

Mvv-vereiste voor zelfstandigen

Verenigbaar met het associatierecht?

*Karina Franssen**

1. Inleiding

In het najaar van 2001 schreef ik onder begeleiding van Kees Groenendijk mijn afstudeerscriptie getiteld: Een vergelijking tussen de Associatieovereenkomst EEG-Turkije en het Europa-akkoord EG-Polen op het gebied van migratie – van Turkse truckers en Poolse prostituees.¹ Ik heb mij bij deze vergelijking toegespitst op de inhoudelijke bepalingen inzake werknemers en zelfstandigen in de beide overeenkomsten. Uit het onderzoek bleek dat de Associatieovereenkomst EEG-Turkije een groot aantal regels inzake werknemers kent.² Het Europa-akkoord EG-Polen kende daarentegen slechts enkele bepalingen inzake werknemers, die bovendien aanzienlijk minder ver gingen dan de bepalingen inzake werknemers in de Associatieovereenkomst EEG-Turkije. Zo bood het Europa-akkoord EG-Polen in tegenstelling tot de Associatieovereenkomst EEG-Turkije bijvoorbeeld geen gefaseerde opbouw van rechten met betrekking tot arbeid en verblijf voor reeds legaal in een lidstaat tewerkgestelde werknemers. Ook ontbrak in het Europa-akkoord een expliciete bepaling die de totstandkoming van een vrij verkeer beoogde. De bepalingen inzake zelfstandigen in de Associatieovereenkomst EEG-Turkije bleken minder talrijk. In het Europa-akkoord EG-Polen kwamen meer vestigingsbepalingen voor die een stuk liberaler konden worden genoemd dan die inzake het werknemersverkeer. In mijn scriptie heb ik ook de rechtspraak van het Hof van Justitie EG (hierna: het Hof) betreffende deze bepalingen over werknemers en zelfstandigen geanalyseerd. Daarbij heb ik tevens gekeken wat de invloed was van de erg liberale uitleg die het Hof gaf aan de associatieregels EEG-Turkije op de inhoud en de interpretatie van de later tot stand gekomen Europa-akkoorden. Ondanks het feit dat het Hof ook aan de bepalingen uit de Europa-akkoorden een tamelijk ruime uitleg heeft gegeven, zeker ten aanzien van de vraag of aan bepalingen rechtstreekse werking toekomt, laat het de lidstaten toch op bepaalde punten nog een aanzienlijke mate van vrijheid. Ik doel hier met name op de vrijheid van een lidstaat om ten aanzien van zelfstandigen een mvv-plicht te handhaven. Het Hof heeft zich hierover in twee arres-

* Centrum voor Migratierecht, Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Ik had met betrekking tot de Europa-akkoorden één overeenkomst, die met Polen, eruit gelicht, aangezien dit het maken van een vergelijking vergemakkelijkte en de inhoud van de Overeenkomst met Polen sterk vergelijkbaar was met de inhoud van de andere Europa-akkoorden.

2 Artikel 12 van de Overeenkomst bepaalt dat partijen zich moeten laten leiden door de artikelen 48-50 EG (thans: 39-41 EG) om zo onderling uiteindelijk een vrij verkeer van werknemers te realiseren. Deze verplichting wordt ander uitgewerkt in het Aanvullend Protocol bij de Overeenkomst en in een aantal door de Associatieraad genomen besluiten, waarvan Besluit 1/80 het belangrijkste is. De belangrijkste bepalingen van dit Besluit zijn te vinden in de artikelen 6, 7 en 13.

ten uitgesproken: Panayotova (2004) voor wat betreft de Europa-akkoorden en Tum en Dari (2007) voor wat betreft de Associatie EEG-Turkije.

Ik zal hieronder allereerst ingaan op de Associatieovereenkomst EEG-Turkije. Ik bespreek hiertoe kort de relevante bepalingen inzake zelfstandigen en besteed vervolgens aandacht aan twee belangrijke arresten. Daarna zal ik op overeenkomstige wijze ingaan op het inmiddels vervallen Europa-akkoord EG-Polen waarbij ik tevens de relevante bepalingen en de relevante rechtspraak bespreek.³ Ik zal eindigen met een aantal concluderende opmerkingen.

2. Associatie EEG-Turkije

2.1 *Totstandkoming en doelstelling*

De Associatieovereenkomst EEG-Turkije werd getekend op 12 september 1963, onder meer om gefaseerd een douane-unie tot stand te brengen (artikel 2, lid 2) en als voorbereiding van Turkije op het lidmaatschap van de EEG (artikel 28). Bovendien is het de bedoeling in een aantal fases geleidelijk het vrij verkeer van personen tot stand te brengen. De artikelen 12, 13 en 14 van de Overeenkomst bepalen dat de overeenkomstsluitende partijen zich hierbij moeten laten leiden door de betreffende artikelen ten aanzien van werknemers, zelfstandigen en dienstverleners en –ontvangers in het EG-verdrag. Deze opmerkelijk liberale bepalingen kunnen worden verklaard door de groeiende behoefte van lidstaten aan goedkope arbeidskrachten in die tijd. In 1970 werd de Associatieovereenkomst aangevuld met een Aanvullend Protocol, waarin bepalingen uit de Overeenkomst, ook die ten aanzien van zelfstandigen, nader werden uitgewerkt. Ook was een tijdschema neergelegd waarbinnen zowel de douane-unie als het vrij verkeer van werknemers moesten worden gerealiseerd (artikel 36). Een belangrijke taak was hierbij weggelegd voor de door de Associatieovereenkomst ingestelde Associatieraad EEG-Turkije, die een aantal belangrijke besluiten ten aanzien van werknemers heeft genomen, te weten de besluiten 2/76, 1/80 en 3/80. Vanwege een verminderde behoefte aan Turkse arbeidskrachten in de jaren 1970 en 1980 reiken deze besluiten qua inhoud beduidend minder ver dan oorspronkelijk de bedoeling was. Ten aanzien van vestiging heeft de Associatieraad EEG-Turkije tot op heden geen besluiten genomen.

2.2 *Artikel 13 Associatieovereenkomst juncto artikel 41, lid 1 Aanvullend Protocol*

Zoals hierboven aangegeven, bepaalt artikel 13 van de Associatieovereenkomst EEG-Turkije dat de EEG en Turkije zich moeten laten leiden door de artikelen 52 tot en met 56 en door artikel 58 EG (thans: de artikelen 43 tot en met 46 en 48 EG) teneinde onderling de beperkingen van de vrijheid van vestiging op te heffen. Deze bepaling is uitgewerkt in artikel 41, lid 1 Aanvullend Protocol. Ingevolge deze bepaling, die een standstill-clausule inhoudt, mogen lidstaten geen nieuwe beperkingen invoeren met

³ Met de toetreding van Polen tot de EU in mei 2004 is het Europa-akkoord EG-Polen vervallen. Poolse zelfstandigen kunnen zich nu rechtstreeks op de artikelen 43 tot en met 46 en 48 EG beroepen.

betrekking tot de vrijheid van vestiging (en het vrij verkeer van diensten). Dit betekent dat een lidstaat, vanaf de datum van inwerkingtreding van dit Protocol in die lidstaat, geen nieuwe nationale beperkingen van de vrijheid van vestiging mag invoeren.

2.3 Hof van Justitie EG: *Savas* (2000) en *Tum en Dari* (2007)

Op 11 mei 2000 heeft het Hof zich in de Britse zaak-*Savas* voor het eerst uitgesproken over de vrijheid van vestiging op grond van de Associatie EEG-Turkije.⁴ Het Hof oordeelde dat de ondubbelzinnige standstill-clausule van artikel 41, lid 1 Aanvullend Protocol voldoet aan de vereisten van rechtstreekse werking (duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk) en zodoende door een individu voor de nationale rechter van een lidstaat kan worden ingeroepen. Het Hof erkende verder dat het recht op vestiging ook het recht op verblijf omvat, maar gaf tevens aan dat de standstill-clausule op zichzelf aan een Turks onderdaan niet een positief recht van vestiging en dus verblijf kan verlenen. Wel kunnen Turkse zelfstandigen, afhankelijk van het op het moment van inwerkingtreding van het Aanvullend Protocol geldende recht, indirect aan artikel 41 een recht op vestiging en verblijf ontleen.⁵ Met andere woorden, als het nationale toelatingsbeleid ten tijde van de inwerkingtreding van de standstill-bepaling inhield dat een vreemdeling, die aan bepaalde voorwaarden voldeed, een verblijfsvergunning kreeg, dan kan een Turkse burger, die nu aan die voorwaarden voldoet, aan artikel 41, lid 1 aanspraak op een verblijfsrecht ontleen. Het Hof liet het aan de nationale rechter ter beoordeling over of die situatie zich voordoet. Wat was de betekenis nu van dit arrest voor Nederland? Voor Nederland was het Aanvullend Protocol op 1 januari 1973 in werking getreden. Wijzigingen in wet- en regelgeving die dateerden van na 1 januari 1973 en die een belemmering vormden voor het uitoefenen van een zelfstandige activiteit door een legaal verblijvende Turkse staatsburger zouden als strijdig met artikel 41, lid 1 buiten toepassing moeten blijven. Groenendijk haalt in zijn noot bij dit arrest het voorbeeld aan van het hanteren van het mvv-vereiste. Uit een uitspraak van de Kroon van 28 februari 1974 blijkt dat het niet beschikken over een mvv destijds onvoldoende grond vormde om een verblijfsvergunning voor zelfstandige arbeid te weigeren.⁶ De Minister stelde zich daarentegen in de vele (rechts)zaken waarin dit punt speelde op het standpunt dat het mvv-vereiste al sinds 1967 gold en dus niet als nieuwe maatregel in de zin van artikel 41, lid 1 Aanvullend Protocol kon worden gezien. Bovendien was het mvv-vereiste, aldus de Minister, geen materiële voorwaarde voor het recht op vestiging en verblijf, maar een formeel vereiste dat diende als een stelsel van voorafgaande controle om illegaal verblijf te voorkomen.

In 2005 besloot de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof.⁷ De ABRvS vroeg het Hof of de regels inzake de mvv onder het begrip ‘beperking’ in artikel 41, lid 1 Aanvullend Protocol vallen. Ook vroeg de Afdeling of de betreffende standstill-bepaling een aanscherping van de regelgeving ten aanzien van het mvv-vereiste na een na 1 januari 1973 ingetreden versoepeling verbiedt en of daarbij alleen die regelgeving zelf

4 HvJ EG 11 mei 2000, zaak 37/98 (*Savas*), *JV* 2000/172 m.nt. CAG.

5 Zie ook HvJ EG 21 oktober 2003, zaken 317/01 en 369/01 (*Abatay e.a.*), *JV* 2004/2, m.nt. CAG.

6 K.B. 28 februari 1974 no. 121, *RV* 1974/5.

7 ABRvS, 19 juli 2005 (*Günes*), *JV* 2005/331.

van belang is of ook het daarop gebaseerde beleid en de uitvoeringspraktijk. Het Hof heeft tot op heden nog geen antwoord op deze vragen gegeven. Wel is recent uitspraak gedaan in een wederom Britse zaak die ook van belang kan worden geacht voor de Nederlandse mvv-problematiek.

In de zaak-*Tum en Dari* werd aan het Hof gevraagd of artikel 41, lid 1 Aanvullend Protocol ook kan worden toegepast op de regeling van eerste toelating (bijvoorbeeld het vereiste van een inreisvisum) van Turkse staatsburgers die van plan zijn een zelfstandige activiteit in een lidstaat te gaan verrichten.⁸ Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend. Het herhaalde hierbij zijn standpunt in de zaken-*Savas* en *Abatay* dat artikel 41, lid 1 Aanvullend Protocol Turkse burgers geen materieel recht op binnenkomst en verblijf geeft. Het is een quasi procedurele regeling die voorschrijft op basis van welke bepalingen van de regeling van een lidstaat de situatie van een Turks staatsburger die gebruik wil maken van de vrijheid van vestiging in een lidstaat, moet worden beoordeeld. Groenendijk maakt in zijn noot onder het arrest duidelijk dat deze uitspraak hard aankomt bij veel (oude) lidstaten. In veel van deze lidstaten zijn immers sinds de inwerkingtreding van het Aanvullend Protocol de regels inzake toelating (onder meer door de invoering van de visumplicht en strengere inhoudelijke toelatingseisen) aanzienlijk strenger geworden. Zo ook in Nederland. Wederom dringt de gedachte aan het mvv-vereiste zich op. Dit (eerste) toelatingsvereiste mag alleen worden tegengeworpen in die gevallen waarin dat in 1973 ook gebeurde. Dit betekent ook dat indien in 1973 in bepaalde gevallen ontheffing werd verleend van het mvv-vereiste de standstill-clausule ervoor zorgt dat de betrokken Turkse burgers hier nu ook aanspraak op kunnen maken. Groenendijk legt de link met de hierboven genoemde zaak Günes. Met het arrest in de zaak *Tum en Dari* is de eerste prejudiciële vraag van de ABRvS bevestigend beantwoord: het mvv-vereiste kan inderdaad als een 'beperking' in de zin van artikel 41, lid 1 worden gezien. Bovendien is volgens Groenendijk goed verdedigbaar dat ook de tweede vraag van de Afdeling, of de standstill-bepaling ook een aanscherping van de nationale wetgeving na een na 1 januari 1973 ingetreden versoepeling daarvan verbiedt, met dit arrest bevestigend is beantwoord. Doel van artikel 41 is immers een bijdrage leveren aan het geleidelijk totstandkomen van een vrij verkeer van vestiging (en diensten). Het terugkomen op een eerdere versoepeling kan moeilijk als zodanig worden gezien.

Hierboven hebben we gezien dat de huidige strikte mvv-plicht, indien tegengeworpen aan Turkse burgers die voornemens zijn een zelfstandige activiteit uit te oefenen, moeilijk verenigbaar is met de Associatie EEG-Turkije, meer in het bijzonder met de standstill-bepaling van artikel 41, lid 1 Aanvullend Protocol. Deze bepaling is opgenomen om de beperkingen van de vrijheid van vestiging (en diensten) op te heffen, onder meer om de toetreding van Turkije tot de EU te vergemakkelijken. Hieronder zal ik bekijken of dezelfde uitleg ook geldt voor de bepalingen inzake vestiging in de Europa-akkoorden die in de jaren 1990 met een tiental Midden- en Oost-Europese landen werden gesloten. Ook deze akkoorden waren gericht op lidmaatschap van de betrokken staat op termijn. Bovendien verleenden de uitgebreide regels over vestiging onder omstandigheden aan burgers en ondernemingen een recht op vestiging.

8 HvJ EG 20 september 2007, zaak 16/05 (*Tum en Dari*), JV 2007/494 m.nt. CAG.

3. Associatie EG – Midden- en Oost-Europese landen (Europa-akkoorden)

3.1 Totstandkoming en doelstelling

Toen in 1989 de Berlijnse Muur viel en er een eind kwam aan de invloed van de Sovjet-Unie over landen in Midden- en Oost-Europa, brak er een nieuwe periode aan, waarin de betrekkingen tussen West- en Oost-Europa aanzienlijk nauwer konden worden aangehaald. De EG wilde dan ook vrijwel onmiddellijk deze banden versterken en besloot begin 1991 de onderhandelingen te starten over het sluiten van associatieakkoorden met enkele landen in Midden- en Oost-Europa. In 1994 traden de eerste overeenkomsten met Hongarije en Polen in werking, al snel volgden in 1995 de overeenkomsten met Tsjechië, Slowakije, Bulgarije en Roemenië; vervolgens traden in 1996 de overeenkomsten met de Baltische staten in werking en in 1999 trad de overeenkomst met Slovenië in werking.⁹ Naast de wens om de politieke en economische betrekkingen tussen de partijen te verbeteren door middel van het totstandbrengen van een politieke dialoog respectievelijk een vrijhandelszone was een belangrijke en centrale doelstelling van de Europa-akkoorden de betrokken landen voor te bereiden op toetreding tot de EU.¹⁰ Net zoals in de Associatieovereenkomst EEG-Turkije werden hier toe ook in de Europa-akkoorden bepalingen inzake werknemers en zelfstandigen opgenomen. Een belangrijk verschil met de Associatie EEG-Turkije is dat de Europa-akkoorden tot stand kwamen in een periode dat de economieën van de lidstaten werden gekenmerkt door grote werkloosheid. Omdat men bang was dat de Akkoorden zouden leiden tot een massale arbeidsmigratie vanuit Midden- en Oost-Europa wilden de lidstaten de bepalingen inzake werknemers beperkt houden. De bepalingen ten aanzien van zelfstandigen waren daarentegen een stuk liberaler, zoals we hieronder zullen zien. Mogelijk is dit onder meer te verklaren door eigen belang van de lidstaten die mogelijkheden zagen voor hun onderdanen en ondernemingen om zich – binnen een juridisch kader – in Midden- en Oost-Europa te vestigen.

3.2 Artikel 44, lid 3 juncto artikel 58, lid 1 Europa-akkoord EG-Polen

Hoofdstuk 2 van titel IV van de Europa-akkoorden bevatte regels omtrent vestiging voor zelfstandigen en ondernemingen. Artikel 44, lid 3 van het Europa-akkoord EG-Polen¹¹ bevatte, kort samengevat, in de vorm van een algemeen beginsel van non-discriminatie op basis van nationaliteit, een vestigingsrecht voor natuurlijke personen en ondernemingen. Het begrip vestiging werd nader uitgewerkt in lid 4. Van belang is dat

9 *PbEG* 1993 L347, p. 1 (Hongarije), *PbEG* 1993 L348, p. 1 (Polen), *PbEG* 1994 L357, p. 1 (Roemenië), *PbEG* 1994 L358, p. 1 (Bulgarije), *PbEG* 1994 L360, p. 2 (Tsjechische Republiek), *PbEG* 1994 L359, p. 2 (Slowaakse Republiek), *PbEG* 1998 L26, p. 1 (Letland), *PbEG* 1998 L51, p. 1 (Litouwen), *PbEG* 1998 L68, p. 1 (Estland), *PbEG* 1999 L051, p. 3 (Slovenië).

10 Aanvankelijk was het voor de EG niet zo vanzelfsprekend dat de Europa-akkoorden een toezegging tot latere toetreding inhielden. Oorspronkelijk was toetreding tot de EU slechts een eenzijdige doelstelling van het geassocieerde land, hetgeen bleek uit de preambules bij de eerste Europa-akkoorden. Pas tijdens de Europese Raad van Kopenhagen in december 1993 werd besloten om toetreding tot gemeenschappelijke doelstelling te maken.

11 Ik neem hier net als in mijn scriptie het Europa-akkoord EG-Polen als voorbeeld.

het zoeken naar of het aannemen van werk uitdrukkelijk werd uitgesloten van vestiging. Ook gaf vestiging geen recht op toegang tot de arbeidsmarkt. Artikel 58 van het Europa-akkoord EG-Polen hield een aanzienlijke beperking in van het recht van vestiging. Lidstaten mochten ingevolge deze bepaling hun nationale immigratieregels blijven toepassen ten aanzien van toelating en verblijf van Poolse zelfstandigen. Wat Nederland betreft, betekende dit onder meer dat een Poolse zelfstandige die zich hier te lande wilde vestigen een mvv moest aanvragen in zijn land van herkomst of bestendig verblijf.¹² Wel stelde artikel 58 de eis dat lidstaten bij de uitoefening van hun discretionaire bevoegdheid de rechten die uit een specifieke bepaling van de overeenkomst voortvloeiden niet teniet mochten doen of mochten beperken.

3.3 Hof van Justitie EG: *Barkoci en Malik* (2001) en *Panayotova* (2004)

In 2001 heeft het Hof arrest gewezen in drie (Britse) zaken die alle gingen over de geoorloofdheid van het stellen van een visumplicht ten aanzien van onderdanen van landen waarmee de EG en haar lidstaten een associatieakkoord hadden gesloten en die zich in het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) wilden vestigen.¹³ De zaak *Barkoci en Malik*, die in het kader van deze bijdrage het meest relevant is, handelde over twee Tsjechische onderdanen die, nadat hun asielaanvraag definitief was afgewezen, een aanvraag indienden voor toelating en verblijf in het VK om aldaar een zelfstandige activiteit te verrichten. Betrokkenen hadden echter voor hun komst naar het VK geen reisvisum aangevraagd met als doel het verrichten van zelfstandige arbeid waardoor hen door de autoriteiten geen inreisvergunning voor dat doel kon worden verstrekt. In het VK hebben de autoriteiten echter een discretionaire bevoegdheid om de visumplicht buiten toepassing te laten als de aanvraag om toelating met het oog op vestiging duidelijk en onmiskenbaar voldoet aan dezelfde materiële vereisten als bij de reisvisumaanvraag in Tsjechoë zouden zijn toegepast. De immigratieautoriteiten waren echter niet overtuigd van de rentabiliteit van de activiteiten en het voornemen van betrokkenen om deze zelfstandig uit te oefenen en weigerden het reisvisum alsnog. In de procedure die dan volgt, stelde de Britse rechter prejudiciële vragen aan het Hof over de interpretatie van onder andere artikel 45, lid 3 en artikel 59, lid 1 van de Associatieovereenkomst EG-Tsjechoë.¹⁴ Het Hof kwam tot een aantal conclusies. Allereerst oordeelde het Hof dat artikel 45, lid 3 voldoende nauwkeurig, precies en onvoorwaardelijk was om rechtstreekse werking te hebben. Het Hof overwoog verder dat het recht van vestiging tevens een recht op toelating en verblijf vooronderstelt en verwees hierbij naar (haar vaste rechtspraak over) artikel 43 EG. Het Hof wilde echter niet zover gaan dat artikel 45, lid 3 volledig analoog aan artikel 43 EG moest worden uitgelegd; dit vanwege de bewoordingen van artikel 59 en het beperktere doel van het Europa-akkoord. Op grond hiervan achtte het Hof het dan ook geoorloofd dat het VK verlangde dat een Tsjechische onderdaan in het bezit was van een reisvisum alvorens een verblijfsvergunning

12 Artikel 16, lid 1 onder a juncto artikel 17 Vw 2000 juncto artikel 3.71 Vb 2000.

13 HvJ EG 27 september 2001, zaak 257/99 (*Barkoci en Malik*), *JV* 2001/304 m.nt. PB en *RV* 2001/91 m.nt. KAEF; HvJ EG 27 september 2001, zaak 235/99 (*Kondova*), *JV* 2001/305 en HvJ EG 27 september 2001, zaak 63/99 (*Gloszczuk*), *JV* 2001/S318.

14 De inhoud van deze artikelen is vergelijkbaar met de artikelen 44, lid 3 en 58, lid 1 van het Europa-akkoord EG-Polen.

ning voor zelfstandige arbeid werd verleend. Artikel 59, lid 1 brengt echter met zich mee dat indien de Tsjechische onderdaan niet in het bezit is van dat reisvisum de bevoegde autoriteiten hun discretionaire bevoegdheid zo moeten uitoefenen dat aan deze onderdaan toch een verblijfsvergunning moet worden verstrekt als zijn aanvraag duidelijk en onmiskenbaar voldoet aan dezelfde materiële eisen als bij de reisvisumaanvraag in het land van herkomst zouden zijn toegepast. Deze zaak heeft betrekking op het VK en de Britse regelgeving ten aanzien van de reisvisumplicht. Interessant is of men hetgeen het Hof heeft overwogen over deze reisvisumplicht kon betrekken op Nederland en de mvv-praktijk. Zowel het Britse reisvisum als de Nederlandse mvv hebben immers tot doel de autoriteiten in staat te stellen om voordat de vreemdeling naar de lidstaat van ontvangst reist, te beoordelen of hij aan de toelatingsvereisten voldoet. Betekende bovenstaand arrest dat indien een Tsjech of een Pool zonder mvv in Nederland arriveerde, zijn aanvraag om toelating als zelfstandige toch inhoudelijk moest worden behandeld als deze aanvraag duidelijk en onmiskenbaar voldeed aan de materiële eisen die bij de mvv-aanvraag in het buitenland zouden zijn toegepast? En voldeed ons dwingend mvv-vereiste met een gesloten systeem van uitzonderingen, zoals neergelegd in de artikelen 16, lid 1 onder a en 17 Vw 2000 en 3.71 Vb 2000, dan hieraan? Ik dacht op basis van bovenstaand arrest van het Hof te kunnen concluderen dat dit niet het geval zou zijn.¹⁵ Het Hof heeft echter anders geoordeeld in de nu te bespreken zaak *Panayotova*.¹⁶

In het arrest-*Panayotova* oordeelde het Hof dat artikel 44, lid 3 juncto artikel 58, lid 1 Europa-akkoord EG-Polen¹⁷ zich in beginsel niet verzette tegen een systeem van voorafgaande controle in de vorm van een mvv-vereiste, zoals wij dat in Nederland kennen. Tot zover loopt de redenering parallel aan die in het arrest-*Barkoci en Malik*. Het Hof gaf vervolgens aan dat de bevoegdheid van een lidstaat niet absoluut is. Het formuleerde een drietal voorwaarden waaraan de mvv-regeling moet voldoen: 1) zij moet berusten op gemakkelijk toegankelijke procedureregels die de betrokkenen waarborgen dat 2) hun aanvraag binnen een redelijke termijn objectief zal worden behandeld en 3) waarbij eventuele weigeringen in het kader van een beroep in rechte moeten kunnen worden betwist. Het Hof herinnerde eraan dat dit 'beginsel van effectieve rechterlijke bescherming' tegen beslissingen die de lidstaten nemen ter uitvoering van het gemeenschapsrecht een gemeenschapsrechtelijk beginsel is dat voortvloeit uit het constitutioneel erfgoed dat alle lidstaten gemeen hebben en is neergelegd in de artikelen 6 en 13 EVRM. Maar wat nu als een Poolse burger zonder mvv in Nederland arriveerde en te kennen gaf dat hij een verblijfsvergunning voor verblijf als zelfstandige wilde en voldeed aan alle materiële vereisten? Mocht Nederland deze aanvraag dan zonder inhoudelijke toetsing afwijzen enkel en alleen omdat de betreffende Poolse burger niet over een mvv beschikte? Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend. Waar zit dan nu het verschil met het hierboven besproken arrest-*Barkoci en Malik*? De crux zit hem in de discretionaire bevoegdheid die de Nederlandse autoriteiten niet hebben en de Britse autoriteiten wel hebben om iemand die niet in het bezit is van een

15 K.A.E. Franssen, 'Schiet Nederlandse wet- en regelgeving ten aanzien van het mvv-vereiste tekort bij uitvoering Europa-akkoorden?', *Rechtshulp* 2002-3, p. 11-21.

16 HvJ EG 16 november 2004, zaak 327/02 (*Panayotova*), *JV* 2005/2 en *RV* 2004/94 m.nt. HOS.

17 Hetzelfde geldt voor artikel 45, lid 1 juncto artikel 59, lid 1 Europa-akkoord EG-Bulgarije en artikel 45, lid 3 juncto artikel 59, lid 1 Europa-akkoord EG-Slowakije.

mvv toch verblijf toe te staan indien hij aan de materiële vereisten voldoet. Met andere woorden: Nederland schrijft het bezit van een mvv als dwingend vereiste voor en hoeft daardoor niet aan iemand die aan de materiële voorwaarden voldoet een vergunning te verlenen, terwijl het VK in zo'n geval, omdat het in dat verband een discretionaire bevoegdheid kent, wel een vergunning zal moeten verlenen. Op zich is met deze redenering juridisch niets mis. Het is alleen teleurstellend te noemen dat het Hof zich in deze uitspraak erg terughoudend opstelt, zeker na de liberale lijn die het Hof had ingezet met de arresten *Barkoci en Malik* en *Jany*.¹⁸ Maakt niet juist het feit dat Nederland een dwingende mvv-plicht handhaaft en geen discretionaire bevoegdheid kent de uitoefening van het recht van vestiging buitengewoon moeilijk, aangezien dit betekent dat ook indien aan de materiële voorwaarden wordt voldaan niet de mogelijkheid bestaat van het mvv-vereiste af te wijken? Ook Advocaat-Generaal Maduro stelde zich in zijn conclusie bij deze zaak op het standpunt dat het Nederlandse stelsel waarin iedere aanvraag om vestiging die niet is voorafgegaan door een eerdere controle in het land van herkomst automatisch wordt afgewezen niet geschikt is voor het nastreven van enig legitiem doel en de uitoefening van het recht op vestiging onmogelijk of buitengewoon moeilijk kan maken.¹⁹ Tot slot was ook de Europese Commissie van mening dat aan het nuttig effect van de associatieovereenkomsten afbreuk wordt gedaan indien aanvragen van natuurlijke personen die duidelijk aan de materiële voorwaarden voor vestiging voldoen automatisch worden afgewezen en deze personen naar hun land van herkomst moeten terugkeren om een mvv aan te vragen. Volgens haar was het Nederlandse stelsel niet met de associatieovereenkomsten verenigbaar.²⁰

4. Conclusie

Aangezien de Associatie EEG-Turkije nog steeds van kracht is, is de onder 2.3 besproken rechtspraak nog steeds van groot praktisch belang. Dat kan in mindere mate worden gezegd van de rechtspraak aangaande de in de jaren 1990 gesloten Europa-akkoorden. Met de toetreding van alle tien de associatielanden tot de EU zijn de Europa-akkoorden komen te vervallen. Inmiddels zijn er nieuwe landen die zich in de toekomst bij de Europese Unie willen voegen, zoals de Westelijke Balkanlanden: Albanië, Bosnië-Herzegovina, Kroatië, Servië en Montenegro en de voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië (VJRM). Om de aansluiting van deze landen voor te bereiden heeft de EU (wederom) een zogeheten stabilisatie- en associatieproces uitgewerkt. Een belangrijk onderdeel van dit proces zijn de stabilisatie- en associatieakkoorden die grote gelijkenis vertonen met de hierboven besproken Europa-akkoorden. Ook deze akkoorden bevatten bepalingen inzake werknemers en vestiging. Artikel 49,

18 HvJ EG 20 november 2001, zaak 268/99 (*Jany*), *JV* 2002/2 en *RV* 2001/92 m.nt. KAEF. In deze zaak bepaalde het Hof onder meer dat het in artikel 44 Europa-akkoord EG-Polen voorkomende begrip 'economische activiteiten anders dan in loondienst' dezelfde betekenis en dezelfde draagwijdte heeft als het begrip 'werkzaamheden anders dan in loondienst' in artikel 52 EG (thans, na wijziging, artikel 43 EG). Door een zelfstandige beoefende prostitutie kan worden beschouwd als een dienstverlening tegen vergoeding en valt bijgevolg onder deze twee begrippen.

19 Conclusie van A-G Maduro van 19 februari 2004 bij zaak 327/02 inzake *Panayotova*, punt 72-79.

20 *Idem*, punt 19-20.

lid 3 Stabilisatie- en Associatieovereenkomst EG – Kroatië²¹ bijvoorbeeld bevat een vrijwel gelijkkluidende bepaling inzake vestiging als artikel 44, lid 3 Europa-akkoord EG-Polen. Er is echter een wezenlijk verschil: de bepaling in het Stabilisatie- en Associatieakkoord heeft enkel betrekking op Kroatische ondernemingen die zich in de EU willen vestigen en niet op onderdanen die economische activiteiten als zelfstandige wensen uit te oefenen. Wel moet na vier of vijf jaar na de inwerkingtreding van de betreffende overeenkomst door de Stabilisatie- en Associatieraad worden vastgesteld of en onder welke voorwaarden personen als zelfstandige werkzaam mogen zijn.²² Mogelijk dat de jurisprudentie over de Europa-akkoorden in dat kader van betekenis kan zijn.

Zowel de Associatieovereenkomst EEG-Turkije als de Europa-akkoorden beo(o)g(d)en de totstandbrenging van een passend kader voor de geleidelijke integratie in de Gemeenschap van de staten die partij bij deze overeenkomsten zijn/waren, met het oog op hun eventuele toetreding. Beide overeenkomsten bevatten bepalingen inzake de vrijheid van vestiging. In het Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst EEG-Turkije is dit in de vorm van een standstill-bepaling; in de Europa-akkoorden was dit een (geclausuleerd) recht van vestiging. Het Hof heeft over beide bepalingen geoordeeld dat zij rechtstreekse werking hebben. Turkse of Poolse burgers die een zelfstandige activiteit willen uitoefenen kunnen zich dus rechtstreeks voor de nationale rechter op deze bepaling beroepen. Bovendien heeft het Hof zowel ten aanzien van de standstill-bepaling (Associatie EEG-Turkije) als ten aanzien van de vestigingsbepalingen in de Europa-akkoorden bepaald dat het recht van vestiging tevens het recht op verblijf omvat. Alhoewel de standstill-clausule uit het Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst EEG-Turkije op zich geen rechtstreeks recht op verblijf verleent, kan dit verblijfsrecht wel indirect aan de bepaling worden ontleend. Aan de vestigingsbepaling in de Europa-akkoorden kon daarentegen wel rechtstreeks een recht op toelating en verblijf worden ontleend (zie het recht op vestiging in artikel 43 EG dat in gelijksoortige bewoordingen is geformuleerd), maar dit recht werd ingeperkt door artikel 58, lid 1 Europa-akkoord EG-Polen.

Alleen in het arrest-*Panayotova* (Europa-akkoorden) heeft het Hof zich expliciet uitgesproken over de verenigbaarheid van het Nederlandse mvv-vereiste met het associatierecht. In het arrest *Tum en Dari* (Associatie EEG-Turkije) bepaalde het Hof dat de standstill-bepaling uit het Aanvullend Protocol ook kan worden toegepast op eerste toelating en dus op het mvv-vereiste. We hebben hierboven gezien dat dit de nodige vragen oproept of het huidige strikte Nederlandse mvv-vereiste verenigbaar is met de standstill-bepaling. Het is wachten op de uitspraak van het Hof in de zaak-Günes.

21 Stabilisatie- en Associatieovereenkomst tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten, enerzijds, en de Republiek Kroatië, anderzijds, *PbEG* 2005 L 26, p. 3.

22 Artikel 49, lid 4 Stabilisatie- en Associatieovereenkomst EG-Kroatië gaat daarin verder ('... stelt de Stabilisatie- en Associatieraad de modaliteiten vast voor uitbreiding van bovenstaande bepalingen tot de vestiging van onderdanen... die economische activiteiten als zelfstandige wensen uit te oefenen') dan bijvoorbeeld artikel 48, lid 4 Stabilisatie- en Associatieovereenkomst EG-VJRM ('... zal de Stabilisatie- en Associatieraad, in het licht van de desbetreffende jurisprudentie van het Hof van Justitie EG en van de toestand op de arbeidsmarkt, onderzoeken of de bovenstaande bepalingen moeten worden uitgebreid tot de vestiging van onderdanen...met als doel als zelfstandigen activiteiten te ontplooiën').

Waarom acht het Hof het stellen van een mvv-vereiste wel verenigbaar met de Europa-akkoorden en is dit niet per definitie het geval bij de Associatieovereenkomst EEG-Turkije? Dit verschil kan worden verklaard door de formulering van beide bepalingen. Ook al kan aan het Europa-akkoord een direct recht van vestiging worden ontleend, dit recht kan door de lidstaten worden ingeperkt. We hebben in *Panayotova* gezien dat het Hof de lidstaten veel vrijheid laat het recht van vestiging in te perken. De standstill-bepaling in het Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst EEG-Turkije daarentegen bevat geen beperkingen. Toch blijft het vreemd, zeker gelet op het doel van de associatieovereenkomsten om het geassocieerd land de mogelijkheid te bieden toe te treden tot de EU, dat het Hof het mvv-vereiste verenigbaar acht met de Europa-akkoorden. Zeker indien men bedenkt dat op het moment dat het Hof het arrest *Panayotova* wees (november 2004), een groot aantal Midden- en Oost-Europese landen met wie een associatieovereenkomst was gesloten al lid was geworden van de EU.