

Vergaderjaar 2008-2009

**31579** Implementatie van Europese regelgeving betreffende het verkeer van diensten op de interne markt (Dienstenwet)

## **F NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD**

Vastgesteld 23 juli 2009

### **Inleiding**

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van de nadere vragen van de leden van de verschillende fracties. Zoals ik in juni per brief (Kamerstukken I 2008/09, 31 579, nr. D) uiteen heb gezet, zal een tijdige afronding van de behandeling van dit wetsvoorstel er in belangrijke mate toe bijdragen dat alle werkzaamheden kunnen worden verricht om te komen tot een volledige en tijdige implementatie van de dienstenrichtlijn per 28 december 2009. Ik vertrouw er dan ook op dat deze beantwoording van het nader voorlopig verslag, die ik u mede namens de Minister van Justitie doe toekomen, spoedige afronding van de behandeling van dit wetsvoorstel mogelijk maakt.

### **Lex silencio positivo**

De leden van de VVD-fractie vroegen de regering naar aanleiding van de in de Tweede Kamer aangenomen motie (Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. 18) om een antwoord op de vraag hoe de *lex silencio positivo* in de buiten het wetsvoorstel Dienstenwet vallende vergunningstelsels wordt ingevoerd, dan wel welke doorslaggevende redenen er bestaan om hier niet toe over te gaan. Ik verwijs naar de brief over de uitvoering van deze motie die de Minister van Justitie, mede namens de Staatssecretaris van Economische Zaken, op 9 juli 2009 naar de Tweede Kamer heeft gestuurd. Deze brief bevat de resultaten van de gevraagde heroverweging en geeft een overzicht van die vergunningstelsels *buiten* het wetsvoorstel Dienstenwet waar alsnog de *lex silencio positivo* zal worden ingevoerd of waar andere maatregelen zijn of nog worden getroffen, zoals afschaffing of omzetting in algemene regels. Ook is in deze brief een overzicht opgenomen van die gevallen waarin invoering van de *lex silencio positivo* een te groot maatschappelijk risico oplevert, dan wel juridisch of feitelijk onmogelijk is of tot onwenselijke situaties leidt.

De leden van de PvdA-fractie vroegen hoe de *lex silencio positivo* zich verhoudt tot de adviezen van de Commissie-Elverding, die er volgens deze leden op aandringt voldoende tijd te nemen om tot goede besluitvorming te komen teneinde veel bezwaarprocedures te voorkomen. Deze Commissie heeft begin 2008 geadviseerd over mogelijkheden om de besluitvorming over grote infrastructurele projecten te versnellen. Het is dan ook zeker niet zo, dat deze Commissie in algemene zin heeft geadviseerd om meer tijd te nemen voor de besluitvorming. Wel heeft de Commissie erop gewezen dat het van belang is om in de beginfase van een project, dus bij de planvorming, te zorgen voor voldoende draagvlak, juist om te voorkomen dat in latere fasen vertraging optreedt. Toepassing van de *lex silencio positivo* in de fase van de vergunningverlening past zeer wel in deze benadering. Voor iedere vergunning onder het wetsvoorstel Dienstenwet geldt dat toepassing van de *lex silencio positivo* kan worden uitgezonderd op grond van dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van het rechtmatig belang van een derde partij, waarbij worden meegewogen de omvang en onomkeerbaarheid van eventuele onwenselijke gevolgen die kunnen optreden indien stilzwijgend een vergunning wordt verleend. De termijn die nodig is voor besluitvorming kan afzonderlijk worden vastgelegd.

De leden van de PvdA-fractie merkten op dat de regering bij de beantwoording van de vragen van deze leden de indruk wekt dat zij geheel geen nadelen verbonden ziet aan de *lex silencio positivo*. De leden van de PvdA-fractie vroegen of deze indruk juist is. Zowel tijdens de onderhandelingen over de dienstenrichtlijn als tijdens de implementatie heeft de regering de mogelijke risico's en nadelen van de *lex silencio positivo* onderkend en getracht deze nadelen door zowel de inzet tijdens de onderhandelingen als bij de juridische vormgeving van het kader voor de *lex silencio positivo* zoveel mogelijk weg te nemen. Zo is mede door de Nederlandse inzet gedurende de onderhandelingen bewerkstelligd dat het rechtmatig belang van derden, naast de dwingende redenen van algemeen belang, ook een grond kan zijn om af te wijken van het principe van de *lex silencio positivo* (zie de memorie van toelichting bij het Dienstenwetsvoorstel, Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, paragraaf 2.3). Tevens is over de *lex silencio positivo* zowel in de context van de dienstenrichtlijn als in breder verband een voorlichting gevraagd bij de Raad van State waarop vervolgens een kabinetsstandpunt is geformuleerd (zie Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 224). In dit kabinetsstandpunt en in de memorie van toelichting bij het Dienstenwetsvoorstel wordt uitgebreid stilgestaan bij de voor- en nadelen en risico's verbonden aan de *lex silencio positivo*. Er is bijvoorbeeld aangegeven dat er een risico kan ontstaan dat van rechtswege verleende vergunningen niet kenbaar zijn voor derden, waardoor de rechtsbescherming van derdenbelanghebbenden kan worden aangetast. Ook is onderkend dat het voor een aanvrager die een beschikking van rechtswege heeft verkregen, zeer wenselijk en zelfs noodzakelijk kan zijn om een formele bevestiging te hebben van het feit dat de beschikking van rechtswege is verleend, bijvoorbeeld als de aanvrager onderworpen wordt aan een controle en het bezit van de beschikking wordt gevraagd. Eén van de kernconclusies van het kabinetsstandpunt is, in lijn met de opmerkingen van de Raad van State, dat bij de invoering van de *lex silencio positivo* de juridische vormgeving goed geregeld moet zijn (zie Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 224, blz. 6). Bij de wettelijke regeling zoals voorzien in artikel 61 van het wetsvoorstel Dienstenwet zijn de mogelijke nadelen en risico's verbonden aan de toepassing van de *lex silencio positivo* zoveel mogelijk weggenomen en is de *lex silencio positivo* ingepast in het Nederlandse bestuursrecht. In verband hiermee wordt het bestuursorgaan verplicht om een van rechtswege verleende beschikking binnen twee weken bekend te maken (zie artikel 4:20c Awb). Ook het voorschrift opgenomen in artikel 4:20f Awb dat het bestuursorgaan aan de beschikking van rechtswege alsnog voorschriften kan verbinden of de beschikking kan intrekken voor zover dit nodig is om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen, past in de zorgvuldige invoering en toepassing van de *lex silencio positivo*. Wat betreft het risico dat beslistermijnen ontoereikend blijken te zijn, bijvoorbeeld door de complexiteit van de procedure, kan worden gewezen op de mogelijkheid om bij wettelijk voorschrift voor een vergunningsprocedure een passende beslistermijn vast te leggen.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat van doorslaggevend belang is dat de beoordeling of op een bepaald vergunningstelsel het principe van de *lex silencio positivo* kan worden toegepast, zorgvuldig en goed onderbouwd plaatsvindt. Als de risico's verbonden aan de toepasselijkheid van de *lex silencio positivo* te groot zijn en een dwingende reden van algemeen belang op onaanvaardbare wijze wordt aangetast, dient te worden afgezien van de toepasselijkheid van de *lex silencio positivo* en moet deze uitzondering bij wettelijk voorschrift voor het desbetreffende vergunningstelsel worden vastgelegd. Dat volgt uit de verantwoordelijkheid van de regelgever die het desbetreffende vergunningstelsel heeft vastgesteld om de daarmee geborgde publieke belangen voldoende te bewaken.

Naar de mening van de leden van de PvdA-fractie legt de regering de bal wel heel eenzijdig bij de gemeenten en anderen. Daarbij merkten de leden van de PvdA-fractie op dat de service en vergunningverlening bij gemeenten en anderen vaak veel beter is dan bij de Rijksoverheid. De leden van de PvdA-fractie vroegen naar de opvatting van de regering. De verplichting tot het invoeren en toepassen van de *lex silencio positivo* geldt voor alle overheidsinstanties, zowel op rijksniveau als op decentraal niveau, die vergunningsstelsels beheren die binnen de reikwijdte van de dienstenrichtlijn vallen. Dat de regering oog heeft voor de positie van decentrale overheden blijkt uit het

overgangsrecht dat is neergelegd in de artikelen 65 en 66 van het wetsvoorstel. Met dit overgangsrecht wordt getracht de last van het juridisch-technisch vastleggen van de toepassing van de *lex silencio positivo* voor decentrale overheden enigszins in te perken. Voorts investeert het Ministerie van Economische Zaken, in samenwerking met het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het Ministerie van Justitie, in de voorlichting en voorbereiding van decentrale overheden op de invoering van de dienstenrichtlijn en het wetsvoorstel Dienstenwet. Eventuele verschillen in service en vergunningverlening nemen niet weg dat uitvoering moet worden gegeven aan een dwingende verplichting tot de invoering en toepassing van de *lex silencio positivo* zoals neergelegd in artikel 13, vierde lid, van de dienstenrichtlijn.

De leden van de SP-fractie vroegen om een nadere toelichting van de ratio achter de *lex silencio positivo* in het licht van de overheid als betrouwbare partner voor burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties. Met dit laatste wordt tot uitdrukking gebracht dat in de eerste plaats van overheden mag worden verwacht dat zij hun verplichtingen ten opzichte van burgers en bedrijfsleven nakomen door te beslissen op een aanvraag binnen de beslistermijn die daarvoor geldt. Mocht het echter onverhoopt toch voorkomen dat door een bestuursorgaan niet aan deze verplichting wordt voldaan, dan is de toepassing van de *lex silencio positivo* in bepaalde gevallen een adequaat middel om te verhinderen dat de aanvrager daardoor benadeeld wordt, door bij het uitblijven van de beslissing binnen de geldende termijn van rechtswege positief op zijn aanvraag te beschikken.

De regeling van de *lex silencio positivo* zoals voorzien in artikel 61 van het wetsvoorstel Dienstenwet waarmee de Awb wordt gewijzigd, zorgt ervoor dat niet alleen het principe van de *lex silencio positivo* als bedoeld in artikel 13, vierde lid, van de dienstenrichtlijn in de Nederlandse wetgeving wordt geïntroduceerd (in samenhang met artikel 28 en 29 van het wetsvoorstel Dienstenwet), maar dat ook een transparante situatie ontstaat waarbij het voor de belanghebbenden voldoende duidelijk wordt en zeker is welke rechten en verplichtingen gelden. Zonder de regeling voorzien in artikel 61 kan het principe van de *lex silencio positivo* geen effectieve werking hebben in de Nederlandse rechtsorde. Het enige andere alternatief zou bestaan uit het per vergunningstelsel waar de *lex silencio positivo* op van toepassing is, regelen van de inhoudelijke en procedure waarborgen en kaders zoals opgenomen in artikel 61 van het wetsvoorstel Dienstenwet. Bovendien biedt dit alternatief geen oplossing voor de vergunningstelsels van medeoverheden waar de *lex silencio positivo* op van toepassing wordt: de decentrale regelgever kan immers niet wetgeving in formele zin aanvullen of aanpassen om de goede werking van de *lex silencio positivo* ten aanzien van de eigen vergunningstelsels te regelen.

De leden van de SP-fractie merkten op dat de regering in de memorie van antwoord heeft aangegeven dat de huisvestingsvergunning niet onder de reikwijdte van de dienstenrichtlijn valt, maar dat bij een herziening van de Huisvestingswet wel de mogelijkheden worden onderzocht om de *lex silencio* toe te passen. De leden van de SP-fractie vroegen of dit onderzoek naar de toepassing van de *lex silencio* bij de Huisvestingswet mogelijk wordt als gevolg van de met het wetsvoorstel Dienstenwet te wijzigen Awb. De wijziging van de Algemene wet bestuursrecht door artikel 61 van het wetsvoorstel is geen noodzakelijke voorwaarde voor het vormen van een oordeel omtrent de vraag of ten aanzien van een specifiek vergunningstelsel de *lex silencio positivo* kan worden toegepast. Ook voor de introductie van paragraaf 4.1.3.3. van de Algemene wet bestuursrecht via dit wetsvoorstel kende het Nederlandse bestuursrecht al de figuur van de *lex silencio positivo*. In de Woningenwet, Monumentenwet, de Mededingingswet en de Mijnbouwwet wordt al met een vorm van de *lex silencio positivo* gewerkt (zie de memorie van toelichting bij het Dienstenwetsvoorstel, Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, blz. 47-48). Wel heeft de voorgestelde wijziging van de Algemene wet bestuursrecht tot gevolg dat als bij een beoordeling van een vergunningstelsel geconcludeerd wordt dat de *lex silencio positivo* kan worden toegepast, de noodzakelijke bestuursrechtelijke inkadering niet in de specifieke wet hoeft plaats te vinden, maar kan worden aangesloten en verwezen naar het kader neergelegd in de nieuwe paragraaf 4.1.3.3. Awb.

De leden van de fracties van de SGP en de ChristenUnie constateerden met positieve waardering dat de aanpassing die door de Tweede Kamer in het wetsvoorstel ten aanzien van de *lex silencio positivo* werd aangebracht, door de regering wordt herhaald en ondersteund. Hierdoor zal de *lex silencio positivo* automatisch gelden behalve waar een uitzondering is voorgesteld. De leden van de fracties van de SGP en de ChristenUnie stelden vast dat decentrale overheden nu tot 2012 de tijd hebben om aan te geven voor welke vergunningen de *lex silencio positivo* niet zal gelden. Deze leden vroegen of dit nu betekent dat de handhaving minder stringent zal zijn. De verplichting op grond van artikel 13, vierde lid, dienstenrichtlijn om voor 28 december 2009 te beoordelen of een dwingende reden van algemeen belang – met inbegrip van het rechtmatig belang van een derde – zich al dan niet verzet tegen de toepassing van het beginsel van de *lex silencio positivo*, blijft onverkort van toepassing. Het overgangsrecht zoals voorzien in de artikelen 65 en 66 van het wetsvoorstel Dienstenwet doet aan deze verplichting niets af en heeft geen effect op de handhaving van deze verplichting: de decentrale overheden zullen een oordeel moeten vellen of voor de vergunningstelsels die onder de reikwijdte van de dienstenrichtlijn vallen, afgeweken moet worden van het principe van de *lex silencio positivo*. De implementatie van de uitkomsten van deze beoordeling in de regelgeving van de medeoverheden waarin deze vergunningstelsels zijn opgenomen, kent evenwel een overgangsregime neergelegd in de artikelen 65 en 66 van het wetsvoorstel. Hierdoor wordt voorkomen dat de decentrale overheden geconfronteerd worden met een grote aanvullende regelgevingsverplichting die binnen een zeer korte tijdspanne gerealiseerd moet worden, namelijk voor 28 december 2009. Dit is de strekking van het overgangsregime zoals voorzien bij het gewijzigd amendement Vos/Van Dijk (Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. 14). Het is naar de inschatting van zowel de indieners van het amendement als de regering voor decentrale overheden een minder omvangrijke inspanning om voor 28 december 2009 alleen bij die vergunningstelsels waar de *lex silencio positivo* wél van toepassing moet zijn, dit expliciet te implementeren door bij wettelijk voorschrift paragraaf 4.1.3.3. van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing te laten worden, dan onverkort het omgekeerde principe toe te passen zoals voorzien in artikel 28 van het wetsvoorstel Dienstenwet. Hiermee worden de decentrale overheden zo goed mogelijk in staat gesteld om op tijd aan de verplichtingen van de dienstenrichtlijn te kunnen voldoen en op de langere termijn het hoofdprincipe van artikel 28 alsnog te implementeren in hun regelgeving. Het overgangsrecht heeft dus geen effect op de handhaving wat betreft de inhoudelijke beoordeling of afgeweken moet worden van het principe van de *lex silencio positivo*, maar verlicht wel enigszins en tijdelijk de regelgevingstechnische implementatie voor de decentrale overheden.

### **Consumentenautoriteit**

De leden van de fracties van de SGP en de ChristenUnie vroegen voorts of, ten aanzien van de informatieverplichtingen, volstaan had kunnen worden met de mogelijkheid van privaatrechtelijke handhaving. Daarnaast vroegen deze leden of artikel 62 onder B (na henummering: artikel 63 onder B) een noodzakelijke implementatie is. Bij de implementatie van een richtlijn komt een lidstaat, gelet op de aard van het instrument, een zekere vrijheid toe bij de wijze waarop een richtlijn wordt geïmplementeerd in de nationale rechtsorde. Daarbij geldt wel de verplichting dat een lidstaat zorgdraagt voor een effectieve implementatie en werking van de richtlijn en alle passende maatregelen neemt die geschikt zijn om de nakoming van de Europese verplichtingen te waarborgen. Dit omvat een verplichting om zorg te dragen voor een uniforme en adequate handhaving van het Europees recht. Dit volgt uit artikel 10 van het EG-verdrag (beginsel van gemeenschapstrouw) en daarmee samenhangende Europese jurisprudentie (zie in het bijzonder arrest Von Colson en Kamann, zaak 14/83 en het arrest Griekse maïs, zaak 68/88). In paragraaf 7.2 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is uitgelegd op welke wijze artikel 22 van de dienstenrichtlijn wordt geïmplementeerd. Daarbij is aangegeven dat op zich kan worden volstaan met privaatrechtelijke handhaving van de informatieverplichtingen opgenomen in de nieuwe afdeling 2a in titel 6.5 van het Burgerlijk Wetboek. Vervolgens worden verschillende argumenten aangegeven waarom

daarnaast ook gekozen is voor bestuursrechtelijke handhaving in geval van een collectieve inbreuk op consumentenrechten door de Consumentenautoriteit via een aanpassing van de Wet Handhaving Consumentenbescherming. Eén van de pijlers van het huidige Nederlandse consumentenbeleid is de vermindering van het aantal collectieve inbreuken op consumentenrechten door middel van het uitbreiden van de handhaving van voorschriften inzake nationale en Europese wetgeving ter bescherming van de belangen van de consument. De regering heeft er indertijd bewust voor gekozen om naast privaatrechtelijke handhaving ook een publiekrechtelijke toezichthouder op te richten. Dit heeft in 2007 geleid tot de oprichting van de publiekrechtelijke toezichthouder de Consumentenautoriteit.

Voor een antwoord op de vraag of voor de keuze voor handhaving door de Consumentenautoriteit een juridische noodzaak bestaat, is van belang dat vergelijkbare informatieverplichtingen zoals neergelegd in artikel 5, eerste lid, van de richtlijn elektronische handel (richtlijn 2000/31/EG) en artikel 4 van de richtlijn bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (richtlijn 1997/7/EG) ook bestuursrechtelijk worden gehandhaafd via de toepasselijkheid van de Wet Handhaving Consumentenbescherming. Uit de Europese jurisprudentie volgt dat de handhaving van het gemeenschapsrecht ten minste gelijkwaardig aan de handhaving van het nationale recht moet zijn en bovendien doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn (arrest Griekse maïs, zaak 68/88, en meer recent arrest Berlusconi, gevoegde zaken C-387/02, C-391/02, C-403/02, paragraaf 65). Deze beginselen staan bekend als het assimilatiebeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Daarbij gaat doeltreffendheid voor gelijkwaardigheid (zie arrest San Giorgio, zaak 199/82). Nu de Nederlandse wetgever voor de handhaving van deze richtlijnen mede in het licht van de Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming (Verordening (EG) nr. 2006/2004) tot de conclusie is gekomen dat dergelijke informatieverplichtingen ook langs bestuursrechtelijke weg gehandhaafd moeten worden, ligt het niet in de rede om bij de implementatie van de informatieverplichting van artikel 22 van dienstenrichtlijn te kiezen voor slechts privaatrechtelijke handhaving. Nederland zou zich daarmee blootstellen aan het juridische verwijt dat deze vorm van handhaving als niet gelijkwaardig en onvoldoende doeltreffend wordt gezien. Mede om een dergelijk risico uit te sluiten is gekozen voor aansluiting bij de handhavingssystematiek zoals neergelegd in de Wet Handhaving Consumentenbescherming voor vergelijkbare informatieverplichtingen. Zoals ook in de reeds genoemde paragraaf 7.2 van de memorie van toelichting bij het Dienstenwetsvoorstel is aangegeven, is publiekrechtelijk toezicht bovendien maatschappelijk efficiënter, omdat het niet alleen de consument, maar ook de rechterlijke macht ontlast. Met de voorgestelde regeling heeft de consument een sterkere positie gekregen dan de andere categorie afnemers van diensten, namelijk het bedrijf. Dit is conform Nederlands en Europees beleid, dat voor consumenten een sterkere rechtspositie nastreeft dan die van een afnemend bedrijf. De dienstenrichtlijn schrijft niet voor dat beide groepen afnemers even sterk en actief beschermd hoeven te worden. Wel stelt de richtlijn enkele malen in meer algemene termen dat met name de positie van de consument versterkt moet worden. Indien voor consumenten slechts de privaatrechtelijke weg openstaat is de drempel om daadwerkelijk de gang naar de rechter te maken vaak te hoog. Doordat de Consumentenautoriteit belast is het met het toezicht en de handhaving kan de consument op een laagdrempelige manier een klacht indienen via ConsuWijzer. Deze klachten dienen als signaal voor de Consumentenautoriteit op basis waarvan zij in voorkomend geval tot handhaving kan overgaan.

De leden van de fracties van de SGP en de ChristenUnie vroegen of handhaving van de informatieverplichtingen door de Consumentenautoriteit invloed heeft op een gelijk speelveld voor ondernemers. Allereerst zij opgemerkt dat, binnen de reikwijdte van de dienstenrichtlijn, voor alle ondernemers dezelfde informatieverplichtingen gelden. De lidstaten zijn verplicht om op de naleving daarvan toe te zien. De richtlijn zorgt op dit vlak dus voor een gelijk speelveld. Er zijn verschillen in de wijze waarop de lidstaten het toezicht en de handhaving vormgeven. Dat is op dit moment slechts gedeeltelijk bekend. Een drietal landen heeft hun horizontale implementatiewetgeving aangenomen, van een aantal andere lidstaten zijn hun voornemens op dit gebied bekend. De manier van

implementeren verschilt per lidstaat. Er zijn landen waar het toezicht en de handhaving (mede) via de bestuursrechtelijke weg plaatsvindt. Daarbij is een rol weggelegd voor bijvoorbeeld partijen vergelijkbaar met de Consumentenautoriteit of een Ombudsman, dit zijn in elk geval België, Denemarken, Roemenië en het Verenigd Koninkrijk. In Tsjechië staat alleen de route naar de civiele rechter open. In Nederland is, conform het huidige consumentenbeleid, naast privaatrechtelijke handhaving door individuele afnemers via de rechter, handhaving door de Consumentenautoriteit mogelijk in geval van een collectieve inbreuk op consumentenrechten. Hiermee wordt de bescherming van de consument versterkt. Uitgangspunt hierbij is dat deze toezichthouder alleen dan ingrijpt als marktpartijen niet in staat blijken het consumentenrecht goed na te leven. De Consumentenautoriteit beschikt dan ook niet over een generieke inspectiebevoegdheid. Concreet betekent dit dat zij de ondernemer alleen kan vragen om informatie bijvoorbeeld, indien er sprake is van een vermoeden dat de ondernemer zich niet aan de regels houdt. Er is dus geen sprake van een generieke informatieplicht. De lasten die voor ondernemers voortvloeien uit de toezicht- en handhavingfunctie van de Consumentenautoriteit, zijn dusdanig beperkt, dat deze geen invloed hebben op het gelijke speelveld.

### **Grensoverschrijdende arbeid**

De leden van de PvdA-fractie vroegen zich af of de visie van de regering in antwoord op de vraag van de leden van de SP-fractie over de uitspraken van het Hof van Justitie inzake de verhoudingen tussen enerzijds het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging en anderzijds het arbeidsrecht en de mogelijkheid om collectieve acties te voeren, wel juist is. De leden van de PvdA-fractie merkten daarbij op dat in artikel 4, onderdeel 7, van de dienstenrichtlijn immers klip en klaar is opgeschreven dat CAO's niet als belemmering mogen worden beschouwd voor het vrij verkeer van diensten. Onder verwijzing naar de zaak Laval stelden de leden van de PvdA-fractie dat de rechter zich in feite een oordeel heeft aangemeten, met een beroep op de detacheringsrichtlijn, over de aard en niveau van arbeidsvoorwaarden die toelaatbaar zouden zijn onder de vrijheden van de interne markt. Op grond hiervan concludeerden de leden van de PvdA-fractie dat de vrijheid van de interne markt prevaleert boven de nationale tradities van onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden. De leden van de PvdA-fractie vroegen om een reactie van de regering. Deze leden stipten verschillende aspecten aan over de verhouding tussen enerzijds het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging en anderzijds het arbeidsrecht en de mogelijkheid om collectieve acties te voeren. Allereerst kan opgemerkt worden dat uit artikel 4, onderdeel 7, van de dienstenrichtlijn volgt dat regels vastgelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten waarover door sociale partners is onderhandeld, niet als eisen in de zin van de dienstenrichtlijn kunnen worden beschouwd. Dit laat onverlet dat deze regels onder het EG-verdrag zelf wel als mogelijke belemmeringen van het vrij verkeer kunnen worden aangemerkt. Zoals al in de memorie van antwoord op vragen van de leden van de SP-fractie is aangegeven (Kamerstukken I 2008/09, 31 579, nr. C, blz. 5 onderaan), is het niet mogelijk dat een bepaling in de dienstenrichtlijn de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten (artikelen 43 en 49 EG) in hun werking verandert. Daarvoor is een ander type regulering nodig dan waarin de dienstenrichtlijn voorziet en op grond van andere rechtsgrondslagen. Vervolgens kan worden opgemerkt dat de waarde van de door de leden van de PvdA-fractie aangehaalde tekst zeer beperkt is, gelet op de veel ruimere en belangrijke uitzonderingen die zijn opgenomen in artikel 1, zesde en zevende lid, van de dienstenrichtlijn. De zinsnede dat regels vastgelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten waarover door sociale partners is onderhandeld, niet als eisen in de zin van de dienstenrichtlijn kunnen worden beschouwd, is bij amendement nr. 90 door het Europees Parlement in eerste lezing in de richtlijn gevoegd. Tegelijkertijd heeft het Europees Parlement ook in eerste lezing de strekking van het zesde lid en zevende lid aan artikel 1 toegevoegd (zie amendementen nr. 297 en nr. 298). Door deze amendering van artikel 1 is elke invloed van de dienstenrichtlijn uitgesloten zowel op het arbeidsrecht (met inbegrip van de contractuele bepalingen tussen werkgevers en werknemers zoals CAO's) als op de sociale zekerheidswetgeving van de lidstaten. Collectieve arbeidsovereenkomsten zijn dus op grond van deze bepaling volledig uitgezonderd van

de reikwijdte van de dienstenrichtlijn. Juist ten aanzien van de verhouding tussen de laatste zinsnede bij artikel 4, onderdeel 7, en artikel 1, zesde lid, heeft de Europese Commissie tijdens een raadsvergadering na de eerste lezing onderstreept dat zowel algemeen verbindend verklaarde CAO's als andere CAO's volledig onder de uitzondering van artikel 1, zesde lid, vallen en daarmee het nuttig effect aan de laatste zin van artikel 4, zevende lid, is ontvallen. Bij de tweede lezing heeft Commissaris McCreevy ten overstaan van het Europees Parlement uitdrukkelijk verklaard: "*Labour law is completely removed.*" Bovendien staat op grond van artikel 1, zevende lid, ook vast dat de dienstenrichtlijn geen afbreuk doet aan het recht om over collectieve arbeidsovereenkomsten te onderhandelen en deze te sluiten en de naleving ervan af te dwingen. Daaruit volgt bovendien dat de dienstenrichtlijn niet het relevante kader om in voorkomend geval te toetsen of een vakbondsactie in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht noch dient een vakbondsactie aan de dienstenrichtlijn te worden getoetst (zie in dit verband ook overwegingen 14 en 15 van de dienstenrichtlijn). Ten slotte kunnen een aantal mogelijke misverstanden worden weggenomen over de werking van de detachingsrichtlijn en de verhouding tussen arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden en het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de detachingsrichtlijn het omgekeerde regelt van hetgeen de leden van de PvdA-fractie betogen. De detachingsrichtlijn zorgt ervoor dat bij tijdelijke detachering in een ander EU-land, de harde kern van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van het land van bestemming van kracht zijn, ongeacht de regels en contracten in de lidstaat van herkomst. In de tweede plaats geldt dat de lidstaat van bestemming bepaalt wat de harde kern van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden is. In de derde en laatste plaats geldt dat als bij het vaststellen van de harde kern van arbeidsvoorwaarden goed rekening wordt gehouden met de vormvereisten die de detachingsrichtlijn stelt, deze harde kern aan een buitenlandse dienstverrichter kan worden tegengeworpen wanneer een dienstverrichter grensoverschrijdend een dienst komt verrichten en daarbij zijn eigen werknemers uit zijn lidstaat van oorsprong meeneemt. Zoals in de memorie van antwoord reeds uiteen is gezet, zijn algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen die betrekking hebben op die harde kern van arbeidsvoorwaarden, ook van toepassing. Voor de collectieve arbeidsovereenkomsten die niet algemeen verbindend zijn verklaard, moet worden onderstreept dat deze ook niet juridisch kunnen worden tegengeworpen aan Nederlandse werkgevers en werknemers die niet hebben deelgenomen aan de onderhandelingen en ook niet kenbaar hebben gemaakt gebonden te willen zijn aan een dergelijke CAO. Buitenlandse dienstverrichters en hun werknemers kan dan ook niet worden verweten zich niet te houden aan een dergelijke CAO: net als de Nederlandse werkgevers en werknemers hebben zij namelijk niet deelgenomen aan de onderhandelingen en als zij geen wens hebben om gebonden te zijn aan een dergelijke CAO, dan staat de contractsvrijheid tussen de sociale partners dat toe. Afsluitend kan worden vastgesteld dat het bij de hiervoor besproken kwesties niet gaat om de vraag of de vrijheid van de interne markt al dan niet prevaleert boven de nationale tradities van onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden, maar wel om een balans tussen enerzijds het belang van een goed functionerende interne markt en anderzijds het belang van de contractsvrijheid van sociale partners en het belang van de bescherming van de werknemer. Daarbij moet worden benadrukt dat de dienstenrichtlijn hoe dan ook, gelet op de hierboven aangehaalde uitzonderingen, niet relevant is bij het zoeken van dit evenwicht.

De leden van de PvdA-fractie vroegen de regering om zich onomwonden uit te spreken voor minimumloon en -arbeidsvoorwaarden voor grensoverschrijdende arbeid en voor vrije CAO-onderhandelingen en het actierecht voor vakbonden. Ook verzochten de leden van de PvdA-fractie de regering om daarop aan te dringen bij de Europese Commissie. Uit de vaststelling en handhaving van de Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid en de Nederlandse praktijk van het algemeen verbindend verklaren van CAO's blijkt dat de regering voorstander is van het toepassen en handhaven de harde kern van arbeidsvoorwaarden bij grensoverschrijdende arbeid. Deze harde kern omvat het wettelijk minimumloon, maximale werktijden en minimumaantal vakantiedagen, aangevuld met aanvullende afspraken over deze onderwerpen die zijn vastgelegd in

algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten. Ook staat vast dat de vrijheid van sociale partners om onderhandelingen te voeren over collectieve arbeidsovereenkomsten bij de Nederlandse regering hoog in het vaandel staat. De inzet van collectieve acties maakt in voorkomend geval deel uit van het proces om tot afspraken tussen de sociale partners te komen. Het door de leden van de PvdA-fractie geconstateerde wensdenken dan wel de profetische gaven van een bepaalde eurocommissaris geven de regering geen aanleiding om te vermoeden dat de Europese Commissie het belang van de bescherming van de harde kern van arbeidsvoorwaarden miskent noch dat zij de fundamentele rechten en vrijheden zoals het recht op collectieve onderhandelingen en collectieve actie neergelegd in het Handvest grondrechten van de Europese Unie negeert. Dit is bijvoorbeeld gebleken uit de Mededeling van 4 april 2006 van de Europese Commissie - Richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (COM(2006)159) of de Mededeling van 24 oktober 2007 van de Europese Commissie - Intensievere bestrijding van zwartwerk (COM (2007)0628).

### **Jurisprudentie Hof van Justitie en casuïstiek**

De leden van de SP-fractie dankten de regering voor de toelichting op de zaken Ruffert, Viking, Laval en Luxemburg, maar merkten daarbij op dat in de memorie van antwoord een reflectie op de zaak Viking ontbreekt. De leden van SP-fractie verzochten alsnog om het oordeel van de regering over deze zaak. Allereerst zij onderstreept dat, net als de uitspraken in de zaken Ruffert, Laval en Commissie/Luxemburg, de uitspraak in de zaak Viking niet relevant is voor de interpretatie en toepassing van de dienstenrichtlijn: op grond van artikel 1, zevende lid, dienstenrichtlijn, kan de dienstenrichtlijn geen afbreuk doen aan het recht om over collectieve arbeidsovereenkomsten te onderhandelen en deze te sluiten en de naleving daarvan af te dwingen, en om vakbondsacties te voeren overeenkomstig de nationale wetgeving en praktijken die in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht. De dienstenrichtlijn is niet het relevante kader om in voorkomend geval te toetsen of een vakbondsactie in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht noch dient een vakbondsactie aan de dienstenrichtlijn te worden getoetst (zie in dit verband ook overwegingen 14 en 15 van de dienstenrichtlijn). In de zaak Viking (zaak C-438/05) draaide het om de toelaatbaarheid van collectieve acties met het oogmerk om het omvlaggen van Finse schepen naar de vlag van een andere lidstaat te verhinderen, tenzij een CAO met de Finse vakbond zou worden afgesloten op grond waarvan voor de bemanning de Finse arbeidsvoorwaarden zouden gelden. Het omvlaggen van deze schepen bracht het risico met zich mee dat de minimum arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van de Finse opvarenden zouden verslechteren, omdat het minimum inzake arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van de andere (goedkopere) lidstaat zou gelden. Het Hof heeft in deze zaak een aantal principiële standpunten ingenomen. Allereerst geeft het Hof aan dat collectieve acties niet uitgezonderd zijn van de reikwijdte van de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer, omdat collectieve acties onlosmakelijk verbonden zijn met het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten die volgens vaste Europese jurisprudentie reeds binnen de reikwijdte van de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer vallen. Vervolgens erkent het Hof expliciet het grondrecht om collectieve acties te voeren, met inbegrip van het stakingsrecht. Het Hof onderstreept dat dergelijke grondrechten een rechtvaardiging kunnen vormen voor het beperken van de verdragsvrijheden inzake het vrij verkeer van bijv. goederen of diensten, maar daaruit volgt niet dat niet getoetst moet worden of de uitoefening van het grondrecht een ongerechtvaardigde beperking van de verdragsvrijheden vormt. Het Hof komt daarbij tot de lijn dat collectieve acties die een inbreuk vormen op de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd zijn wanneer deze acties dienen ter bescherming van werknemers, op voorwaarde dat 1) er sprake is van een (ernstige) bedreiging van arbeidsplaatsen of van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden; 2) de collectieve acties geschikt zijn om het doel te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk. Vervolgens geeft het Hof aan dat de verwijzende rechter die de prejudiciële vragen heeft gesteld, moet nagaan of de vakbond niet over andere, de vrijheid van vestiging minder beperkende middelen beschikte om de collectieve onderhandelingen met rederij Viking tot een goed einde te brengen. Op grond van deze



uitspraak kan worden geconcludeerd dat er telkens per geval waarbij collectieve acties worden ingezet tegen een bedreiging van arbeidsplaatsen of van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, door de nationale rechter getoetst moet worden of sprake is van een geschikt middel om het doel te bereiken en of de acties niet verder gaan dan noodzakelijk.

## **Nationale kop**

De leden van de SP-fractie constateerden dat zij na lezing van de memorie van antwoord kennelijk met de regering verschillen over wat precies een nationale kop is. De leden van de SP-fractie vroegen de regering om precies te formuleren waarom zij hecht aan een één-op-één invoering van Europese richtlijnen en wat zij daaronder verstaat. Het gemeenschapsrecht verplicht lidstaten om bij de implementatie van een richtlijn zorg te dragen voor een effectieve implementatie van een richtlijn in de nationale rechtsorde en alle passende maatregelen te nemen die geschikt zijn om de nakoming van de Europese verplichtingen te waarborgen (zie arrest Von Colson en Kamann, zaak 14/83, overweging 15 en 26). Het waarborgen van de effectieve werking van de richtlijn omvat niet alleen het aanpassen van de Nederlandse wet- en regelgeving aan de tekst van de desbetreffende richtlijn, maar ook het vaststellen van wet- en regelgeving die bijdraagt aan een duidelijke en transparante situatie waarbij het voor de belanghebbenden voldoende duidelijk wordt en zeker is welke rechten en verplichtingen gelden (zie arrest Commissie/Italië, zaak C-162/99, overweging 22 en arrest Commissie/Italië, zaak C-159/99, overweging 32). Daarbij moet rekening worden gehouden met de aard en inhoud van de verplichtingen uit de richtlijn en zal moeten worden voorzien in een voldoende niveau van handhaving van deze Europese normen (zie het arrest Griekse maïs, zaak 68/88). Voor de regering staat vast dat een één-op-één invoering en implementatie van een Europese richtlijn dus alle juridische en feitelijke maatregelen omvat die noodzakelijk zijn om zowel formeel als materieel te voldoen aan de in een richtlijn vastgelegde verplichtingen, waarbij wordt voldaan aan de Europeesrechtelijke standaard dat er sprake is van een effectieve werking van deze Europese richtlijn in de nationale rechtsorde. Wordt niet voldaan deze standaard, dan is er sprake van een onvoldoende implementatie van de Europese richtlijn en wordt het gemeenschapsrecht geschonden en lopen zowel lidstaat Nederland als de overheden die deze richtlijn moeten toepassen en uitvoeren juridische en financiële risico's.

De regering hecht aan een één-op-één invoering van Europese richtlijnen om diverse redenen. Allereerst draagt een één-op-één invoering van een Europese richtlijn bij aan de tijdige implementatie van deze richtlijn. Daarmee worden juridische en financiële risico's voor zowel de lidstaat Nederland als de verantwoordelijke overheden en in voorkomend geval particulieren en ondernemers voorkomen (zie in dit verband de memorie van antwoord, kamerstukken I, 2008/09, 31 3579, nr. C, blz. 28-29). Tijdige implementatie van een richtlijn zorgt ervoor dat een Nederlandse ondernemer, consument of particulier optimaal en tijdig gebruik kan maken van de mogelijkheden die een richtlijn biedt. Ook draagt een één-op-één invoering van een Europese richtlijn bij aan het bewaken van een gelijk speelveld. Hierdoor wordt immers bewerkstelligd dat een onderneming niet geconfronteerd wordt met in Nederland opgelegde strengere eisen, terwijl zijn concurrenten uit andere lidstaten niet aan deze verzwaarde normen worden onderworpen. Een laatste reden om te hechten aan een één-op-één invoering van een Europese richtlijn, is het versterken van de transparantie zowel op politiek-bestuurlijk vlak als op juridisch vlak. Door een één-op-één invoering van een Europese richtlijn wordt duidelijk afgebakend welke voorschriften van Europese oorsprong zijn en welke (andere) voorschriften hun oorsprong hebben in nationaal beleid. Dit kan bijdragen aan een tijdige betrokkenheid en beïnvloeding van de Europese besluitvorming.

De leden van de SP-fractie vroegen wat de regering precies onder het begrip 'nationale kop' verstaat en welke argumenten de regering van belang acht om dergelijke koppen niet te wensen bij de implementatie van Europese richtlijnen. In de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 2 november 2007 met de kabinetsreactie op de resultaten van de tweede inventarisatie van "Nationale Koppen op Europese regels" (Kamerstukken II, 2007/08, nr. 29 515 en nr. 29 826, nr. 222) worden in paragraaf 3

drie situaties geschetst waarbij er sprake is van een "nationale kop." Hierbij gaat het om gevallen waarin Nederland bij het omzetten van Europese richtlijnen in nationale wetgeving extra eisen opneemt die gezien de inhoud van de betreffende richtlijnen strikt genomen niet noodzakelijk zijn (Nederland plaatst dan een 'nationale kop' op een richtlijn). Het kabinetsbeleid is gericht tegen het plaatsen van dergelijke koppen, daar waar dat een concurrentienadeel voor Nederlandse bedrijven ten opzichte van buitenlandse concurrenten kan opleveren of extra regeldruk kan veroorzaken. In die gevallen dienen er zwaarwegende redenen te zijn voor het plaatsen van een kop. Het eerste type "nationale kop" doet zich voor wanneer een richtlijn een vorm van minimumharmonisatie inhoudt waarbij het de lidstaten is toegestaan om in het nationale recht strengere normen te handhaven of te introduceren die verder gaan dan de minimumnorm in de richtlijn. Als gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid, is er sprake van een nationale kop. Het tweede type 'nationale kop' doet zich voor in geval een richtlijn de mogelijkheid biedt om bepaalde uitzonderingen toe te passen waardoor een deels lichtere implementatie en toepassing van de richtlijn kan plaatsvinden. Als geen gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid, is er sprake van een nationale kop. Het derde type 'nationale kop' doet zich voor wanneer bij de omzetting van een richtlijn in nationale wet- en regelgeving besloten wordt om de normen uit de richtlijn toe te passen op gevallen en situaties die buiten de reikwijdte van de desbetreffende richtlijn vallen. Er is dan sprake van een 'nationale kop' omdat de werkingssfeer van de richtlijn wordt overschreden. Zowel in de memorie van toelichting (Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 3, paragrafen 3.3 en 3.4), de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II, 2007/08, 31 579, nr. 6, paragraaf 3.2) alsmede in de memorie van antwoord (Kamerstukken I, 2008/09, 31 579, nr. C, paragraaf V) is toegelicht waarom naar het oordeel van de regering geen nationale koppen als hierboven besproken, zijn opgenomen in het voorliggende wetsvoorstel. In antwoord op de vraag van de leden van de SP-fractie over het belang dat de regering hecht aan het één-op-één implementeren van een richtlijn, zijn ook de argumenten weergegeven waarom het kabinet in beginsel tegen het plaatsen van 'nationale koppen' is bij de implementatie van Europese richtlijnen. Er zij verwezen naar dat antwoord.

De Minister van Economische Zaken,

Mevrouw M.J.A. van der Hoeven