

## De verdeling van schaarse publieke rechten: ook relevant in Vlaanderen

Annemarie Drahmman en Matthias Strubbe<sup>1</sup>

Eind 2018 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Nederlandse Raad van State (hierna: ABRvS) geoordeeld dat in een bestemmingsplan – het Nederlandse equivalent van een ruimtelijk uitvoeringsplan (hierna: RUP) – in beginsel geen schaarste wordt gecreëerd. Daarom geldt er geen verplichting om mededingingsruimte te creëren. De uitspraak werd voorafgegaan door een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven. In deze conclusie worden een aantal voorbeelden gegeven van bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen waarbij mogelijk wél een mededingingsverplichting zou gelden. De uitspraak en conclusie worden elders in dit TOO-nummer toegelicht. In deze column betogen wij dat, als deze Nederlandse ontwikkeling wordt gevolgd, dit grote gevolgen zou kunnen hebben voor de verlening van omgevingsvergunningen voor kleinhandelsactiviteiten in het Vlaamse Gewest.

Het is namelijk zo dat in het Vlaamse Gewest in RUP's vaak een 'plafond' inzake kleinhandel wordt gecreëerd, bijvoorbeeld door te bepalen dat slechts een beperkte oppervlakte van een bestemmingszone kan worden aangewend voor kleinhandel of door te bepalen dat maximaal 1/3 van het aantal bestaande handelszaken mag bestaan uit een bepaalde categorie van kleinhandelsactiviteiten.<sup>2</sup> Op die manier wordt een schaarste aan beschikbare ruimte voor (een bepaald type van) kleinhandel gecreëerd, waarbij vaak het *'first come, first served'*-principe van toepassing is: diegenen die als eerste

een omgevingsvergunningsaanvraag indienen, kunnen alle beschikbare ruimte voor (een bepaald type van) kleinhandel innemen, terwijl andere ontwikkelaars of handelaars die ook een grondpositie hebben binnen het betrokken plangebied, geen kans (meer) hebben om kleinhandelsactiviteiten te kunnen verrichten. Vaak zal (een groot deel van) de beschikbare ruimte overigens reeds worden ingenomen door bestaande handelszaken.

Van belang is dat in het Vlaamse Gewest een omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten vereist is voor het uitbaten van een kleinhandelsbedrijf vanaf een bepaalde oppervlakte.<sup>3</sup> Nederland kent een dergelijke omgevingsvergunning niet. Wel hebben sommige Nederlandse gemeenten in hun verordeningen vastgelegd dat een exploitatievergunning nodig is voor het verrichten van bepaalde activiteiten, zoals het mogen exploiteren van een speelautomatenhal of rondvaartboot.

In 2018 heeft het Hof van Justitie (hierna: HvJ) in de Nederlandse zaak Visser/Appingedam geoordeeld dat een bestemmingsplan een eis – en geen vergunningstelsel – kan uitmaken in de zin van de Dienstenrichtlijn.<sup>4,5</sup> De Vlaamse omgevingsvergunning

- 1 Annemarie Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Matthias Strubbe is advocaat bij LDR Advocaten in Omgevingsrecht.
- 2 Er bestaan vier categorieën van kleinhandelsactiviteiten, met name de verkoop van voeding, de verkoop van goederen voor persoonsuitrusting, de verkoop van planten, bloemen en goederen voor land- en tuinbouw en de verkoop van andere producten.

- 3 Deze vergunningsplicht zit vervat in artikel 11 van het decreet van 15 juli 2016 betreffende het integraal handelsvestigingsbeleid (hierna: DIHB).
- 4 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna: 'Dienstenrichtlijn').
- 5 HvJ 30 januari 2018, gevoegde zaken nrs. C-360/15 en C-31/16. Zie hierover o.a. J. LANGER, 'De Dienstenrichtlijn: zoeken naar de balans tussen de markt en ruimtelijke ordening', *TOO* 2018, afl.1, 4-6; M.H.S. GIJZEN, 'Het arrest Visser Vastgoed Beleggingen tegen gemeente Appingedam – enkele bespiegelingen van de agent', *TOO* 2018, afl. 1, 7-11; M.R. BOTMAN, 'Dienstenrichtlijn 2.0: bestemming bereikt?', *TOO* 2018, afl. 1, 12-24; P.R. VAN DEN BERGHE, 'De Dienstenrichtlijn – 14 jaar discussie ten einde', *TOO* 2018, afl. 1, 25-29; H.A.J. GIERVELD, 'Jurisprudentie Afdeling bestuurs-

ning is wel een vergunning in de zin van de Dienstenrichtlijn.<sup>6</sup> Het HvJ heeft in het (wederom Nederlandse) *Trijber*-arrest geoordeeld dat op grond van artikel 11 van de Dienstenrichtlijn schaarse vergunningen (dat zijn vergunningen waarvan er slechts een beperkt aantal beschikbaar zijn) voor bepaalde tijd moeten worden verleend.<sup>7</sup> Daarnaast heeft de ABRvS in 2016 geoordeeld dat bij de toedeling van schaarse vergunningen op grond van het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting in beginsel altijd mededingingsruimte moet worden gecreëerd. Deze verplichting geldt ook als dit niet rechtstreeks voortvloeit uit het VWEU, de Diensten- of Aanbestedingsrichtlijn.<sup>8</sup>

*Een Dienstenrichtlijnconforme uitleg van het Omgevingsvergunningsdecreet leidt ertoe dat schaarse omgevingsvergunningen voor kleinhandelsactiviteiten voor bepaalde tijd moeten worden verleend*

rechtspraak over het (niet) van toepassing zijn van de Dienstenrichtlijn bij ruimtelijke besluiten', *TOO* 2018, afl. 1, 29-39; A.G.A. NIJMEIJER, 'Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan. Over een 'goede ruimtelijke ordening' en de 'twijfel aan de juistheid'-toets', *TOO* 2018, afl. 1, 40-47; J. WAHLHAUSER, 'De gevolgen van het arrest Visser Vastgoed voor het Duitse recht en de Duitse ruimtelijke ordeningspraktijk' *TOO* 2018, afl. 1, 48-52; I. LARMUSEAU en M. STRUBBE, 'De gevolgen van het arrest Visser Vastgoed op de ruimtelijke regulering van kleinhandelsactiviteiten in het Vlaamse Gewest', *TOO* 2018, afl. 1, 53-59; J.H.M. SEERDEN en R. G.M. LOUWES, 'Het arrest Visser Vastgoed Beleggingen en de bestemmingsplanpraktijk', *TOO* 2018, afl. 1, 60-65.

- 6 Sinds de inwerkingtreding van de Dienstenrichtlijn is de federale Belgische wetgever ervan uitgegaan dat de vergunningsplicht voor kleinhandelsactiviteiten leidde tot een vergunningsstelsel in de zin van artikel 9 van deze richtlijn. Om die reden werd de regelgeving inzake handelsvestigingen einde 2009 gewijzigd, waarbij werd afgestapt van economische criteria als toetsingsgrond voor vergunningsaanvragen en de nadruk kwam te liggen op de bescherming van het stedelijke milieu (zie onder meer I. LARMUSEAU en M. STRUBBE, 'De gevolgen van het arrest Visser Vastgoed op de ruimtelijke regulering van kleinhandelsactiviteiten in het Vlaamse Gewest', *TOO* 2018, afl. 1, 54 en 58; D. VAN HEUVEN, 'De Handelsvestigingswet aangepast aan de Dienstenrichtlijn', *T.Gem.* 2012/2, 148-150; E. EMPEREUR en K. HECTORS, 'De impact van de Bolkestein-richtlijn op de socio-economische vergunning', *TBO* 2009, afl. 6, 234-244).

- 7 HvJ 1 oktober 2015, gevoegde zaken nrs. C-340/14 en C-341/14, *Trijber*.

- 8 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2018:4198.

Terug naar het Vlaamse Gewest. Het DIHB bevat geen beperking inzake het aantal omgevingsvergunningen voor kleinhandelsactiviteiten dat kan worden verleend. Om die reden zou kunnen worden geargumenteed dat er geen sprake is van een schaarse vergunning. Wij willen echter wijzen op twee voorbeelden uit de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven die een ander oordeel kunnen rechtvaardigen.

*Ten eerste* heeft de ABRvS in de Helmond-zaak geoordeeld dat, als sprake is van een sterke verbondenheid tussen een schaars exploitatievergunningstelsel en

een bestemmingsplan, de omgevingsvergunning die nodig is om af te wijken van het bestemmingsplan schaars wordt.<sup>9</sup> In het Vlaamse Gewest geldt dat de omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten niet wordt verleend als dit in strijd zou zijn met de stedenbouwkundige voorschriften van een RUP.<sup>10</sup> Indien in die voorschriften een plafond inzake kleinhandel is opgenomen, zou naar analogie met de Nederlandse Helmond-zaak, kunnen worden gesteld dat daarmee de omgevingsvergunningen voor kleinhandelsactiviteiten schaars zijn geworden.

*Ten tweede* wijst de advocaat-generaal op bestemmingsplannen waarin het aantal toegestane bouwwerken wordt gemaximeerd. Zo was in een bestemmingsplan in Alphen aan den Rijn bepaald dat ergens elf woningen waren toegestaan in een gebied waar al tien woningen waren gerealiseerd. Dat betekende dat er nog een omgevingsvergunning voor het bouwen van een woning kon worden gerealiseerd met de reguliere procedure in plaats van de uitgebreide voorbereidingsprocedure die nodig is als wordt afgeweken van een bestemmingsplan.<sup>11</sup>

- 9 ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611.

- 10 Artikel 13 DIHB bepaalt dat een omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten moet worden geweigerd als het aangevraagde onverenigbaar is met stedenbouwkundige voorschriften of verkavelingsvoorschriften, voor zover daarvan niet op geldige wijze is afgeweken.

- 11 ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1495.

Volgens de advocaat-generaal is ook hier sprake van een schaars recht, waarbij de omgevingsvergunningen op volgorde van binnenkomst van aanvragen worden verdeeld. Op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel zou de overheid – bijvoorbeeld via een website – inzicht moeten bieden in het aantal vergunningen dat al is verleend en hoeveel bouwtitels nog reesteren.<sup>12</sup> Naar analogie kan worden gesteld dat ook in het Vlaamse Gewest de verplichting geldt om transparant te zijn over het aantal kleinhandelsvestigingen dat al is toegestaan op grond van het RUP.

Als de conclusie is dat, door de koppeling tussen het plafond in het betrokken RUP en de weigeringsgronden in het DIHB, de omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten in het betrokken gebied schaars is, dan moet de omgevingsvergunningverlening o.i. voldoen aan de eisen die het gelijkheids- en transparantiebeginsel in het algemeen en de Dienstenrichtlijn in het bijzonder ter zake stelt. Een belangrijk aandachtspunt daarbij is dat de omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten wordt verleend voor onbepaalde tijd. Alleen in uitzonderlijke en in het Omgevingsvergunningsdecreet (hierna: OVD)<sup>13</sup> limitatief opgesomde gevallen kan een omgevingsvergunning voor bepaalde duur worden verleend. De beperkte beschikbaarheid van de vergunning wordt hier niet genoemd. Artikel 68, tweede lid, 7°, b, van het OVD bepaalt wel dat de overheid een omgevingsvergunning van beperkte duur *kan* verlenen om rekening te (kunnen) houden met de stedenbouwkundige voorschriften van een RUP. Betoogd zou kunnen worden dat een Dienstenrichtlijnconforme uitleg van deze bepaling ertoe leidt dat schaarse omgevingsvergunningen voor kleinhandelsactiviteiten voor bepaalde tijd *moeten* worden verleend.

Samenvattend komen wij tot de slotsom dat de ontwikkeling van het leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten in Nederland, ook relevant kan zijn in het Vlaamse Gewest. In het bijzonder achten wij het niet uitgesloten dat handelaars of ontwikkelaars die worden benadeeld door een

dergelijk plafond inzake kleinhandel, met succes zouden kunnen argumenteren dat op grond van de Dienstenrichtlijn en op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel (1) de omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten voor bepaalde tijd moet worden verleend, (2) de omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten op basis van een transparante selectieprocedure moet worden verdeeld, en (3) de overheid transparantie moet nastreven door bekend te maken in hoeverre nog nieuwe kleinhandelszaken kunnen worden gevestigd op grond van het RUP. ■

<sup>12</sup> Conclusie AG 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847, alinea 4.9.

<sup>13</sup> Decreet van 24 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning.