waarom de werkingssfeer zo belangrijk is, is artikel 16, dat het beperken van grensoverschrijdende dienstverlening verbiedt. Waar beperkende nationale maatregelen volgens de rechtspraak over het primaire recht nog door een schier oneindige lijst aan belangen gerechtvaardigd kunnen worden, noemt de richtlijn er slechts vier. Zoals AG Cruz Villalón heeft benadrukt in *Rina Services*, is dit een uitputtende lijst.⁸ Wanneer een maatregel onder de richtlijn valt, beschikken overheidsinstanties dus over “meer verplichtingen en minder bevoegdheden”.

Ruimtelijke ordening en de Dienstenrichtlijn

De hoeveelheid rechtspraak over de werkingssfeer vraagt om een nadere analyse. Simpel gesteld zijn twee componenten van belang: er moet sprake zijn van een *dienst* in de zin van artikel 4 lid 1, en ten tweede van een *nationale maatregel* (‘eis’ in het jargon van de richtlijn) die deze dienst beperkt in de zin van artikel 4 lid 7 Drl. Dat de werkingssfeer zich in de praktijk niet laat terugbrengen tot een dergelijke eenvoudige rekensom, blijkt bijvoorbeeld uit het vraagstuk van ruimtelijke voorschriften. De rechtspraak van de ABRvS is helder: ruimtelijke voorschriften vallen niet onder de richtlijn. In de considerans 9 van de richtlijn worden regels van ruimtelijke ordening immers expliciet uitgesloten van de werkingssfeer. De ministeriële regeling “Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet” vermeldt echter dat eisen in bestemmingsplannen wel degelijk onder de richtlijn kunnen vallen. Tussen de rechtspraak van de Afdeling en de dienstenregeling is dus een discrepantie, volgens Botman: “het is mij niet duidelijk waarom die regeling niet in de rechtspraak is terug te vinden.” De richtlijn bevat, ondanks de raadselachtige considerans, een zeer brede definitie van het begrip ‘eis’, en het Hof kijkt in zijn rechtspraak meer naar het beperkende effect van een maatregel dan naar de juridische benaming ervan. Anders zouden de lidstaten immers de werking van de richtlijn kunnen omzeilen door een maatregel te bestempelen als ruimtelijk voorschrift of door deze te veralgemeniseren en ook voor niet-dienstverleners te laten gelden. “Ik kom tot de conclusie dat ruimtelijke voorschriften *wel* onder de werkingssfeer vallen, ten minste voor zover ze een beperking vormen”, aldus Botman.

Ook het begrip *dienst* is minder eenvoudig dan men zou denken. Zo werpt Botman de vraag op, of een supermarkt een dienst verleent. “Ik denk van niet. Een supermarkt verkoopt goederen. Goederen zijn stoffelijke, verhandelbare producten; diensten zijn onstoffelijk.” Een combinatie is niet mogelijk: waar de grens tussen dienst en goed vaag wordt, kijkt het Hof naar “wat de boventoon voert.” Dit is ook de lijn die de Afdeling aanhoudt,⁹ maar de Commissie, gesteund door een aantal lidstaten, denkt er anders over. Volgens de Commissie maakt iemand die boodschappen doet gebruik van een dienst.¹⁰ In de considerans van de richtlijn zelf staat ook dat distributie van goederen binnen

⁸ Ibid., punt 42 e.v.

⁹ ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2286.

¹⁰ Te vinden op <http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf>.

de werkingssfeer valt. “Misschien is het dus toch slim om hier een prejudiciële vraag over te stellen”, vindt Botman.

Conclusie

“We kunnen vaststellen dat de Dienstenrichtlijn het wellicht makkelijker heeft gemaakt voor dienstverleners, maar niet voor overheidsinstanties”, concludeert Botman. De tenuitvoerlegging heeft wat aanlooptijd nodig gehad, maar onder druk van de Commissie is een gestage ontwikkeling waar te nemen. De reikwijdtediscussie is echter nog niet afgelopen en zal door het Hof van Justitie beslecht moeten worden. Voor Nederland is het daarnaast belangrijk om ervoor te zorgen dat alle faciliteiten die de Dienstenrichtlijn schept daadwerkelijk gebruikt worden. Botman doet vast enkele suggesties: “wat mij betreft kunnen we in de Awb een algemene regeling opnemen die elektronisch verkeer voor alle ondernemingen mogelijk maakt: niet alleen voor dienstverrichters maar ook voor bijvoorbeeld supermarkten. Dat zou een hoop praktische problemen schelen en bevordert het gebruik ervan. Ook zouden we kunnen bezien in hoeverre de in de richtlijn voorgeschreven vergunningsprocedure geïntegreerd zou kunnen worden in de Awb. Dan wordt het toch nog eenvoudig.”

Patrick van den Berghe: ‘het is oorlog’

De tweede spreker van de middag, Patrick van den Berghe, heeft als jurist bij het Ministerie van Economische Zaken veel ervaring met het opstellen en implementeren van de Dienstenrichtlijn. In zijn toespraak blikt hij hierop terug en benoemt hij een aantal resterende problemen anno 2015: “de Dienstenrichtlijn is geen rustig bezit.” Zowel op Europees als op nationaal niveau zijn aanzienlijke moeilijkheden met de effectieve toepassing, vindt hij. Er is nog heel wat te verbeteren voor ondernemer, consument en overheden.

Het grootste probleem van de Dienstenrichtlijn is de reikwijdte, vindt ook Van den Berghe. De onduidelijkheid hierover is volgens hem een gevolg van “het politieke compromis dat gesloten is bij de onderhandelingen.” Dit compromis blijkt bijvoorbeeld uit de eerder genoemde considerans 9 over ruimtelijke ordening, maar bijvoorbeeld ook uit artikel 1 lid 5, dat strafrechtelijke regels uitsluit van de werkingssfeer, tenzij deze gebruikt worden om de regels over de interne markt te omzeilen. En dan zijn er natuurlijk de vele sectorale uitzonderingen van artikel 2, bijvoorbeeld voor notarissen. Dit laatste was volgens Van den Berghe een gevolg van “een effectieve, Europa-brede lobby van de notarissen. Ik weet alleen niet of ze er ook blij mee moeten zijn.”

De implementatie in Nederland

Het probleem van de reikwijdte is ook bij de implementatie in Nederland geconstateerd, volgens Van den Berghe. Artikel 2 van de Dienstenwet bevat daarom een dynamische verwijzing naar de reikwijdtebepaling van de richtlijn. Zo gaat de wet automatisch mee met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Daarnaast is er de ministeriële regeling over de reikwijdte. Zich aansluitend bij Marleen Botman wijst Van den Berghe erop dat bestemmingsplannen hier wel degelijk in staan. Het is dan ook “opvallend” dat de Afdeling deze regeling links laat liggen in haar rechtspraak over de Dienstenwet, vindt ook Van den Berghe.

Voor de reikwijdte van de richtlijn is ook de zaak *Femarbel* relevant.¹¹ Hierin ging het om de vraag of regelgeving over bejaardenzorg in België binnen de reikwijdte van de richtlijn viel. ‘Diensten van de gezondheidszorg’, die buiten de werking van de richtlijn vallen, moeten volgens het Hof ruim geïnterpreteerd worden. Dat is conform het onderhandelingsresultaat, stelt Van den Berghe. De zorgsystemen waren te verschillend tussen landen, en de belangen te groot. ‘Sociale diensten’

¹¹ C-57/12 *Femarbel* (ECLI:EU:C:2013:517).

worden door het Hof echter een stuk beperkter uitgelegd: een particuliere dienstverrichter die een sociale dienst verleent, valt buiten de reikwijdte van de richtlijn voor zover hij hiertoe *verplicht* is door de overheid. Het enkele feit dat een dienst gereguleerd is, maakt echter nog niet dat deze onder de uitzondering valt. Dat is relevant voor Nederland, want deze vraag speelt ook in de kinderopvang en in de decentralisatie van de zorg. De zorgsector is bezig met enorme hervormingen en de gemeentes krijgen meer verantwoordelijkheden. Het is dus heel belangrijk dat gemeentes beseffen wanneer ze van doen hebben met de Dienstenrichtlijn, stelt Van den Berghe.

Een ander probleem schuilt in het afschaffen van regulering. Nederland had volgens Van den Berghe een voorsprong toen het begon met het implementeren van de richtlijn. “Er was al heel veel afgeschaft.” Het is dan ook verbazingwekkend dat uit allerlei sectoren, zoals de kappersbranche, de slagersbranche en de makelaarsbranche, nu juist de vraag om méér regulering klinkt. Hiervoor is een bijzondere verklaring: een gelijk speelveld. “Ondernemers klagen dat er in Nederland geen regels gelden en in het buitenland wel”, legt Van den Berghe uit. De concurrentiedruk raakt daardoor uit balans: ondernemers hebben moeite om de buitenlandse markt te betreden, terwijl Nederland zijn markt helemaal openstelt. “Dat is een gekke tendens.” Nederland zal dus mogelijk weer meer gaan reguleren, om zijn ondernemers een gelijk speelveld te bieden en beter uit te rusten voor de buitenlandse markt. Of dit ook goed is voor de Nederlandse consument, is nog maar de vraag: regulering kan kostprijsverhogend werken.

Het elektronisch ontsluiten van informatie en vergunningen vormt ook een uitdaging, volgens Van den Berghe. Door bezuinigingen bij decentrale overheden zijn vergunningen en regels in steeds mindere mate elektronisch toegankelijk, stelt hij. “Dat is fataal voor de markttoegang van ondernemer en burger.” Maar als het gaat om deregulering doen gemeenten en provincies het juist weer goed. Dit in tegenstelling tot de Rijksoverheid, waar “verdacht weinig verandert”, constateert hij.

Op Europees niveau is op dit moment geen belangstelling voor een aanpassing van de richtlijn, volgens Van den Berghe. De huidige richtlijn is het resultaat van “een zwaar politiek gevecht”, en zal de komende vijf tot tien jaar niet gewijzigd worden, stelt hij. Wel is de Commissie zeer actief in het bevorderen van de implementatie en uitvoering van de Dienstenrichtlijn. Ze heeft een *zero tolerance*-beleid wat betreft implementatie, en spreekt lidstaten aan op wat ze kunnen verbeteren. “Wat niet iedereen weet, is dat elke keer als de Trojka een land bezoekt, de implementatie van de Dienstenrichtlijn een van de dingen is die ze toetsen.” In Griekenland en Cyprus heeft dit tot grote hervormingen in de dienstensector geleid. De Commissie is weliswaar zeer actief, maar ook intern verdeeld, volgens Van den Berghe. DG’s communiceren onderling niet, en doorkruisen zo elkaars beleid. Ook het Interne Markt Informatiesysteem zou beter geharmoniseerd kunnen worden. Terwijl Marleen Botman tevreden constateerde dat deze in andere richtlijnen is overgenomen, ziet Van den Berghe juist veel sectoren waar dat nog zou kunnen gebeuren: “als je zo’n mooi systeem hebt om informatie uit te wisselen, waarom is het dan in de vervoerssector en de financiële sector weer anders geregeld?”

Europese rechtspraak

Ter afsluiting bespreekt Van den Berghe een aantal aanhangige en recent verschenen zaken van het Hof van Justitie. In de zaken *Trijber en Harmsen*, over Amsterdamse vergunningsstelsels voor respectievelijk rondvaartboten en raamprostitutie, vraagt hij zich af of een verwijzingsuitspraak wel nodig was geweest. “De nationale wet is helder. De Dienstenwet geldt, en geeft een antwoord.” Wel een interessante vraag is of een rondvaartboot kwalificeert als een vervoersdienst en daarmee buiten de werkingssfeer van de richtlijn valt. De Afdeling heeft geoordeeld van niet.¹² Van den

¹² ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, ro. 4.1.

Berghe vraagt zich af of dit in lijn is met Europese jurisprudentie. Zelfs een luchtballonvaart in Oostenrijk kon worden aangemerkt als een vervoersdienst, stelt hij. “Ik weet niet hoe vaak u zich laat vervoeren van A naar B door een luchtballon, maar dat heeft meestal een andere reden dan dat u zo snel mogelijk ter plaatse wil zijn.”

Een andere interessante zaak die op dit moment in Luxemburg voorligt, is de zaak *Hiebler*.¹³ In Oostenrijk zijn schoorsteenvegers bevoegd om taken te verrichten op het gebied van brandpreventie en -veiligheid, zoals het controleren van brandmelders. Dit wordt beschouwd als de uitoefening van openbaar gezag en daarmee iets dat buiten de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn valt. Ook zijn er beperkingen gesteld aan het aantal schoorsteenvegers per district. “Nederland heeft het noodzakelijk geacht om erop te wijzen dat dat wel een heel makkelijke interpretatie is van de openbaar gezag-uitzondering”, aldus Van den Berghe.

Ook loopt er momenteel een inbreukprocedure tegen Hongarije over elektronische maaltijdbonnen in aanvulling op het loon.¹⁴ Een Hongaarse regeling voorziet in een elektronisch pasje voor deze maaltijdbonnen, dat door een publieke instelling wordt uitgereikt en alleen is te gebruiken bij bepaalde Hongaarse aanbieders. Andere dienstverleners dreigen hierdoor van de markt te worden verdrongen. In de zaak speelt onder andere de eerder aan bod gekomen vraag of het gaat om goederen of diensten. “Ik weet het eerlijk gezegd niet,” aldus Van den Berghe. Opmerkelijk vindt hij wel dat de Commissie enkel stelt dat de regeling in strijd is met het Werkingsverdrag en de Dienstenrichtlijn, zonder te specificeren om welke bepalingen het gaat.

Dan is er nog *Kaufmann*, een recent verschenen uitspraak van het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (‘EVA-Hof’), waaraan de Nederlandse regering een bijdrage leverde.¹⁵ Het betrof een prejudiciële procedure uit Liechtenstein over het Interne Markt Informatiesysteem. De vraag was of artikel 33 Dienstenrichtlijn of andere bepalingen van EU-recht een EVA-lidstaat kunnen verplichten om de strafrechtelijke veroordeling van een bedrijf te registreren. Het EVA-Hof oordeelde daartoe geen zelfstandige verplichting bestaat, maar slechts in zoverre dat nodig is om op verzoek informatie over de betrouwbaarheid van de dienstverlener te delen. Een lidstaat kan zelf bepalen hoe het deze verplichting naleeft. Het schort echter aan administratieve samenwerking op dit punt, vindt Van den Berghe. Strafrechtelijke informatie is zeer gevoelig, maar ook belangrijk voor een oordeel over de integriteit van de dienstverlener. Dat is “een zwakke plek” van de Dienstenrichtlijn die verbeterd zou kunnen worden, vindt hij. Inspiratie hiervoor zou kunnen worden gevonden in het Nederlandse systeem van de Verklaring omtrent Gedrag.

Paneldiscussie

Na twee sprekers is het woord aan het panel. Henk Gierveld trapt af met het aanbevelen van het boek *De wet als kunstwerk* van Willem Witteveen, in januari 2015 besproken door Marc Chavannes in het *NRC Handelsblad*. Hij schreef dat het vanaf nu de vraag zou moeten zijn of een wet Witteveenwaardig is. Gierveld meent dat de Dienstenrichtlijn dat predikaat niet verdient: “de richtlijn schiet vooral op het punt van de kenbaarheid – een van de Witteveeneisen – ernstig tekort.” Zo is er de eerdergenoemde overweging 9, die bepalingen van ruimtelijke ordening uitsluit van de werkingssfeer. Dit heeft “een vreemde rol” gehad in de rechtspraak van de Afdeling, meent Gierveld. “Het kan niet zo zijn dat je de Dienstenrichtlijn afserveert alleen om wat er in een overweging staat.” Gierveld richt een vraag tot Botman: waarom is er bij de vestiging van detailhandel zo veel te doen om de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn? In hoeverre is het voor detailhandelaars niet beter om in beroepsprocedures ook voor anker te gaan bij artikel 49 VWEU? Marleen Botman is het hiermee

¹³ C-293/14 *Hiebler*.

¹⁴ C-179/14 *Commissie tegen Hongarije*.

¹⁵ EVA-hof 10 november 2014, E-9/14 *Proceedings concerning Otto Kaufmann AG*.

eens, maar meent dat de richtlijn bepaalde regels, zoals het verbod op economische beperkingen, “meer zichtbaar” maakt. Waarom er soms niet aan de verdragsbepalingen wordt getoetst nadat is vastgesteld dat de richtlijn niet van toepassing is, weet Botman ook niet precies. “Kennelijk omdat dat niet is aangevoerd of omdat men die urgentie niet voelt.”

Panellid Saskia Nuijten vraagt zich af of de Dienstenrichtlijn echt zo positief is geweest voor de dienstverlener als de sprekers suggereren. “Neem bijvoorbeeld zaak *Trijber*: deze meneer wil gewoon varen. Dat zit er de komende periode zeker nog niet in.” De Dienstenrichtlijn heeft geleid tot veel procedures, veel vragen over het toepassingsbereik, kortom: veel onzekerheid. Gemeentes kiezen bij vergunningsstelsels steeds vaker voor een lotingssysteem om risico’s te vermijden. Dit is voor niemand beter, stelt Nuijten. Is de richtlijn nu wel zo goed voor de dienstverlener, vraagt zij zich af, en moet de Dienstenwet niet duidelijker zijn over de reikwijdte? De Dienstenwet is op dat punt “vrij helder”, reageert Patrick van den Berghe. De ministeriële regeling over de reikwijdte is juist bedacht om ondernemers en overheden te helpen. “Als het niet wordt gebruikt of toegepast, dan kan de wetgever ook niet veel meer.”

Annemarie Drahmman meent ook dat er behoefte is aan duidelijkheid. Het is dan ook opvallend, valt ze Gierveld bij, dat er tijdens de bijeenkomst vooral wordt gediscussieerd over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, terwijl er, zo blijkt alleen al uit de rondvaartbotenzaak, ook in zuiver interne situaties behoefte bestaat aan de rechtsbescherming die de Dienstenrichtlijn kan bieden. Zouden we het dan niet simpelweg met nationaal recht moeten afkunnen, vraagt Drahmman zich af, en de inhoud van de Dienstenrichtlijn op een constructieve manier gebruiken om ook het nationale recht te verbeteren? Een andere oplossing zou kunnen zijn om de reikwijdte juist op te rekken: “we kijken wel heel streng naar wat een zuiver interne situatie is. Ik vraag me af of we parallellen kunnen trekken met het staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht, waar sneller wordt aangenomen dat voldaan is aan de eis van grensoverschrijdendheid.” Marleen Botman antwoordt dat er geen scherp onderscheid is tussen Europees en nationaal recht, en dat je dit het beste als “holistisch geheel” kunt bezien.

Paul Hogenhuis: de Berichtenbox – ‘hartstikke handig, maar mensen weten het niet’

Na de paneldiscussie is het woord aan Paul Hogenhuis, die vertelt over de praktijkervaringen met de richtlijn op decentraal niveau. Dankzij de pilot Elektronische Dienstenrichtlijn is de provincie Noord-Brabant een “koploper” op het gebied van de richtlijn geworden, volgens Hogenhuis. Eén van de doelen was om, in lijn met de Dienstenwet, een elektronisch systeem op te zetten voor de administratieve vereenvoudiging van procedures en formaliteiten. Uniek is dat de provincie, na toestemming van de minister van Economische Zaken, de Dienstenwet van overeenkomstige toepassing heeft verklaard op al haar vergunningen en subsidies voor ondernemers en op alle interbestuurlijke communicatie in Brabant. Eurocommissaris Bieńkowska heeft in januari 2015 aangekondigd nieuwe wetgeving te gaan indienen, die het verplicht zal stellen om de Points of Single Contact (PSC) van de Dienstenrichtlijn breder open te stellen en gebruiksvriendelijker te maken.

Eén van de vernieuwingen in Noord-Brabant is de elektronische ‘Berichtenbox’. Deze staat bedrijven toe om veilig en eenvoudig met overheden te communiceren. Berichten die via de box worden verstuurd zijn beveiligd en worden gegarandeerd beantwoord. Artikel 8 Dienstenrichtlijn en de artikelen 12, leden 5,6 jo. art.14 lid 1, sub b Dienstenwet vormen een uitzondering op het nevenschikkingsbeginsel wat krachtens de Awb voor de overheid geldt voor post- of elektronische verzending. Als een ondernemer de Berichtenbox als communicatiekanaal kiest, dient de overheid deze keuze te respecteren. Hij kan dit kenbaar maken door een verzoek in te zenden via zijn Berichtenbox, of door zijn Berichtenboxnaam op te geven in een aanvraagformulier. Alle communicatie daarna, ook tussen adviserende overheden onderling, verloopt dan via de Berichtenbox. Dat is het idee althans: in de praktijk signaleert Hogenhuis dat medewerkers soms toch

om een normale brief verzoeken, of e-mail gebruiken. Waar dit blijkt uit de monitor wordt een besluit alsnog geüpload in de Berichtenbox ('correcte bekendmaking' in de zin van de Awb). De Berichtenbox is een werkweek sneller dan reguliere post en aanzienlijk veiliger dan e-mail, "onze grootste concurrent". Het gebruik van e-mail wordt teruggedrongen, maar is nog steeds "feitelijk geaccepteerd". Dat is "hartstikke onveilig", volgens Hogenhuis, "maar hier is slechts een gering bewustzijn van". Met de invoering van de Berichtenbox wordt verwacht de komende vijftien jaar "tot € 460 miljoen aan kosten te besparen". In 2014 maakten al 66 Brabantse gemeentes en drie omgevingsdiensten gebruik van de dienst.

Ook bespreekt Hogenhuis de Samenwerkende Catalogi. Dit is een systeem dat conform artikelen 7 t/m 9 Dienstenwet moet garanderen dat alle e-formulieren en andere informatie over vergunningsstelsels via één centraal loket bereikbaar zijn voor ondernemers. Dergelijke informatie moet "duidelijk, ondubbelzinnig en gemakkelijk toegankelijk" zijn. De praktijk is echter dat de Samenwerkende Catalogi minder e-formulieren bevat dan te vinden op de website van decentrale overheden, omdat de instructies voor het plaatsen van formulieren slecht worden nageleefd. Bij beschrijvingen en aanvraagformulieren van Dienstenwetvergunningen ontbreekt informatie of een invulveld voor een Berichtenboxnaam. Dit staat op gespannen voet met artikel 8 jo 14 lid 1, sub c Dienstenwet. "Hier is nog veel werk te verrichten", aldus Hogenhuis.

Voor de toekomst zou Hogenhuis graag een generieke wet zien over de 'e-Overheid', met regels over het gebruik van de Berichtenbox. Daarnaast zou een rijksbrede norm voor de omgang met e-mailverkeer wenselijk zijn. Wat betreft de Catalogi pleit Hogenhuis voor een betere kwaliteit en sturing van de gegevensverwerking. Het creëren van een autoriteit die de naleving handhaaft is hiervoor "cruciaal". Ten slotte is het zaak om het gebruik van de Berichtenbox te bevorderen, zowel onder overheden als ondernemers. Desgevraagd blijkt nog geen van de aanwezige ondernemers een account te hebben voor de Berichtenbox. Als het aan Hogenhuis ligt, komt hier snel verandering in.

Discussie

Na de lezing van Hogenhuis is er ruimte voor vragen uit het publiek. Hoe verhit het debat over de reikwijdte van de richtlijn gaat, blijkt nog eens duidelijk als de verwijzingsuitspraken over de Amsterdamse vergunningsstelsels weer ter sprake komen.¹⁶ Prof. mr. Bart Hessel (Universiteit Utrecht) neemt het woord. Volgens een letterlijke interpretatie van de Dienstenrichtlijn is die alleen van toepassing op grensoverschrijders, stelt hij. De sporen daarvan zijn naar zijn idee terug te vinden in de Dienstenwet: daarin staat niet expliciet dat deze ook wordt toegepast op Nederlanders. In de memorie van toelichting en in de modelverordeningen van de VNG over de Dienstenrichtlijn is echter te vinden dat dit wel zo zou moeten zijn. Vanuit dat oogpunt vindt Hessel het "heel merkwaardig" dat de Afdeling prejudiciële vragen heeft gesteld over de toepasbaarheid van de Dienstenrichtlijn: "het Hof zal zonder meer zeggen dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is". In een andere uitspraak van de Afdeling, over het verbod op de verkoop van alcohol in benzinestations, betreurt Hessel juist dat er geen vraag is gesteld.¹⁷ De Afdeling oordeelde daar dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op de verkoop van goederen in tankstations. Weliswaar is dat in lijn met eerdere rechtspraak van het Hof,¹⁸ maar Hessel meent dat uit de praktijk in verschillende lidstaten, waaronder Nederland, blijkt dat de Dienstenrichtlijn ook op detailhandel van toepassing zou moeten zijn.

Hierop wordt gereageerd uit het publiek: "als de Dienstenwet had willen bepalen dat deze alleen van toepassing moest zijn op grensoverschrijdend verkeer, dan had dat expliciet geregeld moeten zijn."

¹⁶ Zie voetnoot 2.

¹⁷ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3770, Gst. 2015/5, m.nt. B. Hessel.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld C-20/03 *Burmanjer* (ECLI:EU:C:2005:307), punt 33 e.v. en daar aangehaalde rechtspraak.

Dat is niet zo, en dus geldt de Dienstenwet ook voor Nederlanders. Dit blijkt ook uit de richtlijn zelf: “de richtlijn zegt in Hoofdstuk 3 niet dat er van grensoverschrijdend verkeer sprake moet zijn.” Het probleem is alleen, vindt de spreker, dat artikel 9 en artikel 10 van dat hoofdstuk niet in de Dienstenwet zijn geïmplementeerd, zoals Marleen Botman eerder vanmiddag al aankaartte. Dit levert in de praktijk problemen op: bestuursorganen achten de Dienstenrichtlijn niet van toepassing omdat die alleen van toepassing zou zijn op grensoverschrijdend verkeer, en in de Dienstenwet is niets opgenomen. Zo bezien vindt de spreker het juist goed dat er prejudiciële vragen zijn gesteld, “om de simpele reden dat er dan opheldering komt over de wijze waarop de Dienstenrichtlijn in de Dienstenwet geïmplementeerd is”.

Uit het publiek komt een vraag over considerans 9 van de Dienstenrichtlijn. In het arrest *Libert e.a.*, over een Vlaamse regel van ruimtelijke ordening en sociale huisvesting, gebruikte het Hof deze overweging wel degelijk om te beargumenteren dat de bestreden maatregel niet binnen het bereik van de richtlijn viel.¹⁹ “Wat betekent dit voor de vraag in hoeverre de Dienstenrichtlijn van toepassing is op regels van ruimtelijke ordening?” vraagt de spreker aan Marleen Botman. Hierop antwoordt Botman dat het Hof in artikel 2 ook nog andere argumenten vond voor de niet-toepasselijkheid van de richtlijn.²⁰ “Het is dus de vraag of considerans 9 zwaar heeft meegewogen, of dat het gewoon een soort nadere onderbouwing was”, stelt Botman.

Annemarie Drahmann vraagt Paul Hogenhuis naar de mogelijkheid van een bredere toepassing van de Berichtenbox en de Samenwerkende Catalogi: “het lijkt mij ideaal om voor al mijn vergunningen en alle regelgeving op één plek terecht te kunnen, bijvoorbeeld op overheid.nl. Zouden we dus eigenlijk niet nog verder moeten gaan? Kan uw pilot uiteindelijk overheidsbreed gebruikt worden, zodat je als burger op basis van je postcode alle vergunningen en regels in je omgeving kan vinden, aangevuld met een e-mailattendering?” Via de Samenwerkende Catalogi is het al mogelijk om te zoeken op de postcode en op activiteit, aldus Hogenhuis. Daarmee vind je alle vergunningsstelsels die voor die activiteit gelden. Op de vraag of dit systeem gekoppeld zal worden aan de Laan van de Leefomgeving van de nieuwe Omgevingswet, reageert Hogenhuis bevestigend. Je kunt nu al als ondernemer een aanvraag indienen in het Omgevingsloket, en vervolgens berichten ontvangen via de Berichtenbox. “Alleen: ondernemers moeten het wel gebruiken. Heel veel mensen weten het niet, maar het is hartstikke handig.” Van den Berghe vult aan dat de Catalogus wel afhankelijk is van de inspanningen van decentrale overheden zelf: “als er op de gemeentelijke website geen informatie ontsloten wordt, kan de Samenwerkende Catalogi daar geen gebruik van maken. Het is een grote stofzuiger die de websites van alle gemeenten leegzuigt en dan centraliseert.” Ook het Handelsregistersbesluit is er al op toegerust om ondernemers en overheden via de Berichtenbox te laten communiceren. Een ondernemer kan in het Handelsregister zijn Berichtenboxnaam vermelden, en wordt daarmee geacht elektronisch bereikbaar te zijn. Een overheidsorgaan kan dan via de Berichtenbox zelf contact opnemen met een ondernemer.

Conclusie

We mogen concluderen dat de Dienstenrichtlijn inderdaad geen “rustig bezit” is, met de woorden van Patrick van den Berghe. De richtlijn, die bij de onstuimige totstandkoming de bijnaam *Frankensteinrichtlijn* kreeg, is intussen geïmplementeerd in de Dienstenwet en daarmee wat minder angstaanjagend geworden. Vijf jaar na de implementatie in de Dienstenwet roept het echter nog steeds de nodige vraagtekens op. Waarom betreft het hoofdstuk over dienstverlening exclusief de grensoverschrijdende gevallen, terwijl het hoofdstuk over vestiging dit niet noemt? Wat zegt het over een richtlijn dat de voornaamste bezigheid van juristen is om te discussiëren over de gebrekkige implementatie en de reikwijdte ervan? Zijn detailhandelaren ook dienstverleners, en kunnen zij eisen

¹⁹ C-197/11 en C-203/11 *Libert e.a.* (ECLI:EU:C:2013:288), punt 104.

²⁰ *Ibid.*, punt 105.

van ruimtelijke ordening aanvechten onder de richtlijn? De bijeenkomst bood een aantal interessante gezichtspunten, maar het verlossende woord zal waarschijnlijk uit Luxemburg moeten komen.