



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De gevolgen van Appingedam en Zeewolde voor het Nederlands bestuursrecht, in het bijzonder voor ruimtelijke besluiten

Oosten, J.C. van; Drahmman, A.

Citation

Oosten, J. C. van, & Drahmman, A. (2018). De gevolgen van Appingedam en Zeewolde voor het Nederlands bestuursrecht, in het bijzonder voor ruimtelijke besluiten. *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus*, 2018(3), 19-41. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/67689>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/67689>

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

Publicatie: JBplus
Aflevering: 2018/3
Publicatiedatum: 21 september 2018
Auteurs: Oosten, J.C. van, Drahmman, A.

De gevolgen van Appingedam en Zeewolde voor het Nederlands bestuursrecht, in het bijzonder voor ruimtelijke besluiten

In de eerste helft van 2018 zijn er twee juridische ontwikkelingen geweest die gevolgen hebben voor met name de ruimtelijke besluitvorming in Nederland. De eerste ontwikkeling betreft de verruiming van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn in Nederland als gevolg van het Appingedam-arrest. De tweede ontwikkeling betreft de vraag of ook in bestemmingsplannen schaarse rechten worden toegeedeeld. Hierover heeft staatsraad advocaat-generaal Widdershoven op 6 juni 2018 geconcludeerd.

1. Inleiding

In de eerste helft van 2018 zijn er twee juridische ontwikkelingen geweest die gevolgen hebben voor met name de ruimtelijke besluitvorming in Nederland. De eerste ontwikkeling heeft betrekking op de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn¹ in Nederland. Hierover gaat het Appingedam-arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2018,² gevolgd door de tussenuitspraak van de Afdeling op 20 juni 2018.³ De tweede ontwikkeling betreft de vraag of ook in bestemmingsplannen schaarse rechten worden toegeedeeld. Hierover heeft staatsraad advocaat-generaal Widdershoven op 6 juni 2018 geconcludeerd.⁴

Na het Appingedam-arrest verschenen er publicaties waarin gesteld werd dat het arrest grote gevolgen zou hebben voor Nederland.⁵ Volgens ons zullen de gevolgen relatief beperkt zijn. De ruimere werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn – die uit Appingedam volgt – zal tot gevolg hebben dat op bestuursorganen een gewijzigde, verzwaarde motiveringsplicht komt te rusten en de bestuursrechter zal als logisch gevolg daarvan ook moeten toetsen of het besluit voldoende en in overeenstemming met de Dienstenrichtlijn gemotiveerd is. Verder zal een aantal vergunningstelsels alsnog onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn komen te vallen. Daarnaast volgt uit de conclusie van de advocaat-generaal in Zeewolde dat slechts in uitzonderlijke gevallen een bestemmingsplan of omgevingsvergunning zal moeten voldoen aan het nationale gelijkheidsbeginsel, dat in de context van schaarse publieke rechten strekt tot het bieden van gelijke kansen. Kortom: volgens ons zijn geen fundamentele wijzigingen in het bestuursrecht⁶ noodzakelijk. In dit artikel zullen wij – na een beschrijving van beide ontwikkelingen in paragraaf 2 – aangeven wat volgens ons de gevolgen voor het Nederlandse bestuursrecht zullen zijn. Daarbij gaan we eerst in op de gevolgen van het oordeel van het Hof van Justitie over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn in het algemeen (par. 3) en vervolgens op de gevolgen voor het ruimtelijke ordeningsrecht (par. 4) en de verlening van schaarse (diensten)vergunningen (par. 5).

2. De kern van Appingedam en Zeewolde

In essentie komen de twee ontwikkelingen op het volgende neer:

- hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn is ook van toepassing in zuiver interne situaties;
- de verkoop van detailhandel in goederen vormt een ‘dienst’ voor de toepassing van de Dienstenrichtlijn;
- het bestemmingsplan voor het Woonplein is een ‘eis’ en moet daarom voldoen aan de voorwaarden van de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn, waaronder dat deze territoriale beperking *noodzakelijk* en *evenredig* moet zijn; en
- in een bestemmingsplan worden in beginsel geen schaarse publieke rechten toegekend, waardoor de nationale

norm dat mededingingsruimte moet worden geboden niet geldt.

Deze vier aspecten zullen hierna (in par. 2.4-2.7) worden toegelicht. Eerst zullen echter kort de casus en de kern van de Dienstenrichtlijn worden geschetst.

2.1 De casus Appingedam

De kern van het Appingedam-arrest gaat over de vraag of detailhandel binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn valt. Langs de N33 en de Farmsumerweg te Appingedam, buiten het van oudsher bestaande winkelgebied van het stadscentrum van Appingedam, ligt het Woonplein. Dit is een winkelgebied met volumineuze detailhandel. Dat is detailhandel in omvangrijke goederen, zoals meubelen, keukens, doe-het-zelf-artikelen, bouwmaterialen en tuinartikelen. In het bestemmingsplan voor het Woonplein is dit gebruik voor volumineuze detailhandel vastgelegd. De gemeenteraad heeft deze regeling in het bestemmingsplan opgenomen voor het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied.

Visser Vastgoed Beleggingen BV – appellante in de procedure bij de Afdeling – is eigenaar van winkelpanden aan het Woonplein. Visser Vastgoed wil een van zijn panden verhuren aan Bristol B.V. Bristol zou in het pand schoenen en kleding willen gaan verkopen. Deze vorm van detailhandel is in strijd met het bestemmingsplan. Visser Vastgoed heeft daarom beroep ingesteld tegen het vastgestelde bestemmingsplan voor zover dit geen detailhandel in schoenen en kleding toestaat op die locatie.

Visser Vastgoed betoogt in de beroepsprocedure onder meer dat de planregeling, voor zover deze geen detailhandel in schoenen en kleding toestaat, zich niet verdraagt met de Dienstenrichtlijn. Volgens appellante zijn er geen dwingende redenen van algemeen belang om de verkoop van schoenen en kleding onmogelijk te maken. Deze beroepsgrond was voor de Afdeling aanleiding om prejudiciële vragen te stellen over de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn.⁷

Op 20 juni 2018 heeft de Afdeling in een tussenuitspraak geoordeeld dat in het bestemmingsplan onvoldoende is onderbouwd dat aan de door het Hof van Justitie geformuleerde evenredigheidseis is voldaan. De Afdeling stelt de gemeenteraad daarom in de gelegenheid om aan de hand van een analyse met specifieke gegevens alsnog te onderbouwen dat aan deze eis wordt voldaan dan wel het bestemmingsplan aan te passen.

2.2 De casus Zeewolde

De kern van de Zeewolde-zaak gaat over de vraag of een bestemmingsplan, een provinciaal of rijksinpassingsplan dan wel een provinciale ruimtelijke verordening, besluiten zijn die schaarse rechten toedelen. De zaak gaat over een rijksinpassingsplan en omgevingsvergunning voor de oprichting en het in werking hebben van een windpark in Zeewolde. Het plan maakt de bouw van 91 windmolens met een gezamenlijk vermogen van 300 tot 400 megawatt (MW) én de sanering van 221 bestaande windturbines mogelijk. In de provinciale en intergemeentelijke structuurvisie – een beleidsdocument – is het uitgangspunt van ‘opschalen en saneren’ neergelegd. Hiermee wordt beoogd dat met minder windturbines meer energie wordt opgewekt, waarbij door clustering van de nieuwe windturbines en sanering van de bestaande windturbines een landschappelijke verbetering wordt gerealiseerd. In de structuurvisie staat ook dat in het projectgebied één initiatiefnemer, die ook mag bestaan uit een alliantie van samenwerkende partijen, de gelegenheid krijgt om een ‘project voor opschalen en saneren’ uit te voeren. Volgens de appellanten was met deze voorwaarde een schaars recht gecreëerd en hadden (potentiële) gegadigden de mogelijkheid moeten krijgen om mee te dingen naar dat recht. Hierover heeft de Afdeling aan de advocaat-generaal gevraagd een conclusie te schrijven. In zijn conclusie d.d. 6 juni 2018 concludeert Widdershoven dat een bestemmingsplan geen besluit is dat schaarse rechten toedeelt. Ook omgevingsvergunningen zijn volgens hem in de regel geen besluiten die een schaars recht toedelen, omdat zij doorgaans alleen kunnen worden aangevraagd door degene die over de grond kan beschikken en er voor de vergunning dus niet meer gegadigden kunnen zijn dan vergunningen. De beschikbare locatie is beperkt, niet het aantal vergunningen. Volgens Widdershoven kan in bijzondere situaties een omgevingsvergunning of een wijzigingsplan wel een besluit zijn dat een schaars recht toekent. Deze voorbeelden zullen hierna in paragraaf 2.7 nog aan de orde komen. De Afdeling heeft nog geen uitspraak gedaan in deze procedure, waardoor nog niet bekend is of en zo ja in hoeverre de Afdeling de conclusie van de advocaat-generaal zal volgen.

2.3 Kern van de Dienstenrichtlijn

De Dienstenrichtlijn stelt algemene bepalingen vast die de verwijdering beogen van de beperkingen op de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en op het vrije verkeer van diensten tussen deze lidstaten, teneinde bij te dragen tot de verwezenlijking van een vrije en concurrerende interne markt.⁸

De richtlijn bestaat uit acht hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk bevat algemene bepalingen, die zien op onder meer definities en de werkingssfeer. Hoofdstuk II betreft de 'administratieve vereenvoudiging' en bepaalt onder meer dat lidstaten één loket moeten aanwijzen waar een onderneming uit een andere lidstaat al haar procedures en formaliteiten om haar dienst te kunnen verrichten moet kunnen afhandelen. Een dienstverrichter moet bij dit loket zijn vergunningaanvragen kunnen indienen, maar ook informatie kunnen vinden over de eisen die in Nederland worden gesteld aan dienstverrichters. In Nederland is dit dienstenloket onderdeel van Ondernemerplein.nl.

Hoofdstuk III staat centraal in het Appingedam-arrest. Het hoofdstuk betreft de vrijheid van vestiging van dienstverrichters. Het hoofdstuk bestaat uit twee afdelingen. De eerste afdeling ziet op vergunningen.⁹ Uitgangspunt is dat de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk van een vergunningstelsel moet zijn, tenzij aan de in artikel 9 genoemde voorwaarden is voldaan, waaronder dat de behoefte aan een vergunningstelsel gerechtvaardigd moet zijn om een dwingende reden van algemeen belang en het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn. Daarnaast moeten vergunningstelsels zijn gebaseerd op criteria die voorkomen dat bestuursorganen hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. Vergunningsvoorwaarden moeten daarom onder meer objectief en vooraf openbaar bekendgemaakt zijn (art. 10). Een vergunning moet daarnaast voor onbepaalde tijd worden verleend, tenzij een van de in artikel 11 genoemde uitzonderingen van toepassing is. Dat een vergunning schaars is, is een van deze uitzonderingen. Artikel 12 bevat vervolgens een specifieke bepaling voor de verdeling van schaarse vergunningen. Als het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, moet een bestuursorgaan een selectie uit de gegadigden maken volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt. Artikel 13 bepaalt ten slotte over vergunningprocedures onder meer dat een aanvraag zo snel mogelijk moet worden behandeld en verplicht bestuursorganen een ontvangstbevestiging van een aanvraag te sturen.

Afdeling 2 van Hoofdstuk III betreft verboden of aan een beoordeling onderworpen eisen. Een 'eis' is *"elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen (...) of voortvloeiend uit de rechtspraak, de administratieve praktijk, (...)"*. Artikel 14 bevat een aantal verboden eisen. Dit betreft bijvoorbeeld nationaliteitseisen voor de dienstverrichter, zijn personeel of de aandeelhouders. Artikel 15 bevat daarnaast een aantal verdachte eisen. Een dienstenactiviteit mag in beginsel niet afhankelijk worden gesteld van kwantitatieve of territoriale beperkingen, tenzij deze beperkingen noodzakelijk en evenredig zijn.

Hoofdstuk IV betreft het vrije verkeer van diensten. De kern van dit hoofdstuk is dat lidstaten het recht van dienstverrichters om diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn moeten eerbiedigen (art. 16 lid 1). Uit dit artikellid blijkt expliciet dat het uitsluitend ziet op grensoverschrijdende dienstverrichting.

Hoofdstuk V betreft de kwaliteit van de diensten en bepaalt onder meer dat dienstverrichters bepaalde informatie aan afnemers ter beschikking moeten stellen, zoals de algemene voorwaarden. Hoofdstuk VI tot en met VIII betreffen algemene bepalingen die zien op administratieve samenwerking tussen lidstaten, een convergentieprogramma en slotbepalingen.

De Dienstenrichtlijn is in december 2009 geïmplementeerd door de Dienstenwet¹⁰ en de Aanpassingswet Dienstenrichtlijn.¹¹ Omdat een aantal bepalingen uit de richtlijn niet (expliciet) in de Dienstenwet of andere nationale wetgeving is opgenomen, is er in (onder meer) de zaak Appingedam een rechtstreeks beroep op de bepalingen uit de richtlijn gedaan.

2.4 Het begrip 'dienst'

Een 'dienst' wordt in de richtlijn gedefinieerd als elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 57 van het VWEU.¹² Diensten van algemeen belang vallen daarom niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn.¹³

In het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn van de Europese Commissie is op pagina 10 een niet-limitatieve opsomming van diensten opgenomen. Hierin worden onder meer genoemd: diensten voor ondernemingen (waaronder kantooronderhoud, managementadviezen, en reclame- en wervingsdiensten), distributiehandel, diensten op het gebied van toerisme, vrijetijdsdiensten op het gebied van accommodatie en voedselverstreking (hotels, restaurants en cateringbedrijven), diensten op het gebied van opleiding en onderwijs, (auto)verhuur en thuiszorg (waaronder schoonmaak- of tuinmansdiensten).

Van belang is dat artikel 57 VWEU bepaalt dat als diensten alleen die dienstverrichtingen worden beschouwd voor zover de bepalingen over het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. In het kader van het primaire Unierecht is veelvuldig geprocedeerd over de vraag of een dienst wel viel binnen de werking van artikel 57 VWEU. De wetgever en bestuursrechter zijn er, mede op basis van deze jurisprudentie, altijd vanuit gegaan dat de verkoop van goederen in een winkel (oftewel detailhandel) geen dienst was.¹⁴ Nederland heeft dan ook bij het Hof van Justitie bepleit dat de verkoop van schoenen of kleding geen dienst zou zijn. Het Hof van Justitie heeft – in navolging van de advocaat-generaal – echter anders geoordeeld.¹⁵

Volgens het Hof lijkt het geen twijfel dat de activiteit van detailhandel een 'economische activiteit anders dan in loondienst tegen vergoeding' vormt. Daarbij kijkt het Hof naar de overwegingen bij de richtlijn. Overweging 33 beklemtoont dat de diensten zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten betreffen, waarbij distributiehandel als voorbeeld wordt genoemd. Ook wordt erop gewezen dat overweging 76 enkel preciseert dat de beperkingen die als gevolg van de bepaling over het vrij verrichten van diensten verboden zijn, eisen betreffen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten en niet eisen ten aanzien van de goederen zelf. De voorschriften in het bestemmingsplan betreffen niet de goederen zelf, maar de voorwaarden voor de geografische ligging van activiteiten in verband met de verkoop van bepaalde goederen, dus de voorwaarden voor toegang tot die activiteiten. Om deze reden valt detailhandel onder het begrip 'dienst'.

Het Hof van Justitie oordeelt verder dat eerdere jurisprudentie van het Hof over het vrij verkeer van goederen (met name het arrest *Burmanjer*¹⁶) niet kan worden getransponeerd voor de bepaling van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn. Als zou worden aanvaard dat die richtlijn niet van toepassing is wanneer de activiteit verband houdt met de vrijheid van vestiging, zou daarmee aan de richtlijn haar nuttige werking kunnen worden ontnomen.

Daarnaast oordeelt het Hof dat de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn niet moet afhangen van een voorafgaande analyse van het gewicht van het diensten-aspect, omdat dit niet bijdraagt aan een van de doelen van de richtlijn, nl. de rechtszekerheid. Een dergelijke analyse zou ook een ingewikkeldheid meebrengen voor de detailhandel in goederen, die – behalve verkoop – een toenemend aantal nauw met elkaar verband houdende diensten omvat (waaronder advies en klantenservice).

Ten slotte wijst het Hof op het arrest *Rina Services*¹⁷ en stelt dat de door de Dienstenrichtlijn nagestreefde doelgerichte harmonisatie zou worden ondermijnd als van geval tot geval onderzoek op grond van het primaire recht zou moeten worden gedaan.

Het Hof van Justitie concludeert dus dat de detailhandel in goederen een 'dienst' vormt voor de toepassing van de Dienstenrichtlijn.

2.5 Werkingssfeer: zuiver interne situaties

De tweede vraag die door het Hof van Justitie wordt beantwoord is of hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is in zuiver interne situaties. Deze vraag is van belang omdat Visser Vastgoed een Nederlandse onderneming is en dus niet een onderneming uit een andere lidstaat die zich in Nederland wil gaan vestigen. Beoogt de Dienstenrichtlijn uitsluitend belemmeringen weg te nemen voor dergelijke buitenlandse dienstverrichters of kan ook Visser Vastgoed bescherming aan de richtlijnbeperkingen ontnemen? Het Hof van Justitie beantwoordt deze vraag

bevestigend en volgt daarmee ook op dit punt de conclusie van de advocaat-generaal.

Het Hof merkt allereerst op dat uit de bewoordingen van de bepalingen in hoofdstuk III niet volgt dat er sprake moet zijn van een grensoverschrijdend aspect. Als gekeken wordt naar de context van de richtlijn dan bepaalt artikel 2 in algemene termen dat de richtlijn van toepassing is op *"diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd"*. Daarbij wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen activiteiten met of zonder een grensoverschrijdend aspect. Dit is anders dan in hoofdstuk IV, waar wel gepreciseerd wordt dat die bepalingen zien op een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter. Ook de ontstaansgeschiedenis van die richtlijn wijst erop dat hoofdstuk III in zuiver interne situaties van toepassing is, omdat de in het Europees Parlement voorgestelde amendementen die ertoe strekten dat artikel 2 zou worden geherformuleerd in die zin dat het enkel van toepassing zou zijn op grensoverschrijdende situaties, niet zijn aanvaard.

Tot slot is het Hof van oordeel dat deze uitleg ook in overeenstemming is met de doelstellingen van de richtlijn. De richtlijn beoogt namelijk de verwijdering van de beperkingen op de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en op het vrije verkeer van diensten tussen deze lidstaten, teneinde bij te dragen tot de verwezenlijking van een vrije en concurrerende interne markt. Voor de volledige verwezenlijking van de interne dienstenmarkt moeten de belemmeringen worden weggenomen die de dienstverrichters ondervinden om zich te vestigen in de lidstaten, of dat nu is in hun eigen of in een andere lidstaat. Met het oog op de totstandbrenging van een daadwerkelijke interne dienstenmarkt heeft de wetgever gekozen voor een algemeen rechtskader met een combinatie van diverse maatregelen die een hoge mate van juridische integratie in de Unie moeten waarborgen. Om geen afbreuk te doen aan het nuttig effect van dit specifieke rechtskader moet volgens het Hof worden aanvaard dat de draagwijdte van die richtlijn zich verder kan uitstrekken dan strikt volgt uit de bepalingen van het VWEU betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Dat de bevoegdheid om de richtlijn vast te stellen is gebaseerd op de artikelen 53 en 62 VWEU impliceert evenmin dat sprake moet zijn van een grensoverschrijdend aspect.

Het Hof van Justitie concludeert op basis van voorgaande argumenten dat de bepalingen van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn aldus moeten worden uitgelegd dat zij mede van toepassing zijn op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen.

2.6 Een bestemmingsplan is een 'eis' die 'noodzakelijk' en 'evenredig' moet zijn

De volgende vraag die het Hof van Justitie beantwoordt is of de bestemmingsplanvoorschriften uit Appingedam, die niet-volumineuze detailhandel in geografische gebieden buiten het stadscentrum van die gemeente verbieden, in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn.

Eis of vergunning?

Het Hof beoordeelt voor de beantwoording van deze vraag eerst of de voorschriften vallen onder het begrip 'vergunningstelsel' of onder het begrip 'eis'. Volgens het Hof van Justitie is geen sprake van een vergunningstelsel. De mogelijkheid om detailhandel te verrichten in bepaalde geografische zones, bestaat namelijk *"niet krachtens een formeel besluit dat is verkregen in het kader van stappen die die dienstverrichters daartoe hadden moeten nemen"*, maar doordat de gemeenteraad regels met algemene gelding heeft goedgekeurd die in dat plan zijn opgenomen. Dat belanghebbenden kunnen deelnemen aan de bestemmingsplanprocedure (zowel de vaststelling van het plan als de beroepsprocedure) en dat belanghebbenden kunnen verzoeken om een afwijking of om herziening van het plan, maakt dit oordeel van het Hof niet anders. De artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn zijn daarom niet van toepassing zijn op de planvoorschriften.

Het Hof van Justitie gaat vervolgens niet expliciet in op de vraag wanneer sprake is van een 'eis', maar gaat in op de vraag of een bestemmingsplan valt binnen de werkingssfeer van de richtlijn, gelet op overweging 9 van de Dienstenrichtlijn. Deze overweging bepaalt dat de richtlijn *"alleen van toepassing [is] op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit"*, zodat zijn uitgesloten *„eisen zoals [...] regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, en [...] administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische*

activiteit in acht dienen te nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen".

Volgens het Hof van Justitie moet deze overweging zo worden gelezen dat de richtlijn geen toepassing moet vinden op eisen die niet kunnen worden geacht beperkingen van de vrijheid van vestiging en van het vrije verkeer van diensten te vormen, omdat zij niet de toegang tot een activiteit in verband met diensten specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar door de dienstverrichters in acht moeten worden genomen in de uitoefening van hun economische activiteit, op dezelfde wijze als door personen die handelen als particulier.

Volgens het Hof van Justitie hebben de planregels in Appingedam als specifiek doel om de geografische zones aan te wijzen waar bepaalde detailhandelsactiviteiten zich kunnen vestigen. Zij zijn daarmee enkel gericht tot de personen die die activiteiten in die geografische gebieden willen gaan ontwikkelen. Daarom is sprake van een 'eis' die moet voldoen aan de artikelen 14 en 15 van die richtlijn.

Noodzakelijk en evenredig

De bestemmingsplanvoorschriften verbieden niet-volumineuze detailhandel in een geografische zone buiten het stadscentrum van de gemeente Appingedam. Daarmee is volgens het Hof van Justitie sprake van een eis als bedoeld in artikel 15 lid 2 van de richtlijn. Het bestemmingsplan stelt immers de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk van een territoriale beperking. Een dergelijke beperking is toegestaan mits de in artikel 15 lid 3 genoemde voorwaarden inzake non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid zijn vervuld. Hof van Justitie laat het aan de Afdeling over om te beoordelen of aan deze vereisten is voldaan.

Wel merkt het Hof met betrekking tot de noodzakelijkheid alvast op dat de bestemmingsplanregeling strekt tot het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en tot het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied, in het belang van een goede ruimtelijke ordening. Een dergelijk doel van bescherming van het stedelijk milieu kan een dwingende reden van algemeen belang vormen die een territoriale beperking als die in het hoofdgeding rechtvaardigt. In lijn hiermee oordeelt de Afdeling in de tussenuitspraak van 20 juni 2018 over het noodzakelijkheids criterium, dat de gemeenteraad zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied, noodzakelijk zijn voor de bescherming van het stedelijk milieu. Daarmee is sprake van een dwingende reden van algemeen belang die branchering in het perifere winkelgebied rechtvaardigt.

Met betrekking tot het evenredigheids criterium stelt de Afdeling allereerst dat een eis geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken als het doel coherent en systematisch wordt nagestreefd. Visser Vastgoed had betoogd dat niet voldaan werd aan dit coherentievereiste, omdat op twee andere locaties andere regels zouden gelden dan voor het Woonplein. De Afdeling oordeelt dat die twee locaties niet vergelijkbaar zijn met het Woonplein en het stadscentrum. Dat daar andere regels gelden betekent daarom niet dat het nagestreefde doel niet coherent en systematisch wordt nagestreefd.

Vervolgens gaat de Afdeling in op de vraag of de maatregel geschikt is om het doel te bereiken en of dit doel niet kan worden bereikt met beperkingen die minder ver gaan of minder nadelig zijn, en de bewijslast die daarbij op de gemeenteraad rust. Appingedam stelt dat de brancheringsregeling geschikt is en gaat daarbij uit van de veronderstelling dat, indien de branchering wordt losgelaten, dit zal leiden tot vertrek van of druk op detailhandel in het centrum en daarmee tot een minder aantrekkelijke mix aan winkels in het centrumgebied. De Afdeling acht het op zichzelf mogelijk dat deze op algemene ervaringsregels gebaseerde veronderstelling opgaat. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁸ volgt dat het aan de regulerende overheid is om de ingenomen stelling over de effectiviteit van de maatregel te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. De raad is daarin naar het oordeel van de Afdeling niet geslaagd. De raad heeft geen onderzoeksgegevens of andere gegevens overgelegd waarmee de gestelde gevolgen aannemelijk worden gemaakt. De raad had volgens de Afdeling bijvoorbeeld resultaten van onderzoek naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau, of gegevens ontleend aan koopstromenonderzoek in ogenschouw kunnen nemen. Daarbij had de raad rekening kunnen houden met beschikbare (onderzoeks)gegevens over de effecten van detailhandelsbeleid in krimpregio's en meer in het bijzonder de effecten van branchering in dergelijke regio's. Door dit na te laten ontbreekt een analyse van de geschiktheid van de genomen maatregel en ontbreken specifieke gegevens ter onderbouwing van de geschiktheid van

de getroffen maatregel. De Afdeling kan daarom niet beoordelen of de raad redelijkerwijs heeft kunnen concluderen (i) dat de brancheringsregeling geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en (ii) dat de brancheringsregeling niet verder gaat dan nodig is om het beoogde doel te bereiken en dat doel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Met betrekking tot deze alternatieven merkt de Afdeling wel nog op dat zij twijfelt of uitsluitend door het treffen van andere maatregelen die bijdragen aan een aantrekkelijk centrum de beoogde aantrekkelijke mix aan winkels, horeca en culturele voorzieningen in het centrum kan worden behouden of bereikt, omdat die maatregelen voornamelijk betrekking hebben op de inrichting van de openbare ruimte. Bij afwezigheid van een analyse met specifieke gegevens kan echter niet worden uitgesloten dat leegstand in het centrum ook kan worden voorkomen met een minder beperkende brancheringsregeling of met andere minder beperkende maatregelen.

2.7 In een bestemmingsplan worden in beginsel geen schaarse rechten toegedeeld

De zaak Zeewolde gaat over de bouw van een windpark. In zijn conclusie gaat de advocaat-generaal uitgebreid in op de vraag in hoeverre de Dienstenrichtlijn hierop van toepassing is. Dit is volgens hem niet het geval. De productie van elektriciteit is een goed, waardoor het dienstenaspect geheel afwezig is. De advocaat-generaal gaat ook in op de vraag wat de gevolgen zouden zijn als de Dienstenrichtlijn wel van toepassing zou zijn geweest. Hierop komen wij in paragraaf 5 terug. Voor hier is van belang dat de advocaat-generaal in de conclusie ingaat op de vraag of er, naast de Dienstenrichtlijn en het VWEU, op grond van het nationale recht sprake is van het toedelen van schaarse rechten in bestemmingsplannen.

De advocaat-generaal concludeert dat een gemeentelijk bestemmingsplan in beginsel geen besluit is die schaarse rechten toedeelt.¹⁹ Ook omgevingsvergunningen zijn in de regel geen besluiten die een schaars recht toedelen, omdat zij doorgaans alleen kunnen worden aangevraagd door degene die over de grond kan beschikken en er voor de vergunning dus niet meer gegadigden kunnen zijn dan vergunningen. De beschikbare locaties zijn beperkt, niet het aantal vergunningen. De advocaat-generaal geeft hiervoor het volgende sprekende voorbeeld over de carport van zijn buurman: *“Daarbij merk ik, wellicht ten overvloede, op dat een partij door te stellen dat zij ook belangstelling heeft om een te vergunnen project uit te voeren, niet kan bewerkstelligen dat de omgevingsvergunning die voor dat project wordt verleend, een vergunning is die schaarse rechten toedeelt. Zou men dat accepteren dan kan elke omgevingsvergunning schaars worden gemaakt door het indienen van een (kansloze) aanvraag door een andere burger. Dat geldt bij wijze van spreken dan ook voor de vergunning voor bouwen van een carport door mijn buurman, die ik ‘schaars’ zou kunnen maken door voor diezelfde carport ook een vergunning aan te vragen (en mij aldus als gegadigde op te werpen). Die aanvraag zal uiteraard niet worden gehonoreerd, maar zou dan bewerkstelligen dat de verlening competitief moet plaatsvinden. Dat is natuurlijk absurd. Bij een locatiegebonden vergunning als een omgevingsvergunning is een partij pas gegadigde als deze over die locatie kan beschikken.”*

Als de Afdeling de conclusie van de advocaat-generaal overneemt dan zullen de gevolgen voor de huidige ruimtelijke ordeningspraktijk beperkt zijn. De huidige wijze van het vaststellen van bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen hoeft niet te veranderen. De hoofdregel is immers dat bij ruimtelijke besluiten geen schaarse rechten worden toegedeeld. In bijzondere situaties kan een omgevingsvergunning of een wijzigingsplan wél een besluit zijn dat een schaars recht toekent. De advocaat-generaal geeft hiervan drie voorbeelden.

Ten eerste kan een bestemmingsplan voorzien in rechtstreekse bouwtitels, maar kan het aantal toegestane bouwwerken worden gemaximeerd, waardoor er voor het realiseren van die bouwwerken meer gegadigden dan dat maximum kunnen zijn. De advocaat-generaal geeft hiervan drie concrete voorbeelden uit het verleden. De maximering kan bijvoorbeeld zien op een maximaal aantal woningen in een gebied terwijl er in dat gebied meer eigenaren zijn dan dat maximum,²⁰ of een procentueel maximum worden vastgesteld waardoor er meer gegadigden kunnen zijn die die bouwmogelijkheden kunnen realiseren.²¹ Daarnaast kan ook in een provinciale verordening een maximumstelsel voor de verlening van (omgevings)vergunningen zodanig worden vormgegeven dat voor een vergunning voor gebruik in strijd met het bestemmingsplan meer gegadigden kunnen zijn dan vergunningen.²² Als sprake is van een vergunningenplafond dat uit het bestemmingsplan voortvloeit, moeten volgens de advocaat-generaal deze vergunningen op volgorde van binnenkomst worden verdeeld. Wel zal met het oog op het transparantievereiste bijvoorbeeld op een website inzicht moeten worden geboden in het aantal vergunningen dat al is verleend (en dus van de resterende bouwtitels).

Ten tweede kan sprake zijn van een hoge mate van verbondenheid tussen een omgevingsvergunning voor binnen- of buitenplanse afwijking van een bestemmingsplan en een schaarse exploitatievergunning. Door een koppeling aan te brengen tussen de ruimtelijke toestemming en een schaarse exploitatievergunning voor bijvoorbeeld een speelautomatenhal, kan ook die omgevingsvergunning schaars worden.²³ In zo'n geval moet het bestuur voor de start van de procedure een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de omgevingsvergunning of het voornemen tot het vaststellen van een wijzigingsplan, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. De bekendmaking van die informatie geschiedt bij voorkeur in het elektronische gemeenteblad. De beschikbaarheid van de vergunning of het voornemen kan ook via de gemeentelijke website bekend worden gemaakt. De vergunningen kunnen worden verdeeld op volgorde van binnenkomst, maar ook op basis van een vergelijkende toets. In dat geval moeten ruimtelijke relevante toetsingscriteria worden gehanteerd, die voor de aanvragers voldoende duidelijk zijn om hun aanvraag daarop af te stemmen. De omgevingsvergunning voor afwijking moet tijdelijk worden verleend.

Ten derde wijst de advocaat-generaal op de mogelijkheden om milieugebruiksruimte te verdelen over meer gegadigden via bijvoorbeeld het zonebeheerplan of een geluidverdeelplan voor een gezoneerd industrieterrein als bedoeld in de Wet geluidhinder (Wgh). Op grond van de Wgh moet in een bestemmingsplan voor een industrieterrein rondom dat terrein een zone worden vastgesteld. Buiten die zone mag de cumulatieve geluidbelasting van alle bedrijven samen de waarde van 50 dB(A) niet te boven gaan (art. 40 Wgh). In de zaak Papendrecht heeft de Afdeling geoordeeld dat de verdeling van de totale geluidruimte over de verschillende bedrijven op een gezoneerd industrieterrein in een zonebeheerplan of een geluidverdeelplan als bindend onderdeel in een bestemmingsplan kan worden opgenomen.²⁴ Voorstelbaar is dat er op enig moment binnen de zone geluidruimte vrijvalt als gevolg van het vertrek van een bedrijf of doordat de geluidruimte van een bestaand bedrijf vrijwillig of anderszins wordt beperkt. Als gevolg hiervan zal het plan in zoverre gewijzigd worden en staat het bevoegd gezag voor de vraag hoe die vrijgevallen geluidruimte moet worden verdeeld over de zittende bedrijven.

Alleen in deze drie bijzondere situaties moet het bevoegd gezag voorafgaand aan de start van de procedure een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de vergunning (of het voornemen tot wijziging), de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria.

3. De gevolgen voor de praktijk van de verruimde reikwijdte van de Dienstenrichtlijn

Hierna zal achtereenvolgens ingegaan op de gevolgen van de uitleg van het begrip 'dienst', de toepassing in zuiver interne situaties en de mogelijke materiële gevolgen.

3.1 Dienst

Op de ruime uitleg die het Hof heeft gegeven aan het begrip 'dienst' is in de literatuur wisselend gereageerd. Zo is Botman kritisch vanuit dogmatisch en systematisch perspectief.²⁵ Deze kritiek ziet dan met name op de verhouding met het vrij verkeer van goederen en het dienstenbegrip uit artikel 57 VWEU. Wij achten de keuze van het Hof een gelukkige. Zeker nu het Hof heeft geoordeeld dat hoofdstuk III ook van toepassing is in zuiver interne situaties (waarover hierna meer). Het gevolg hiervan is dat voor alle dienstverrichtingen helder is dat aan de verplichtingen uit de richtlijn moet worden voldaan. Het is niet nodig om te beoordelen waar het zwaartepunt tussen goederen en diensten ligt. De vraag of sprake is van ondergeschikte dienstverrichting is in de praktijk vaak niet goed te beantwoorden. Het oordeel van het Hof zal daarom (uiteindelijk) bijdragen aan een eenvoudigere toepassing van de verplichtingen uit de richtlijn.²⁶ Daarbij is van belang dat een groot deel van de procedures over de vraag of een besluit in overeenstemming is met de Dienstenrichtlijn, procedures waren waar alleen Nederlandse partijen bij betrokken waren. Het primaire Unierecht speelde in deze procedures daarom geen rol. Hoewel het arrest wellicht nieuwe vragen oproept over de uitleg van het dienstenbegrip in het primaire Unierecht,²⁷ zal de zelfstandige, ruime toepassing van het dienstenbegrip tot gevolg hebben dat in het Nederlandse bestuursrecht niet (meer) geprocedeerd hoeft te worden over de eventuele ondergeschiktheid van een dienst.

Het oordeel van het Hof kan wel gevolgen hebben voor de Nederlandse bestuursrechtpraktijk. Wij zullen twee concrete voorbeelden geven.

Ten eerste zien de casus Zeewolde en Appingedam op relatief concrete bestemmingen: een windpark en volumineuze detailhandel. Veel bestemmingsplannen bevatten echter ruim omschreven planregels zoals een bestemming "bedrijven". Hier kunnen zich bedrijven vestigen die vallen onder de Dienstenrichtlijn, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Onduidelijk is hoe met dit soort planregels moet worden omgegaan. Dit is van belang nu de Omgevingswet ernaar streeft meer te werken met globale omgevingsplannen, waarbij concrete ontwikkelingen worden toegelaten door uitvoeringsbesluiten. Het is dan de vraag op welk moment en op welke wijze aan het vereiste van het coherent en systematisch nastreven van het beoogde doel moet worden voldaan. Mede gelet op de motiveringsplicht die uit de tussenuitspraak volgt, zou bijvoorbeeld een doortimmerde omgevingsvisie die inzichtelijk maakt dat het nagestreefde detailhandelsbeleid in overeenstemming is met de Dienstenrichtlijn, behulpzaam zijn.²⁸

Ten tweede heeft de Afdeling ook buiten het omgevingsrecht over bepaalde vergunningstelsels geoordeeld dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing was.²⁹ Dit was bijvoorbeeld het geval bij de weigering om een dagplaats toe te wijzen op een Rotterdamse markt. Een staanplaats voor de verkoop van kleding of de verkoop van aardappels, groenten en fruit zou volgens de Afdeling niet onder de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn vallen.³⁰ Als gevolg van het Appingedam-arrest zal de Afdeling ook deze vergunningstelsels aan de bepalingen uit de Dienstenrichtlijn moeten gaan toetsen. Welke bepalingen dit zijn zal in paragraaf 3.3 nog aan de orde komen. Bestuursorganen zouden er dan ook verstandig aan doen om nu al te bezien welke vergunningstelsels mogelijk alsnog aan de vereisten van de Dienstenrichtlijn moeten voldoen.

3.2 Zuiver interne situatie

Het Appingedam-arrest maakt klip en klaar duidelijk dat iedere ondernemer die een dienst verricht een beroep kan doen op de bepalingen uit hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn. Ook Nederlandse ondernemers in een zuiver interne situatie kunnen betogen dat een besluit in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Volgens Keinemans en Van der Berghe zou dit voor de Nederlandse praktijk weinig gevolgen moeten hebben, omdat in de implementatiewetgeving geen onderscheid wordt gemaakt tussen het al dan niet aanwezig zijn van een grensoverschrijdend aspect.³¹ Als gekeken wordt naar de tekst van de Dienstenwet en de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet dan is dit juist.³² De wetsgeschiedenis benadrukt dat een implementatie die uitsluitend betrekking heeft op uit andere lidstaten afkomstige dienstverrichters een situatie in het leven zou roepen waarbij sprake is van ongelijke behandeling tussen buitenlandse en binnenlandse dienstverrichters, ten nadele van de binnenlandse dienstverrichters. De wetgever zag hiervoor geen goede rechtvaardiging. Deze opmerking wordt echter geplaatst in de context van de implementatie van de bepalingen over het één-loket uit hoofdstuk II en niet de bepalingen uit hoofdstuk III.³³ Keinemans en Van der Berghe gaan daarmee dan ook voorbij aan de discussie die sinds 2008 in de literatuur is gevoerd over de reikwijdte van hoofdstuk III van de richtlijn.³⁴

Zoals gesteld is het overgrote deel van de bepalingen van hoofdstuk III echter niet omgezet in Nederlandse wetgeving. Wij verwachten dan ook dat – mede gelet op de aandacht die dit arrest heeft gegenereerd – de komende tijd vaker een beroep zal worden gedaan op de richtlijn. Veel juristen zullen de artikelen 9 tot en met 15 er nog eens op naslaan om te zien of zij kunnen betogen dat een besluit met deze bepalingen in strijd is. Waar in het verleden een bestuursrechter een dergelijk betoog zou kunnen afdoen door te verwijzen naar het ontbreken van een grensoverschrijdend aspect, zal dat betoog nu inhoudelijk moeten worden beoordeeld. Hoewel dit op korte termijn tot nieuwe vragen en 'meer werk' zal leiden, denken wij dat dit op de lange termijn de moeite waard is. Als de Dienstenrichtlijn namelijk niet van toepassing zou zijn op zuiver interne situaties, dan zouden Nederlandse dienstverrichters geen beroep kunnen doen op de waarborgen uit de Dienstenrichtlijn en andere Unieburgers wel. Een dergelijk onderscheid achten wij moeilijk te rechtvaardigen. Volgens Hessel leidt de Dienstenrichtlijn bovendien tot verbetering van de lokale welvaart.³⁵ De door het Hof van Justitie gegeven uitleg aan het toepassingsbereik van hoofdstuk III van de richtlijn is dan ook – alles afwegende – volgens ons een wenselijke ontwikkeling.³⁶

3.3 Gevolgen voor de praktijk voor vergunningen

Het valt dus te verwachten dat de komende tijd vaker een beroep op de Dienstenrichtlijn zal worden gedaan. Het is echter de vraag of deze beroepen ook vaak zullen slagen. Hoofdstuk III van de richtlijn is weliswaar slechts beperkt terug te vinden in de Dienstenwet, maar dit is volgens de wetgever omdat een deel van de artikelen al geldend recht zou zijn. Zo zouden de eisen van de artikelen 10, 11 en 13 bijvoorbeeld overeenkomen met de beginselen van

behoorlijk bestuur.³⁷ Het is moeilijk voorstelbaar dat bestuursorganen op dit moment op grote schaal vergunningstelsels en eisen vaststellen die in strijd zijn met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Problematisch is echter dat de motivering van besluiten tot op heden geen specifieke aandacht besteedde aan deze voorwaarden. Dit zal tot gevolg hebben dat vele besluiten die nog niet onherroepelijk zijn alsnog nader onderbouwd zullen moeten worden, al dan niet – net zoals in de Appingedam-zaak – naar aanleiding van een tussenuitspraak.

Meer concreet bepaalt artikel 9 van de richtlijn dat vergunningstelsels alleen zijn toegestaan onder de voorwaarde dat (i) het vergunningstelsel geen discriminerende werking heeft jegens de betrokken dienstverrichter; (ii) de behoefte aan een vergunningstelsel gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang; (iii) het nagestreefde doel niet kan worden bereikt door een minder beperkende maatregel, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn. Zoals de Afdeling heeft geoordeeld dat in het bestemmingsplan van Appingedam gemotiveerd moet worden dat aan de eisen van de Dienstenrichtlijn moet worden voldaan, zal ook een vergunningstelsel moeten motiveren dat aan deze eisen is voldaan. De Afdeling heeft al eerder een dergelijke beoordeling gedaan van het vergunningstelsel voor de rondvaartboten in Amsterdam. De Afdeling heeft beoordeeld of de beperking van het aantal beschikbare vergunningen is gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang en of de beperking evenredig is met die reden van algemeen belang. De Afdeling wijst er daarbij op dat in punt 56 van de preambule van de Dienstenrichtlijn in het algemeen is bepaald dat bij vergunningstelsels of beperkingen, voor zover van belang, de beginselen van evenredigheid altijd moeten worden geëerbiedigd. Vervolgens oordeelt de Afdeling dat het vergunningstelsel weliswaar gerechtvaardigd wordt door een dwingende reden van algemeen belang (namelijk de noodzaak om overlast en milieubelasting te beperken en een vlotte en veilige doorvaart te kunnen bieden), maar niet aan het evenredigheidsvereiste. De appellanten hebben in de procedure een deskundigenrapport ingediend waaruit blijkt dat het beschikken over moderne stuurmiddelen van invloed is op de doorvaarttijden en het ruimtebeslag en daarmee op de vlotte en veilige doorvaart en het voorkomen van daarmee samenhangende overlast. Het gemeentelijke vergunningstelsel kent echter geen betekenis toe aan de aanwezigheid van moderne stuurmiddelen, maar acht de lengte van de vaartuigen en de doorvaartprofielen van doorslaggevend belang. Volgens de Afdeling is daarmee de beperking van het aantal vergunningen niet coherent en aldus niet geschikt om voormelde door het college nagestreefde beleidsdoelen te bereiken.³⁸

In het verlengde hiervan bevat artikel 10 van de richtlijn diverse criteria waaraan vergunningstelsels moeten voldoen. Deze criteria zijn: niet discriminatoir; gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang; evenredig met die reden van algemeen belang; duidelijk en ondubbelzinnig; objectief; vooraf openbaar gemaakt; transparant en toegankelijk. Zoals gesteld zijn deze criteria niet allemaal expliciet gecodificeerd. Wij verwachten dan ook dat de komende tijd in jurisprudentie de vraag aan de orde zal komen in hoeverre deze criteria daadwerkelijk overeenstemmen met de nationale beginselen van behoorlijk bestuur. Zo heeft de Afdeling al eerder in 2015 de prejudiciële vraag gesteld of een taaleis voor een exploitatievergunning voor een raamprostitutiebedrijf 'evenredig' is, met de beoogde dwingende reden van algemeen belang als bedoeld in dat artikel.³⁹

Het verdient dan ook aanbeveling dat de motivering van besluiten van een bestuursorgaan aansluiting zoekt bij de terminologie van de Dienstenrichtlijn. Welke gevolgen dit zal hebben voor het bestuursrecht is nu nog niet te voorspellen. Wij kunnen ons echter voorstellen dat een begrip als 'dwingende reden van algemeen belang' dat de Dienstenrichtlijn wel, maar de Awb niet kent een grotere rol zal gaan spelen in de besluitvorming.⁴⁰ Hetzelfde geldt voor de uitleg van het vereiste van 'evenredigheid'. Naast het nationale evenredigheidsbeginsel, zal er ook een Unierechtelijke dimensie aan de besluitvorming worden toegevoegd. Op deze Unierechtelijke dimensie, die onder meer een coherentievereiste introduceert, zal nog worden ingegaan in paragraaf 4.

Daarnaast geldt dat de naleving van een aantal artikelen (waaronder de art. 9 en 15) van de Dienstenrichtlijn heeft plaatsgevonden door middel van screening, waardoor implementatie in de wet niet nodig zou zijn.⁴¹ Uit het arrest van het Hof van Justitie volgt dat mogelijk meer diensten onder de reikwijdte van de richtlijn vallen dan veel bestuursorganen zich destijds – alweer tien jaar geleden – hebben gerealiseerd. Een aanvullende screening lijkt dan ook op haar plaats. Wij verwachten echter dat de gevolgen van deze screening beperkt zullen zijn. Zoals in de wetsgeschiedenis immers terecht al wordt gesteld, hebben er de afgelopen jaren al aanzienlijke dereguleringslagen plaatsgevonden, waardoor de kans op disproportionele en niet-noodzakelijke eisen en vergunningstelsels klein is.⁴² Dit doet er echter niet aan af dat door de ruimere reikwijdte van de richtlijn alsnog gemotiveerd zal moeten worden dat aan deze eisen kan worden voldaan. In de Appingedam-zaak staan centraal de eisen die de Dienstenrichtlijn stelt aan de noodzaak en

evenredigheid van een vergunningstelsel en eis. De Dienstenrichtlijn bevat echter ook andere verplichtingen, zoals de vergunningverlening van rechtswege (ook wel 'lex silencio positivo', LSP genoemd). Artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn betreft de vergunningverlening van rechtswege. Artikel 28 van de Dienstenwet bepaalt dat paragraaf 4.1.3.3 van de Awb (positieve fictieve beschikking niet tijdig beslissen) van toepassing is op een aanvraag om een Dienstenwetvergunning, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Als meer vergunningstelsels onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn en -wet zijn komen te vallen, is daarmee dus ook de LSP vaker van toepassing. Als de toepassing van de LSP op een Dienstenwetvergunning onwenselijk wordt geacht is daarvoor een expliciete uitzondering in een wettelijk voorschrift nodig. Ook hieruit blijkt dus de wenselijkheid om een nadere screening van (decentrale) wet- en regelgeving.

Ten slotte is ook in dit verband de Omgevingswet van belang. Op grond van de Omgevingswet zullen bepaalde gemeentelijke locatiegebonden vergunningstelsels opgaan in het omgevingsplan.⁴³ Het omgevingsplan is daarmee een combinatie van het bestemmingsplan met een aantal vergunningstelsels. Als deze vergunningstelsels zien op de toestemming om een dienst te kunnen gaan verlenen, zal dat deel van het omgevingsplan ook moeten voldoen aan de voorwaarden die de Dienstenrichtlijn stelt aan vergunningverlening.

4. De gevolgen voor de ruimtelijke ordeningspraktijk

In het Appingedam-arrest staat een bestemmingsplan centraal. In paragraaf 4.1 staan wij daarom stil bij de vraag of een omgevingsvergunning een eis of vergunning is in de zin van de Dienstenrichtlijn. Vervolgens gaan we nader in op de drie voorwaarden die de Dienstenrichtlijn stelt aan een bestemmingsplan, namelijk non-discriminatoir (par. 4.2), noodzakelijk (par. 4.3) en evenredig (par. 4.4). Ten slotte staan we nog stil bij de wijze waarop de bestuursrechter de besluitvorming toetst (par. 4.5)

4.1 Eis of vergunning: de omgevingsvergunning

Een 'eis' is op grond van de Dienstenrichtlijn elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen. Een bestemmingsplan bevat volgens advocaat-generaal Szpunar bestuursrechtelijke bepalingen die een *conditio sine qua non* vormen voor de vestiging van een marktdeelnemer in zodanige gemeente. Het bestemmingsplan valt daarom onder de definitie van 'eis'. Een bestemmingsplan is volgens de advocaat-generaal geen vergunningstelsel, omdat het "*een abstracte ex-ante-handeling van de gemeenteraad*" is. De advocaat-generaal verwijst daarbij naar eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie, namelijk de arresten Trijber en Harmsen⁴⁴, Promoimpresa e.a.⁴⁵ en Hemming e.a.⁴⁶ In al die procedures ging het om een besluit van een administratieve autoriteit dat was vereist alvorens de dienstverrichter met zijn activiteit kon beginnen. In al deze zaken (i) moest de dienstverrichter bij een autoriteit een besluit aanvragen, (ii) ontving hij een tot hem gericht besluit van concrete strekking en (iii) was dat besluit en het voldoen daaraan een voorwaarde voor de dienstverrichter om met zijn activiteit te kunnen beginnen. Ook het Hof van Justitie oordeelt dat een bestemmingsplan geen vergunningstelsel is. De mogelijkheid om detailhandel te verrichten in bepaalde geografische zones, bestaat namelijk "*niet krachtens een formeel besluit dat is verkregen in het kader van stappen die die dienstverrichters daartoe hadden moeten nemen*", maar doordat de gemeenteraad regels met algemene gelding heeft goedgekeurd die in dat plan zijn opgenomen.

Het Hof van Justitie oordeelt expliciet dat het feit dat belanghebbenden kunnen verzoeken om een afwijking van het bestemmingsplan, dit het oordeel van het Hof niet anders maakt. Desalniettemin is in de literatuur de vraag opgeworpen of een omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met een bestemmingsplan, aangemerkt moet worden als een eis of een vergunning. Met Nijmeijer⁴⁷ en Widdershoven⁴⁸ zijn wij van mening dat een dergelijke omgevingsvergunning aangemerkt moet worden als een eis. Op het eerste gezicht lijkt een omgevingsvergunning te voldoen aan de definitie van een vergunning: ze betreft een concreet project, wordt op aanvraag genomen en kan nodig zijn om met een dienstactiviteit te beginnen. Volgens Nijmeijer is hierbij van belang dat de omgevingsvergunning ertoe strekt om te beoordelen of het strijdige gebruik in het perspectief van 'een goede ruimtelijke ordening' toelaatbaar is. De (diensten)activiteit waarvoor de vergunning wordt verleend is dus volgens hem niet het object van normering.⁴⁹ Widdershoven formuleert het als volgt: bij de verlening van een omgevingsvergunning wordt niet beoordeeld of een bepaalde dienstverrichter op een bepaalde plek een dienst kan exploiteren, maar of een bepaald gebruik van gronden op een bepaalde plek uit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening aanvaardbaar is.

Dit argument zelf achten wij echter nog onvoldoende overtuigend. Het is immers de specifieke aard van de (diensten)activiteit en de gevolgen die die activiteit heeft voor de omgeving die bepalen of de dienstenactiviteit toelaatbaar is. Bij de vraag of een exploitatievergunning kan worden verleend worden vergelijkbare effecten bij de beoordeling betrokken. Doorslaggevend is volgens ons dat – zoals Widdershoven terecht stelt – niet van belang is wie dat gebruik zal gaan uitoefenen. De omgevingsvergunning is een zaaksgebonden vergunning die niet bepaalt welke dienstverrichter ervan gebruik kan maken en die ook kan worden overgedragen.⁵⁰ Nadat de omgevingsvergunning is verleend kan eenieder vervolgens gebruik maken van het met de vergunningverlening toegestaan gebruik en eenieder is gebonden aan de beperkingen/voorschriften die aan de omgevingsvergunning zijn verbonden. Materieel is de verlening van een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik dus te vergelijken met het wijzigen het bestemmingsplan zelf en dat bestemmingsplan is door het Hof aangemerkt als een 'eis'. Dat betekent dat de omgevingsvergunning ook moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 15 van de richtlijn. Van Angeren en Ravelli wijzen erop dat een omgevingsvergunning vaak meerdere toestemmingen behelst, bijvoorbeeld naast het afwijkend gebruik, ook de bouw- en milieu-toestemming. Een terechte vraag is dan of per toestemming moet worden beoordeeld of sprake is van een vergunning of eis, hetgeen wel complex zou zijn.⁵¹ Het is dan ook niet uitgesloten dat de Afdeling – al dan niet door het stellen van nieuwe prejudiciële vragen – tot een ander oordeel zal komen.

4.2 Non-discriminatie

Het discriminatieverbod van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn houdt in dat eisen geen direct of indirect onderscheid mogen maken naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel. In dit artikel besteden wij nauwelijks aandacht aan dit discriminatieverbod. Dit komt omdat planregels voor eenieder gelden. Planregels zijn geformuleerd als verbodsbepalingen die bepalen welk gebruik op bepaalde gronden is toegestaan. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt naar nationaliteit. Een dergelijk onderscheid naar nationaliteit zal over het algemeen ook niet ruimtelijk relevant en daarom niet in overeenstemming worden geacht met een goede ruimtelijke ordening. Wij verwachten dan ook niet dat deze voorwaarde uit artikel 15 van de Dienstenrichtlijn (grote) gevolgen voor de praktijk zal hebben.⁵²

4.3 Noodzakelijkheid

De voorwaarde van noodzakelijkheid houdt in dat eisen moeten worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. In overweging (40) van de Dienstenrichtlijn wordt een groot aantal voorbeelden genoemd van dwingende redenen: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid; handhaving van de maatschappelijke orde; doelstellingen van het sociaal beleid; bescherming van afnemers van diensten; consumentenbescherming; bescherming van werknemers, met inbegrip van de sociale bescherming van werknemers; dierenwelzijn; handhaving van het financieel evenwicht van het sociaalezekerheidsstelsel; voorkoming van fraude; voorkoming van oneerlijke concurrentie; bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening; bescherming van schuldeisers; waarborging van een deugdelijke rechtsbedeling; verkeersveiligheid; bescherming van intellectuele eigendom; culturele beleidsdoelen, met inbegrip van het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele, religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen, behoud van de diversiteit van de pers en bevordering van de nationale taal; behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed; en veterinair beleid. Deze voorbeelden zijn ontleend aan jurisprudentie van het Hof van Justitie over de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten (thans art. 49 en 56 VWEU), waardoor het begrip zich nog verder kan ontwikkelen.

Bij de vraag of een planregel in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, werd tot op heden niet (expliciet) gemotiveerd of de planregel ook nodig was vanwege een dwingende reden van algemeen belang. Wij denken echter dat in de praktijk vaak wel aan dit vereiste voldaan zal worden. Het Hof van Justitie heeft immers geoordeeld dat bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening, een dergelijke dwingende reden vormt. Een planregel die in het belang van een goede ruimtelijke ordening is, zal dan ook vaak gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang. Ook in de tussenuitspraak van de Afdeling in de zaak Appingedam oordeelt de Afdeling dat aan dit noodzakelijkheidsvereiste is voldaan.⁵³ Wel zal in de toekomst in de plantoelichting expliciet aandacht moeten worden besteed aan dit vereiste en beschreven moeten worden welke dwingende reden van algemeen belang volgens de gemeenteraad de planregeling rechtvaardigt.

4.4 Evenredigheid

De derde voorwaarde van artikel 15 van de richtlijn is de evenredigheid. Ook uit de tussenuitspraak blijkt dat de evenredigheidstoets meeromvattend is. Ten eerste moet de maatregel geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken. Dit betekent onder meer dat het doel coherent en systematisch moet worden nagestreefd. Daarnaast moet het doel niet kunnen worden bereikt met gebodsbepalingen of beperkingen die minder ver gaan of minder nadelig zijn. Widdershoven heeft het in dit verband over *"een toetsing aan de trits geschiktheid, noodzakelijkheid en onder omstandigheden ook proportionaliteit sensu stricto (evenwichtigheid), waarbij in het kader van de toetsing aan geschiktheid bovendien moet worden nagegaan of het met een beperking (eis) beoogde algemene belang 'op samenhangende en stelselmatige wijze' wordt nagestreefd."*⁵⁴ Hier verwachten wij de grootste veranderingen ten opzichte van het nationale bestuursrecht. Bij toepassing van het evenredigheidsbeginsel zoals dat is neergelegd in artikel 3:4 Awb, staat een belangenafweging centraal: de nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Dit is de 'proportionaliteit sensu stricto'. De vraag in hoeverre het doel coherent en systematisch wordt nagestreefd werd tot op heden niet (expliciet) in de besluitvorming betrokken. Ook bevat de plantoelichting zelden een overzicht van de overwogen alternatieven, waardoor de vraag in hoeverre het doel kan worden bereikt met alternatieven die minder nadelig zijn, niet kan worden beantwoord. Volgens Nijmeijer zou de vereiste doel-middeltoets wel binnen de reikwijdte van artikel 3:4 lid 2 Awb worden verricht.⁵⁵

Met betrekking tot de vraag of een maatregel geschikt is, is van belang dat een maatregel al voor de evenredigheidstoets slaagt indien hij kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling. De maatregel hoeft niet noodzakelijkerwijs zelfstandig deze doelstelling te kunnen verwezenlijken.⁵⁶

Voor de toepassing van het coherentievereiste verwijzen wij naar het artikel van Langer en Sauter⁵⁷ en geven we graag een concreet recent voorbeeld waarin dit vereiste ook aan de orde kwam, namelijk de kansspelvergunning voor de Lotto. Op de verlening van vergunningen voor kansspelen is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing, maar moet wel worden voldaan aan de eisen van artikel 56 VWEU. De Afdeling heeft op 2 mei 2018 geoordeeld dat de Kansspelautoriteit (KSA) onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het kansspelbeleid 'horizontaal consistent' is. De Afdeling overweegt dat na een beoordeling op horizontale consistentie, een beperkende maatregel eerst dan niet als evenredig kan worden beschouwd als uit een vergelijking met de regeling van andere vergelijkbare kansspelen volgt dat de beperking niet noodzakelijk is. Uit onderzoek is gebleken dat tussen lotto's en goede doelen loterijen geen grote verschillen bestaan: bij beide kansspelen worden de winnende deelnemers bepaald door een trekking en de verslavingsrisico scores verschillen weinig. De KSA heeft daarom onvoldoende gemotiveerd dat het in overeenstemming met het vereiste van horizontale consistentie – en derhalve noodzakelijk – is dat voor lotto's een éénvergunningstelsel geldt, terwijl voor goede doelen loterijen meerdere vergunningen kunnen worden verleend.⁵⁸

Kortom, zowel uit deze uitspraak als de tussenuitspraak inzake Appingedam blijkt dat er op bestuursorganen een verzwaarde motiveringslast rust. Volgens Nijmeijer is een complicerende factor daarbij dat de onderzoeksgegevens waar de Afdeling in de tussenuitspraak naar verwijst vaak niet zijn toegesneden op individuele bestemmingsplannen en nogal eens verouderd zijn. Een half jaar voor nieuw (markt)onderzoek kan dan te kort zijn.⁵⁹

Parallellen kunnen in dit verband gemaakt worden met de onderzoekslasten die voortvloeien uit de ladder voor duurzame verstedelijking. Op grond van artikel 3.1.6 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) moet een toelichting bij een bestemmingsplan dat een nieuwe stedelijke ontwikkeling mogelijk maakt, een beschrijving bevatten van (i) de behoefte aan die ontwikkeling, en, indien het bestemmingsplan die ontwikkeling mogelijk maakt buiten het bestaand stedelijk gebied, (ii) een motivering waarom niet binnen het bestaand stedelijk gebied in die behoefte kan worden voorzien.⁶⁰ De afgelopen jaren hebben gemeenten dan ook ervaring opgedaan met het onderzoeken van nut en noodzaak van nieuwe stedelijke ontwikkelingen. Wel zijn de laddertoets en de evenredigheidstoets tot op zekere hoogte elkaars spiegelbeelden. De laddertoets moet voorkomen dat nieuwe stedelijke ontwikkelingen leiden tot een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau elders. Een brancheringsregeling zoals in Appingedam kan hier waarborgen voor bieden. De Dienstenrichtlijn stelt nu echter weer juist beperkingen aan een dergelijke regeling, omdat deze onnodig beperkend kunnen zijn voor dienstverrichters. Vermeldenswaardig in dit verband is dat artikel 3.1.6 lid 4 Bro een speciale regeling voor de vestiging van een dienst bevat: het behoefteonderzoek heeft in dat geval slechts tot doel

na te gaan of de vestiging van een dienst in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening.⁶¹ De onderzoekslasten die de Dienstenrichtlijn mogelijk met zich brengt zouden bestuursorganen ertoe kunnen brengen om hun detailhandelsbeleid te verruimen. Wij hopen echter dat het doel (het voorkomen van leegstand in de binnenstad) bij gemeentebesturen zwaarder zal blijven wegen dan de toegenomen onderzoekslasten.

Een geheel ander effect van het coherentievereiste is dat als planologische medewerking wordt verleend aan detailhandelsinitiatieven, het coherentievereiste de weigering van andere detailhandelsinitiatieven zal bemoeilijken. Daar waar een beroep op het (materiële) gelijkheidsbeginsel in dergelijke gevallen zelden slaagt, omdat niet vaak sprake is van gelijke gevallen, kan een beroep op het coherentievereiste wellicht wel slagen.⁶²

Afrondend komen wij tot de slotsom dat deze motiveringsverplichting voor bestuursorganen nog de meeste gevolgen zal hebben voor de praktijk. Strikt genomen hoeft het Unierechtelijke evenredigheidsvereiste slechts toegepast te worden als de Dienstenrichtlijn of het VWEU van toepassing is. Barkhuysen heeft er echter al voor gepleit om de drieslag geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *stricto sensu* van een maatregel in relatie tot het nagestreefde doel consequent toe te passen in het Nederlandse bestuursrecht. Hij geeft toe dat dat best een lastige operatie is, maar dat de beloning een dynamisch bestuursrecht is waarin de inhoud op de voorgrond staat.⁶³ Hoewel wij zijn oproep begrijpen, kunnen wij ons voorstellen dat de praktijk eerst enige jaren ervaring wil opdoen met dit relatief nieuwe Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel – en dan met name het coherentievereiste – voordat wij deze als nationaal beginsel overnemen. Anderzijds geldt ook hier wellicht dat moeilijk uit te leggen is waarom een dienstverrichter een beroep kan doen op deze Unierechtelijke bescherming en andere ondernemers (bijvoorbeeld bedrijven die goederen produceren) niet.

4.5 Indringendheid toetsing en bewijslastverdeling

Uit de tussenuitspraak inzake Appingedam leiden wij af dat op het bestuursorgaan een verzwaarde onderzoeks- en motiveringslast rust. Het bestuursorgaan beschikt daarbij wel over beoordelingsruimte bij de beoordeling of de gekozen maatregel geschikt en evenredig is. De Afdeling legt hiermee de bewijslast primair bij het bestuursorgaan. Dit wijkt af van het oordeel van de Rechtbank Noord-Nederland in haar uitspraak van 24 november 2017.⁶⁴ De rechtbank oordeelde in die procedure over een omgevingsvergunning voor de vestiging van een supermarkt, dat eiseres niet aannemelijk had gemaakt dat de doelstelling van het vestigingsbeleid niet kan worden aangemerkt als 'de bescherming van het stedelijk milieu' en in die zin als een dwingende reden van algemeen belang. Gelet op de tussenuitspraak van de Afdeling, lijkt ons echter dat de rechtbank (ook) had moeten bezien in hoeverre in de toelichting op het bestemmingsplan werd gemotiveerd dat is voldaan aan de eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid.

De Afdeling oordeelt in de tussenuitspraak dat het bij gebreke van de nodige onderzoeksgegevens niet kan beoordelen *"of de raad redelijkerwijs heeft kunnen concluderen"* dat de in het plan opgenomen brancheringsregeling geschikt is om de leefbaarheid van het stadscentrum te behouden en evenmin *"of de raad redelijkerwijs heeft kunnen concluderen dat de opgenomen brancheringsregeling niet verder gaat dan nodig is om het beoogde doel te bereiken en dat doel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt."* Uit de bewoording "redelijkerwijs" leiden wij af dat de Afdeling de afweging van het bestuursorgaan van de geschiktheid en evenredigheid van de maatregel terughoudend zal (blijven) toetsen. Dat wil zeggen dat het bestuursorgaan zal moeten onderbouwen dat aan de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn is voldaan. Als het bestuursorgaan dit doet dan is het vervolgens aan de eisers in beroep om gereede twijfel te zaaien, bijvoorbeeld door tegenbewijs aan te voeren waaruit blijkt dat dit orgaan niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen.⁶⁵ Als eisers alternatieven aandragen dan zullen deze wel geschikt moeten zijn om het beoogde doel te bereiken.⁶⁶ Van Angeren en Ravelli pleiten voor een 'indringender toets' door de bestuursrechter, omdat de uitkomsten van distributie-planologische onderzoeken sterk afhankelijk zijn van de gekozen uitgangspunten en daarmee 'de voor een betrokkene gewenste uitkomst nagenoeg altijd is te bereiken'.⁶⁷ De jurisprudentie van het Hof van Justitie noodzaakt volgens ons echter niet tot een andere, indringender toetsing en bewijslastverdeling dan gebruikelijk in het bestuursprocesrecht. Uiteraard zal de bestuursrechter moeten bezien of het bestuursorgaan het benodigde onderzoek heeft verricht. Als dit is gedaan dan is het echter aan de wederpartij om dit onderzoek te betwisten.⁶⁸

Ten slotte ook hier een opmerking over de gevolgen voor de Omgevingswet. Een van de doelstellingen van de Omgevingswet is het reduceren van onderzoekslasten bij de vaststelling van een omgevingsplan.⁶⁹ De uitspraak

Appingedam illustreert dat het niet eenvoudig zal zijn om deze doelstelling te realiseren. In tegendeel, waar een bestuursorgaan voorheen op basis van algemene ervaringsregels kon motiveren dat een plan in het belang van een goede ruimtelijke ordening was, zal dat orgaan voortaan juist aan de hand van onderzoeksgegevens moeten onderbouwen waarom een eis geschikt en evenredig is.

5. Gevolgen voor de verdeling van schaarse (diensten)vergunningen

In zijn conclusie in de procedure over het windpark Zeewolde beschrijft de advocaat-generaal drie bijzondere situaties waarin een omgevingsvergunning of wijzigingsplan een besluit kan zijn waarin een schaars recht wordt toegedeeld. Alleen in die situaties moet het bevoegd gezag voorafgaand aan de start van de procedure een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de vergunning (of het voornemen tot wijziging), de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Als de Afdeling de conclusie overneemt dan zullen de gevolgen van de casus Zeewolde naar verwachting beperkt zijn. Toch is het mogelijk dat de conclusie wel indirect gevolgen zal hebben voor de praktijk. Uit de conclusie blijkt immers dat bestuursorganen ervoor kunnen kiezen om hun ruimtelijke plannen zo vorm te geven dat er schaarste ontstaat. De advocaat-generaal geeft concrete voorbeelden van deze mogelijkheden en de eisen waaraan moet worden voldaan. Door deze mogelijkheden zo concreet onder de aandacht te brengen, kunnen bestuursorganen geïnspireerd worden om voor een van deze situaties te kiezen. De conclusie kan zo toch bijdragen aan de verdere ontwikkeling van de verdeling van schaarse (omgevings)vergunningen.

Daarnaast is in paragraaf 3 ingegaan op de grotere reikwijdte van de Dienstenrichtlijn als gevolg van het arrest Appingedam. De ruime uitleg van het begrip 'diensten' en de zuiver interne werking kan volgens Widdershoven ingrijpende gevolgen hebben, omdat daarmee de problematiek van de verdeling van schaarse rechten in algemene zin vaker door de Dienstenrichtlijn zal worden bepaald dan tot nu werd gedacht. De zelfstandige betekenis van de nationale mededingingsnorm is volgens hem daarmee teruggedrongen tot situaties die niet onder de Dienstenrichtlijn of ander Unierecht vallen.⁷⁰

De Dienstenrichtlijn bevat bijzondere eisen voor de verlening van schaarse dienstenvergunningen. Onderscheid kan worden gemaakt tussen beleidsmatig en natuurlijk schaarse vergunningen. Bij beleidsmatig schaarse vergunningen heeft het bevoegd gezag om dwingende redenen van algemeen belang het aantal beschikbare vergunningen beperkt. Bij natuurlijk schaarse vergunningen is de schaarste gelegen in de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden. Widdershoven gaat in zijn conclusie in de zaak Zeewolde uitgebreid in op dit onderscheid. Volgens Widdershoven en Wolswinkel moet bij natuurlijke schaarste de schaarste van het aantal vergunningen 'noodzakelijkerwijs' uit schaarste van die hulpbron voortvloeien. De aanwezigheid van een natuurlijke hulpbron is weliswaar een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde om te kunnen spreken van een dergelijke vergunning.⁷¹ Dit betekent concreet dat bijvoorbeeld waar de hoeveelheid strand waarop strandactiviteiten kunnen worden geëxploiteerd beperkt is, toch sprake kan zijn van beleidsmatige schaarste, als om beleidsmatige redenen maar voor een beperkt deel van de stranden vergunningen kunnen worden verleend. Dit is van belang omdat in Nederland ruimte vaak schaars is. Door middel van planologische besluiten worden echter beleidsmatige keuzes gemaakt om te bepalen voor welke functie die ruimte benut kan worden. Als al sprake zou zijn van een schaarse vergunning in de zin van de richtlijn, dan zou dat dus een beleidsmatig schaars besluit zijn.

Mocht de Afdeling oordelen dat een omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het bestemmingsplan (onder omstandigheden) wel een vergunning in de zin van de Dienstenrichtlijn is, dan is volgens Widdershoven geen sprake van een schaarse vergunning. Er is namelijk geen sprake van een kwantitatieve beperking van het aantal vergunningen als bedoeld in artikel 11 van de richtlijn. Die beperking vloeit voort uit het gegeven dat elke locatie maar één keer kan worden gebruikt. Niet het aantal vergunningen maar de locatie is schaars.

Het onderscheid tussen natuurlijk en beleidsmatig schaarse vergunningen is relevant voor de verlening van die vergunningen. Beide vergunningen moeten voor bepaalde tijd worden verleend.⁷² Voor natuurlijk schaarse vergunningen bepaalt artikel 12 van de richtlijn expliciet dat een selectie uit gegadigden moet worden gemaakt volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure. Voor beleidsmatig schaarse vergunningen is een dergelijke bepaling niet opgenomen. Met Widdershoven zijn wij echter van mening dat ook bij de

verlening van die vergunningen (in het licht van eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie in het kader van art. 49 en 56 VWEU) het gelijkheidsbeginsel (als beginsel van gelijke kansen) en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting moeten worden toegepast, maar dat er misschien wel meer uitzonderingen op de bekendmakingseisen mogelijk zijn.

De nationale mededingingsnorm zal nog van belang blijven voor schaarse vergunningen die geen betrekking hebben op een dienst dan wel betrekking hebben op activiteiten die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen, zoals banken, vervoersdiensten, uitzendbedrijven, diensten van gezondheidszorg, gokactiviteiten, sociale diensten betreffende sociale huisvesting et cetera.⁷³ Dat betekent dus dat er een Unierechtelijk en een nationaal gelijkheidsbeginsel (dat verplicht tot het houden van een verdeelprocedure) bestaan. Gelet op de verruimde reikwijdte van de Dienstenrichtlijn (en daarmee corresponderend de verkleining van het toepassingsbereik van het nationale gelijkheidsbeginsel) is het voor de uitvoeringspraktijk wenselijk dat het Unierechtelijke en nationale gelijkheidsbeginsel zo min mogelijk van elkaar verschillen. Wij kunnen er in mee gaan dat voor een zuiver nationaal beginsel mogelijk meer uitzonderingen op dat beginsel worden aanvaard. Tegelijkertijd dient dat beginsel natuurlijk wel een doel, namelijk het bieden van gelijke kansen en daarmee het voorkomen van favoritisme en willekeur. Als de bestuursrechter een uitzondering op het nationale gelijkheidsbeginsel aanneemt, dan zal de bestuursrechter moeten motiveren waarom het afwijkt van het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel en de bescherming die dat beginsel biedt.

6. Conclusie

In dit artikel hebben wij een overzicht gegeven van de inhoud van de uitspraken Appingedam en de conclusie van de advocaat-generaal inzake Zeewolde en de gevolgen voor de praktijk. Wij komen tot de slotsom dat beide ontwikkelingen geen fundamentele gevolgen voor het bestuursrecht, inclusief het omgevingsrecht, zullen hebben. Desalniettemin hebben beide zaken wel gevolgen. Deze gevolgen zien met name op de motivering van besluiten. Besluiten – zowel vergunningen als bestemmingsplannen en andere 'eisen' – die vallen binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn, zullen een onderbouwing moeten bevatten waaruit blijkt waarom deze in overeenstemming zijn met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. De vragen in hoeverre het doel kan worden bereikt met alternatieven die minder nadelig zijn en in hoeverre het doel coherent en systematisch wordt nagestreefd, werden tot op heden meestal niet (expliciet) in de motivering van een besluit beantwoord. Uit de tussenuitspraak inzake Appingedam blijkt dat het ontbreken van een afdoende beantwoording op deze vragen leidt tot een vernietiging van het besluit. Deze verzwaring van de onderzoekslasten kan tot gevolg hebben dat bestuursorganen nader zullen doordenken of zij een vergunningstelsel of bepaalde eis wel willen vaststellen. Enerzijds zou een dergelijke deregulering positief zijn en passen binnen de doelen van de Dienstenrichtlijn om onnodige belemmeringen van het vrij verkeer weg te nemen, maar anderzijds moet ervoor worden gewaakt dat andere doelen (zoals het voorkomen van leegstand in de binnenstad) voldoende beschermd blijven.

Uit de uitspraak Appingedam blijkt verder dat meer activiteiten vallen onder het begrip 'dienst' en dat de bepalingen uit de Dienstenrichtlijn ook door Nederlandse ondernemers kunnen worden ingeroepen. Dat betekent dat vergunningen waarvan eerder is geoordeeld dat deze niet onder de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn vielen, daar alsnog onder kunnen vallen. Een aanvullende screening van bestaande regelgeving kan daarom wenselijk zijn. In ieder geval verwachten wij dat de komende periode veelvuldig een beroep zal worden gedaan op de Dienstenrichtlijn totdat de nieuwe reikwijdte van de richtlijn en de verplichtingen die eruit voortvloeien duidelijker zijn.

Ten slotte hebben beide ontwikkelingen tot gevolg dat de nationale mededingingsnorm (het beginsel van gelijke kansen) kort na haar introductie in 2016 alweer aan betekenis heeft verloren. Ook de Dienstenrichtlijn stelt namelijk eisen aan schaarse vergunningen, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen natuurlijke en beleidsmatige schaarse vergunningen. Voor vergunningstelsels die buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen – zoals exploitatievergunningen voor speelautomatenhallen – blijft het nationale gelijkheidsbeginsel relevant. Wij zouden ervoor willen pleiten dat dit Unierechtelijke en nationale gelijkheidsbeginsel zo min mogelijk van elkaar gaan verschillen, om zo de toepassing ervan in de praktijk niet onnodig te compliceren.

Advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Mr. dr. A. (Annemarie) Drahmman

Universitair (hoofd)docent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

- 1) Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.
- 2) HvJEU 30 januari 2018, C1360/15 en C131/16, ECLI:EU:C:2018:44, AB 2018/181, m.nt. Nijmeijer, «JB» 2018/60, m.nt. Sanderink en Gsf. 2018/68, m.nt. Hessel. Tevens J.C. van Oosten en A. Drahmman, 'Europese dienstenrichtlijn ook van toepassing op regulering van detailhandel in bestemmingsplannen, mogelijke verzwaring motiveringslast', BB 2018/12.
- 3) ABRvS 20 juni 2018, AB 2018/246, m.nt. Nijmeijer en TBR 2018/125, m.nt. Van Oosten.
- 4) Conclusie 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847.
- 5) Zie bijvoorbeeld een titel als: J. Langer, 'Arrest Visser Vastgoed Beleggingen/Appingedam: baanbrekend en serieuze implicaties voor de praktijk', TA 2018/58.
- 6) Op de mogelijke gevolgen voor het privaatrecht gaan wij niet in. Zie hiervoor onder andere M.I. Nijenhof-Wolters, 'Dienstenrichtlijn in detail(handel)', Bb 2018/13.
- 7) ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75.
- 8) Art. 1 en overweging 2 en 5 van de Dienstenrichtlijn, alsmede r.o. 104 van het arrest Appingedam.
- 9) Art. 4 van die richtlijn bepaalt dat onder 'vergunningstelsel' moet worden verstaan: *"elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit."*
- 10) Stb. 2009, 503. De Kamerstukken van de Dienstenwet hebben het dossiernummer 31579.
- 11) Stb. 2009, 616. De Kamerstukken van de Aanpassingswet Dienstenrichtlijn hebben het dossiernummer 31859.
- 12) Art. 4 van de Dienstenrichtlijn.
- 13) Overweging 17 van de Dienstenrichtlijn.
- 14) Dit standpunt is ook veelvuldig bepleit. Bijv. E. Steyger, J. Struiksma en M.R. Botman, *Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn, Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu*, maart 2015, p. 33-38.
- 15) Voor een samenvatting van de argumenten voor en tegen volstaan wij met een verwijzing naar Botman, 'Dienstenrichtlijn 2.0: bestemming bereikt? Een analyse van het arrest Visser Vastgoed/Appingedam', TO 2018, afl. 1, p. 8-18.
- 16) HvJEU 26 mei 2005, C20/03, ECLI:EU:C:2005:307. Hierin is geoordeeld dat een nationale regeling voor ambulante verkoop die betrekking heeft op de voorwaarden voor het op de markt brengen van een bepaald soort goederen, onder de bepalingen van het VWEU inzake het vrije verkeer van goederen, en niet onder die inzake het vrij verrichten van diensten valt.

17) HvJEU 16 juni 2015, C-1593/13, ECLI:EU:C:2015:399. In deze zaak was de vraag aan de orde of een op grond van de Dienstenrichtlijn verboden eis kon worden gerechtvaardigd op basis van het VWEU. Volgens het Hof van Justitie was een dergelijke rechtvaardiging niet mogelijk, aangezien artikel 14 daartoe niet de mogelijkheid bood. Het Hof heeft daarbij uitsluitend verwezen naar de bewoordingen, het systeem en het doel van de richtlijn.

18) De Afdeling verwijst daarbij naar de arresten Commissie/Spanje (HvJEU 23 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:172), The Scotch Whisky Association e.a. (HvJEU 23 december 2015, ECLI:EU:C:2015:845) en Deutsche Parkinson Vereinigung eV (HvJEU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:776).

19) Hetzelfde geldt voor andere ruimtelijke plannen zoals een provinciaal of rijksinpassingsplan, een uitwerkingsplan, een wijzigingsplan en een provinciale ruimtelijke verordening. In dit artikel wordt voor de leesbaarheid volstaan met 'het bestemmingsplan'.

20) ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1495.

21) ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1447.

22) Dit was het geval in de uitspraak Havenbedrijf over Noord-Hollandse windturbines (ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332).

23) ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611.

24) ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:237.

25) Botman, *TO* 2018-1, p. 11.

26) Zie echter anders: M. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland*, «BJu» 2015 (diss. VU), p. 214.

27) Botman wijst bijvoorbeeld op het onderscheid tussen tijdelijke dienstverlening en de vestiging van dienstverrichters (*TO* 2018-1, p. 13). Zie ook kritisch: E. Steyger, 'De reikwijdte van de Dienstenrichtlijn: het arrest Amersfoort en Visser', *NtER* 2018-5.

28) ABRvS 20 juni 2018, *TBR* 2018/125, m.nt. Van Oosten.

29) Ook in de wetsgeschiedenis van de Dienstenwet is gesteld dat wanneer de economische activiteit valt onder de andere specifieke verdragsbepalingen, de desbetreffende dienst niet onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt. *"Een goed voorbeeld hiervan is de verkoop van goederen aan particulieren in een winkel."* (*Kamerstukken II* 2008/09, 31579, nr. 3, par. 3.2.4).

30) ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3645 en ECLI:NL:RVS:2013:CA3688.

31) J.H. Keinemans en P.R. van den Berghe, 'Het Appingedam-arrest: een goede dienst of een total loss?', *PB* 2018/81.

32) Bestemmingsplannen en afwijkvergunningen worden zelfs genoemd in artikel 2 van de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet. Eisen en vergunningen die zijn opgenomen in deze regeling vallen in ieder geval onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn en -wet. In de toelichting bij dit artikel uit de Regeling wordt gesteld dat voorschriften van ruimtelijke ordening in beginsel niet onder de reikwijdte van de richtlijn vallen, maar dat wanneer regels in een bestemmingsplan en dergelijke enigerlei vorm van regulering van economische activiteiten door individuele dienstverrichters inhouden, de Dienstenrichtlijn daarop wel van toepassing is. Omdat dergelijke regels niet afzonderlijk kunnen worden geïdentificeerd is in artikel 2 in het algemeen bepaald dat de Dienstenwet van toepassing is op eisen in bestemmingsplannen en dergelijke (*Stcrt.* 2010, 2290).

33) *Kamerstukken II* 2008/09, 31579, nr. 3, par. 4.2.2.2.

- 34) Wij verwijzen naar het overzicht dat Steyger geeft van deze discussie in: Steyger, *NtER* 2018-5.
- 35) HvJEU 30 januari 2018, *Gst.* 2018/68, m.nt. Hessel.
- 36) Zie in deze zin ook A. Drahmman, 'De gevolgen van de Dienstenrichtlijn op vergunningverlening: de zaken Trijber en Harmsen', *Gst.* 2016/13.
- 37) Gewezen wordt op artikel 2:4 van de Awb, afdeling 3.2 van de Awb en in afdeling 3.7 van de Awb (*Kamerstukken II* 2008/09, 31579, nr. 3, par. 3.4.2.3).
- 38) ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, *AB* 2017/248, m.nt. Wolswinkel, *Gst* 2017/160, m.nt. Dankbaar en *JG* 2017/44, m.nt. Barkhuysen en Van Boven.
- 39) HvJEU 1 oktober 2015, *AB* 2015/437, m.nt. A. Drahmman, en ABRvS 27 januari 2016, *Gst.* 2016/49.
- 40) Zie over de dwingende reden van algemeen belang in een geheel andere context, namelijk de natuurbescherming: F. Onrust en A. Drahmman, 'Dwingende redenen van groot openbaar belang in de Flora en faunawet', *TBR* 2014/112.
- 41) *Kamerstukken II* 2008/09, 31579, nr. 3, par. 3.4.2.2.
- 42) *Kamerstukken II* 2008/09, 31859, nr. 3, par. 1.2.3.
- 43) Zie hierover onder meer: J.R. van Angeren, 'Het omgevingsplan in de Omgevingswet', *TO* 2016/1.2.
- 44) HvJEU 1 oktober 2015, *CI*340/14 en *CI*341/14, ECLI:EU:C:2015:641.
- 45) HvJEU 14 juli 2016, *CI*458/14 en *CI*67/15, ECLI:EU:C:2016:558.
- 46) HvJEU 16 november 2016, *CI*316/15, ECLI:EU:C:2016:879.
- 47) Nijmeijer, *TO* 2018-1, p. 33.
- 48) In zijn conclusie in de zaak Zeewolde, m.n. par. 4.6.
- 49) HvJEU 30 januari 2018, *AB* 2018/181, m.nt. Nijmeijer en Nijmeijer, *TO* 2018-1, p. 33.
- 50) Zie art. 2.25 Wabo.
- 51) J.R. van Angeren en S. Ravelli, 'Wat wordt de invloed van de zaak Appingedam op het omgevingsrecht', *MenR* 2018/80.
- 52) Zie in deze zin ook: Nijmeijer, *TO* 2018-1, p. 34., en Van Angeren en Ravelli, *MenR* 2018/80.
- 53) Nijmeijer merkt in dit verband op dat het nastreven van bepaalde doelen nodig is, maar nog niet betekent dat de planregeling ook noodzakelijk is om dat doel te bereiken (ABRvS 20 juni 2018, *AB* 2018/246, m.nt. Nijmeijer).
- 54) Par. 3.9 van de conclusie inzake Zeewolde, waarbij hij verwijst naar zijn eerdere conclusie inzake Wheermolen (conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, par. 7.8).
- 55) HvJEU 30 januari 2018, *AB* 2018/181, m.nt. Nijmeijer en Nijmeijer, *TO* 2018-1, p. 35.
- 56) HvJEU 13 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:433, aangehaald in ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2856.
- 57) J. Langer en W. Sauter, 'Het coherentievereiste in het Unierecht', *SEW* 2018/4.

- 58) ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466.
- 59) ABRvS 20 juni 2018, *AB* 2018/246, m.nt. Nijmeijer.
- 60) Zie onder meer de overzichtsuitspraak ABRvS 28 juni 2016, *TBR* 2017/127, m.nt. Van Oosten.
- 61) Dit artikellid is ingevoerd op 1 juli 2014 met *Stb.* 2014, 174.
- 62) ABRvS 20 juni 2018, *TBR* 2018/125, m.nt. Van Oosten.
- 63) T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', *NJB* 2018/445.
- 64) Rechtbank Noord-Nederland 24 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4584.
- 65) Vergelijk in dit verband ook de eerdergenoemde uitspraak over de Amsterdamse rondvaartboten waarin appellanten met deskundigenonderzoek aantoonde dat de verkeerde uitgangspunten aan het gemeentelijke beleid ten grondslag lagen. Sanderink verwijst echter naar deze uitspraak van de Afdeling als voorbeeld van een indringende wijze van toetsing door de Afdeling (HvJEU 30 januari 2018, «JB» 2018/60, m.nt. Sanderink).
- 66) ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2856.
- 67) Van Angeren en Ravelli, *MenR* 2018/80.
- 68) Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1949, *AB* 2018/256, m.nt. Van Rijswick, waarin de Afdeling oordeelt: "Mede gelet op de omstandigheid dat [appellanten] geen contra-expertise hebben overgelegd, oordeelt de Afdeling dat het college in de onderhavige situatie de 1%-regel in redelijkheid heeft kunnen toepassen ter invulling van het verbod op achteruitgang".
- 69) O.a. par. 5.12 van de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2013/14, nr. 3, p. 289 e.v.).
- 70) Conclusie inzake Zeewolde, par. 2.20.
- 71) Vgl. Wolswinkel 2018, par. 2.1.1, alsmede zijn noot onder *Promoimpresa*, in *AB* 2016/320, punt 4. Zie echter anders: Botman 2017, p. 10.
- 72) Voor natuurlijk schaarse vergunningen volgt dit uit artikel 12 van de richtlijn. Voor beleidsmatig schaarse vergunningen volgt dit uit het *Trijber*-arrest (HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641, *AB* 2015/437, m.nt. Drahmman, en «JB» 2015/212, m.nt. Looijestijn-Clearie).
- 73) Voor een uitgebreide uiteenzetting over het Unierechtelijke en nationale verdelingsrecht verwijzen wij naar C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam', *SEW* 2018/110.
-