

## **ICER Checklist met uitgebreide toelichting voor "Voordeelregelingen eigen inwoners"**

Secretaris

Mr. Mirjam de Mol LL.M.

Den Haag

4 april 2006

|          | <b>Inhoudsopgave</b>   | <b>Pagina</b> |
|----------|--|---------------|
| <b>1</b> | <b>Algemeen deel</b>   | <b>3</b>      |
| 1.1      | Inleiding  | 3             |
| 1.2      | Belang van het gebruik van de checklist                                      | 4             |
| 1.3      | Gebruiksmogelijkheden  | 4             |
| 1.4      | Doelgroep  | 5             |
| 1.5      | Voor welke maatregelen kan de checklist worden gebruikt?                     | 5             |
| <b>2</b> | <b>Checklist</b>   | <b>7</b>      |
| 2.1      | Vragenschema   | 7             |
| 2.2      | Beknopte toelichting bij vragenschema  | 9             |
| <b>3</b> | <b>Uitgebreide toelichting bij checklist</b>                                 | <b>15</b>     |
| 3.1      | Inleiding  | 15            |
| 3.2      | Werkingsfeer EG-recht  | 15            |
| 3.3      | (In)directe discriminatie op grond van nationaliteit of andere belemmeringen | 18            |
| 3.4      | Rechtvaardiging  | 26            |
| 3.4.1    | Inleiding  | 26            |
| 3.4.2    | Rechtvaardigingsgronden  | 27            |
| 3.4.2.1  | Toepassing van de verschillende soorten gronden (geschreven/ongeschreven)    | 27            |
| 3.4.2.2  | Rechtvaardigingsgronden in het verdrag                                       | 28            |
| 3.4.2.3  | Ongeschreven rechtvaardigingsgronden   | 29            |
| 3.4.3    | Toepassingsvereisten rechtvaardigingsgronden                                 | 33            |
| 3.4.3.1  | Inleiding  | 33            |
| 3.4.3.2  | Geen harmonisatie  | 34            |
| 3.4.3.3  | Niet economisch van aard   | 34            |
| 3.4.4    | Geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit                          | 36            |
| 3.5      | Conclusie  | 40            |

## 1 Algemeen deel

### 1.1 Inleiding

Voor u ligt de ICER checklist met uitgebreide toelichting voor “voordeelregelingen voor eigen inwoners”. De ICER heeft deze checklist opgesteld naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van de EG (hierna “Hof”) *Toegang musea II*<sup>1</sup>.

In dit arrest stond centraal het door de plaatselijke en decentrale overheden toegekende recht op tariefvoordelen bij de toegang tot musea. Dit recht werd alleen toegekend aan personen jonger dan 17 en ouder dan 60 of 65 jaar met de Italiaanse nationaliteit of ingezetenen van een bepaalde regio in Italië. In een eerder arrest<sup>2</sup> (hierna “Toegang musea I”) met betrekking tot Spaanse regelgeving oordeelde het Hof al dat een nationale regeling die voordelen bij de toegang tot de musea toekende aan alleen de eigen onderdanen, in strijd is met artikelen 12 EG en 49 EG. In het onderhavige arrest oordeelde het Hof dat ook het woonplaatsvereiste moet worden gekwalificeerd als een (indirecte) discriminatie op grond van nationaliteit. Voorts werden de door Italië aangevoerde rechtvaardigingsgronden niet door het Hof geaccepteerd.

Nederland kent zowel op nationaal als op decentraal niveau regelingen die bepaalde groepen van de bevolking voordelen toekennen, niet alleen met betrekking tot culturele bezienswaardigheden, maar ook op andere terreinen. Het arrest verschaft geen duidelijkheid over de vraag in hoeverre ook deze andere voordelen voor onderdanen of ingezetenen in strijd zijn met het Europees recht. Om deze reden heeft de ICER deze vraag aan de hand van de jurisprudentie van het Hof onderzocht en op grond hiervan een checklist opgesteld voor voordeelregelingen aan eigen inwoners.

---

<sup>1</sup> HvJ van 16 januari 2003, *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen de Italiaanse Republiek (Toegang musea II)*, zaak C-388/01.

<sup>2</sup> HvJ van 15 maart 1997, *Commissie/Spanje (Toegang musea I)*, zaak C-45/93.

Voorafgaande aan de checklist met uitgebreide toelichting wordt eerst ingegaan op het belang van het gebruik van de checklist, de gebruiksmogelijkheden van de checklist, de doelgroep en het toepassingsbereik van de checklist.

## **1.2 Belang van het gebruik van de checklist**

### *Europeesrechtelijke aspecten voordeelregelingen eigen inwoners*

Uit het onderzoek naar het relevante juridische kader bleek dat de kans dat voordeelregelingen voor eigen inwoners worden beïnvloed door het Europees recht groot is.

Met name blijkt dat voordeelregelingen die onder de bevoegdheden van de lidstaten vallen in overeenstemming met het Europees recht moeten zijn. Dit betekent dat voordeelregelingen op terreinen (zoals bijvoorbeeld belastingen en toegang tot openbare voorzieningen) die ogenschijnlijk buiten het Europees recht vallen, door het Europees recht geraakt kunnen worden. Ook blijkt dat gebruikmaking van het onderscheidend criterium "ingezetenschap" of "woonplaats" door het Hof al snel wordt gekwalificeerd als "(indirecte) discriminatie op grond van nationaliteit". De omstandigheid dat ook eigen onderdanen (die bijvoorbeeld ook geen ingezetene van een bepaalde gemeente zijn) worden benadeeld, doet hier niet aan af. Tot slot stelt het Hof aan de rechtvaardiging van discriminerende maatregelen strenge eisen. Zo mag de rechtvaardigingsgrond niet economisch van aard zijn en moet de regeling geschikt en noodzakelijk zijn voor en evenredig zijn aan het nagestreefde doel. De lidstaten moeten dit aan de hand van specifieke gegevens kunnen aantonen.

### *Risico's van voordeelregelingen in strijd met Europees recht*

Ten aanzien van voordeelregelingen in strijd met het Europees recht lopen (de)centrale overheden het risico dat particulieren voor de nationale rechter schadevergoeding eisen op grond van onrechtmatige daad. Voorts loopt Nederland het risico om door de Europese Commissie op de vingers te worden getikt en mogelijk zelfs voor het Hof van Justitie EG te worden gedaagd.

## **1.3 Gebruiksmogelijkheden**

De checklist is bedoeld om de verenigbaarheid van bestaande en toekomstige maatregelen met het Europees recht te toetsen. De checklist kan behulpzaam zijn bij het maken van een risico-analyse van *bestaande* maatregelen en bij de vraag of

een diepgaandere Europeesrechtelijke toets voor *toekomstige* maatregelen opportuun is.

Uit de aard van de checklist volgt dat de gebruiker zelf aan de hand van de specifieke feiten en omstandigheden en met gebruikmaking van de uitgebreide toelichting moet toetsen of de maatregel verenigbaar is met het Europees recht.

De uitgebreide toelichting is ten eerste bedoeld als naslagwerk bij het gebruik van de checklist. Bij de verschillende stappen wordt steeds verwezen naar het relevante deel van de uitgebreide toelichting. De uitgebreide toelichting is zo opgesteld dat deze apart gelezen kan worden. De uitgebreide toelichting is derhalve ten tweede geschikt om op een snelle en praktische manier inzicht te krijgen in en gevoel te krijgen voor de lijn die het Hof van Justitie EG hanteert terzake van regelingen die voordelen toekennen aan eigen inwoners.

De voor de checklist relevante rechtspraak is in hoge mate casuïstisch. Daarbij heeft de ICER bij haar onderzoek – anders dan oorspronkelijk de bedoeling was – niet de beschikking gekregen over een voldoende aantal voordeelregelingen om de verschillende soorten voordeelregelingen in kaart te brengen en ten aanzien van die verschillende categorieën voordeelregelingen richtlijnen te verstrekken. Om de checklist ondanks deze twee omstandigheden toch bruikbaar te maken voor de praktijk en om de lezer zoveel mogelijk vertrouwd te maken met de (soms vergaande) stijl van redeneren van het Hof van Justitie EG bevat de uitgebreide toelichting relatief veel voorbeelden uit de jurisprudentie.

#### **1.4 Doelgroep**

De checklist met uitgebreide toelichting is bedoeld voor beleidsmedewerkers en (wetgevings) juristen die werkzaam zijn bij Ministeries, provincies en gemeenten.

#### **1.5 Voor welke maatregelen kan de checklist worden gebruikt?**

De checklist kan worden gebruikt voor maatregelen die *particulieren* uit andere lidstaten die *tijdelijk* (dat wil zeggen korter dan drie maanden) en op *niet-economische* gronden in Nederland verblijven potentieel benadelen.

Met personen die op niet-economische gronden in Nederland verblijven worden EU burgers bedoeld die niet als zelfstandige of werknemer zijn aan te merken.  
Bijvoorbeeld toeristen, studenten of scholieren.

De checklist is geschikt indien:

- (a) voordelen worden toegekend aan de eigen inwoners;

Bijvoorbeeld het gratis of met korting verlenen van toegang tot publieke voorzieningen zoals musea, zwembaden, theaters, concerten, openbaar vervoer, sportevenementen, onderwijsfaciliteiten, huwelijksvoltrekkingen etc., het geven van bepaalde rechten (zoals het recht op gebruik eigen taal) bij overheidsinstanties, het verstrekken van voordeelpassen aan eigen inwoners of het hanteren van gunstigere belastingentarieven voor eigen inwoners.

of

- (b) nadelen worden opgelegd aan particulieren uit andere lidstaten die tijdelijk en op niet-economische gronden in Nederland verblijven;

Bijvoorbeeld het opleggen van belastingen aan niet-inwoners (toeristen), het uitsluiten van niet-inwoners van toegang tot publieke voorzieningen, het hanteren van hogere tarieven voor niet-inwoners bij de toegang tot publieke voorzieningen zoals musea, zwembaden, theaters, concerten, openbaar vervoer, sportevenementen, onderwijsfaciliteiten, huwelijksvoltrekkingen etc., het voorbehouden van (kortingen op) voordeelpassen aan eigen inwoners.

of

- (c) de gebruikmaking van het recht van particulieren uit andere lidstaten om tijdelijk en op niet-economische gronden in Nederland te verblijven bemoeilijkt.

Bijvoorbeeld een maatregel waardoor in parkeerautomaten of bij andere openbare voorzieningen alleen kan worden betaald met een chipknip.

*Let op:*

- Als aan de bovengenoemde voorwaarden niet is voldaan betekent dit niet dat de maatregel buiten het bereik van het Europees recht valt, maar slechts dat de checklist niet geschikt is om de toets aan het Europees recht toe te passen.
- De hierboven genoemde voorbeelden hoeven niet per definitie in strijd te zijn met het Europees recht. Ze zijn slechts genoemd als voorbeelden van maatregelen waarvoor de checklist gebruikt kan worden.

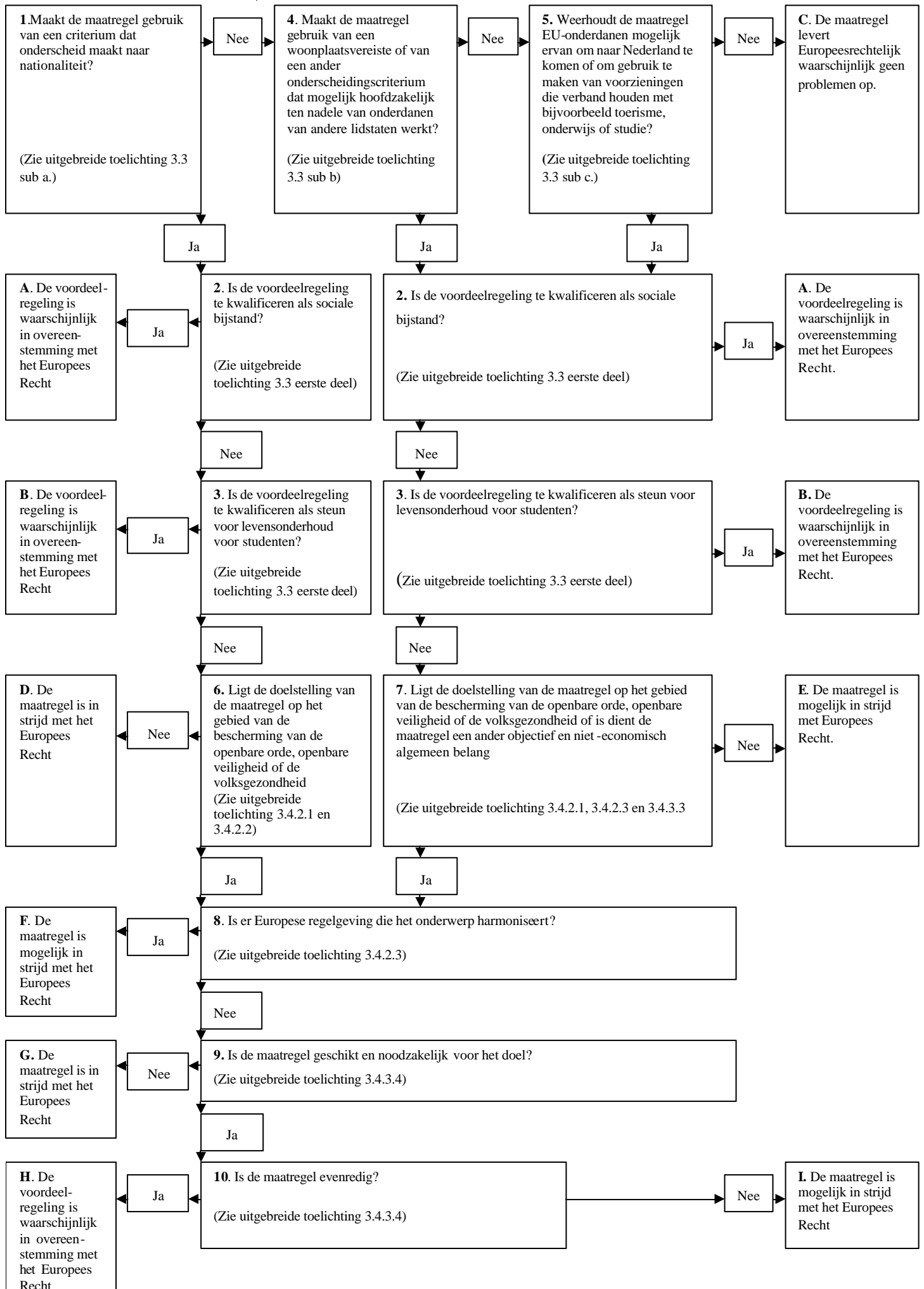
## **2 Checklist**

Op de volgende pagina staat het vragenschema met bijbehorende beknopte toelichting. Aan de hand van het nummer van de vraag en de letter bij de conclusies kan de bijbehorende beknopte toelichting gevonden worden. Voorts staat in het vragenschema en in de beknopte toelichting aangegeven waar de relevante uitgebreide toelichting staat.

### **2.1 Vragenschema**

Zie volgende pagina.

*ICER Checklist met uitgebreide toelichting voor "Voordeelregelingen eigen inwoners" |*





## 2.2 **Beknopte toelichting bij vragenschema**

In het volgende wordt een beknopte toelichting gegeven op de vragen in het schema hiervoor. In de beknopte toelichting wordt tevens verwezen naar de relevante passages in de uitgebreide toelichting.

### **Ad 1**

Zie uitgebreide toelichting 3.3 sub a.

Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een voordeel wordt toegekend aan alleen Nederlanders of als een nadeel of belemmering wordt gecreëerd voor EG-onderdanen die niet de Nederlandse nationaliteit hebben.

### **Ad 2**

Zie uitgebreide toelichting 3.3 eerste deel.

Ga na of het voordeel kan worden aangemerkt als “sociale bijstand” in de zin van de Burgerschapsrichtlijn. Nu het begrip Europeesrechtelijk niet is ingevuld, moet voorzichtigheid worden betracht om voordeelregelingen aan te merken als sociale bijstand. Geadviseerd wordt om *niet* als sociale bijstand aan te merken regelingen die:

- niet voorzien in een *individuele* beoordeling van de persoonlijke behoeften van de begunstigde;
- geen betrekking hebben op de kosten van dekking van levensonderhoud (eerste levensbehoeften);
- niet uitsluitend bedoeld zijn voor onderdanen of inwoners met een inkomen van onder de bijstandsnorm.

### **Ad 3**

Zie uitgebreide toelichting 3.3 eerste deel.

Ga na of het voordeel kan worden aangemerkt als “steun voor levensonderhoud voor studenten”. Voordelen die samenhangen met de toegang tot onderwijs vallen hier in ieder geval niet onder.

### **Ad 4**

Zie uitgebreide toelichting 3.3 sub b.

*Let op* hiervan kan ook sprake zijn als niet *alle* eigen onderdanen worden begunstigd of als naast andere EU burgers ook eigen onderdanen worden benadeeld.

Voorbeelden van zulke criteria zijn: " het hebben van woonplaats in..." ; "de ingezetene zijn van...", "het ingeschreven staan in de gemeentelijke basisadministratie", "het zijn van toerist", " het tijdelijk verblijven in..."

### **Ad 5**

Zie uitgebreide toelichting 3.3 sub c.

Alles wat het voor een EU burger moeilijker maakt om naar Nederland te komen en/of gebruik te maken van (bijvoorbeeld toeristische) voorzieningen kan worden aangemerkt als een belemmering. Het hoeft niet te gaan om een ernstige belemmering, het is voldoende dat sprake is van een geringe of minder belangrijke beperking van het vrije verkeer

Een voorbeeld is een maatregel waardoor in parkeerautomaten of bij andere openbare voorzieningen alleen kan worden betaald met een chipknip, die niet of minder gemakkelijk voor buitenlanders beschikbaar is.

### **Ad 6**

Zie uitgebreide toelichting 3.4.2.1 en 3.4.2.2.

Bepaal de doelstelling van de maatregel en ga na of deze dient ter bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid.

### **Ad 7**

Zie uitgebreide toelichting 3.4.2.1, 3.4.2.3 en 3.4.3.3

Bepaal de doelstelling van de maatregel en ga na of deze is aan te merken als een dwingende reden van algemeen belang. Geen rechtvaardiging zijn de argumenten, dat de maatregel niet tot de bevoegdheid van de decentrale overheden behoort, overwegingen van administratieve aard (bijvoorbeeld de hoeveelheid papier werk of uitvoeringsperikelen) en de derving van fiscale inkomsten.

Voorbeelden: bescherming volksgezondheid (zoals het stimuleren deelname sportieve activiteiten ter bevordering van volksgezondheid), criminaliteitsbestrijding, cultuurbeleid (bevordering van kennisneming van cultuur) of sociaal beleid (bestrijding sociale uitsluiting, armoedebestrijding). In zeer uitzonderlijke

omstandigheden kan samenhang van het fiscale stelsel een rechtvaardigingsgrond opleveren. Van belang is dat deze rechtvaardigingsgrond bijna nooit wordt geaccepteerd. Indien hiervan sprake is wordt geadviseerd om de relevante passages in het rapport door te lezen en om –met name indien het gaat om een nieuwe maatregel - juridisch advies in te winnen bij een Europeesrechtelijk expert.

### **Ad 8**

Zie uitgebreide toelichting 3.4.2.3

Het moet gaan om Europese regelgeving die het onderwerp uitputtend harmoniseert en die hetzelfde belang beoogt te beschermen als de voordeelregeling. Denk niet te snel dat over het onderwerp van uw voordeelregeling geen Europese regelgeving bestaat.

### **Ad 9**

Zie uitgebreide toelichting 3.4.3.4

Ga hier heel kritisch na of de maatregel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken. Let op deze stelling moet met behulp van specifieke gegevens kunnen worden onderbouwd.

### **Ad 10**

Zie uitgebreide toelichting 3.4.3.4

Let op deze stelling moet met behulp van specifieke gegevens kunnen worden onderbouwd. De vraag die gesteld moet worden is of de voordeelregeling verder dan nodig gaat om het nagestreefde doel te bereiken. Of anders gezegd kan het resultaat ook door (vanuit Europees oogpunt) minder beperkende voorschriften worden bereikt. Met name moet hier heel kritisch worden gekeken naar of het discriminerende criterium (het onderscheid op basis van nationaliteit of woonplaats) wel noodzakelijk is om het doel te bereiken. Als de maatregel belemmerend werkt moet gekeken worden of er alternatieve methodes zijn die minder belemmerend werken. Voor voordeelregelingen waarbij onderscheid wordt gemaakt op grond van nationaliteit of woonplaats moet worden gekeken of de doelstelling van de maatregel zonder dit onderscheid wordt ondermijnd. Indien zulks niet het geval is, is de maatregel waarschijnlijk niet evenredig.

Indien het zo is dat de maatregel een ander doel (bijvoorbeeld armoedebestrijding) dient dan het gebruikte woonplaatsvereiste (bijvoorbeeld beschikbare financiële

middelen) moet deze laatste doelstelling apart worden getoetst. Ga voor maatregelen met een nationaliteitsvereiste terug naar vraag 6 en ga voor maatregelen met een woonplaatsvereiste terug naar vraag 7.

#### **Ad A**

Eindconclusie: Nu het gaat om een voordeelregeling die alleen EU burgers treft die korter dan drie maanden in Nederland verblijven en die kan worden aangemerkt als sociale bijstand mag een nationaliteits- of woonplaatsvereiste worden gesteld. Houdt wel rekening met de volgende kanttekeningen:

- (a) de checklist biedt zoals is gebleken in hoofdstuk 1.5 geen uitsluitel over de vraag in hoeverre de voordeelregeling ook verenigbaar is met het Europees recht als deze potentieel EU burgers benadeelt die langer dan drie maanden of op economische gronden in Nederland verblijven;
- (b) Ten tijde van het opstellen van de checklist was niet duidelijk of het begrip "sociale bijstand" ruim of eng moet worden geïnterpreteerd.

#### **Ad B**

Eindconclusie: Nu het gaat om een voordeelregeling die alleen studenten treft en die kwalificeert als steun voor levensonderhoud mag een nationaliteits- of woonplaats vereiste worden gesteld. Houdt wel rekening met de volgende kanttekeningen:

- (a) Voor zover de voordeelregeling ook EU studenten (potentieel) treft die gedurende een ononderbroken periode van vijf jaar in Nederland hebben verbleven, biedt de checklist geen uitsluitel over de vraag in hoeverre de voordeelregeling in dat opzicht verenigbaar is met het Europees recht. Hetzelfde geldt voor studenten die tevens werknemers of zelfstandigen zijn of familieleden zijn van werknemers of zelfstandigen;
- (b) Ten tijde van het opstellen van de checklist was het niet duidelijk of het begrip "steun voor levensonderhoud" ruim of eng moet worden geïnterpreteerd.

#### **Ad C**

Eindconclusie: Als de maatregel niet is aan te merken als een directe of indirecte discriminatie op grond van nationaliteit of als een belemmering levert deze Europeesrechtelijk geen problemen op.

**Ad D**

Eindconclusie: De maatregel is door het nationaliteitsvereiste een directe discriminatie op grond van nationaliteit die niet kan worden gerechtvaardigd op grond van de in het verdrag voorziene uitzonderingen op het gebied van de openbare orde, openbare veiligheid of de volksgezondheid. Dit betekent dat de maatregel in strijd is met het Europees recht.

**Ad E**

Eindconclusie: De kans dat de maatregel wordt gekwalificeerd als “indirecte discriminatie op grond van nationaliteit” of als een “belemmering” is groot. Dit soort maatregelen zijn uit hoofde van het Europees recht niet toegestaan zonder dat er een objectieve niet-economische rechtvaardiging is.

**Ad F**

Eindconclusie: De kans dat de maatregel wordt gekwalificeerd als “(in)directe discriminatie op grond van nationaliteit” of als een “belemmering” is groot. Als er uitputtende Europese regelgeving bestaat die een bepaald belang beoogt te beschermen, zijn de lidstaten niet langer bevoegd om discriminerende of belemmerende maatregelen te nemen die hetzelfde belang beogen te beschermen.

**Ad G**

Eindconclusie: De kans dat de maatregel wordt gekwalificeerd als “(in)directe discriminatie op grond van nationaliteit” of als een “belemmering” is groot. Als zo’n maatregel niet (aantoonbaar) geschikt is om een op zichzelf gerechtvaardigd doel te bereiken is de maatregel in strijd met Europees recht.

**Ad H**

Eindconclusie: Het gaat hier om een discriminerende of belemmerende maatregel die op basis van een objectieve reden van algemeen belang kan worden gerechtvaardigd en waarbij bovendien de maatregel aantoonbaar geschikt en noodzakelijk is voor en evenredig is aan het doel. Voorts is er geen sprake van uitputtende Europese harmonisatie die hetzelfde belang beoogt te beschermen. Onder deze omstandigheden is de maatregel niet in strijd met het Europees recht. Bij deze conclusie moeten de volgende kanttekeningen worden gemaakt:

- (a) Omdat de rechtspraak van het Hof terzake van de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenredigheid casuïstisch is, kan geen zekerheid worden gegeven over de vraag of aan deze eisen is voldaan;
- (b) Voor zover het gaat om maatregelen die kwalificeren als *indirecte discriminatie* op grond van nationaliteit die worden gerechtvaardigd door andere objectieve doelstellingen dan op het gebied van volksgezondheid, openbare orde en veiligheid staat niet vast dat het Hof van Justitie deze doelstellingen als rechtvaardigingsgronden accepteert. Zie hierover de uitgebreide toelichting 3.4.2.1.

### **Ad I**

Eindconclusie: De kans dat de maatregel wordt gekwalificeerd als "(in)directe discriminatie op grond van nationaliteit" of als een "belemmering" is groot. Als zo'n maatregel niet evenredig is aan en noodzakelijk is voor een op zichzelf gerechtvaardigde doelstelling van algemeen belang is de maatregel in strijd met Europees recht.

### **3 Uitgebreide toelichting bij checklist**

#### **3.1 Inleiding**

Het volgende juridische kader dient als hulpmiddel bij gebruik van de checklist of als een overzicht om snel inzicht te krijgen in de lijn van rechtspraak van het Hof inzake de Europeesrechtelijke aspecten van voordeelregelingen.

Een voordeelregeling is in strijd met het EG recht als voldaan is aan de volgende drie voorwaarden:

- (1) De voordeelregeling valt binnen de werkingssfeer van het EG recht;
- (2) De voordeelregeling wordt toegepast met een (in)direct onderscheid op grond van nationaliteit of vormt anderszins een belemmering van het vrije verkeer;
- (3) Er is geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor het sub 2 bedoelde onderscheid of belemmering.

De drie voorwaarden zullen in het volgende worden besproken. Omdat de rechtspraak terzake casuïstisch is, wordt veelvuldig gebruik gemaakt van voorbeelden uit de jurisprudentie. De voorbeelden hebben niet altijd betrekking op voordeelregelingen. Zij bieden echter wel inzicht in de wijze van redeneren van het Hof. Bovendien kunnen ze naar analogie worden toegepast op voordeelregelingen. De arresten kunnen aan de hand van de in de voetnoten genoemde zaaknummers worden teruggevonden op de internetpagina's van het Hof van Justitie ([www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int))<sup>3</sup> en van eurlex ([www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex))<sup>4</sup>.

#### **3.2 Werkingssfeer EG-recht**

Een voordeelregeling kan slechts in strijd zijn met het EG-recht en meer in het bijzonder met de discriminatieverboden op grond van nationaliteit als de situatie waarop de voordeelregeling betrekking heeft binnen de werkingssfeer van het EG-

---

<sup>3</sup> U kunt doorklikken naar het zoekformulier of direct gaan naar <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl>.

<sup>4</sup> U kunt doorklikken naar het zoekformulier of direct gaan naar <http://www.europa.eu.int/eur-lex/nl/index.html>.

recht valt. Het begrip werkingssfeer moet ruim worden opgevat. Ook maatregelen die als zodanig niet onder de reikwijdte van bijzondere bepalingen tot beperking van het vrije verkeer vallen, maar die wel gevolgen hebben voor de daadwerkelijke realisering ervan, vallen binnen de werkingssfeer van het verdrag.<sup>5</sup> Dit betekent dat ook al wordt een onderwerp (zoals bijvoorbeeld directe belastingen) niet door het Europees recht geregeld, nog steeds geldt dat de nationale overheid haar bevoegdheid zelf maatregelen te nemen zo moet gebruiken dat daarmee geen inbreuk wordt gemaakt op het Europees recht (of: op rechten die burgers aan het Europees recht ontleen). Dit komt er in feite op neer dat een maatregel, op welk terrein ook, een Europees burger niet mag belemmeren in de uitoefening van zijn recht op het vrije verkeer van personen. Hierna worden enkele voorbeelden gegeven van maatregelen die onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen, maar die toch worden begrensd door het Europees recht. Hoewel niet alle voorbeelden rechtstreeks betrekking hebben op voordeelregelingen, maken ze wel duidelijk op welke wijze het Hof een bepaald terrein (vrij gemakkelijk) onder de werkingssfeer van het Verdrag brengt, derhalve moet niet te snel worden gedacht dat een voordeelregeling buiten de werkingssfeer van het EG-recht valt.

#### Toegang openbare voorzieningen:

In het arrest *Toegang musea I* ging het om een regeling die Spanjaarden gratis toegang verschafte tot musea. Het Hof oordeelde dat deze regeling binnen de werkingssfeer viel omdat museumbezoek een van de redenen is waarom toeristen, als ontvangers van diensten, besluiten zich naar een andere lidstaat te begeven. Om die reden bestaat een nauw verband tussen het recht op het vrije verkeer en de voorwaarden voor toegang tot musea. Discriminatie op het gebied van de toegang tot musea kan invloed hebben op de voorwaarden waaronder diensten worden ontvangen en daardoor ook op het besluit van bepaalde personen om het land te bezoeken.<sup>6</sup>

#### Belastingen:

In de zaak *Schumacker* ging het om de toekenning van fiscale voordelen. Het Hof oordeelde dat de directe belastingen als zodanig weliswaar niet tot de bevoegdheidssfeer van de EG behoren, maar dat lidstaten hun bevoegdheid niet zo mogen uitoefenen dat zij daardoor in strijd komen met het EG-recht. *Schumacker*

---

<sup>5</sup> Kapteyn 2003, p. 134.

<sup>6</sup> Arrest van het Hof van 15 maart 1994, *Toegang musea I*, punten 6-7.



had recht op gelijke behandeling omdat hij een werknemer in de zin van artikel 39 EG was. De fiscale regeling mocht dit recht op gelijke behandeling niet uithollen.<sup>7</sup>

#### Straf(proces)recht:

In het arrest *Bickel en Franz* ging het om het recht om behandeling van een strafzaak in de provincie Bolzano in een andere taal (Duits<sup>8</sup>) dan de hoofdtaal van de betrokken lidstaat (Italiaans). De heren Bickel en Franz waren Duitse onderdanen die in Bolzano strafrechtelijk werden vervolgd respectievelijk wegens rijden onder invloed en verboden wapenbezit. Bickel was in Bolzano als vrachtwagenchauffeur en Franz als toerist. Het Hof oordeelde dat het straf- en strafprocesrecht weliswaar tot de bevoegdheden van de lidstaten behoren, maar dat het gemeenschapsrecht grenzen stelt aan die bevoegdheid in de zin dat ze niet mag leiden tot discriminatie van personen aan wie het EG-recht een recht op gelijke behandeling biedt. Bickel en Franz hadden een recht op gelijke behandeling, omdat zij gebruik maakten van de artikelen 49 (diensten) en 18 (burgerschap) EG.<sup>9</sup>

In het arrest *Cowan*<sup>10</sup> ging het om een Britse toerist in Frankrijk die betrokken was bij een geweldsmisdrijf in de Franse metro. Ter discussie stond een Franse regeling op grond waarvan slachtoffers van geweldsmisdrijven met lichamelijk letsel recht hadden op schadeloosstelling door de Staat als ze op geen andere grond schadeloos gesteld konden worden, bijvoorbeeld omdat de dader onbekend was. Het Hof overwoog dat de kwestie binnen de werkingssfeer van het verdrag valt, omdat toeristen als dienstenontvangers het recht hebben om zich vrij naar andere lidstaten te begeven. Dit recht brengt mee, dat de integriteit van de betrokken persoon op dezelfde wijze moet worden beschermd als die van de onderdanen van de lidstaat en als personen die er hun woonplaats hebben.

#### Naamwetgeving:

In de zaak *Avello* overwoog het Hof dat de lidstaten bij de huidige stand van het EG recht bevoegd zijn om de naamgeving van personen te regelen, maar dat zij bij de uitoefening van deze bevoegdheid het gemeenschapsrecht moesten eerbiedigen. Het feit dat de in België woonachtige kinderen van Avello naast de Belgische ook de Spaanse nationaliteit bezaten was voldoende om de situatie binnen de materiële werkingssfeer van het verdrag te brengen. Het Hof ging derhalve over tot toetsing van de Belgische naamwetgeving aan de artikelen 12 en 17 EG.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Arrest van het Hof van 14 februari 1995, zaak C-279/93, *Schumacker*, punten 21 e.v.

<sup>8</sup> In Bolzano woont een Duitstalige minderheid.

<sup>9</sup> Arrest van het Hof van 24 november 1998, zaak C-274/96, *Bickel en Franz*, punten 15 –17.

<sup>10</sup> Arrest van het Hof van 2 februari 1989, zaak 186/87, *Cowan*.

<sup>11</sup> Arrest van het Hof van 2 oktober 2003, zaak C-148/02, *Avello*, punten 25-27.

Gezien de reikwijdte van het onderhavige onderzoek zal voor de vraag of een voordeelregeling onder de werkingssfeer van het Verdrag valt met name aanknoping moeten worden gezocht bij de artikelen 18 EG (burgers) en 49 EG (diensten). Voorts zal het vaak zo zijn dat een voordeelregeling pas binnen de werkingssfeer van het verdrag valt omdat de persoon die een beroep doet op de voordeelregeling in de concrete situatie binnen de werkingssfeer van het verdrag valt doordat hij gebruik maakt van de artikelen 18 EG of 49 EG. Tot slot is artikel 24 van de Burgerschapsrichtlijn<sup>12</sup> relevant. De Burgerschapsrichtlijn is immers van toepassing ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit.

### **3.3 (In)directe discriminatie op grond van nationaliteit of andere belemmeringen**

Een belangrijk beginsel in het EG recht is het beginsel van gelijke behandeling op grond van nationaliteit. Artikel 12 EG voorziet hiertoe in een algemeen verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Daarnaast kent het verdrag bijzondere discriminatieverboden op grond van nationaliteit. Als deze van toepassing zijn, komt aan artikel 12 EG geen zelfstandige betekenis meer toe. Voor dit onderzoek is artikel 49 EG relevant. Hoewel de toetsing van de te onderzoeken voordeelregelingen steeds gebeurt aan met name de hier bovengenoemde artikelen, zal in dit hoofdstuk ook gebruik worden gemaakt van jurisprudentie die betrekking heeft op andere bepalingen met betrekking tot het vrije verkeer zoals bijvoorbeeld de artikelen 39 (werknemers) en 56 (kapitaal) EG. De toepassing van de verschillende bepalingen is immers in belangrijke mate gelijk.

Voorts is relevant artikel 24 van de Burgerschapsrichtlijn waarin staat dat iedere burger van de Unie die op basis van de richtlijn op het grondgebied van een gastland verblijft, binnen het toepassingsgebied van het Verdrag dezelfde behandeling als de onderdanen van dat gastland geniet. In het tweede lid van dit artikel staat eveneens uitdrukkelijk dat het gastland niet verplicht is een recht op

---

<sup>12</sup> Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Vo. Nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijn en 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, PB EG d.d. 30.4.2004 L 158/77 e.v.

sociale bijstand toe te kennen gedurende de eerste drie maanden van verblijf. Voorts is het gastland in beginsel niet verplicht om vóór de verwerving van het duurzame verblijfsrecht (dat wil zeggen binnen 5 jaar) steun voor levensonderhoud toe te kennen voor studies, inclusief beroepsopleiding, in de vorm van een studiebeurs of lening aan andere personen dan werknemers of zelfstandigen en hun familieleden.<sup>13</sup> Van een duurzaam verblijfsrecht is sprake als een burger van de Unie een ononderbroken periode van vijf jaar in een gastland verblijf heeft gehad en als hij niet onderworpen is geweest aan een verwijderingsmaatregel. Voor de voordeelregelingen die vallen onder het onderzoek betekent dit dat voordeelregelingen die zijn te kwalificeren als sociale bijstand in beginsel niet vallen onder het beginsel van gelijke behandeling, althans voorzover daardoor Unieburgers worden benadeeld die tijdelijk (minder dan drie maanden) in Nederland verblijven.

Voorts hoeven voordeelregelingen die kwalificeren als steun voor levensonderhoud niet aan studenten uit andere lidstaten zonder duurzaam verblijfsrecht te worden toegekend. In zijn uitspraak in de zaak *Bidar*<sup>14</sup> stelde het Hof echter dat een lidstaat steun ter dekking van de kosten van levensonderhoud van studenten mocht voorbehouden aan studenten die blijk hadden gegeven van een zekere mate van integratie in de samenleving van deze lidstaat. De vaststelling dat een student gedurende een bepaalde tijd – i.c. gedurende drie jaar - in de ontvangende lidstaat verblijf had gehouden, toonde het bestaan van een zekere mate van integratie aan. Tegelijk wees het Hof echter het Engelse criterium af, dat ervan uit ging dat het onmogelijk was om de status van ‘gevestigde persoon’ te verwerven als student.

Dit ligt ook anders als deze studenten of hun ouders als werknemer of zelfstandige werkzaam zijn in Nederland, ongeacht het feit of zij in Nederland woonplaats hebben. In dat geval is de buitenlandse student gerechtigd tot studiefinanciering onder dezelfde voorwaarden als Nederlandse onderdanen<sup>15</sup>. Ten tijde van het

---

<sup>13</sup> Familieleden zijn: de echtgenoot, de geregistreerde partner, rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn onder de 21 jaar die ten laste van de werknemer/zelfstandige komen en rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn die ten laste van de werknemer/zelfstandige komen.

<sup>14</sup> Arrest van het Hof van 15 maart 2005, *Dany Bidar tegen London Borough of Ealing, secretary of State for Education and Skills*, zaak C-209/03, n.n.g.

<sup>15</sup> Arrest van het Hof van 8 juni 1999, zaak C-337/97, *Meeusen*. Overigens betekent niet iedere werkzaamheid als werknemer of als zelfstandige dat deze persoon ook als een werknemer of zelfstandige in de zin van het EG-Verdrag moet worden aangemerkt.

opstellen van deze toelichting was er nog geen jurisprudentie over de Burgerschapsrichtlijn. Dit betekent dat niet nader kan worden aangegeven wat precies moet worden verstaan onder "sociale bijstand" en "steun voor levensonderhoud". Terzake van het begrip "steun voor levensonderhoud" voor studies kan aanknoping worden gezocht bij de oude studentenrichtlijn 93/96/EEG<sup>16</sup>. Op grond van artikel 3 van de richtlijn hadden studenten geen recht op uitbetaling door de ontvangende lidstaat van beurzen om in het levensonderhoud te voorzien. Uit de considerans van de studentenrichtlijn blijkt dat dit artikel een codificatie is van eerdere rechtspraak van het Hof. Uit de rechtspraak terzake blijkt dat steun voor levensonderhoud aan studenten in ieder geval moet worden onderscheiden van steun ter dekking van de kosten voor de toegang tot onderwijs (inschrijfkosten en onderwijsgeld).<sup>17</sup> Dit betekent dat voordeelregelingen met betrekking tot de toegang tot onderwijs niet vallen onder de in de burgerschapsrichtlijn voorziene uitzondering. In hoeverre voordeelregelingen die niet samenhangen met de toegang tot onderwijs vallen onder het begrip "steun voor levensonderhoud" is bij de huidige stand van het recht onduidelijk. Voor het begrip "sociale bijstand" kan aanknoping gezocht worden bij de jurisprudentie van het Hof terzake van verordening 1408/71.<sup>18</sup> Deze verordening is van toepassing op "sociale zekerheid", en sluit "sociale bijstand" uit van de werkingssfeer (artikel 4 lid 4). In de jurisprudentie wordt echter geen definitie gegeven van het begrip sociale bijstand. Voorts kan de vraag worden gesteld of de context waarin het begrip "sociale bijstand" gebruikt wordt in de Burgerschapsrichtlijn dezelfde is. Voorzichtigheid is derhalve geboden bij de invulling van het begrip. In het kader van de genoemde verordening heeft het Hof in ieder geval overwogen dat een kenmerk van sociale bijstand is dat het moet gaan om regelingen bedoeld voor personen die niet zelf kunnen voorzien in bestaansmiddelen.<sup>19</sup> Voorts moet de toekenning van de sociale bijstand afhangen van een *individuele* beoordeling van de persoonlijke behoeften van de

---

<sup>16</sup> Richtlijn 93/96/EG van de Raad inzake het verblijfsrecht voor studenten, PbEG d.d. 30.4.2004 L 158/77 e.v.

<sup>17</sup> Arrest van het Hof van 13 februari 1985, zaak 293/83, *Gravier*, punt 26, arrest van het Hof van 21 juni 1988, zaak 39/86, *Lair*, punten 14-16 en arrest van het Hof van 21 juni 1988, zaak 197/86, *Brown*, punten 17-19.

<sup>18</sup> Verordening 1408/71 van de Raad betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, P B EG d.d. 5.7.1971 L 149/71 e.v.

<sup>19</sup> Arrest van het Hof van 27 maart 1985, zaak 249/83, *Hoekx*, punt 13 en arrest van het Hof van 27 maart 1987, zaak 122/84, *Scriver*, punt 20.

begunstigde.<sup>20</sup> Onduidelijk is of ook in het kader van de Burgerschapsrichtlijn vereist is dat steeds sprake is van een individuele beoordeling van de behoeften van de begunstigde. Ten aanzien van de toekenning van voordelen lijkt het op voorhand verstandig om hier wel vanuit te gaan.

De discriminatieverboden op grond van nationaliteit verbieden (a) directe discriminaties op grond van nationaliteit en (b) alle vormen van verkapte discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden. Artikel 49 EG verbiedt ook (c) maatregelen zonder onderscheid die een belemmering van het vrije verkeer vormen.

#### Ad a Directe discriminatie op grond van nationaliteit

Maatregelen die als onderscheidingscriterium de nationaliteit van personen hanteren, vormen een directe discriminatie op grond van nationaliteit. Het gaat hier overigens alleen om discriminatie van personen met de nationaliteit van een van de lidstaten. Derde landen vallen buiten het bereik van dit onderzoek. Het EG-recht verbiedt niet een slechtere behandeling van eigen onderdanen (ook wel genoemd omgekeerde discriminatie), tenzij deze het gevolg is van het feit dat zij gebruik maken van het vrije verkeer van personen.

Een voorbeeld van een zaak waarin het Hof directe discriminatie op grond van nationaliteit vaststelde is het arrest *Toegang musea I*.<sup>21</sup> Hierin ging het om een regeling die Spaanse onderdanen gratis toegang tot musea bood, terwijl onderdanen uit andere lidstaten daarvoor moesten betalen.

#### Ad b Indirecte of verkapte discriminatie op grond van nationaliteit

##### *Algemeen*

Er is sprake van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit als gebruik wordt gemaakt van onderscheidingscriteria die in feite tot hetzelfde resultaat leiden als discriminatie op grond van nationaliteit. Het moet gaan om onderscheidingscriteria die mogelijk hoofdzakelijk ten nadele van onderdanen van

---

<sup>20</sup> Arrest van het Hof van 16 juli 1992, zaak C-78/91, *Hughes*, punt 17 en arrest van het Hof van 28 mei 1974, zaak 187/73, *Callemeyn*, punt 7.

andere lidstaten werken ("benadelingsvereiste"). Voor de kwalificatie van een maatregel als discriminerend is het niet noodzakelijk dat zij tot gevolg heeft dat *alle* eigen onderdanen worden begunstigd of dat enkel *sommige groepen* onderdanen van andere lidstaten (bijvoorbeeld alleen onderdanen die in een bepaalde gemeente woonachtig zijn) worden benadeeld.<sup>22</sup> Het doet derhalve niet terzake dat het gebruikte onderscheidingscriterium ook de in andere delen van het nationale grondgebied wonende onderdanen treft (in het bovengenoemde voorbeeld, de onderdanen die niet in de betreffende gemeente woonachtig zijn).

Het Hof stelt geen hoge eisen aan het bewijs van de benadeling. In geen enkel arrest wordt feitelijk of cijfermatig bewijs gevraagd.<sup>23</sup> Wanneer het Hof het aannemelijk acht, dat sprake is van benadeling wordt de aanwezigheid daarvan tot uitgangspunt van de toetsing genomen, tenzij deze aanname met goede argumenten wordt betwist door de overheid.<sup>24</sup> Voorts is niet vereist dat daadwerkelijk sprake is van benadeling. Voldoende is dat daarvan mogelijk sprake is.

In het arrest *Wachuitkeringen jongeren* overwoog het Hof dat niet hoefde te worden vastgesteld dat de betrokken bepaling in de praktijk een aanzienlijk groter percentage migrerende werknemers treft, maar dat het voldoende is dat die bepaling een dergelijk effect kan hebben.<sup>25</sup>

In het arrest *Biehl* werd indirecte discriminatie op grond van nationaliteit vastgesteld, omdat het criterium van de vaste woonplaats in het binnenland in het nadeel dreigt te werken van onderdanen van andere lidstaten.<sup>26</sup>

In de zaken *Commissie tegen België*<sup>27</sup> en *Commissie tegen Oostenrijk*<sup>28</sup> ging het in grote lijnen om een vergelijkbaar feitencomplex. Zowel België als Oostenrijk weigerden aan houders van een diploma uit een andere lidstaat toegang tot het

---

<sup>21</sup> *Toegang Musea I*, zaak C-45/93.

<sup>22</sup> Zie onder meer *Toegang musea II*, punt 13 en arrest van het Hof van 6 juni 200, zaak C-281/98, *Angonese*, punt 41.

<sup>23</sup> J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Publiekrechtelijke reeks Universiteit Maastricht, 2002, p. 259.

<sup>24</sup> Gerards, p. 260.

<sup>25</sup> Arrest van het Hof van 12 september 1996, zaak C-278/94, *Wachuitkeringen jongeren*, punt 20.

<sup>26</sup> Arrest van het Hof van 8 mei 1990, zaak C-175/88, *Biehl*, punt 14.

<sup>27</sup> Arrest van het Hof van 1 juli 2004, Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Koninkrijk België, C-65/03, n.n.g.

hoger onderwijs. In België moesten houders van een diploma uit een andere lidstaat een geschiktheidsexamen afleggen om toegang tot bepaalde studies te krijgen. In Oostenrijk werd geëist, dat men voldeed aan de specifieke toelatingsvoorwaarden. Het Hof oordeelde in beide gevallen kortweg dat sprake was van strijd met het discriminatieverbod.

### *Woonplaatsvereiste*

Een veelvoorkomend voorbeeld van een onderscheidingscriterium dat kan leiden tot indirecte discriminatie is het woonplaatsvereiste. Hiervan heeft het Hof verschillende malen geoordeeld dat het hoofdzakelijk in het nadeel werkt van onderdanen van andere lidstaten, omdat de niet-ingezetenen in de meeste gevallen buitenlanders zijn. Voorbeelden van woonplaatsvereisten zijn: de eis dat iemand moet zijn ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie, de eis dat iemand woonachtig in of ingezetene van Nederland/ een bepaalde gemeente/ regio / provincie/ postcodegebied moet zijn. Hieronder staan enkele voorbeelden van de (vergaande) wijze waarop het Hof concludeert dat woonplaatsvereisten leiden tot de bevoordeling van hoofdzakelijk eigen inwoners of tot de benadeling van met name onderdanen van ander lidstaten.

In het arrest *Toegang musea II* oordeelde het Hof dat maatregelen die woonplaats als onderscheidend criterium gebruiken, hoofdzakelijk ten nadele van onderdanen van andere lidstaten kunnen werken omdat niet-ingezetenen meestal niet-onderdanen zijn. Het Hof overwoog voorts, dat het niet terzake doet dat de maatregelen zowel de in andere delen van het nationale grondgebied wonende eigen onderdanen als de onderdanen van andere lidstaten treft. Opdat een maatregel als discriminerend kan worden beschouwd, is het niet noodzakelijk dat zij tot gevolg heeft dat alle eigen onderdanen worden begunstigd of dat enkel onderdanen van andere lidstaten, met uitsluiting van eigen onderdanen worden benadeeld.<sup>29</sup>

In het *Ciola* arrest werd de vaststelling door een lidstaat van een maximumcontingent ligplaatsen die aan een in een andere lidstaat woonachtige booteigenaars mogen worden verhuurd, door het Hof van Justitie aangemerkt als indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Arrest van het Hof van 7 juli 2005, Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Republiek Oostenrijk, zaak C-147/03, n.n.g.

<sup>29</sup> *Toegang musea II*, punt 13.

<sup>30</sup> Arrest van het Hof van 29 april 1999, zaak C-224/97, *Ciola*, punt 14.

In het eerder genoemde arrest *Bickel en Franz* werd het recht op gebruik van de Duitse taal voor de strafrechtelijke instanties in de provincie Bolzano alleen toegekend aan Duitstalige burgers die in de provincie Bolzano woonachtig zijn. Het Hof oordeelde dat Duitstalige onderdanen van andere lidstaten die in de provincie Bolzano verblijven of reizen worden achtergesteld bij Duitstalige Italiaanse onderdanen die in de provincie wonen. Ook al is er geen discriminatie op grond van nationaliteit tussen de inwoners van de regio, toch worden de Italiaanse onderdanen bevoordeeld boven onderdanen van andere lidstaten. Zulks volgens het Hof, omdat de meeste Duitstalige onderdanen kunnen verlangen dat tijdens de gehele duur van het proces in de provincie Bolzano het Duits wordt gebezigd, terwijl de meeste Duitstalige onderdanen van andere lidstaten niet aan het woonplaatscriterium zullen voldoen en dus niet over dat recht beschikken.<sup>31</sup>

#### *Moet gaan om vergelijkbare situaties*

De conclusie dat een regeling hoofdzakelijk in het nadeel werkt van onderdanen van andere lidstaten is niet altijd voldoende om te oordelen dat sprake is van indirecte discriminatie. In sommige gevallen maakt het Hof naast de benadelingstoets gebruik van de zogenaamde vergelijkbaarheidstoets.<sup>32</sup> Het gebruik van deze toets kan tot gevolg hebben dat geen discriminatie wordt vastgesteld omdat de vergelijkbaarheid ontbreekt. De achterliggende gedachte bij deze toets is dat alleen sprake is van discriminatie als het gaat om verschillende regels die worden toegepast op vergelijkbare situaties of om gelijke regels die worden toepast op verschillende situaties.<sup>33</sup> Onderzocht wordt of de ingezetenen van andere lidstaten zich in een vergelijkbare situatie bevinden als de eigen ingezetenen of dat er objectieve verschillen tussen de beide groepen bestaan.<sup>34</sup> De vergelijkbaarheidstoets wordt met name in de *inkomsten*belastingrechtspraak veelvuldig gehanteerd. Dat het Hof juist in inkomstenbelastingzaken woonplaats soms accepteert als een gerechtvaardigd criterium om onderscheid te maken kan worden verklaard door de omstandigheid dat in het kader van het belastingrecht (met name bij de inkomstenbelasting) juist de woonplaats vaak een belangrijk

---

<sup>31</sup> *Bickel*, punt 25.

<sup>32</sup> Zie hierover Gerards, p. 261-264.

<sup>33</sup> *Schumacker*, punt 30, arrest van het Hof van 27 juni 1996, zaak C-107/94, *Asscher*, punt 40 en arrest van het Hof van 13 juni 2000, gevoegde zaken C-430/99 en C-431/99, *Sea-land Service*, punt 36.

<sup>34</sup> *Schumacker*, punten 36-38 en *Asscher*, punten 42-43.



criterium is om te bepalen welke fiscus bevoegd is belasting te heffen en vrijstellingen te verlenen. De ratio hierbij is dat belastingplichtigen over het algemeen de meeste inkomsten verwerven in hun woonplaats en dat het daarom voor de hand ligt om daar ook de belasting te heffen. Om in grensoverschrijdende situaties de heffingsbevoegdheid van de fiscus ten opzichte van elkaar af te bakenen, kan het daarom relevant zijn onderscheid te maken naargelang iemands woonplaats. Met het gebruiken van de vergelijkbaarheidstoets buiten het gebied van de inkomstenbelasting moet terughoudendheid worden betracht. Tot nu toe heeft het Hof woonplaatsvereisten met een beroep op de vergelijkbaarheidstoets alleen toegestaan terzake van vrijstellingen op het gebied van de inkomstenbelasting.

Met betrekking tot de directe belastingen overwoog het Hof in onder meer het *Schumacker* arrest dat de situatie van ingezetenen in het algemeen niet vergelijkbaar is met die van niet-ingezetenen.<sup>35</sup> In dit arrest ging het om een Belgische onderdaan, woonachtig in België terzake van belastingheffing op in Duitsland verworven inkomsten. De belastingheffing voor deze niet- ingezetene van Duitsland was zwaarder dan die van ingezetenen. Het Hof overwoog dat de situatie van niet-ingezetenen in het algemeen niet vergelijkbaar is met die van ingezetenen, omdat het meestal zo is dat het inkomen van een niet-ingezetene hoofdzakelijk is geconcentreerd in zijn woonplaats. Als het echter zo is dat de niet-ingezetene al zijn belastbare inkomsten verwerft in de andere lidstaat, bestaat er geen objectief verschil tussen de ingezetene en de niet-ingezetene en leidt het woonplaatscriterium derhalve tot (indirecte) discriminatie op grond van nationaliteit.

In het arrest *Ferlini* oordeelde het Hof, dat het in die zaak ten aanzien van tariefindeling voor geneeskundige verzorging en ziekenhuisverpleging gehanteerde onderscheidings criterium van aansluiting bij het nationale (in casu het Luxemburgse) stelsel van sociale van zekerheid, indirecte discriminatie op grond van nationaliteit was. Zulks omdat de personen die zijn aangesloten bij een ander stelsel (in casu het gemeenschappelijke stelsel, Ferlini was een ambtenaar bij een Europese instelling) overwegend onderdanen van andere lidstaten zijn en omdat de overgrote meerderheid van de in Luxemburg woonachtige Luxemburgers onder het nationale verzekeringsstelsel vallen. Het argument van Luxemburg dat een niet bij het nationale sociale zekerheidsstelsel van een lidstaat aangesloten persoon zich in een andere situatie bevindt dan een bij dat stelsel aangesloten persoon werd niet aanvaard. De omstandigheid dat zulke personen geen loonbelasting aan de

---

<sup>35</sup> *Schumacker*, punten 31 en 34.

ationale schatkist afdragen en ook geen bijdragen betalen aan het nationale stelsel van sociale zekerheid is irrelevant. Er wordt immers niet verzocht om in aanmerking te komen voor prestaties van sociale zekerheid, maar er wordt slechts gevraagd om niet-discriminerende tarieven toe te passen. Het argument dat het gemiddelde inkomen van ambtenaren van de EG hoger ligt wordt niet aanvaard omdat het tarief dat aan de bij het nationale stelsel aangesloten personen in rekening wordt gebracht niet varieert naar gelang inkomsten.<sup>36</sup>

#### Ad c Overige belemmeringen

Ook maatregelen die niet zijn aan te merken als (in)directe discriminatie op grond van nationaliteit ("maatregelen zonder onderscheid") kunnen verboden zijn. Dit is het geval als de maatregelen de uitoefening van het vrije verkeer belemmeren. Het Hof legt voor het aannemen van een belemmering geen al te hoge drempel aan en ziet alles wat de uitoefening van het vrije verkeer bemoeilijkt of minder aantrekkelijk maakt als een belemmering. Het hoeft ook niet te gaan om een ernstige belemmering, het is voldoende dat sprake is van een geringe of minder belangrijke beperking van het vrije verkeer.<sup>37</sup>

In zijn arrest van 8 juli 2005 oordeelde de Hoge Raad, dat het parkeersysteem zoals dat in Rotterdam bestond en waarbij alleen met een chipknip kon worden betaald, geen belemmering vormde voor het vrij verkeer van personen.<sup>38</sup> Dit zou alleen het geval zijn, indien voor buitenlanders geen toereikend alternatief beschikbaar was. Aangezien op voldoende plaatsen chipkaarten verkrijgbaar waren, ook al was hieraan een meerprijs van "een bescheiden bedrag (2,50 euro)" verbonden, was er geen sprake van onevenredige kosten, noch van een wezenlijke belemmering. De Hoge Raad heeft over deze zaak geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld.

### **3.4 Rechtvaardiging**

#### **3.4.1 Inleiding**

Niet alle (in)direct discriminerende of belemmerende maatregelen zijn op grond van het Europees recht verboden. Een discriminerende of belemmerende maatregel is alleen verboden als daarvoor geen rechtvaardiging bestaat. Binnen het

---

<sup>36</sup> Arrest van het Hof van 3 oktober 2000, zaak C-411/98, *Ferlini*, punten 52-58.

<sup>37</sup> Zie onder meer arrest van het Hof van 11 maart 2004, zaak C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, punt 43.

Europees recht zijn twee soorten 'rechtvaardigingsgronden' te onderscheiden, namelijk die genoemd zijn in het verdrag en de zogenaamde ongeschreven rechtvaardigingsgronden (ook wel "rule of reason" of "dwingende redenen van algemeen belang" genoemd). Om een beroep op deze rechtvaardigingsgronden te kunnen doen, moet voorts worden voldaan aan een aantal eisen. Hierna zal eerst worden ingegaan op de verschillende bestaande rechtvaardigingsgronden. Vervolgens zal aandacht besteed worden aan de eisen waaraan voldaan moet worden, wil de overheid in een concreet geval daadwerkelijk een beroep kunnen doen op een rechtvaardigingsgrond.

### 3.4.2 **Rechtvaardigingsgronden**

#### 3.4.2.1 **Toepassing van de verschillende soorten gronden (geschreven/ongeschreven)**

Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat *maatregelen die een direct onderscheid maken op grond van nationaliteit alleen kunnen worden gerechtvaardigd op grond van de in het verdrag genoemde redenen.*

In het arrest *Toegang musea II* overwoog het Hof dat, voorzover de tariefvoordelen onderscheid maken op grond van nationaliteit, zij alleen verenigbaar met het EG-recht zijn als zij kunnen worden gerechtvaardigd met behulp van de in het verdrag genoemde gronden (bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid).<sup>39</sup>

Voor belemmerende maatregelen die geen directe of indirecte discriminatie op grond van nationaliteit behelzen ("*maatregelen zonder onderscheid*") geldt dat ook ongeschreven rechtvaardigingsgronden (ook wel "rule of reason" of "dwingende redenen van algemeen belang") kunnen worden aangevoerd.<sup>40</sup>

Ten aanzien van *maatregelen die op indirecte wijze discrimineren* is de jurisprudentie van het Hof niet eenduidig. Soms mogen deze wel worden getoetst

---

<sup>38</sup> Hoge Raad, 8 juli 2005, nr. 40375, naheffingsaanslag in de perkeerbelasting, LJN AR8934.

<sup>39</sup> *Toegang musea II*, punt 18.

<sup>40</sup> Op dit soort maatregelen wordt niet dieper ingegaan omdat alleen voordeelregelingen worden getoetst die zijn aan te merken als maatregel met onderscheid.

aan de ongeschreven rechtvaardigingsgronden en in andere gevallen weer niet.

In het arrest *Toegang musea II* maakte het Hof een duidelijk onderscheid tussen het geval waarin de maatregel onderscheid maakte op grond van nationaliteit en het geval waarin onderscheid werd gemaakt op grond van woonplaats. In dit tweede geval mocht ook worden getoetst aan de ongeschreven rechtvaardigingsgronden.<sup>41</sup>

In het arrest *Bickel en Franz* overwoog het Hof in algemene zin dat een woonplaatsvereiste enkel gerechtvaardigd zou kunnen zijn op grond van objectieve overwegingen. Het Hof erkende vervolgens dat de ongeschreven rechtvaardigingsgrond bescherming van minderheden mogelijk een legitiem doel kan zijn.<sup>42</sup>

In het arrest *Bachman* aanvaardde het Hof eveneens de toepassing van een ongeschreven rechtvaardigingsgrond op een indirect discriminerende maatregel.<sup>43</sup>

In het arrest *Ciola* daarentegen oordeelde het Hof dat maatregelen die niet zonder onderscheid van toepassing zijn slechts kunnen worden gerechtvaardigd met de uitdrukkelijk in het verdrag genoemde rechtvaardigingsgronden.<sup>44</sup>

### 3.4.2.2 Rechtvaardigingsgronden in het verdrag

Het EG-verdrag noemt drie 'rechtvaardigingsgronden'. Voor een nationale regeling die inbreuk maakt op het vrij verkeer van diensten zijn dat (artikel 55 jo. 46 EG): de bescherming van de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Voor 'openbare orde' en 'openbare veiligheid' geldt dat een beroep hierop uitsluitend mag berusten op individueel gedrag van betrokkenen. Onder de rechtvaardigingsgrond 'volksgezondheid' vallen besmettelijke ziektes, maar ook bijvoorbeeld de bestrijding van alcoholverslaving.

In de zaak *Wet "Evin"* ging het om een Frans verbod op de televisie-uitzending van sportevenementen waarin reclameborden voor alcoholhoudende dranken te zien zijn. Het Hof oordeelde dat maatregelen die de mogelijkheden van reclame voor

---

<sup>41</sup> *Toegang musea II*, punt 20.

<sup>42</sup> *Bickel en Franz*, punten 27 en 29.

<sup>43</sup> *Bachmann*, punten 21 e.v.

<sup>44</sup> *Ciola*, punt 16.

alcoholische dranken beperken om alcoholisme te bestrijden in overeenstemming zijn met het streven om de volksgezondheid te beschermen.<sup>45</sup>

### 3.4.2.3 Ongeschreven rechtvaardigingsgronden

De jurisprudentie op het gebied van ongeschreven rechtvaardigingsgronden is erg casuïstisch. Het Hof gaat van geval tot geval na of de specifiek aangevoerde doelstellingen al dan niet toelaatbaar zijn, zonder daarbij duidelijk herkenbare criteria te hanteren. Het is daarom moeilijk om algemene maatstaven te formuleren.<sup>46</sup> In de jurisprudentie van het Hof zijn de volgende gronden soms aangenomen als ongeschreven rechtvaardigingsgronden:

- Cultuurbeleid ;
- beroepsregels ter bescherming van de dienstontvanger;
- bescherming van de consument;
- nationaal, historisch kunstbezit;
- bescherming en bevordering van de taal;
- bescherming van de intellectuele eigendom;
- bescherming van de werknemers en de arbeidsmarkt;
- doeltreffendheid van fiscale controles;
- bescherming van het milieu;
- sociaal beleid;
- verkeersveiligheid;
- samenhang belastingsysteem.

Geen rechtvaardiging is het argument, dat de maatregelen niet tot de bevoegdheid van de centrale overheid behoren, maar tot die van decentrale overheden. Volgens vaste jurisprudentie kan een lidstaat zich niet op situaties van zijn eigen interne rechtsorde beroepen ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van verplichtingen die uit het gemeenschapsrecht voortvloeien.<sup>47</sup> Ook overwegingen van administratieve aard zijn niet toelaatbaar ter rechtvaardiging van discriminerende of belemmerende maatregelen.<sup>48</sup> Hetzelfde geldt voor derving van fiscale

---

<sup>45</sup> Arrest van het Hof van 13 juli 2004, zaak C-262/02, *Wet Evin*, punt 30.

<sup>46</sup> Gerards, p. 278.

<sup>47</sup> Toegang musea II, punten 25 - 26.

<sup>48</sup> Zie onder meer het arrest van het Hof van 26 januari 1999, zaak C-18/95, *Terhoeve*, punt 45.

inkomsten.<sup>49</sup> Ook het feit dat de maatregel uit de schatkist wordt gefinancierd is geen rechtvaardiging.<sup>50</sup>

Voor het onderhavige onderzoek zijn cultuurbeleid (incl. toegang musea), bescherming van de volksgezondheid, sociaal beleid, doeltreffendheid fiscale controles en samenhang belastingsysteem de meest relevante rechtvaardigingsgronden.

### Cultuurbeleid

Rechtvaardigingsgronden terzake van cultuurbeleid zouden kunnen zijn de wens om het cultuurbewustzijn van bepaalde bevolkingsgroepen te bevorderen.

### Bescherming van de volksgezondheid

Hier valt bijvoorbeeld te denken aan voordeelregelingen die als doelstelling hebben om de beoefening van sport te bevorderen.

### Sociaal beleid

Doelstellingen in verband met sociaal beleid, kunnen dwingende redenen van algemeen belang vormen.<sup>51</sup> Te denken valt bijvoorbeeld aan maatregelen die het tegengaan van sociale uitsluiting of armoede beogen.

Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat de uitvoering van nationaal wettelijke regelingen afhankelijk kunnen worden gesteld van de voorwaarde dat er een band bestaat tussen de aanvrager en de geografische markt. Dit is met name het geval bij uitkeringen. Het eisen van een daadwerkelijke band van de aanvrager met het nationale territorium moet wel samenhangen met het doel van de betrokken regeling (uitkering).

In de zaak *D'Hoop* ging het om de weigering van België om een Belgische studente op zoek naar een eerste dienstbetrekking een wachuitkering toe te kennen op de uitsluitende grond dat zij haar middelbare studie in een andere lidstaat had voltooid. Het Hof overwoog dat de Belgische regeling tot doel had de overgang van de studie

---

<sup>49</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 6 juni 2000, zaak C-35/98, *Verkooijen*, punt 59. *Lenz*, punt 40.

<sup>50</sup> *Cowan*, punt 17.

naar het beroepsleven te vergemakkelijken. In deze context achtte het Hof het in beginsel gerechtvaardigd dat de nationale wetgever zich ervan wil vergewissen dat er een daadwerkelijke band bestaat tussen de aanvrager van de uitkering en de betrokken geografische arbeidsmarkt.<sup>52</sup>

In het eerder genoemde arrest *Cowan* voerde de Franse regering aan dat de regeling die Franse onderdanen een vergoeding toekent voor lichamelijke schade ten gevolge van een geweldsmisdrijf, een uitdrukking is van het beginsel van nationale solidariteit. Een dergelijk beginsel veronderstelt, aldus de Franse regering, een nauwere band met de betrokken staat dan die welke een ontvanger van diensten daarmee heeft en kan daarom worden voorbehouden aan eigen onderdanen en vreemdelingen die woonachtig zijn op het nationale grondgebied. Het Hof aanvaardde dit betoog niet en oordeelde dat de integriteit van personen die gebruik maken van hun recht op vrij verkeer op dezelfde manier moet worden beschermd als die van onderdanen of woonachtigen van die lidstaat.<sup>53</sup>

In de zaak *Collins*<sup>54</sup> oordeelde het Hof dat werkzoekende onderdanen van een andere lidstaat recht hebben op gelijke behandeling. Een financiële uitkering die de toegang tot de arbeidsmarkt van een lidstaat beoogt te vergemakkelijken, kan niet langer worden uitgesloten van het grondbeginsel van gelijke behandeling. Dit neemt niet weg, dat de nationale wetgever zich ervan mag vergewissen dat er een werkelijke band bestaat tussen de aanvrager van uitkeringen en de betrokken geografische arbeidsmarkt. Een verblijfsvoorwaarde is in beginsel geschikt om een dergelijke band te waarborgen. Van belang is wel, dat de gestelde voorwaarde evenredig is en niet verder gaat dan noodzakelijk, dat wil zeggen niet langer dan de betrokken autoriteiten nodig hebben om vast te stellen dat de betrokkene werkelijk op zoek is naar een baan op de arbeidsmarkt van de betreffende lidstaat. Verder preciseert het Hof dat het moet gaan om duidelijke en vooraf gekende criteria en dat beroep in rechte mogelijk moet zijn.

In de hierboven reeds genoemde zaak *Bidar*, aanvaardde het Hof dat een student, om aanspraak op een studiebeurs voor levensonderhoud te kunnen maken, een reële band met het gastland of een zekere mate van integratie in het gastland aan moet tonen. Het door Engeland geformuleerde criterium van drie jaar legaal verblijf was hiervoor in beginsel geschikt.

---

<sup>51</sup> Arrest van het Hof van 24 maart 1994, zaak C-275/92, *Schindler*, punt 63.

<sup>52</sup> Arrest van het Hof van 11 juli 2002, zaak C-224/98, *D'Hoop*, punt 38 .

<sup>53</sup> *Cowan*, punten 16 en 17.

<sup>54</sup> Arrest van het Hof van 23 maart 2004, Brian Francis Collins en Secretary of State for Work and Pensions, zaak C-138/02, n.n.g.

### Samenhang belastingstelsel

De noodzaak om de samenhang van het belastingsysteem te handhaven is in beginsel een dwingende reden van algemeen belang. Hiervoor is echter wel vereist, dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de toekenning van een fiscaal voordeel en de compensatie van dit voordeel door een fiscale heffing. Beide moeten in het kader van dezelfde belasting plaatsvinden en dezelfde belastingplichtigen treffen. Als het gaat om afzonderlijke belastingheffing of om een fiscale behandeling van verschillende belastingplichtigen kan het argument van samenhang van belasting niet worden aangevoerd. Tot slot kan een ongunstige fiscale behandeling in strijd met een fundamentele vrijheid niet worden gerechtvaardigd door andere fiscale voordelen. Het Hof heeft tot op heden het argument "samenhang belastingstelsel" slechts twee keer (waarbij het eigenlijk ging om dezelfde regelgeving) geaccepteerd<sup>55</sup>. Nadien heeft het Hof het argument keer op keer afgewezen.

In de zaak *Bachmann* ging het om een Duitser die woonde en werkte in België. De Belgische belastingdienst weigerde de aftrek te honoreren van premies die Bachmann in Duitsland betaalde voor verzekeringen tegen ouderdom en overlijden. Volgens de Belgische wet waren premies slechts aftrekbaar indien betaald aan een verzekeringsmaatschappij die in België waren gevestigd (of een vaste inrichting hadden). België voerde aan dat er een samenhang bestond tussen de aftrekbaarheid van de premies en de heffing van de belasting over de bedragen die de verzekeringsmaatschappijen later uitkeren. Personen die niet hebben geprofiteerd van de aftrekbaarheid van de premies zijn vrijgesteld van belasting over de uitkeringen. De derving tengevolge van de aftrek van de levensverzekeringspremies van het totale belastbare inkomen werd derhalve gecompenseerd door de heffing van belasting over de uitkeringen. Het Hof overwoog dat de samenhang van het Belgische belastingstelsel meebracht dat wanneer België verplicht zou zijn de aftrek van in een andere lidstaat betaalde levensverzekeringen te accepteren, België ook belasting moet kunnen innen over de door de verzekeringsmaatschappijen uitgekeerde bedragen. Het Hof achtte het twijfelachtig of deze belastingheffing zou kunnen plaatsvinden. Het coherentieargument werd derhalve aanvaard. Doordat het nadeel van de geweigerde aftrek

---

<sup>55</sup> Arrest van het Hof van 28 januari 1992, zaak C-204/90, *Bachmann* en arrest van het Hof van 28 januari 1992, zaak C-300/90, *Commissie/België*.



werd gecompenseerd door een volledige vrijstelling van belastingheffing is het Belgische systeem coherent en onstond er geen strijd met artikel 49 EG.<sup>56</sup>

In de zaak *Verkooijen* overwoog het Hof dat bij de rechtvaardigingsgrond 'samenhang belastingstelsel' een rechtstreeks verband moet bestaan tussen de toekenning van een fiscaal voordeel en de compensatie van dit voordeel door de fiscale heffing. Een dusdanig verband ontbreekt als het gaat om twee afzonderlijke belastingen met verschillende belastingplichtigen. Voorts overwoog het Hof dat een ongunstige fiscale behandeling in strijd met een fundamentele vrijheid niet kan worden gerechtvaardigd door andere fiscale voordelen.<sup>57</sup>

In het arrest *Toegang musea II* wees de Italiaanse regering op het feit dat de aan ingezetenen verleende gunstige behandeling gerechtvaardigd was om redenen van samenhang van het belastingstelsel, aangezien de genoemde voordelen de tegenprestatie vormen voor de betaling van belastingen waardoor die ingezetenen bijdragen aan de kosten van het beheer van de betrokken locaties. Het Hof oordeelde dat geen rechtstreeks verband bestaat tussen de belastingheffing enerzijds en de toepassing van het tariefvoordeel voor de toegang tot musea anderzijds. Dit geldt temeer, daar het recht op de litigieuze tariefvoordelen afhangt van de woonplaats van de betrokkene op het grondgebied van de overheid die het betrokken museum beheert, met uitsluiting van andere ingezetenen van Italië die als zodanig eveneens belastingplichtig zijn in die lidstaat.<sup>58</sup>

### 3.4.3 Toepassingsvereisten rechtvaardigingsgronden

#### 3.4.3.1 Inleiding

Om de rechtvaardigingsgronden te kunnen toepassen, moet zijn voldaan aan een aantal voorwaarden:

- (1) er mag geen sprake zijn van Europese harmonisatie;
- (2) de rechtvaardiging mag niet economisch van aard zijn,
- (3) aan de eisen van (a) geschiktheid, (b) noodzakelijkheid en (c) proportionaliteit moet zijn voldaan.

---

<sup>56</sup>, *Bachmann*, punten 14-21. Zie in gelijke zin het andere *Bachmann* arrest op die dag gewezen, zaak C-204/90, punten 21-27.

<sup>57</sup> *Verkooijen*, punten 57, 58 en 61.

<sup>58</sup> *Toegang musea II*, punten 17 en 23.

### 3.4.3.2 Geen harmonisatie

Indien harmonisatie heeft plaatsgevonden op Europees niveau, is er geen ruimte meer om de rechtvaardigingsgronden in te roepen (althans voorzover de Europese regelgeving hetzelfde belang beoogt te beschermen). De EG-regelgeving biedt in dat geval het uitsluitend kader waarbinnen de nationale regelgeving mag bewegen. Voorzover de EG-regelgeving echter nog ruimte biedt aan nationale regelgeving (bijvoorbeeld in geval van minimum-harmonisatie of omdat de EG-regeling maar een beperkte draagwijdte heeft), zijn de verboden van het EG-verdrag onverkort van toepassing en zijn dus ook de rechtvaardigingsgronden inroepbaar.

### 3.4.3.3 Niet economisch van aard

Redenen van zuiver economische aard kunnen geen rechtvaardiging opleveren voor discriminerende of belemmerende maatregelen.

In het arrest *Toegang musea II* wees de Italiaanse overheid onder meer op de kosten van het beheer van het cultureel erfgoed. Het Hof oordeelde dat deze reden niet kon worden aanvaard omdat een zuiver economische doelstelling geen dwingende reden van algemeen belang kan vormen die een belemmering op het vrije verkeer kan rechtvaardigen.<sup>59</sup>

In het eerder aangehaalde arrest *Bidar* merkt het Hof echter op dat elke lidstaat ervoor mag zorgen dat de toekenning van steun ter dekking van de kosten van levensonderhoud van studenten uit andere lidstaten geen onredelijke last wordt, die het totale bedrag van de door deze staat toekenbare steun zou kunnen beïnvloeden (punt 56).

Bij veel voordeelregelingen zal de primaire doelstelling niet economisch van aard zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan voordeelpassen die worden verstrekt in het kader van armoedebestrijding of cultuurverspreiding. Echter het gebruik van het kritieke criterium (meestal het woonplaatsvereiste) zal mogelijk wel zijn ingegeven door overwegingen van financiële aard. De vraag blijft dan toch of het onderscheid naar woonplaats kan worden gerechtvaardigd door deze motieven (zie ook de paragraaf hierna onder "proportionaliteit").

In het arrest Toegang musea II waren dergelijke doelstellingen van algemeen belang niet aan de orde. Met betrekking tot regelingen die wel geënt zijn op dergelijke doelstellingen kan het volgende worden opgemerkt.

Op het gebied van de volksgezondheid heeft het Hof in diverse arresten geoordeeld dat het *risico* dat het financiële evenwicht van het stelsel van sociale zekerheid wordt aangetast een dwingende reden van algemeen belang kan zijn, wanneer die aantasting gevolgen kan hebben voor het algehele niveau van bescherming van volksgezondheid. De ogenschijnlijk economische grond wordt hier dus aanvaard wegens de koppeling met de bescherming van de volksgezondheid.<sup>60</sup>

Wat betreft sociaal beleid in brede zin wordt het volgende opgemerkt.

Daar waar sociale voordeelregelingen van toepassing zijn op personen die tot de beroepsbevolking behoren (werknemers en zelfstandige beroepsbeoefenaars) is het veelal bepalend voor de toepasselijkheid van de desbetreffende regeling, of de rechthebbende (normaal) werkzaam is, of is geweest, in het gebied waarvoor de desbetreffende voordeelregeling geldt. Het stellen van een woonplaatseis voor het recht op verstrekking is in het kader van dergelijke regelingen een kritisch criterium, dat Europeesrechtelijk in veel gevallen als ontoelaatbaar belemmerend voor het grensoverschrijdend werknemersverkeer, c.q. als indirect discriminerend naar nationaliteit, zal moeten worden beschouwd, en derhalve niet zal zijn toegestaan. Een uitzondering geldt hierbij in sommige gevallen voor voordeelregelingen die niet op premiebetaling zijn gebaseerd. Hieraan zijn echter strikte voorwaarden verbonden. In dit verband kan worden gewezen op het feit dat in artikel 10 bis, lid 1, van Verordening 1408/71 expliciet de mogelijkheid wordt geopend om bepaalde sociale voordelen die niet op premie- of bijdragebetaling zijn gebaseerd (derhalve sociale zekerheidsprestaties die uit de openbare kas worden bekostigd) voor te behouden aan inwoners van een lidstaat. Er kan van worden uitgegaan dat vergelijkbare beperkingen onder omstandigheden ook zijn toegestaan ten aanzien van uit de openbare kas bekostigde voordeelregelingen voor de beroepsbevolking die niet onder de werkingssfeer van

---

<sup>59</sup> *Toegang Musea II*, punten 17 en 21.

<sup>60</sup> Arrest van het Hof van 12 juli 2001, zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, punten 78, 79 en 80 en arrest van het Hof van 13 juli 2004, zaak C-385/99, *Müller-Fauré*, punt 47.

verordening(EG)1408/71 vallen, maar wel onder art. 7, tweede lid, van verordening (EG)1612/68 (sociale voordelen voor de beroepsbevolking). Dit geldt a fortiori voor sociale voordeelregelingen die van toepassing zijn ongeacht of de rechthebbende tot de beroepsbevolking behoort of heeft behoord (b.v. regelingen die zijn vastgesteld ter uitvoering van de Wet voorzieningen gehandicapten of voordeelregelingen met een socialebijstandskarakter). Wel zal de desbetreffende regeling zonder onderscheid van toepassing moeten zijn op de uit andere EU-landen afkomstige inwoners van de desbetreffende gemeente of het desbetreffende gebied, althans voor zover sprake is van rechtmatig verblijf. Op dit uitgangspunt dat inwoners gelijk behandeld moeten worden, ongeacht hun nationaliteit, gelden op het gebied van het sociaal beleid slechts enkele (beperkte) uitzonderingen. In dit verband wordt verwezen naar hetgeen in paragraaf 3.3. van deze toelichting is geschreven over voordeelregelingen die zijn aan te merken als “sociale bijstand”. Hiervoor geldt dat deze op grond van de Burgerschapsrichtlijn niet te hoeven worden toegepast op EU-burgers die korter dan drie maanden in Nederland verblijven.

#### **3.4.4 Geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit**

De maatregel moet geschikt, evenredig en noodzakelijk zijn ten opzichte van de aangevoerde rechtvaardigingsgrond. Het is aan de lidstaten om met specifieke gegevens aan te tonen dat aan deze eisen is voldaan.

In het arrest *Leichtle* ging het onder meer om een nationale maatregel waarbij de vergoeding van een thermale kuur in een andere lidstaat afhankelijk was gesteld van een verklaring van een controlerend arts dat de voorgenomen kuur een grotere kans heeft op succes dan een kuur in de eigen lidstaat. Als rechtvaardigingsgrond werd gewezen op het feit dat een volledige liberalisatie van de toegang tot de Europese kuurinrichtingen een reëel gevaar oplevert van het financiële evenwicht van het nationale stelsel van kuurinrichtingen. Het Hof overwoog dat de rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren gepaard moeten gaan met een onderzoek van de geschiktheid en evenredigheid van de betreffende maatregel.

In deze zaak was de rechtvaardigingsgrond niet onderbouwd met specifieke gegevens. Het Hof wees de rechtvaardigingsgrond daarom af.<sup>61</sup>

### *Geschiktheid*

Kritisch gekeken moet worden of de voordeelregeling geschikt is om het doel te bereiken. De geschiktheidstoets is sterk feitelijk van aard, het is daarom moeilijk om algemene criteria vast te stellen.<sup>62</sup> De onderstaande voorbeelden hebben niet specifiek betrekking op voordeelregelingen, maar dienen om een beeld te krijgen van de wijze waarop het Hof ten aanzien van het geschiktheids criterium redeneert.

In de zaak *Clean Car Autoservice* ging het om een Oostenrijkse regeling op grond waarvan het voor ondernemingen verplicht was om een bedrijfsleider aan te stellen die zijn woonplaats in Oostenrijk heeft. Als rechtvaardiging werd gewezen op een nader wettelijk vereiste, namelijk de eis dat de bedrijfsleider daadwerkelijk in het bedrijf werkzaam zou zijn. Ten aanzien van de geschiktheid van deze rechtvaardiging overwoog het Hof, dat de omstandigheid dat de bedrijfsleider woont in de lidstaat waar de onderneming is gevestigd niet noodzakelijkerwijs een waarborg is dat hij in dat bedrijf werkzaam zal kunnen zijn. Immers voor een bedrijfsleider die in dezelfde staat woont doch op grote afstand van het bedrijf, zal het normaal gesproken moeilijker moeten zijn om daadwerkelijk in het bedrijf werkzaam te zijn dan iemand die vlakbij in een andere lidstaat woont.<sup>63</sup>

In de zaak *Lenz* waar het ging om een fiscaal voordeel voor dividend op Oostenrijkse aandelen overwoog het Hof, dat het argument dat de samenhang van het belastingstelsel bewaard moet blijven dient te worden onderzocht op basis van de door de belastingregeling nagestreefde doelstelling. Terzake oordeelde het Hof de maatregel niet geschikt, omdat de door de Oostenrijkse belastingmaatregel nagestreefde doelstelling, namelijk het verzachten van de gevolgen van de dubbele belasting<sup>64</sup> op Oostenrijkse kapitaalopbrengsten, niet zou worden afgedaan als het fiscale voordeel ook zou gelden voor personen die kapitaalopbrengsten uit andere lidstaten ontvangen.<sup>65</sup>

In het arrest *Kohl* ging het om een nationale regeling die de vergoeding van tandheelkundige hulp door een orthodontist uit een andere lidstaat afhankelijk stelde van de voorafgaande toestemming van het verzekeringsorgaan van de verzekerde.

---

<sup>61</sup> Arrest van het Hof van 18 maart 2004, zaak C-8/02, *Leichtle*, punt 44.

<sup>62</sup> Gerards, p. 300.

<sup>63</sup> Arrest van het Hof van 7 mei 1998, zaak C-350/96, *Clean Car Autoservice*, punt 35.

<sup>64</sup> Namelijk dividendbelasting en vennootschapsbelasting.

Als rechtvaardigingsgrond werd onder meer aangevoerd het risico van verstoring van het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel dat ten doel heeft een evenwichtige en voor een ieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen te handhaven. Hoewel een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang kan vormen, aanvaardde het Hof in deze zaak de rechtvaardiging niet. Het Hof oordeelde dat vergoeding van de kosten van in andere lidstaten verleende hulp volgens tarieven van de staat van verzekering geen belangrijke invloed heeft op de financiering van het sociaal zekerheidsstelsel.<sup>66</sup>

In het arrest *Leichtle* ging het onder meer om een nationale maatregel waarbij de vergoeding van een thermale kuur in een andere lidstaat afhankelijk was gesteld van een verklaring van een controlerend arts dat de voorgenomen kuur een grotere kans heeft op succes dan in Duitsland. Als rechtvaardigingsgrond werd gewezen op het feit dat een volledige liberalisatie van de toegang tot de Europese kuurinrichtingen een reëel gevaar oplevert van het financiële evenwicht van het stelsel van Duitse kuurinrichtingen. Het Hof overwoog dat de rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren gepaard moet gaan met een onderzoek van de geschiktheid en evenredigheid van de betreffende maatregel. In deze zaak was de rechtvaardigingsgrond niet onderbouwd met specifieke gegevens. Het Hof wees de rechtvaardigingsgrond daarom af.<sup>67</sup>

### *Noodzakelijkheid*

De toets of een regeling ‘noodzakelijk’ is, houdt in dat onderzocht moet worden of de regeling in zijn algemeenheid noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. Voor het oordeel dat een bepaalde regeling niet voldoet aan de noodzakelijkheidseis, geeft het Hof soms aan welke alternatieve minder vergaande methoden voorhanden zijn. Dit gebeurt echter niet altijd.<sup>68</sup>

In het arrest *Allue I* gaf Italië als reden voor de regeling op grond waarvan lectoren vreemde talen in tegenstelling tot de andere lectoren geen vaste aanstelling konden krijgen, op de noodzaak om te waarborgen dat de lectoren over voldoende bijdetijdse kennis van de te doceren taal beschikken. Het Hof overwoog dat het gevaar dat men contact met de moedertaal verliest kleiner is geworden door de intensieve culturele uitwisselingen en de vele communicatiemogelijkheden en dat de

---

<sup>65</sup> Arrest van het Hof van 15 juli 2004, zaak C-315/02, *Lenz*, punten 37 en 38.

<sup>66</sup> Arrest van het Hof van 28 april 1998, zaak C-158/96, *Kohll*, punten 38, 41 en 42.

<sup>67</sup> Arrest van het Hof van 18 maart 2004, zaak C-8/02, *Leichtle*, punt 44.

<sup>68</sup> Gerards, p. 300.

universiteiten verder in elk geval de mogelijkheid hebben het kennisniveau van hun lectoren te controleren.<sup>69</sup>

### *Proportionaliteit*

Aan het proportionaliteitsbeginsel wordt door het Hof invulling gegeven door te onderzoeken of de maatregel evenredig is ten opzichte van het nagestreefde doel. De vraag die gesteld moet worden is of de voordeelregeling verder dan nodig gaat om het nagestreefde doel te bereiken. Of anders gezegd de vraag of het resultaat ook door minder beperkende voorschriften kan worden bereikt.

In de eerder genoemde zaak *Bickel en Franz* oordeelde het Hof, dat het doel om de in de provincie woonachtige etnisch-culturele minderheid te beschermen op zich zelf genomen een legitiem doel kan zijn. Het Hof accepteerde dit doel echter niet als rechtvaardiging omdat uitbreiding van de regeling (het recht op gebruik van de Duitse taal bij rechterlijke instanties) tot andere Duitstalige EU-onderdanen (dan die woonachtig zijn in de provincie Bolzano) aan dat doel geen afbreuk zou doen. Het Hof voegde hier wel aan toe dat de betrokken rechterlijke instanties in staat zijn om processen in het Duits te voeren zonder dat dit complicaties of extra kosten zou veroorzaken.

In de zaak *Pastoors* stond een regeling centraal op grond waarvan verkeersovertreders konden kiezen uit de onmiddellijke betaling van een boete of strafvervolgning. Als buitenlandse overtreeders kozen voor strafvervolgning, moesten zij ter plekke per overtreding een bedrag betalen dat aanzienlijk hoger was dan de boete zelf ter dekking van de gerechtelijke kosten en de eventueel op te leggen geldboete. Dit op straffe van inhouding van het voertuig. Nu dit bedrag 50 % hoger lag dan het bedrag dat verschuldigd was bij onmiddellijke betaling en het per overtreding werd opgelegd (en niet per strafprocedure), overwoog het Hof dat de regeling buitensporig was en derhalve kennelijk onevenredig.<sup>70</sup>

In de eerder genoemde zaak *D'Hoop* mocht de nationale wetgever eisen dat er een daadwerkelijke band bestaat tussen de aanvrager van de uitkering en de betrokken geografische arbeidsmarkt. In deze zaak oordeelde het Hof dat de regeling verder ging dan nodig voor dit doel. Het gebruikte criterium (middelbare school diploma in België) was te algemeen en te exclusief. Aldus werd een te groot gewicht toegekend aan een factor die noodzakelijk een juiste weergave is van de mate waarin de

---

<sup>69</sup> Arrest van het Hof van 30 mei 1989, zaak 33/88, *Allué I*, punt 14.

<sup>70</sup> Arrest van het Hof van 23 januari 197, zaak C-29/95, *Pastoors*, punten 25 en 26.

vereiste band aanwezig is en dat met uitsluiting van andere representatieve factoren.<sup>71</sup>

Bij de toepassing op voordeelregelingen moet in het kader van deze toets met name worden gekeken of het discriminerende criterium (het onderscheid op basis van nationaliteit of woonplaats) wel noodzakelijk is om het doel te bereiken. Als de maatregel belemmerend werkt moet worden gekeken worden of er alternatieve methodes zijn die minder belemmerend werken. Er moet terdege rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat het Hof oordeelt dat, hoewel de met de voordeelregeling nagestreefde doelstelling legitiem is, dit niet betekent dat het voordeel alleen aan eigen inwoners kan worden voorbehouden. Zulks omdat toekenning van het voordeel aan niet-inwoners de doelstelling niet ondermijnt.

In zo'n geval zal nog eens gekeken moeten worden welk doel nagestreefd wordt met het onderscheid op grond van nationaliteit of woonplaats. Vaak zal dit doel samenhangen met financiële overwegingen. Het is maar zeer de vraag of zulke overwegingen door het Hof worden aanvaard. Zie hierover paragraaf 3.4.2. in deze toelichting.

### **3.5 Conclusie**

Een voordeelregeling is in strijd met het EG recht als voldaan is aan de volgende drie voorwaarden:

- (1) de voordeelregeling valt binnen de werkingssfeer van het EG recht;
- (2) de voordeelregeling wordt toegepast met een (in)direct onderscheid op grond van nationaliteit of vormt anderszins een belemmering van het vrije verkeer;
- (3) er is geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor het sub 2 bedoelde onderscheid of belemmering.

Aan het eerste vereiste is al snel voldaan. Ook met regelgeving die onder de bevoegdheden van de lidstaten valt mag geen inbreuk worden gemaakt op het Europees recht. Zo moeten ook het belastingrecht, het (straf)procesrecht en naamwetgeving worden getoetst aan Europees recht.

---

<sup>71</sup> *D'Hoop*, punt 39.



Het tweede vereiste zorgt er ook voor dat een groot scala aan maatregelen potentieel in strijd is met het Europees recht. Zowel maatregelen die een (in)direct onderscheid naar nationaliteit maken als belemmerende maatregelen zonder onderscheid vallen in beginsel onder de eisen van het vrije verkeer. Maatregelen die een nationaliteitseis bevatten zijn altijd discriminerend (*directe discriminatie op grond van nationaliteit*). Van maatregelen die onderscheid naar woonplaats of ingezetenschap maken, oordeelt het Hof bijna altijd dat ze discriminerend zijn (*indirecte discriminatie op grond van nationaliteit*). Verder worden maatregelen die de uitoefening van het vrije verkeer moeilijker maken snel gekwalificeerd als "belemmerend" (*belemmerende maatregelen zonder onderscheid*).

De vraag of met succes een beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond moet per geval worden bekeken. De volgende algemene regels kunnen worden geformuleerd:

- Er zijn twee 'soorten' rechtvaardigingsgronden, namelijk de in het verdrag genoemde uitzonderingsgronden (openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid) en de zogenaamde *ongeschreven rechtvaardigingsgronden*. Het moet bij de tweede categorie gaan om dwingende redenen van algemeen belang;
- Directe discriminaties op grond van nationaliteit kunnen alleen worden gerechtvaardigd met de in het verdrag genoemde uitzonderingsgronden;
- Indirecte discriminaties op grond van nationaliteit kunnen in sommige gevallen alleen worden gerechtvaardigd met de in het verdrag genoemde uitzonderingsgronden en in andere gevallen ook met de ongeschreven rechtvaardigingsgronden. Het Hof volgt hier niet een constante lijn;
- Belemmerende maatregelen zonder onderscheid kunnen worden gerechtvaardigd met zowel de in het Verdrag genoemde gronden als de ongeschreven rechtvaardigingsgronden;
- Doeleinden van puur economische aard kunnen nimmer een rechtvaardiging zijn;
- Geen rechtvaardiging is het argument, dat de maatregelen tot de bevoegdheid van de decentrale overheden behoren;

- Overwegingen van administratieve aard (bijvoorbeeld de hoeveelheid papierwerk) zijn geen dwingende redenen van algemeen belang;
- De derving van fiscale inkomsten of het feit dat de maatregel uit de schatkist wordt gefinancierd is ook geen rechtvaardiging;
- De doelstelling samenhang belastingstelsel is in beginsel wel een ongeschreven rechtvaardigingsgrond, maar met zeer beperkte toepassingsmogelijkheden. Vereist is een rechtstreeks verband tussen de toekenning van het fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel door de heffing. Een dusdanig verband wordt alleen aangenomen als beide in het kader van dezelfde belasting plaatsvinden en dezelfde belastingplichtigen treffen;
- Als er al (uitputtende) Europese regelgeving bestaat, is er geen ruimte meer voor eigen regelgeving ter bescherming van hetzelfde belang ;
- De overheid dient goed te (kunnen) onderbouwen dat de maatregelen geschikt en noodzakelijk zijn voor en evenredig aan de aangevoerde doelstelling.

Tot slot is van belang dat voordeelregelingen die zijn te kwalificeren als sociale bijstand niet vallen onder het beginsel van gelijke behandeling, althans voorzover daardoor Unieburgers worden benadeeld die tijdelijk (minder dan drie maanden) in Nederland verblijven. Voorts hoeven voordeelregelingen die kwalificeren als steun voor levensonderhoud niet aan studenten uit andere lidstaten zonder duurzaam verblijfsrecht te worden toegekend. Van een duurzaam verblijfsrecht is sprake als een burger van de Unie een ononderbroken periode van vijf jaar in een gastland verblijf heeft gehad en als hij niet onderworpen is geweest aan een verwijderingsmaatregel. Dit geldt niet voor studenten die tevens werknemer of zelfstandigen zijn of studenten die familielid van werknemers of zelfstandigen zijn.