

Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling

*Mr. B.J. Drijber**

1. De politieke discussie

Het Coalitieakkoord van 7 februari 2007 tussen CDA, PvdA en ChristenUnie bevat de volgende passage: “Nederland zet zich in Europees verband in voor een goede samenwerking tussen de lidstaten en de Unie gebaseerd op het subsidiariteitsbeginsel. In dat kader wordt ernaar gestreefd afspraken te maken over de verenigbaarheid van de interne markt-gedachte met de inrichting van publieke voorzieningen (o.a. pensioenen, sociale zekerheid, fiscaliteit, onderwijs en gezondheidszorg).” Het Koalitionsverdrag tussen CDU, CSU en SPD bevat een enigszins vergelijkbare passage, waar het standpunt ten aanzien van de Dienstenrichtlijn wordt vastgelegd: “Wir werden [der Richtlinie] auf europäischer Ebene nur zustimmen, wenn sie sozial ausgewogen ist, jedem Bürger den Zugang zu öffentlichen Gütern hoher Qualität zu angemessenen Preisen sichert, und Verstöße gegen die Zerstörung auf dem Arbeitsmarkt nicht zulässt.”¹ In beide gevallen klinkt dus de roep om borging van publieke voorzieningen.

De voorzitter van de Commissie, José Manuel Barroso, schreef recentelijk dat een sterke interne markt en de ontwikkeling van publieke diensten uitstekend kunnen samengaan. Hij is ervan overtuigd “qu’un marché intérieur ouvert et concurrentiel, d’une part, et le développement de services d’intérêt général, d’autre part, sont des objectifs compatibles et essentiels pour le développement du projet européen.”² Daarmee toont Barroso zich een goede leerling van zijn meest illustere voorganger, Jacques Delors. Deze was de bedenker van het ‘1992 programma’ waarmee de basis werd gelegd voor de interne markt zonder binnengrenzen.³ Tegelijkertijd was Delors vanaf zijn aantreden pleitbezorger van nieuwe bevoegdheden voor de EG op niet-economisch gebied, juist om te voorkomen dat de interne

* Advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn (Den Haag).

¹ *Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit*, regel 982-985.

² In het voorwoord bij de bundel *Les services d’intérêt économique général et l’Union européenne*, Jean-Victor Louis en Stéphane Rodrigues (redacteuren), Bruxelles 2006.

³ Het fameuze Witboek uit 1985, dat in de Commissie ‘Delors I’ onder de leiding van Lord Cockfield ten uitvoer werd gelegd. Zie voor de ‘historique’ van de interne markt het proefschrift van Annette Schrauwen, *Le Marché intérieur, recherches sur une notion*, Amsterdam, 1997.

markt een zuiver economisch ‘project’ zou worden.⁴ In zijn mémoires zegt Delors: “*Avec la dérégulation et la suprématie du marché, on oublie qu’à coté des biens privés, il y a des biens collectifs dont le développement ne peut se faire d’une manière satisfaisante selon les seules lois du marché.*”⁵

Vooraf uit de hoek van de vakbeweging en - meer in het algemeen: van links - wordt het belang van een kwalitatief goede publieke dienstverlening regelmatig benadrukt. Het zogenoemde ‘Europees sociaal model’ wordt daarmee vaak in één adem genoemd. Deze discussie heeft ook de totstandkoming van de Dienstenrichtlijn gedomineerd.⁶ De progressieve politieke stromingen van weleer houden vast aan sociale verworvenheden, terwijl de van oudsher conservatieve stromingen aandringen op economische hervormingen in tijden van globalisering.

De liberalen hebben ideologisch het tij mee. Bij vrijhandel weet iedereen wat is bedoeld, met begrippen als het Europees sociaal model en *service public* is dat veel minder het geval. Bovendien staan economische vrijheid en bescherming van niet-economische belangen tot elkaar in een regel-uitzondering-verhouding, met de bekende gevolgen voor de bewijslastverdeling. Hoe ruimer de verbodsbepalingen worden uitgelegd, hoe verder die bevoegdheden reiken. Voor de machtsverhoudingen is dat een belangrijk gegeven.

Alle lidstaten hechten grote waarde aan de interne markt. De Commissie houdt hen scherp met het *Internal Market Scoreboard*, een routineus agendapunt in de Raad voor het Concurrentievermogen. Het land dat vermoedelijk het meest van de interne markt profiteert, het Verenigd Koninkrijk, geldt ook als een van de meest Eurosceptische lidstaten. In Albion’s visie is dat echter geen contradictie. Het afbreken van handelsbarrières werkt voordelig voor de export van voornamelijk diensten, die door de IT-revolutie meer nog dan andere sectoren een *boost* hebben doorgemaakt. Harmonisatie vindt men al snel onnodig interventionistisch en een rem op de regelgevende concurrentie waarvan vooral de City moet profiteren. Niet-

⁴ Het eerste belangrijke wapenfeit was de Eenvormige Europese Akte, waarmee per 1 juli 1987 het EEG-Verdrag (voor het eerst) werd gewijzigd.

⁵ Jacques Delors, *Mémoires*, édition de poche, p. 461.

⁶ Richtlijn 2006/123/EG (PB 2006, L 376/36). Zie E. Belhadj, S.J.H. Evans en J.W. van de Gronden, ‘De Dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn’, *SEW* 2007, 71, p. 141-153, en B.J. Drijber, ‘Van democratie en bureaucratie – de Dienstenrichtlijn is er door’, *NTER* 2007, p. 1-7.

economische onderwerpen kunnen maar het beste helemaal aan de lidstaten worden overgelaten.

De tegenstanders van deze liberale benadering vrezen de wet-van-het-laagste-putje: een *race to the bottom* ten koste van publieke voorzieningen en sociale bescherming. Een van hun doelen is *nationale* voorzieningen uit de greep van Brussel te houden, maar het voorgestelde middel bestaat niet zelden in actie op *Europees* niveau. Ook dat lijkt paradoxaal, maar opnieuw zit er een logica achter. Gelet op de juridische hiërarchie tussen communautair recht en nationale wetgeving moet het tegenwicht voor een liberale interne markt ook op hetzelfde Europese niveau worden gecreëerd. In dat perspectief moet ook het hieronder in par. 6 besproken initiatief van de PES-fractie in het Europees Parlement voor een ontwerpkaderrichtlijn over publieke diensten worden gezien.⁷ De discussie over het juiste evenwicht tussen het economische en het sociale en die over de verdeling van bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten lopen zo gemakkelijk door elkaar heen.⁸

2. Juridische situering

De borging van publieke belangen binnen de interne markt krijgt op verschillende manieren gestalte.⁹ Om te beginnen kunnen niet-economische belangen in het kader van negatieve integratie worden beschermd op grond van de geschreven of de ongeschreven excepties op de verkeersvrijheden uit het EG-Verdrag.¹⁰ De functionele uitleg van deze vrijheden heeft nochtans tot gevolg dat zij ook een uitwerking kunnen hebben op sectoren die overwegend niet-economisch van aard zijn, zoals onder andere blijkt uit de rechtspraak over studiefinanciering en patiëntenmobiliteit. Verder kunnen publieke belangen in het kader van positieve integratie worden beschermd, door middel van communautaire wetgeving op

⁷ Op www.socialistgroup.eu. Er bestaat ook een handzame papieren uitgave van.

⁸ Zie de voortreffelijke bijdrage van Sean Van Raepenbusch, '*Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social*', in : *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, p. 99-162, op p. 101.

⁹ Zie het proefschrift van S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market – The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, European Law Publishing, 2005. Van dezelfde auteur: 'De relatie tussen de Europese interne markt en de bescherming van consumenten: tijd voor ontspanning?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2006-6, p. 183-192.

¹⁰ In het mededingingsrecht zijn dergelijke niet-economische belangen moeilijker in te passen. Zie K.J.M. Mortelmans en J.W. van de Gronden (redacteurs) 'Mededinging en niet-economische belangen', *Mededingingsmonografieën* nr. 3, 2001.

terreinen als milieubeleid, consumentenbeleid, volksgezondheid, cultuurbeleid en onderwijs.¹¹ Op de eerste twee gebieden is harmonisatie van wetgevingen wel mogelijk, op volksgezondheidsgebied slechts gedeeltelijk¹² en op het gebied van cultuur en onderwijs helemaal niet.¹³ Ook hier zien we dat de functionele uitleg van de bevoegdheden van de Gemeenschap ertoe kan leiden dat een harmonisatiemaatregel met een interne markt rechtsgrondslag uitstraalt naar onderwerpen terzake waarvan de EG geen of slechts beperkte wetgevende bevoegdheden heeft. Voorbeelden zijn de televisierichtlijn, die raakt aan de mediapolitiek,¹⁴ en de tabaksreclamerichtlijn, die bescherming van de volksgezondheid nastreeft.¹⁵ Tot slot bevat het Verdrag bepalingen die nadrukkelijk een evenwicht tussen ‘economie’ en ‘sociaal’ voorschrijven, maar waarvan de operationele betekenis gering is.¹⁶

In het EG-Verdrag zal men tevergeefs zoeken naar de term ‘publieke voorzieningen’. De artikelen 16 en 86, lid 2 EG gebruiken het begrip ‘diensten van algemeen economisch belang’ (‘DAEB’), ofwel marktdiensten. Deze moeten worden onderscheiden van niet-economische diensten van algemeen belang (‘DAB’), ofwel niet-marktdiensten. Het begrip ‘diensten van algemeen belang’ wordt overigens ook gebruikt als verzamelbegrip voor DAB’s en DAEB’s. Het verschil tussen DAB’s en DAEB’s zit uiteraard in de E van economisch. Zowel in het mededingingsrecht als in het vrij verkeer van diensten bestaat rechtspraak over het begrip economische activiteit. In het mededingingsrecht is dat bepalend voor de hoedanigheid van

¹¹ Dat is wat Mortelmans ‘het facettenbeleid’ noemt. Zie hoofdstuk XI van Kapteyn – VerLoren van Themaat, ‘Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen’, zesde druk, 2003.

¹² Namelijk niet voor maatregelen gericht op de bescherming en de verbetering van de menselijke gezondheid (art. 152, lid 4, letter c) EG).

¹³ Zie art. 151, lid 5, 1^{ste} streepje, EG (cultuur) en art. 149, lid 4, 1^{ste} streepje, EG (onderwijs).

¹⁴ Richtlijn 89/552, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/36 (PB 1997, L 202/60). De richtlijn wordt zeer binnenkort opnieuw gewijzigd. Zie COM(2005) 646 van 13 december 2005.

¹⁵ Richtlijn 2003/33, PB 2003, L 152/16 en het arrest van 12 december 2006, C-380/03, *Duitsland/Parlement en Raad*. De dubbelslag interne markt én volksgezondheid zien we ook bij de farmaceutische wetgeving, zoals Richtlijn 2001/83, PB 2001, L 136/67.

¹⁶ Vergelijk artikel 127, lid 2 (“Bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en de activiteiten van de Gemeenschap wordt rekening gehouden met de doelstelling van een hoog werkgelegenheidsniveau”) met artikel 136, lid 2 (“Te dien einde leggen de Gemeenschap en de lidstaten maatregelen ten uitvoer waarin rekening wordt gehouden (...) met de noodzaak het concurrentievermogen van de economie van de Gemeenschap te handhaven.”)

onderneming,¹⁷ bij het vrij verkeer van diensten voor de aanwezigheid van een ‘dienst’ in de zin van artikel 50 EG.¹⁸

Voorbeelden van DAB’s zijn politie, justitie, diensten die de overheid als overheid verricht (zoals de afgifte van een paspoort) en bekostigd onderwijs. De grens tussen economisch en niet-economisch is echter niet altijd even scherp. Bovendien is het begrip DAEB in het Verdrag niet gedefinieerd.¹⁹ Via casuïstiek heeft het Hof invulling gegeven aan de A in dit begrip. Sommige aangevoerde belangen werden te licht bevonden om voor ‘algemeen’ te kunnen doorgaan. Bijvoorbeeld: het lossen in havens,²⁰ het beheren van auteursrechten²¹ en de landingsdiensten op luchthavens.²² Daarentegen zijn de ononderbroken levering van elektriciteit en gas,²³ de brievenpost,²⁴ afvalverwerking,²⁵ het transport op onrendabele lijnen²⁶ en ambulancediensten²⁷ voorbeelden van economische activiteiten die wel als van ‘algemeen belang’ zijn aangemerkt. Hoewel het hier dus een communautair begrip betreft, zijn de lidstaten in beginsel vrij te bepalen welke diensten zij als DAEB willen inrichten. De Commissie toetst die keuzes alleen op ‘kennelijke fouten’.²⁸ Als gevolg van verschillen in keuzen of marktsituaties kan een bepaalde activiteit in de ene lidstaat nog zijn ingericht als DAB, in een andere lidstaat als een DAEB, en in weer een andere lidstaat al volledig aan de markt zijn overgelaten.

De belangrijkste kenmerken van DAEB’s zijn - kort gezegd - beschikbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid. Er is behoefte aan een DAEB als de maatschappij om een bepaalde

¹⁷ Bijvoorbeeld: C-41/90, *Höfner*, Jur. 1991, p. I-1979 (*SEW* 1993, p. 395, m. nt. E.H. Pijnacker Hordijk en B.P.M. Smulders); C-364/92, *Eurocontrol/SAT*, Jur. 1994, p. I-55; en C-343/95, *Diego Cali*, Jur. 1997, p. I-1547. Ik wijs ook op C-222/04, *San Miniato*, Jur. 2006, p. I-289, een staatssteunzaak. Het Hof overweegt (punt 123) dat een entiteit “een economische activiteit uitoefent zodra haar aanbod concurreert met dat van deelnemers aan het economisch verkeer die winst nastreven.” Het lastige daarvan is dat de hoedanigheid van een bepaalde entiteit dan afhangt van wat anderen doen.

¹⁸ Zie zaak 263/86, *Humbel*, Jur. 1988, p. 5365 en C-109/92, *Wirth*, Jur. 1993, p. I-6447.

¹⁹ Het Europa Instituut van de Universiteit van Leiden en het onderzoeksbureau Ecorys werken aan een studie voor het Ministerie van EZ waarin definities en jurisprudentie worden geïnventariseerd.

²⁰ C-179/90, *Porte di Genova*, Jur. 1991, p. I-5889 (*SEW* 1993, p. 403, m.nt. E.H. Pijnacker Hordijk en B.P.M. Smulders); C-242/95, *GT-Link*, Jur. 1997, p. I-4449; en C-34/01 – C-38/01, *Enirisorse*, Jur. 2003, p. I-14303

²¹ Zaak 7/82, *GVL*, Jur. 1983, p. 483 (*SEW* 1985, p. 383, m.nt. H.E. Akyürek-Kievits).

²² C-82/01P, *Aéroports de Paris*, Jur. 2002, p. I-9297.

²³ C-393/92, *Gemeente Almelo*, Jur. 1994, p. I-1477 (*SEW* 1995, p. 529, m.nt. H.M. Gilliams).

²⁴ C-320/91, *Corbeau*, Jur. 1993, p. I-2533 (*SEW* 1994, p. 515, m.nt. H.M. Gilliams) en C-340/99, *TNT-Traco*, Jur. 2001, p. I-4109.

²⁵ C-209/98, *Gemeente Kopenhagen*, Jur. 2000, p. I-3743.

²⁶ C-266/96, *Corsica Ferries*, Jur. 1998, p. I-3949.

²⁷ C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Jur. 2001, p. I-8089.

²⁸ Zie ook reeds ‘de omroepmededeling’ van de Commissie (PB 2001, C 320/5). In de praktijk toetst de Commissie indringender dan bij een marginale toetsing zou mogen worden verwacht.

voorziening vraagt, die de markt niet aanbiedt. Marktfalen dus, juist omdat de markt werkt volgens haar eigen wetten, die in beginsel geen ruimte laten voor onrendabele diensten. Inherent aan DAEB's is een hoog niveau van verplichtingen. Tegenover kostenveroorzakende lasten staat vaak de lust van een exclusief recht en/of financiële compensatie uit overheidsmiddelen. In het kader van de proportionaliteitstoetsing moet worden beoordeeld of lasten en lusten in evenwicht zijn. Artikel 86, lid 2, EG is – anders dan de *rule of reason* excepties – een economische rechtvaardigingsgrond. Een onderneming moet onder redelijke financiële voorwaarden (economisch) de hem opgedragen taken van algemeen belang kunnen uitvoeren.²⁹ Het achterliggende doel is echter wel degelijk sociaal.

De Commissie heeft met een aantal beleidsdocumenten enige structuur gebracht in het weerbarstige onderwerp diensten van algemeen belang.³⁰ Dit begrip (hier als verzamelnaam gebruikt) lanceerde zij in een mededeling uit 1996, die werd gevolgd door mededelingen van vergelijkbare strekking.³¹ Belangrijke mijlpalen waren het Groenboek uit 2003 en het Witboek uit 2004.³² Beide documenten getuigen van een worsteling tussen de *Zwei Seelen* die kennelijk in de borst van de Commissie wonen en waardoor het onderwerp tamelijk glibberig bleef. De politieke gevoeligheid kan daar debet aan zijn. Na het Witboek volgde nog een mededeling over 'sociale diensten'.³³ Daarna bleef het stil (zie ook hierna).

Het grondwettelijk verdrag bevat(te) een compromistekst zonder veel nieuws, behalve dat in laat stadium een specifieke rechtsbasis voor een 'wet' over diensten van algemeen economisch belang is toegevoegd.³⁴ De discussies die daaraan voorafgingen, reflecteerden de bekende politieke tegenstelling tussen hen die DA(E)B's als getolereerde uitzondering op de interne markt zien en hen die ze als integraal en essentieel bestanddeel daarvan beschouwen.

²⁹ Bijvoorbeeld : C-157/94, *Commissie/Nederland*, Jur. 1997, p. I-5699 en C-147/97 & C-148/97, *Deutsche Post/Citicorp*, Jur. 2000, p. I-825 (*SEW* 2000, p. 340, m.nt. K.J.M. Mortelmans).

³⁰ Verder verwijs ik naar het overzichtsartikel van Marianne Dony, *Les notions de 'service d'intérêt général' et 'service d'intérêt économique général'* in : *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, p. 3-38. Zie ook mijn bijdrage 'Mededinging en diensten van algemene economisch belang', in : 'Actualiteiten in het Europese Mededingingsrecht', *Asser Instituut Colloquium Europees Recht*, 2005, p. 31-37.

³¹ Zie o.a. PB 1996, C 281/3 en PB 2001, C 17/4. Van goede kwaliteit vind ik nog steeds het Non-Paper Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun van 12 november 2002.

³² Zie COM(2003) 270 van 21 mei 2003 en COM(2004) 374 van 12 mei 2004. Zie ook J. Meulman, 'Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?', *SEW* 2004, 13, p. 98-107.

³³ COM(2006) 177 van 26 april 2006. Daarbij moet worden gedacht aan diensten in de sociale sector en de gezondheidssector. Zie Van Raepenbusch, op. cit. in noot 8.

³⁴ Zie artikel III-122.

3. Secundaire regelgeving

Omwille van het juiste perspectief moet worden bedacht dat er al aardig wat secundaire regelgeving bestaat, waarin voor specifieke sectoren het verzorgen van diensten van algemeen economisch belang op communautair niveau veilig wordt gesteld. Een goed voorbeeld biedt de Universeledienstrichtlijn inzake *elektronische communicatie*. Artikel 3, lid 1, bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat bepaalde universele diensten “*van een nader gespecificeerde kwaliteit en tegen een in het licht van de specifieke nationale omstandigheden betaalbare prijs beschikbaar zijn voor alle eindgebruikers op hun grondgebied, onafhankelijk van de geografische locatie.*”³⁵ De kosten van de UD-diensten worden gereguleerd door de nationale regelgevende instantie, ook als de leverancier geen aanmerkelijke marktmacht heeft.

De *Postrichtlijn* bevat een vergelijkbare algemene bepaling en gedetailleerde bepalingen over de ‘essentiële vereisten’ waaraan universele postdienstverlening moet voldoen.³⁶

De *Elektriciteits- en Gasrichtlijnen* laten de lidstaten ruimte voor het opleggen van openbare dienstverplichtingen en verplichtingen ter bescherming van afnemers.³⁷ Het Hof heeft uitgemaakt dat een lidstaat niet langer artikel 86, lid 2, EG kan invoeren om een afwijking van een harmonisatiebepaling uit de richtlijnen te rechtvaardigen.³⁸

De titel over *transport* is de enige plaats waar de termen ‘openbare dienstverplichtingen’ in het Verdrag voorkomen.³⁹ Met het derde luchtvaartpakket werden publieke dienstverplichtingen onderdeel van luchtvaartdiensten.⁴⁰ Actueel is de ‘PSO-verordening’ inzake het openbare personenvervoer over het spoor en over de weg.⁴¹ Daarin worden regels gegeven over de financiering van openbare dienstverplichtingen (‘PSO’s’), bijvoorbeeld de exploitatie van onrendabele buslijndiensten.

³⁵ Richtlijn 2002/22, PB 2002, L 108/51. De bundel *Les services d'intérêt général et l'Union européenne* bevat interessante bijdragen over de universele dienstverplichtingen in de sectoren elektronische communicatie, post, energie en transport.

³⁶ Richtlijn 97/67 (PB 1998, L 15/14), zoals gewijzigd bij Richtlijn 2002/39 (PB 2002, L 176/21).

³⁷ Zie artikel 3 van Richtlijn 2003/54 (PB 2003, L 176/37) en artikel 3 van Richtlijn 2003/55 (PB 2003, L 176/57). Zie ook Christopher Jones en William Webster, *EU Energy Law, Volume I – The International Energy Market*, Leuven 2006, hoofdstuk 10.

³⁸ C-17/03, *VEMW*, Jur. 2005, p. I-4983 (*SEW* 2006, 45, p. 206, m.nt. H.B.B. Vedder). Zie ook de kritische bespreking van P.J. Slot en H.P.A. Knops, *Markt & Mededinging* 2005, p. 217.

³⁹ Zie artikel 73 EG.

⁴⁰ Artikel 4 van Verordening 2408/92, PB 1992, L 240/1.

⁴¹ COM (2005)319 van 20 juli 2005. De Raad stelde op 11 december 2006 een gemeenschappelijk standpunt vast (PB 2007, C 70/E/1).

4. De onderwerpen uit het regeerakkoord

Het is bekend: *sociale zekerheid* en *pensioenen* liggen gevoelig. Met de dreiging vanuit Europa valt het denk ik wel mee.

Het wettelijke pensioen valt sinds jaar en dag onder de sociale zekerheidsverordening 1408/71. Volgens vaste rechtspraak coördineert die verordening de nationale stelsels, zij harmoniseert niet.⁴² De ‘juridisch druk’ vanuit Europa op nationale sociale zekerheidsstelsels lijkt niet groter dan tien jaar geleden. Als er al druk is, heeft die eerder te maken met de EMU-criteria. Een budgettaire kwestie dus.

Aanvullende pensioenvoorzieningen zijn van essentieel sociaal belang, maar zij zijn wel privaat georganiseerd en gefinancierd. In zoverre kun je dus niet van een ‘publieke voorziening’ spreken. De publieke component komt pas bij verplichtstelling door de overheid om de hoek kijken. Die figuur van verplichtstelling is door het Hof in 1999 op grond van artikel 86, lid 2, EG aanvaard.⁴³ Niets wijst erop dat die rechtspraak zou zijn achterhaald door de Pensioenfondsenrichtlijn van 2003,⁴⁴ zeker nu de figuur van de verplichtstelling daarin zelfs uitdrukkelijk wordt erkend.⁴⁵ Deze richtlijn vormt “een eerste stap op weg naar een op Europese schaal georganiseerde interne markt voor bedrijfspensioenvoorziening”.⁴⁶ Wat de tweede stap zal zijn, is nog niet bekend. In Nederland is actueel de discussie over het uitvoeringsmodel van pensioenregelingen, onder meer vanwege de (gewenste) positie van ‘Nederland Pensioenland’.⁴⁷ De achterliggende vraag is of een aanvullend pensioen primair als sociale voorziening of als financieel product moet worden behandeld. Deze sector is duidelijk in beweging, niet zo zeer op last van Brussel maar vooral om in de Europese voorhoede te blijven.

⁴² Dat geldt ook voor haar opvolger, Verordening 883/2004 (PB 2004, L 166/1), die nog steeds niet van toepassing is. Zie F.J.L. Pennings, ‘De modernisering en vereenvoudiging van de coördinatie van de sociale zekerheid’, *SEW* 2005, 15, p. 106-116.

⁴³ C-67/96, *Albany*, Jur. 1999, p. I-5751, C-115/97 t/m 117/97, *Brentjens*, Jur. 1999, p. I-6025 en C-219/97, *Drijvende Bokken*, Jur. 1999, p. I-6121 (*SEW* 2001, p. 387, m.nt. R.A.A. Duk).

⁴⁴ Richtlijn 2003/41, PB 2003, L 235/10.

⁴⁵ Zie artikel 20, lid 1.

⁴⁶ Overweging 6 van de considerans.

⁴⁷ Zie daarover mijn rapport dd. 22 maart 2007 ‘Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen – Grenzen en mogelijkheden vanuit mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief’, te vinden op www.minszw.nl.

Niet erg duidelijk is wat *fiscaliteit* in het rijtje van ‘publieke voorzieningen’ doet. Mogelijk wordt hier een bepaalde bezorgdheid over afbrokkelende fiscale autonomie vertolkt. Ook dat valt mee, zeker zo lang voor harmonisatiemaatregelen op dit gebied in de Raad unanimitie vereist. De fiscale autonomie is juist bron van belastingconcurrentie. Wel is het zo dat maatregelen die vanuit een logica van de verdeling van belastingjurisdictie goed zijn te verdedigen, het bij het Hof nogal eens moeten afleggen tegen de logica van de verdragsregels inzake de vrijheid van vestiging. In zijn laatste jaar als A-G heeft Ad Geelhoed uitgebreid stilgestaan bij deze spanning, die zich vooral voordoet bij bronbelastingen.⁴⁸

De sector *gezondheidszorg* heeft inmiddels volop kennis gemaakt met het Europese recht en het mededingingsrecht.⁴⁹ Bekend is de rechtspraak over het vrij verkeer van patiënten, culminerend in het arrest *Watts*.⁵⁰ Communautairrechtelijk aanknopingspunt is de medische dienst die een buitenlandse zorgaanbieder aanbiedt en die door het toestemmingsvereiste wordt beperkt. Voor zover er bezorgdheid zou bestaan dat deze rechtspraak medische voorzieningen ondermijnt, past enige relativering. Los van het feit dat dat volksgezondheidsexcepties hoog in de rangorde staan van algemene belangen die een belemmering van het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen,⁵¹ heeft het Hof juist in de context van patiëntenmobiliteit de rechtvaardiging ‘behoud van het financieel evenwicht’ aanvaard. Onderdeel daarvan is het zogenoemde ‘planningsargument’:⁵² voorkómen dat door een exodus van patiënten de bestaande zorginfrastructuur onvoldoende benut wordt en het intramurale zorgaanbod niet meer gepland kan worden. Met die exodus valt het overigens erg mee, omdat hooguit 1% van de door Nederlandse verzekeraars vergoede medische verrichtingen buiten Nederland plaatsvindt.⁵³

⁴⁸ Bijvoorbeeld zijn conclusie van 6 april 2006 in C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*. Hij was overigens niet de enige die dit onderwerp heeft uitgediept. Zie bijvoorbeeld P.J. Wattel, ‘Eénjurisdictionele- of overalltoepassing van EG-verboden op bronheffingen’, *Weekblad voor fiscaal recht* 2006, p. 847-853.

⁴⁹ Het mededingingsrecht is grotendeels van eigen bodem. Zie W.T. Algera en J.J.M. Sluijs, *Marktordening in de gezondheidszorg*, *SEW* 2007, ..., p. **PM**

⁵⁰ C-372/04, *Jur.* 2006, p. 4325. Zie de recente bijdrage van S.A. de Vries, *Patiëntenzorg in Europa na Watts: wiens zorg?*, *SEW* 2006, 70, p. 132-140, en H.M. Stergiou, ‘Op één been kan men niet lopen – Het arrest Watts een stap dichterbij harmonisatie van patiëntenmobiliteit?’, *NTER* 2006, p. 219-226.

⁵¹ Vgl. K.J.M. Mortelmans, ‘De interne markt en de gezondheidsexcepties’, *SEW* 2005, 77, p. 411-421.

⁵² C-157/99, *Smits & Peerbooms*, *Jur.* 2001, p. I-5473, punten 76-80 (*SEW* 2001, p. 319, m.nt. J.W. van de Gronden); *Watts*, punten 108 e.v. en het arrest van 19 april 2007, C-444/05, *Stamatelaki*, n.n.g., punt 30-32.

⁵³ Aldus de reactie van de Nederlandse regering dd. 30 januari 2007 op het consultatiedocument van de Commissie ‘Raadpleging over communautaire maatregelen op het gebied van gezondheidsdiensten’, SEC(2006)1195 van 27 september 2006.

Nederland past op dit punt zeker enige bescheidenheid. Als gevolg van jarenlange aanbodssturing heeft de Nederlandse overheid zelf het ‘zorgaanbod’ beperkt.⁵⁴ Met de invoering van de Zorgverzekeringswet per 1 januari 2006 is de Nederlandse zorgsector overgestapt op ‘vraagsturing’. Op het element dat het makkelijkst via de media kan worden uitgevent - de nominale premie - wordt zo scherp geconcurrerd, dat de winstmarges tot nu toe krap (zo niet afwezig) zijn. Daarom hebben zorgverzekeraars een prikkel – het favoriete economenwoord – aan de kostenkant zo veel mogelijk te knijpen, bijvoorbeeld door een *cap* te bedingen op het aantal te vergoeden verrichtingen dat een gecontracteerde zorgaanbieder mag doen. Zo werkt vraagsturing weer aanbodbeperking in de hand.

Bekostigd *onderwijs* is geen dienst.⁵⁵ Ook de Dienstenrichtlijn is daarom niet van toepassing, zo lang onderwijs ‘hoofdzakelijk’ uit publieke middelen wordt gefinancierd.⁵⁶ Als door bezuinigingen de bijdragen van studenten fors omhoog moeten, kan de zaak juridisch gaan kantelen. Het is moeilijk precies aan te geven waar het omslagpunt van niet-economisch naar economisch ligt. Is dat pas als de overheidsfinanciering onder de 50% zakt of al (veel) eerder?

5. Financiële compensatie

DAEB’s worden doorgaans wél gefinancierd door de gebruiker. Toch zie je regelmatig dat er publiek geld bij moet om een bepaalde dienst rendabel te kunnen uitvoeren tegen maatschappelijk aanvaardbare tarieven. In *Altmark* legde het Hof vast onder welke voorwaarden er dan geen sprake is van staatssteun.⁵⁷ Het *Altmark* arrest mocht dan een knap staaltje ‘rechterlijke wetgeving’ zijn, het zorgde voor een hoop nieuwe problemen. Zo waren de voorwaarden 1 en 3 overgeplant van artikel 86, lid 2, EG naar de verbodsnorm van artikel 87, lid 1, EG, waardoor de verhouding tussen beide bepalingen onduidelijk werd. Verder waren de vier cumulatieve voorwaarden waaronder geen sprake is van een bevoordeling zo strikt, dat geen enkele bestaande zaak daaraan leek te kunnen voldoen.⁵⁸ Ten derde bevatten

⁵⁴ Dat is een van de redenen waarom er in de Vlaamse ziekenhuizen veel in Nederland woonachtige ‘Ollanders’ liggen. Zij ontvluchten de Nederlandse wachtlijsten (die overigens minder lang zijn geworden). De Nederlandse zorgverzekeraars vinden het best, omdat de tarieven in België gemiddeld lager zijn. De Vlaamse ziekenhuizen verhogen hun bezettingsgraad met patiënten die bovendien een 100% verzekeringsdekking hebben.

⁵⁵ Zie de in noot 18 genoemde rechtspraak. Als de student zelf betaalt, is wel sprake van een dienst. Zie C-153/02, *Neri*, Jur. 2003, p. I-13555.

⁵⁶ Zie overweging 34 van de Dienstenrichtlijn.

⁵⁷ C-280/00, *Altmark Trans*, Jur. 2003, p. I-7747 (*SEW* 2004, 45, p. 325, m.nt. J.P.L. van Marissing). Zie ook B.J. Drijber en N. Saanen-Siebenga, ‘Financiering van openbare diensten na *Altmark*’, *NTER* 2003, p. 253-258.

⁵⁸ Ook nadien is het aantal zaken waarin werd uitgemaakt dat aan de *Altmark*-criteria was voldaan, op de vingers van één hand te tellen. De enige mij bekende voorbeelden zijn de Commissiebeschikkingen N-381/2004,

de voorwaarden onduidelijke termen. Bijvoorbeeld de verwijzing naar de hypothetische particuliere investeerder, die het Hof kort daarvoor in *Chronopost/Ufex* nog had verworpen als vergelijkingsmaatstaf.⁵⁹ Ten slotte is *Altmark* bedoeld als toetsingskader voor alle DAEB's, maar zijn voorwaarden 2 en 4 in de praktijk moeilijk toepasbaar buiten het kader van de exploitatie van concessies.

De Commissie, die vreesde met een stroom van notificaties te worden overspoeld, heeft met het 'Altmark pakket' een pragmatische ingreep gepleegd. Een op artikel 86, lid 3, EG gebaseerde vrijstellingsbeschikking⁶⁰ geeft een *safe harbour* voor financiële compensatie door de overheid, mits de omzet van de betrokken onderneming maximaal 100 miljoen EUR en de compensatie maximaal 30 miljoen EUR per jaar bedraagt.⁶¹ Verder moet de onderneming in kwestie zijn belast met een nauwkeurig omschreven DAEB⁶² en mag geen overcompensatie plaatsvinden.⁶³ Ten hoogste 10% mag worden overgeheveld naar het volgende jaar, maar dat bedrag moet dan op de compensatie voor dat jaar in mindering worden gebracht.⁶⁴ Maatregelen die aan deze voorwaarden voldoen, zijn overeenkomstig artikel 86, lid 2, EG verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en vrijgesteld van aanmelding.⁶⁵

In weerwil van deze zeer strikte inkadering kan de praktijk naar mijn indruk met deze generieke vrijstelling aardig over weg. Veel kleinere vormen van financiering, bijvoorbeeld ten behoeve van regionale omroepen, hoeven niet te worden aangemeld. Boven de omzeldrempels geldt een gelijkaardig beoordelingsschema, dat is neergelegd in een kaderregeling.⁶⁶ Een lidstaat moet dan wel aanmelden, maar weet waaraan een maatregel moet voldoen om goedkeuring van de Commissie te krijgen. Lukt dat toch niet, dan is altijd

Pyrénées Atlantiques en N-382/2004, *Limousin* over breedbandinternet in afgelegen gebieden. De daar gevolgde argumentatie had overigens ook in het kader van artikel 86, lid 2, gebruikt kunnen worden.

⁵⁹ C-83/01 e.a., Jur. 2003, p. I-6993.

⁶⁰ Beschikking betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend (PB 2005, L 312/67). Zie L. Hancher en S.J.H. Evans, 'Altmark als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?' *NTER* 2006, p. 153-159.

⁶¹ Zie artikel 2, lid 1, letter a). Ingevolge letter b) gelden deze omzetplafonds niet voor de financiering van ziekenhuizen en woningcorporaties met het oog op kosten van sociale huisvesting.

⁶² Zie artikel 4. De Commissie toetst zo nodig weer op 'kennelijke fouten'.

⁶³ Artikel 5 geeft relatief gedetailleerde criteria, onder meer om vast te stellen wat een 'redelijke winst' is. Als een onderneming naast de DAEB waarvoor hij van de overheid financiële compensatie ontvangt, andere activiteiten verricht, dient zij een gescheiden boekhouding te voeren.

⁶⁴ Artikel 6, eerste alinea. De tweede alinea bevat een speciale regeling voor overcompensatie in de sector sociale huisvesting.

⁶⁵ Zie artikel 3. De vrijstelling geldt mijns inziens met terugwerkende kracht.

⁶⁶ PB 2005, C 297/4.

nog een beroep mogelijk op artikel 87, lid 3, letter c) EG – de meest elastische goedkeuringsgrond voor staatssteun.

6. Een kaderrichtlijn voor DAEB's?

De door de PES-fractie opgestelde ontwerp-kaderrichtlijn is bedoeld als politiek tegenwicht voor de Dienstenrichtlijn. Beide instrumenten zijn ook horizontale kaderrichtlijnen. Nu valt 'de aanval' van de Dienstenrichtlijn op de DAEB's erg mee. Zij vallen binnen de werkingssfeer van die richtlijn en onder het hoofdstuk inzake vrij vestiging. Artikel 86, lid 2, EG blijft in dat kader echter gehandhaafd als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor belemmeringen die anders mogelijk op grond van de richtlijn uit de weggeruimd zouden moeten worden.⁶⁷ Bovendien laat de Dienstenrichtlijn monopolies met rust en dwingt zij er mijns inziens ook niet toe een DAEB te verlenen volgens een aanbestedingsprocedure.⁶⁸ DAEB's zijn uitgezonderd van het cryptische artikel 16 over het vrij verrichten van diensten. Een lidstaat kan dus nog steeds een beroep doen op artikel 86, lid 2, EG om te verhinderen dat vanuit een andere lidstaat een als DAEB aan te merken dienst op zijn grondgebied wordt aangeboden. De praktische betekenis van deze uitzondering lijkt overigens gering, omdat DAEB's zelden grensoverschrijdend worden aangeboden.

De politieke insteek die de PES-fractie bij de ontwerp-kaderrichtlijn heeft gekozen is die van het Europa van de Burger. Dat is in het licht van de referenda in Frankrijk en Nederland alleszins begrijpelijk. Het gaat bij publieke diensten ook om de basisdingen van het leven. De uitdaging bij het opstellen van het ontwerp was enerzijds een gemeenschappelijke noemer te vinden voor al deze uiteenlopende sectoren en anderzijds de autonomie van lokale en regionale autoriteiten bij het inrichten van publieke diensten via een communautair instrument veilig te stellen. Het resultaat liegt er niet om. Er ligt een voldragen concept, dat juridisch-technisch zeer goed in elkaar zit.⁶⁹ Mijn enige juridische kanttekening betreft de voorgestelde rechtsbasis: artikelen 16, 86, 95 en 295 EG.⁷⁰ Van deze bepalingen is alleen artikel 95 een

⁶⁷ Zie artikel 15, lid 4 juncto lid 1, van de Dienstenrichtlijn.

⁶⁸ Ook niet artikel 12, dat alleen betrekking heeft op de verlening van vergunningen in geval van schaarste – een veralgemenisering van de Machtigingsrichtlijn voor elektronische communicatie (Richtlijn 2002/20, PB 2002, L 108/21). Het Gerecht heeft uitgemaakt dat DAEB's niet hoeven te worden aanbesteed. Zie T-17/02, *Fred Olsen* (Transmediterranea), Jur. 2005, p. II-2031, punt 239.

⁶⁹ Een van de drijvende krachten achter dit project is het Nederlandse EP-lid Ieke van der Burg. Enkele externe juridische experts heeft de pen gevoerd.

⁷⁰ Ik ben daar al eerder op ingegaan (toen het ontwerp er nog niet lag) in mijn bijdrage aan de bundel *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, p. 65-98, op p. 94.

rechtsbasis in technische zin voor een maatregel van Parlement en Raad. Aannemelijk moet worden gemaakt dat er belemmeringen voor de interne markt bestaan (of zullen ontstaan) dan wel dat er merkbare mededingingsverstoringen tussen lidstaten zijn. Dat lijkt niet zo eenvoudig in dit geval. Mocht het grondwettelijk verdrag er al dan niet in afgeslankte vorm toch komen, dan zal er een specifieke rechtsbasis voorhanden zijn.

De kaderrichtlijn is alleen van toepassing op DAEB's (niet op DAB's). Zij legt beginselen en voorwaarden vast voor het soepel functioneren van DAEB's in de interne markt. Die beginselen en voorwaarden hebben betrekking op de regels voor de uitvoering, het beheer, de controle, de evaluatie en de financiering van DAEB's. De richtlijn bevat een lange lijst definities, wat bij dit onderwerp geen overbodige luxe is. Overheidsinstanties kunnen kiezen of zij een dienst zelf in 'rechtstreeks beheer' uitvoeren of uitbesteden en daartoe een openbare dienstcontract afsluiten. De gemeenschappelijke openbardienstverplichtingen zijn: toegankelijkheid, aanpassingsvermogen, betaalbaarheid, continuïteit, duurzaamheid, gelijke behandeling, langetermijnplanning, gedefinieerde kwaliteit, zekerheid en universaliteit.

Is dit - aldus te kort samengevatte - voorstel van de PES-fractie politiek levensvatbaar? Zo lang het Europees Parlement geen initiatiefrecht heeft, zal het de Commissie moeten zien te overtuigen. En die heeft er geen groot belang bij. Eind september 2006 beloofde Voorzitter Barroso nog dat jaar met een *follow-up communication* op het Witboek te komen, als begin van een antwoord op de oproep van het Parlement om 'passende wetgeving' voor te stellen.⁷¹ Bij mijn weten heeft een (eerste) ontwerp van een mededeling gecirculeerd, maar de geplande behandeling daarvan in de Commissievergadering van 21 maart jl. is uitgesteld. Naar verluidt wil de Commissie eerst haar visie over de herziening van de interne markt opstellen, waarvan – zo klinkt het hoopvol – “DAB (hier weer als verzamelbegrip gebruikt) integraal onderdeel uitmaken”. In die zin liet een vertegenwoordiger van de Commissie zich uit op een op 19 april jl. gehouden seminar over de toekomst van publieke diensten in de EU. Het inkomend Portugese EU Voorzitterschap zou bij die gelegenheid hebben verklaard dat Portugal weinig ziet in een Europees wetgevend kader voor DAB, omdat dit de lokale autonomie zou aantasten⁷² - de paradox waar ik in de inleiding al op wees. Dat schiet dus niet erg op. Mogelijk dat over een aantal jaren de tijd er wel rijp voor is.

⁷¹ In de Resolutie naar aanleiding van het Witboek over Diensten van Algemeen Belang (het rapport Rapkay).

⁷² Bron: het verslag dat is gepubliceerd op www.europadecentraal.nl

7. Conclusies

Het communautaire recht laat zonder meer ruimte voor ‘belangenpluralisme’.⁷³ Meer specifiek, laat de interne markt ruimte voor publieke diensten. De tegenstelling tussen de Europese interne markt en nationale publieke voorzieningen is naar mijn mening een schijntegenstelling. Wel heeft ‘de economie’ het primaat, wat vanuit institutioneel oogpunt goed verklaarbaar is. Of de positie van publieke diensten in een horizontaal instrument een wettelijke verankering moet krijgen – naast specifieke regels in sectorale richtlijnen – is thans de belangrijkste politieke vraag. De Commissie zal dit thema met zijden handschoenen blijven aanpakken, zeker in het huidige tijdsgewricht tussen referenda en *traité simplifié*.

In Nederland lijkt de bezorgdheid over publieke voorzieningen in belangrijke mate te worden gevoed door het recent doorgebroken inzicht (of sentiment?) dat marktwerking te ver is doorgeslagen of dreigt door te slaan. Is dat nu de schuld van de EU? De bewuste passage in het regeerakkoord staat wel in de ‘Europa-paragraaf’. Er bestaat zeker een verband tussen de Europese interne markt en binnenlandse marktwerking. Veel liberalisering en deregulering is immers een uitvloeisel van interne marktwerking. Nederland behoort echter doorgaans - in het kielzog van het VK - tot de enthousiaste voorstanders daarvan. Regelmatig loopt Nederland zelfs voor de troepen uit.⁷⁴

De belangrijkste oorzaak van het gepercipieerde gevaar van een ‘te veel aan marktwerking’ dan wel een ‘te weinig aan publieke diensten’ lijkt mij overigens niet in Brussel te liggen maar bij de eigen Hollandse ‘beleidsindustrie’:⁷⁵ het diffuse conglomeraat van dienstverleners en overheidsinstanties die elk op eigen wijze aan marktwerking een goede boterham verdienen of daar hun macht aan ontlenen (en soms beide). De snel gegroeide bureaucratie van de beter betaalden bevordert sterk het proces van marktwerking en heeft de macht ervoor te zorgen dat dit proces in de praktijk onomkeerbaar wordt. Het maximaal haalbare voor de tegenstanders is hier en daar wat uitstel of een pas op de plaats. Het terugdraaien van marktwerking kan bovendien voor de overheid juridisch riskant en financieel uiterst kostbaar

⁷³ Het woord ontleen ik aan L. Timmerman, die het regelmatig gebruikt bij zijn boeiende beschouwingen over het vennootschapsrecht.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld de observaties van J. F. van Nouhuys, ‘Zes jaar wet personenvervoer 2000: voldoende stof tot nadenken!’, *SEW* 2007, 49, p. 100-108.

⁷⁵ Deze mooie term ontleen ik aan M. Chavannes, *NRC Handelsblad* 12 mei 2007, p. 16.

zijn. Juist daarom is het zo belangrijk dat publieke voorzieningen en andere algemene belangen aan het begin van elk ‘marktwerkingstraject’ onder ogen worden gezien.

8. Vooruitblik: *the new internal market*

Hoe zullen we over 10 jaar tegen het in dit artikel behandelde onderwerp aankijken? Op veel punten denk ik niet wezenlijk anders dan nu. In het communautaire landschap zal dan wel een belangrijke plaats worden ingenomen door de wetgeving op het gebied van justitie en binnenlandse zaken. Jonathan Faull, DG JLS bij de Commissie, heeft de ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid, wel aangeduid als ‘*the new internal market*’.

Die term is treffend. Zeker, er zijn verschillen tussen de (oude) interne markt en de ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Die laatste gaat niet over producten of diensten, maar over mensen. En bij de politieke en strafrechtelijke samenwerking is het doel niet het vergemakkelijken van legale grensoverschrijdende activiteiten, maar juist het bestrijden van illegale activiteiten met grensoverschrijdende dimensie. Er zijn echter ook parallellen met de (oude) interne markt. Bijvoorbeeld het werken met de methode van wederzijdse erkenning, die in Tampere (oktober 1999) tot hoeksteen van de justitiële samenwerking werd gebombardeerd. Inmiddels zijn er diverse kaderbesluiten over wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen tot stand gekomen,⁷⁶ waarvan het Europees Aanhoudingsbevel het bekendste is.⁷⁷ Een andere parallel betreft de vraag of wederzijdse erkenning gepaard moet gaan met harmonisatie, bijvoorbeeld van procedurele garanties. Dat is doorgaans het geval. Harmonisatie bevordert het wederzijds vertrouwen en zonder wederzijds vertrouwen blijft wederzijdse erkenning iets virtueels.

Heeft de JBZ-samenwerking gevolgen voor onze publieke voorzieningen? Als we daaronder ook het ‘strafrechtelijk erfgoed’ laten vallen, dan zullen enkele Hollandse heilige huisjes gaan wankelen in een zich integrerend Europa, hoewel elk huisje best op solide argumenten is gefundeerd. Ten eerste het afwijzen van minimumstraffen. Dat verzet kan vermoedelijk niet

⁷⁶ Kaderbesluit 202/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen lidstaten (PB 2002, L 190/1); Kaderbesluit 2003/577/JBZ inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevoegdheid van voorwerpen of bewijsstukken (PB 2003, L 196/45); en het Kaderbesluit 2005/214/JBZ inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (PB 2005, L 76/16). Er zijn nog andere kaderbesluiten in de maak. Verder verwijs ik naar R. Barents, ‘De denationalisering van het strafrecht’ (Preadvies voor de NVER 2006), *SEW* 2006, 90, p. 358-374.

⁷⁷ Het Hof verklaarde dit kaderbesluit rechtsgeldig in het arrest van 3 mei 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, n.n.g.

tot in lengte van dagen worden volgehouden, omdat het nader tot elkaar brengen van sancties het logische sluitstuk van de harmonisatieketen vormt. Ten tweede het principe dat strafrecht *ultimum remedium* is. Dat uitgangspunt staat al onder druk, nu de Commissie steeds meer voorstellen indient waarin het stellen van strafsancities op overtredingen van communautaire verplichtingen wordt voorgeschreven.⁷⁸ Ten derde de eis van de dubbele strafbaarheid. Die eis is als zodanig niet goed met wederzijdse erkenning verenigbaar en daarom beperkt handhaafbaar, zoals het Europees Aanhoudingsbevel aantoont.⁷⁹

Het immigratiebeleid van de EU staat nog in de kinderschoenen, maar zou gezien de demografische ontwikkelingen binnen en buiten Europa eigenlijk bovenaan de politieke agenda moeten staan. Tot nu toe kan elke lidstaat in hoge mate doen wat hij wil, bijvoorbeeld op het punt van het regulariseren van illegale vreemdelingen. Dat laatste kan een bron van spanning worden, wanneer een deel van deze mensen verder reist naar andere lidstaten. Een ander spanningsveld kan ontstaan wanneer onderdanen van derde landen die zich als gezinslid bij een migrerend werknemer hebben gevoegd, vervolgens op grond van de vrij verkeer bepalingen in een andere lidstaat een verblijfstitel aanvragen, zonder dat hun binnenkomst in de EU individueel is beoordeeld.⁸⁰ Dit zijn slechts tamelijk kleine voorbeelden van situaties waarin een lidstaat de toegang van immigranten van buiten de EU tot zijn grondgebied mogelijk niet meer zelf in de hand heeft. Zou die toegang als gevolg van een gemeenschappelijke immigratiepolitiek kunnen verworden tot een toeloop van ‘derdelanders’, dan zal daarvan een onmiskenbare druk op nationale publieke voorzieningen, zoals huisvesting, scholing en sociale zekerheid, kunnen uitgaan. Het thema interne markt versus publieke voorzieningen zal er dan een geheel nieuwe dimensie bij krijgen.

⁷⁸ Na het arrest in C-176/03, *Commissie/Raad*, Jur. 2005, p. I-7879 - kaderbesluit milieustrafrecht (*SEW* 2006, 15, p. 78, m.nt. R.H. van Ooik en T.A.J.A. Vandamme).

⁷⁹ Het Hof acht de schrapping van de toetsing aan de dubbele strafbaarheid niet in strijd met het legaliteitsbeginsel. Zie C-303/05, ov. 49-54.

⁸⁰ A-G Geelhoed heeft hier op gewezen in zijn conclusie in C-109/01, *Akrich*, Jur. 2003, p. I-9607. Het arrest van het Hof in die zaak bleek voor meer dan één uitleg vatbaar. De zaak *Jia* (C-1/05) had duidelijkheid kunnen brengen, maar het arrest van 9 januari 2007 vormt een gemiste kans. Thans is nog aanhangig een verwijzing van de Afdeling Bestuursrechtspraak over een vergelijkbare kwestie (C-291/05, *Eind*, PB 2005, C 296/10).