

# Artikel

## Dienstenrichtlijn 2.0: bestemming bereikt?

Een analyse van het arrest Visser Vastgoed/Appingedam

Mr. dr. M.R. (Marleen) Botman\*

### 1 Inleiding

8 Op 16 februari 2018 vond in Utrecht een symposium plaats over het arrest van 30 januari 2018 van het Hof van Justitie van de EU (hierna ook: het Hof), gewezen in de zaak Visser Vastgoed Beleggingen BV tegen de raad van de gemeente Appingedam.

Tijdens het symposium, georganiseerd door het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht, hebben verschillende sprekers hun visie op (de gevolgen van) het arrest gegeven. In dit themanummer van het *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* zijn de verschillende bijdragen uitgewerkt tot artikelen. Dit artikel is een bewerkte en geactualiseerde versie van mijn presentatie.

In het arrest Visser Vastgoed Beleggingen BV tegen de raad van de gemeente Appingedam (hierna: Visser Vastgoed)<sup>1</sup> van 30 januari 2018 heeft het Hof een aantal fundamentele knopen doorgemaakt over het toepassingsbereik van de Europese Dienstenrichtlijn 2006/123/EG.<sup>2</sup> In de kern ziet het arrest op drie prangende vragen: in hoeverre is de richtlijn van toepassing op (1) detailhan-

del, (2) zuiver interne situaties en (3) ruimtelijke voorschriften?<sup>3</sup>

De beantwoording van deze vragen heeft de gemoederen in Nederland de afgelopen tien jaar flink beziggehouden. Wetgever, rechter, advocatuur en wetenschap hebben zich over de kwestie gebogen en uiteenlopende standpunten geformuleerd. Thans heeft het Hof heldere antwoorden verschaft op de minstens zo heldere prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling).<sup>4</sup>

In deze bijdrage bespreek ik de antwoorden van het Hof, analyseer ik de gevolgen en bezie ik tot welke nieuwe juridische vraagstukken deze (kunnen) leiden. Daarbij richt ik mij vooral op de gevolgen voor de systematiek van de vrijheden op de interne markt en de doorwerking hiervan in het nationale recht.

De drie kernvragen komen telkens op eenzelfde manier aan de orde. Eerst bespreek ik de argumenten, vervolgens het antwoord van het Hof, en tot slot ga ik in op de juridische consequenties. Er wordt afgesloten met een conclusie: is met het arrest een einde gekomen aan een jarenlange discussie, oftewel heeft de Dienstenrichtlijn in Nederland thans haar bestemming bereikt?

### 2 De feiten

Het Hof beantwoordt de prejudiciële vragen van de Afdeling tegen de achtergrond van de volgende feiten. Op het grondgebied van de gemeente Appingedam, bui-

\* Mr. dr. M.R. Botman is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn te Den Haag en verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Gev. zaken C-360/15 en C-31/16, Amersfoort/X BV en Visser Vastgoed Beleggingen/Appingedam, ECLI:EU:C:2018:44. De zaak C-360/15, Amersfoort/X BV, is op het symposium buiten beschouwing gebleven en blijft om die reden in deze bijdrage eveneens onbesproken.

2. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376, p. 36).

3. Zie ook M.R. Botman, De Dienstenrichtlijn in Nederland. De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2015.

4. Verwijzingsuitspraak ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75.

ten het van oudsher bestaande winkelgebied van het stadscentrum, bevindt zich een zogeheten Woonplein, een winkelgebied met volumineuze detailhandel. In dat winkelgebied is detailhandel gevestigd in onder meer meubelen, keukens, woninginrichting, doe-het-zelfartikelen, bouwmaterialen, tuinartikelen, fietsen, ruitersportartikelen, automobielen en automaterialen. Op grond van het bestemmingsplan van de gemeente Appingedam is het Woonplein uitsluitend bestemd voor volumineuze detailhandel. Visser Vastgoed, die winkelpanden aan het Woonplein in eigendom heeft, wenst een pand te verhuren aan Bristol BV, die een discountketen voor schoenen en kleding exploiteert. Visser Vastgoed heeft bij de Afdeling beroep ingesteld tegen het besluit van de gemeenteraad van Appingedam tot vaststelling van het bestemmingsplan, voor zover de vestiging van detailhandel in schoenen en kleding niet wordt toegestaan. Daarbij heeft hij onder meer aangevoerd dat het bestemmingsplan in strijd is met de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn. De gemeenteraad van Appingedam stelt daarentegen dat overwegingen in verband met ruimtelijke ordening rechtvaardigen dat detailhandel in schoenen en kleding zich enkel in het stadscentrum kan vestigen. Deze regel is gericht op het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum, te weten het goed functioneren van het winkelcentrum dat zich er bevindt en het zo veel mogelijk voorkomen van structureel leegstand in binnenstedelijk gebied.

### 3 Vraag 1: is detailhandel een dienst in de zin van de richtlijn?

#### 3.1 De kwestie

De Dienstenrichtlijn (hierna ook: de richtlijn of Drl) beoogt het vrije dienstenverkeer en de vrijheid van vestiging van dienstverrichters te vergemakkelijken. De richtlijn is van toepassing op *alle* diensten van dienstverrichters, met uitzondering van de activiteiten die expliciet zijn uitgezonderd in artikel 2 van de richtlijn. De Afdeling heeft het Hof in de zaak Visser Vastgoed in de eerste plaats gevraagd of het begrip ‘dienst’ in de zin van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat detailhandel die bestaat uit de verkoop van goederen aan consumenten, zoals schoenen en kleding, een dienst is waarop de richtlijn van toepassing is. Met andere woorden, valt detailhandel onder het toepassingsbereik van de richtlijn?

#### 3.2 De argumenten

##### 3.2.1 Argumenten tégen

In artikel 4, onder 1, van de richtlijn is nauwkeurig gedefinieerd wat onder het begrip ‘dienst’ moet worden verstaan, namelijk: ‘elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding

geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag [thans artikel 57 VWEU]’.

Deze definitie en de uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) duiden erop dat de uitleg van het dienstenbegrip onder de richtlijn samenvalt met de uitleg hiervan onder het primaire recht. In het arrest OSA heeft het Hof dit ook expliciet overwogen.<sup>5</sup> Dit zou betekenen dat moet worden aangesloten bij de rechtspraak waarin dit begrip wordt uitgelegd. In de rechtspraak van het Hof wordt een strikt onderscheid gemaakt tussen de verkoop van goederen onder artikel 34 VWEU enerzijds en het verlenen van diensten zoals neergelegd in artikel 56 VWEU anderzijds. Hoewel het begrip ‘goederen’ nergens in het VWEU is gedefinieerd, volgt uit deze rechtspraak dat hieronder in ieder geval moet worden begrepen een fysiek product dat voorwerp kan vormen van een handelstransactie, kan worden opgeslagen en in- en uitgevoerd kan worden. Zo heeft het Hof geoordeeld dat afval<sup>6</sup> en kunst<sup>7</sup> goederen zijn. Diensten worden daarentegen als onstoffelijk aangemerkt. Dit maakt dat de persoon en de kwaliteiten van de dienstverlener nauw verband houden met het verlenen van de dienst zelf.

Indien de verkoop van een goed wordt gecombineerd met het verstrekken van een dienst, beoordeelt het Hof aan de hand van de verschillende elementen van de betrokken economische activiteit of deze moet worden gekwalificeerd als een ‘goed’ of een ‘dienst’. Het Hof gaat hiertoe nauwgezet na welke elementen ondergeschikt zijn. Dit wordt ook wel de zwaartepunttheorie of ondergeschiktheidstoets genoemd. Zo oordeelde het Hof dat het verspreiden van reclamemateriaal en het distribueren van lottobriefjes ondergeschikt zijn aan het organiseren van een loterij en derhalve moesten worden beschouwd als dienstverrichtingen,<sup>8</sup> net als het verstrekken van onderdelen dat gepaard gaat met de reparatie van een auto.<sup>9</sup> Ook de verhuur of lease van een auto is een dienst, ondanks het feit dat de huurder tijdelijk in het bezit wordt gesteld van een goed.<sup>10</sup> De verkoop van drank en etenswaren in coffeeshops werd door het Hof aangemerkt als horeca-activiteit, omdat de elementen die zien op diensten zwaarder wegen dan de levering van het goed zelf.<sup>11</sup> Het distribueren van elektriciteit<sup>12</sup> valt daarentegen onder het vrije goederenverkeer, net als de ambulante verkoop van tijdschriftabonnementen.<sup>13</sup> In deze laatste gevallen vormt het leveren van een dienst enkel het instrument voor de levering van een goed aan

5. Zaak C-351/12, OSA, ECLI:EU:C:2014:110, r.o. 58.

6. Zaak C-02/90, Commissie/België, ECLI:EU:C:1992:310.

7. Zaak C-7/68, Commissie/Italië, ECLI:EU:C:1968:51, herhaald in zaak C-65/05, Commissie/Griekenland, ECLI:EU:C:2006:673.

8. Zaak C-275/92, Schindler, ECLI:EU:C:1994:119.

9. Zaak C-55/93, Van Schaik, ECLI:EU:C:1994:363.

10. Zaak C-451/99, Cura Anlagen, ECLI:EU:C:2002:195; zaak C-330/07, ECLI:EU:C:2008:685; zaak C-9/11, Waypoint Aviation, ECLI:EU:C:2011:658, r.o. 20.

11. Zaak C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774, r.o. 49.

12. Zaak C-158/94, Commissie/Italië, ECLI:EU:C:1997:500.

13. Zaak C-20/03, Burmanjer, ECLI:EU:C:2005:307.

de gebruiker en is het element dat ziet op dienstverrichting dus onderschikt aan de levering van het goed.

Eenzelfde ondergeschiktheidstoets past het Hof toe bij de vraag aan welke vrijheid een nationale maatregel dient te worden getoetst.<sup>14</sup> Zo diende het verbod op de exploitatie van een ‘laserdrome’, waarbij het doden van mensen wordt gesimuleerd, enkel te worden getoetst aan het vrije dienstenverkeer en niet aan het vrij verkeer van goederen, ondanks dat het verbod ook tot gevolg had dat de invoer van de specifieke uitrusting die voor het spel was ontworpen, werd beperkt. De beperking van de invoer van deze uitrusting vloeyde namelijk onvermijdelijk voort uit de beperking van het vrije dienstenverkeer.<sup>15</sup>

Kortom, de definitie van het dienstenbegrip in combinatie met het strikte onderscheid in de rechtspraak van het Hof duidde erop dat detailhandel geen dienst vormde in de zin van de richtlijn en derhalve buiten het toepassingsbereik van de richtlijn viel. De Nederlandse wetgever heeft zich bij de implementatie van de richtlijn in 2009 dan ook op het standpunt gesteld dat de richtlijn niet van toepassing is op distributie van goederen.<sup>16</sup> Ook de Afdeling en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) hanteerden de afgelopen jaren de vaste lijn dat de verkoop van goederen niet onder de richtlijn valt.<sup>17</sup>

### 3.2.2 Argumenten vóór

Tegelijkertijd waren er ook geluiden die erop wezen dat de richtlijn wél van toepassing was op detailhandel. In de eerste plaats wordt in verschillende overwegingen van de richtlijn distributiehandel genoemd als voorbeeld van een activiteit waarop de richtlijn betrekking heeft. Zo spreekt overweging 33 van de considerans van ‘distributiehandel’ en overweging 47 van ‘vestiging van een nieuwe hypermarkt’. Uit de brochures en mededelingen die de Europese Commissie heeft uitgegeven over de Dienstenrichtlijn, inclusief het *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, blijkt dat zij ervan uitging dat de distributie van goederen onder de richtlijn viel.<sup>18</sup> Hetzelfde geldt voor een aantal andere lidstaten.<sup>19</sup> Overweging 76 van de considerans bepaalt dat de richtlijn niet van toepassing is op het vrij verkeer van goederen. De beperkingen die op grond van de richtlijn ver-

boden zijn, betreffen eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten en niet eisen ten aanzien van de goederen zelf. Deze overweging levert, als gevolg van het woordje ‘zelf’, helaas niet de gewenste duidelijkheid op en werd dan ook zowel voor als tegen het standpunt gebruikt dat detailhandel onder de richtlijn valt.

Daar komt nog eens bij dat het dienstenbegrip onder secundaire regelgeving een andere invulling kan krijgen dan onder het primaire recht. De Uniewetgever kan het begrip zodanig definiëren dat het afwijkt van artikel 57 VWEU, zoals is gebeurd in de Btw-richtlijnen of de Richtlijn inzake elektronische handel (2000/31/EG). Indien een definitie ontbreekt, kan het Hof zelf een autonome interpretatie geven van het begrip in het licht van de betreffende regeling.<sup>20</sup>

Hoewel er dus goede argumenten waren voor de rechtspraak van de Afdeling en het CBB dat detailhandel niet onder de richtlijn valt, heeft de Afdeling er mijns inziens goed aan gedaan deze vraag niettemin voor te leggen aan het Hof.

## 3.3 Het antwoord van het Hof

### 3.3.1 Detailhandel is een dienst

Het antwoord van het Hof is duidelijk: detailhandel vormt een dienst in de zin van de richtlijn.

Het Hof noemt hiertoe twee argumenten in punt 88 van de uitspraak. Detailhandel vormt in de eerste plaats ‘een economische activiteit anders dan in loondienst tegen vergoeding’ en valt niet onder de uitsluitingen die zijn opgenomen in artikel 2, lid 2 en 3, van de richtlijn. In de tweede plaats worden werkzaamheden van commerciële aard in artikel 57 VWEU uitdrukkelijk vermeld op de niet-uitputtende lijst van verrichtingen die dat artikel als dienst definieert. Het Hof verwijst hier naar de tweede alinea van artikel 57 VWEU, waarin bij wijze van voorbeeld enkele werkzaamheden worden opgesomd die onder het dienstenbegrip kunnen vallen, zoals werkzaamheden van industriële aard, commerciële aard of van het ambacht, dan wel werkzaamheden van de vrije beroepen.

Het Hof gaat vervolgens in op de hierboven besproken overwegingen in de considerans. Het wijst erop dat overweging 33 van de richtlijn beklemtoont dat de diensten waarop deze richtlijn betrekking heeft, zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten betreffen, met de uitdrukkelijke vermelding dat tot die activiteiten diensten behoren die zowel aan bedrijven als aan particulieren worden verleend, zoals de distributiehandel. Aan overweging 76 komt volgens het Hof geen doorslaggevende betekenis toe. Deze overweging preciseert enkel dat de beperkingen waarop de richtlijn betrekking heeft niet eisen ten aanzien van de goederen zelf betreffen. De voorschriften van een bestemmingsplan, zoals aan de orde in de zaak Visser Vastgoed, betreffen niet de goede-

14. Een uitzondering op de hoofdregel dat slechts aan één vrijheid wordt getoetst, doet zich voor als de nationale regeling betrekking heeft op verschillende casusposities, bijv. zaak C-390/99, Canal Satélite Digital, ECLI:EU:C:2002:34.

15. Zaak C-36/02, Omega, ECLI:EU:C:2004:614.

16. Kamerstukken II 2008/09, 31579, 3; Kamerstukken I 2009/10, 31579, H.

17. Bijv. ABRvS 25 juli 2012, ECLI:RVS:2012:BX2613; ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3688. Zie hierover het ook in dit nummer opgenomen artikel van H.A.J. Gierveld, ‘Jurisprudentie Afdeling bestuursrechtspraak over het (niet) van toepassing zijn van de Dienstenrichtlijn bij ruimtelijke besluiten’.

18. Europese Commissie, Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 2007 ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/servicesdir/guides/handbook\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/servicesdir/guides/handbook_nl.pdf)), p. 10 en 15.

19. COM(2011)0020 def.

20. Bijv. zaak C-418/02, Praktiker Bau, ECLI:EU:C:2005:425 in het kader van Richtlijn 89/104/EG betreffende de aanpassing van het merkenrecht van de lidstaten en zaak C-533/07, Falco Privatstiftung, ECLI:EU:C:2009:257 betreffende Verordening 44/2001.

ren zelf, maar voorwaarden voor de geografische ligging van activiteiten in verband met de verkoop van bepaalde goederen, dus de voorwaarden voor toegang tot die activiteiten.<sup>21</sup>

Onder deze omstandigheden moet detailhandel in goederen als schoenen en kleding worden geacht onder het begrip ‘dienst’ in de zin van artikel 4, punt 1, van de richtlijn te vallen.

### 3.3.2 Van dogmatisch naar pragmatisch perspectief

Deze redenering van het Hof is vanuit dogmatisch perspectief zeer verrassend. Zij is niet goed verenigbaar met de systematiek in het VWEU ten aanzien van de verschillende verkeersvrijheden en de strikte scheiding die in de rechtspraak wordt gehanteerd, zoals hierboven uiteengezet.

Zij strookt evenmin met de rechtspraak omtrent het dienstenbegrip zoals neergelegd in artikel 57 VWEU. Volgens dit artikel worden als diensten beschouwd die dienstverrichtingen, die gewoonlijk tegen vergoeding geschieden ‘voor zover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn’. Het begrip ‘diensten’ is dus van toepassing op de verrichtingen die niet door de andere vrijheden worden beheerst. Hiermee is beoogd te vermijden dat economische activiteiten buiten de werkingssfeer van de fundamentele vrijheden vallen.<sup>22</sup> Het begrip is aldus subsidiair ten opzichte van de overige economische activiteiten en fungeert in zoverre als vangnet. Indien een economische activiteit als goed kan worden gekwalificeerd, komt men niet meer toe aan het dienstenbegrip. Het Hof gaat hieraan voorbij. Met de huidige interpretatie van artikel 57 VWEU in de context van de richtlijn maakt het Hof van dit restbegrip een paraplubegrip. Immers, ook kapitaalverkeer of vestiging is ‘een economische activiteit anders dan in loondienst die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt’. Op basis van de redenering van het Hof in punt 88 zou derhalve kunnen worden betoogd dat ook kapitaalverkeer een dienst is die onder de richtlijn valt.

Kortom, vanuit dogmatisch en systematisch perspectief kunnen mijns inziens kritische kanttekeningen worden geplaatst bij het oordeel van het Hof dat detailhandel een dienst vormt in de zin van de richtlijn.

Dit neemt niet weg dat ik vanuit pragmatisch oogpunt begrip heb voor de beslissing van het Hof. Het Hof maakt in punten 92 tot en met 96 goed inzichtelijk waarom het binnen de werkingssfeer van de richtlijn breekt met de zwaartepuntheorie. Het Hof kent daarbij zeer groot gewicht toe aan de nuttige werking van de richtlijn. Het feit dat de toepasselijkheid van de richtlijn niet afhangt van een ondergeschiktheidstoets, die van geval tot geval dient te worden verricht, draagt bij aan de verwezenlijking van rechtszekerheid, wat de richtlijn blij-

kens overweging 5 van de richtlijn beoogt te waarborgen. Een dergelijke analyse zou, aldus het Hof, bovendien bijzonder ingewikkeld zijn voor de detailhandel in goederen, omdat de verkoop van goederen in toenemende mate nauw verbonden is met diensten, zoals advies en klantenservice achteraf. Bovendien zou dit er onder omstandigheden op neerkomen dat een nationale maatregel gelijktijdig aan de Dienstenrichtlijn én aan het primaire recht moet worden getoetst, waarmee de door de richtlijn nagestreefde doelgerichte harmonisatie zou worden ondermijnd.<sup>23</sup>

Aldus komt het Hof tegemoet aan de nadelen die kleven aan de wijze waarop het vrije goederenverkeer en het vrije dienstenverkeer onder het primaire recht (moeten) worden afgebakend. Wetgevende, bestuurlijke en rechterlijke instanties hoeven onder de richtlijn geen tijd (meer) te besteden aan de vraag hoe een bepaalde economische activiteit moet worden gekwalificeerd, of aan welke regels een maatregel, vergunningstelsel of vestigingseis moet worden getoetst: de Dienstenrichtlijn vormt het kader. Buiten het toepassingsbereik van de richtlijn geldt de zwaartepuntheorie evenwel nog onverkort.

Dit roept de volgende vraag op. Hoewel het Hof de uitleg van het dienstenbegrip baseert op artikel 57 VWEU, beperkt het Hof deze uitleg tot de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn. Mij is niet duidelijk waarom deze uitleg niet tevens onder het primaire recht zou gelden. Wat maakt dat het dienstenbegrip onder de richtlijn zich op dit punt onderscheidt van het dienstenbegrip onder artikel 57 VWEU? De overwegingen in de considerans lijken mij hiertoe niet van doorslaggevende betekenis. Zoals het Hof zelf in het arrest OSA heeft geoordeeld, volgt uit artikel 4, lid 1, van de richtlijn dat het in de richtlijn bedoelde begrip dienst samenvalt met het begrip dat wordt bedoeld in artikel 57 VWEU. Het Hof zal deze discrepantie in de rechtspraak moeten gladstrijken.

## 3.4 De gevolgen

### 3.4.1 Uitholling van het vrije goederenverkeer

Als gevolg van het oordeel van het Hof dat detailhandel een dienst is in de zin van de Dienstenrichtlijn, valt in één keer een groot aantal nationale regels die voorheen waren onderworpen aan het vrij verkeer van goederen zoals neergelegd in de artikelen 34 tot en met 36 VWEU, onder het bereik van de Dienstenrichtlijn. Alleen de activiteiten die van de richtlijn zijn uitgezonderd, vallen mogelijk nog onder de bepalingen van het VWEU inzake het vrij verkeer van goederen, evenals het verspreiden of het vervaardigen van een goed. Dit laatste maakt de vraag relevant op welke punten het vervaardigen van een goed zich onderscheidt van de verkoop. In het arrest Cinéthèque van 1985 redeneerde het Hof dat het vervaardigen van videocassettes niet als dienst in de zin van het Verdrag kon worden aangemerkt, aangezien de

21. Gev. zaken C-360/15 en C-31/16, Amersfoort/X BV en Visser Vastgoed Beleggingen/Appingedam, ECLI:EU:C:2018:44, punt 90.

22. Zaak C-452/04, Fidium Finanz, ECLI:EU:C:2006:631, r.o. 32.

23. Zie in die zin zaak C-593/13, Rina Services e.a., ECLI:EU:C:2015:399, punten 37 en 38.



werkzaamheden van de fabrikant rechtstreeks leiden tot een materieel voorwerp.<sup>24</sup> Betwijfeld kan worden of deze redenering nog altijd kan worden toegepast op de vervaardiging van digitale producten, zoals e-books of 3D-geprinte artikelen. Ditzelfde geldt voor *customized* producten, die op maat gemaakt zijn voor een specifieke consument. Onder omstandigheden zou dus ook het vervaardigen van goederen onder de richtlijn kunnen vallen. Met het arrest Visser Vastgoed lijkt de betekenis van het vrije goederenverkeer in belangrijke mate uitgehouden.

#### 3.4.2 *Verstrekkende gevolgen voor rechtspraak en wetgeving in Nederland*

Voor Nederland heeft de verrassende beslissing van het Hof verstrekkende gevolgen. In de eerste plaats staat thans vast dat detailhandelondernemingen zoals supermarkten, bouwmarkten, tuincentra, kledingzaken en schoenverkopers rechten kunnen ontleen aan de richtlijn. Zij moeten deze kunnen afdwingen bij de rechter. Dit betekent dat de Afdeling en het CBb hun rechtspraak op dit punt zullen moeten bijstellen. Voor wetgevende instanties brengt het oordeel van het Hof mee dat zij nieuwe voorschriften die een beperking kunnen vormen op de verkoop van goederen aan de Dienstenrichtlijn moeten toetsen. Ten aanzien van bestaande nationale bepalingen waarvan nog niet was beoordeeld of zij in overeenstemming zijn met de richtlijn, zal deze beoordeling alsnog moeten plaatsvinden. Voor zover sprake is van een verdachte eis als genoemd in de lijst van artikel 15, lid 2, van de richtlijn, zal deze moeten worden genotificeerd bij de Europese Commissie.<sup>25</sup> Dit artikel bepaalt overigens dat de notificatieplicht de lidstaten niet belet om de betreffende bepaling vast te stellen. Een kennisgeving heeft derhalve geen opschortende werking. Dit impliceert mijns inziens dat ook indien een instantie abusievelijk een voorschrift niet gemeld heeft, dit niet afdoet aan de geldigheid hiervan. Een situatie zoals zich voordeed in het beruchte Securitel-arrest zal zich naar verwachting dan ook niet voordoen.<sup>26</sup>

#### 3.4.3 *Keck-rechtspraak van toepassing onder Dienstenrichtlijn?*

Een interessante vraag is welke gevolgen het oordeel van het Hof heeft voor de systematiek van de verschillende vrijheden. Ongeveer vijftien jaar geleden is in de literatuur uitvoerig gediscussieerd over het nut en de noodzaak om de vier verkeersvrijheden met elkaar te laten convergeren, aangezien de vrijheden als gevolg van de rechtspraak van het Hof steeds meer gelijkenissen vertoonden.<sup>27</sup> De algemene opinie was dat convergentie

niet wenselijk was, waarbij vooral de verschillen tussen de vrijheden werden benadrukt. Een belangrijk argument werd gevormd door de Keck-rechtspraak, die inhoudt dat nationale bepalingen die zogeheten verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, buiten de werkingssfeer van het vrije goederenverkeer vallen zoals neergelegd in artikel 34 VWEU.<sup>28</sup> Deze Keck-rechtspraak wordt niet toegepast op het vrije dienstenverkeer.<sup>29</sup> Convergentie van de vrijheden zou derhalve tot gevolg kunnen hebben dat nationale regels die verkoopmodaliteiten bevatten ten aanzien van goederen (en dus niet aan het vrije goederenverkeer hoeven te worden getoetst) wél aan de regels van het vrije dienstenverkeer moeten voldoen.

Het arrest Visser Vastgoed maakt deze discussie weer actueel. Hoe dient de Keck-rechtspraak te worden toegepast in de context van de Dienstenrichtlijn, bijvoorbeeld op openingstijden van winkels? Heeft dit tot gevolg dat verkoopmodaliteiten toch aan de regels van het vrij verkeer zijn onderworpen?

Voor de beantwoording van deze vraag kan mijns inziens het arrest Pelckmans Turnhout inspiratie bieden.<sup>30</sup> Hierin ging het om een regeling die handelaars of dienstverstrekkers verbood om zeven dagen per week open te zijn, door een wekelijkse sluitingsdag op te leggen. Deze winkelsluitingsregeling werd door het Hof niet aan het vrije goederenverkeer getoetst, gelet op de Keck-rechtspraak.<sup>31</sup> Vervolgens oordeelde het Hof, naar analogie van de rechtspraak met betrekking tot goederen, dat een regeling op het gebied van winkeltijden geen belemmering van het vrije dienstenverkeer kan vormen, indien de regeling geldt voor alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, de regeling niet tot doel heeft de voorwaarden voor de uitvoering van de dienstverrichter te regelen, en de beperkingen zo onzeker en indirect zijn dat niet kan worden gezegd dat de verplichting de vrijheid belemmert.

Hoewel het Hof in Pelckmans Turnhout de Keck-rechtspraak niet een-op-een overneemt ten aanzien van dien-

ment and functioning of the internal market – Towards a concordance rule, *Common Market Law Review* (39) 2002, p. 1303-1346; J. Snell, *Goods and services in EC law: A study of the relationship between the freedoms*, New York: Oxford University Press 2002; M. Andenas & W.H. Roth (red.), *Services and free movement in EU law*, New York: Oxford University Press 2002.

24. Gev. zaken 60 en 61/84, Cinéthèque, ECLI:EU:C:1985:329.

25. Art. 15, lid 7, Drl.

26. Zaak C-194/94, Securitel, ECLI:EU:C:1996:172.

27. Zo had het Hof in Säger en Gebhard de verbodsbepalingen in het Verdrag van zowel de vrijheid van vestiging als het vrije dienstenverkeer uitgebreid, maar tegelijkertijd de mogelijkheid aanvaard een beperkende maatregel te rechtvaardigen met een beroep op de *rule of reason* (zaak C-76/90, Säger, ECLI:EU:C:1991:331 en zaak C-55/94, Gebhard, ECLI:EU:C:1995:411). Zie onder meer: K. Mortelmans, *The relationship between the treaty rules and community measures for the establish-*

28. Voorwaarde is dat de bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en dat zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als die op producten van andere lidstaten (Gev. zaken C-267/91 en C-268/91, Keck en Mithouard, ECLI:EU:C:2003:905). Het verschil is bijv. zichtbaar in het arrest in de zaak C-405/98, Gourmet, ECLI:EU:C:2001:135.

29. Zie ook W. Roth, *The European Court of Justice's case law on freedom to provide services: Is Keck of relevance?*, in: Andenas & Roth 2002, p. 1-14; J. Da Cruz Vilaca, *On the application of Keck in the field of provision of services*, in: Andenas & Roth 2002, p. 25-40.

30. Zaak C-483/12, Pelckmans Turnhout, ECLI:EU:C:2014:304.

31. Met name de zaken C-69/93 en C-258/93, Punto Casa en PPV, ECLI:EU:C:1994:226, punt 15 en C-418/93 t/m C-421/93, C-460/93 t/m C-462/93, C-464/93, C-9/94 t/m C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, Semeraro Casa Uno e.a., ECLI:EU:C:1996:242.

sten, hoeft de regeling niet aan het vrije dienstenverkeer te worden getoetst, omdat deze geen beperking vormt. Dit zou een manier kunnen zijn waarop de Keck-rechtspraak kan worden toegepast onder de Dienstenrichtlijn.

#### 3.4.4 Afbakeningsperikelen verleden tijd?

Hoewel het oordeel van het Hof een belangrijk deel van de afbakeningsperikelen wegneemt, behoren niet alle afbakeningsperikelen onder de Dienstenrichtlijn tot het verleden. Er moet nog altijd onderscheid worden gemaakt tussen *tijdelijke* dienstverlening enerzijds en *vestiging* van dienstverrichters anderzijds, aangezien deze vrijheden binnen de richtlijn ieder een eigen regime kennen. Daarnaast volgt uit recente rechtspraak van het Hof dat ook bij de vraag of een bepaalde activiteit is uitgezonderd van de richtlijn, de ondergeschiktheidstoets dient te worden toegepast.<sup>32</sup> Mijn verwachting is bovendien dat het vraagstuk omtrent de afbakening gaat verschuiven van het onderscheid tussen stoffelijk en onstoffelijk naar het onderscheid tussen ‘online’ en ‘offline’ dienstverlening. Zo paste het Hof van Justitie de zwaartepuntheorie naar analogie toe om de diensten van het Uber-platform in het kader van Uber-Pop te kwalificeren. Op basis hiervan kwam het tot de conclusie dat Uber een vervoersdienst verricht, met als gevolg dat de door Uber verrichte activiteiten zijn uitgezonderd van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn.<sup>33</sup>

## 4 Vraag 2: ziet hoofdstuk III van de richtlijn op zuiver interne situaties?

### 4.1 De kwestie

De tweede kwestie die de Afdeling aan het Hof van Justitie heeft voorgelegd, is of de bepalingen van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn, betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, van toepassing zijn op zuiver interne situaties. In 2014 had de Afdeling in de zaak *Trijber en Harmsen* deze vraag ook al gesteld aan het Hof van Justitie, maar wist het Hof de beantwoording te ecarteren.<sup>34</sup> Dit keer komt het Hof wel aan beantwoording toe.

### 4.2 De argumenten

Ook over deze kwestie waren de meningen verdeeld. Onder het primaire recht geldt dat het vrije dienstenver-

keer en de vrijheid van vestiging niet van toepassing zijn als alle elementen binnen één enkele lidstaat zijn gesitueerd. Dit betekent dat een justitiabele zich uitsluitend op deze vrijheden kan beroepen indien zich een grensoverschrijdende situatie voordoet. In het arrest *Ullens de Schooten* van november 2016 heeft het Hof dit nog eens heel duidelijk gemaakt.<sup>35</sup> De interne markt ziet immers op economisch verkeer *tussen* de lidstaten. Gelet hierop werd betoogd dat de toepassing van hoofdstuk III van de richtlijn in zuiver interne situaties niet strookt met het karakter van artikel 49 VWEU. Daarbij wordt gewezen op artikel 3, lid 3, van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten de richtlijn met inachtneming van de regels over de vrijheid van vestiging en het vrije dienstenverkeer moeten toepassen. Bovendien zou de Uniewetgever niet bevoegd zijn om de toepassing van de vrijheid van vestiging uit te breiden tot buiten de werkingssfeer van dit artikel.

Daar staat tegenover dat de bewoordingen en definities van de richtlijnbevestigingen in hoofdstuk III er niet op wijzen dat deze alleen van toepassing zijn in grensoverschrijdende situaties. Gelet hierop zou betoogd kunnen worden dat met de richtlijn ook de zuiver interne situatie is geharmoniseerd.

### 4.3 Het antwoord van het Hof

Het Hof ziet bovengenoemde obstakels niet (punten 100-110). Het Hof merkt allereerst op dat uit de bewoordingen van de bepalingen in hoofdstuk III niet volgt dat een grensoverschrijdend aspect vereist is. Dit volgt evenmin uit de gegeven definities van begrippen als ‘dienstverrichter’ of ‘vestiging’ in artikel 4 van de richtlijn. Het Hof wijst er in dit verband tevens op dat de Uniewetgever in de bepalingen van hoofdstuk IV van de richtlijn, betreffende het vrij verkeer van diensten, daarentegen wél op meerdere plaatsen heeft gepreciseerd dat sprake moet zijn van een grensoverschrijdend element.

De toepasselijkheid van de bepalingen in hoofdstuk III van de richtlijn in zuiver interne situaties is tot slot in overeenstemming met de doelstellingen van de richtlijn. Wederom weegt in dit verband de nuttige werking van de richtlijn zwaar. Het Hof werkt dit als volgt uit. Het Hof stelt om te beginnen vast dat de Dienstenrichtlijn beoogt bij te dragen aan de verwezenlijking van een vrije en concurrerende interne markt.<sup>36</sup> Om dit doel volledig te realiseren moeten allereerst de belemmeringen worden weggenomen die de dienstverrichters ondervinden om zich te vestigen in de lidstaten – of dat nu in hun eigen of in een andere lidstaat is – en die afbreuk kunnen doen aan hun capaciteit om diensten ten behoeve van ontvangers in de gehele Unie te verrichten. Met het oog op het tot stand brengen van een daadwerkelijke interne dienstenmarkt berust de benadering die de Uniewetgever blijkens overweging 7 van de considerans heeft gekozen, op een algemeen rechtskader bestaande uit een combinatie van diverse maatregelen die een hoge

32. Zo vallen activiteiten die hoofdzakelijk bestaan uit het vervoeren van mensen buiten de richtlijn, evenals diensten waarvan de hoofdactiviteit bestaat uit medische verzorging (gev. zaken C-340/14 en C-341/14, *Trijber en Harmsen*, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641; zaak C-57/12, *Femarbel*, ECLI:EU:C:2013:517).

33. Zaak C-434/15, *Asociación Elite Taxi/Uber Systems Spain*, ECLI:EU:C:2017:981. Hierover M.R. Botman, *Uber: online dienst of vervoersbedrijf? Europese grenzen aan regulering van online platforms*, NtER 2018/3.

34. Zie gev. zaken C-340/14 en C-341/14, *Trijber en Harmsen*, ECLI:EU:C:2015:641.

35. Zaak C-268/15, *Ullens de Schooten*, ECLI:EU:C:2016:874.

36. Zie gev. zaken C-340/14 en C-341/14, *Trijber en Harmsen*, ECLI:EU:C:2015:641, punt 44.

mate van juridische integratie in de Unie moeten waarborgen, onder meer door een harmonisatie met betrekking tot specifieke aspecten van de regelgeving voor diensten. Om geen afbreuk te doen aan het nuttige effect van het specifieke rechtskader dat de Uniewetgever heeft willen scheppen, moet worden aanvaard dat de draagwijdte van die richtlijn zich verder kan uitstreken dan strikt volgt uit de bepalingen van het VWEU, betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Het bepaalde in artikel 3, lid 3, van de richtlijn doet hier niet aan af.<sup>37</sup>

Het oordeel dat de bepalingen van hoofdstuk III ook in zuiver interne situaties van toepassing zijn, wordt, aldus het Hof, ook bevestigd door de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn. Daaruit blijkt namelijk dat de amendementen, die tijdens de debatten in het Europees Parlement zijn voorgesteld, niet zijn aanvaard. Deze amendementen strekten ertoe dat artikel 2, lid 1, van de richtlijn zou worden geherformuleerd, zodat het enkel van toepassing zou zijn op grensoverschrijdende situaties.

Tot slot merkt het Hof op dat de rechtsgrondslag van de richtlijn, te weten de artikel 53, lid 1, en 62 VWEU, niet tot een andere conclusie leidt. Anders dan de artikelen 49 en 56 VWEU, vermelden deze artikelen geen grensoverschrijdend aspect. Er kan dus niet uit worden afgeleid dat de bevoegdheid van de Uniewetgever om op de grondslag van deze bepalingen richtlijnen vast te stellen ter vergemakkelijking van de toegang tot de activiteiten anders dan in loondienst en de uitoefening ervan, zoals de Dienstenrichtlijn, noodzakelijkerwijs impliceert dat sprake is van een dergelijk aspect.

Gelet op al het voorgaande concludeert het Hof dat de bepalingen van hoofdstuk III van de richtlijn, betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, van toepassing zijn op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen.

Daar waar het antwoord op de eerste vraag een verrassing betrof, was het antwoord op deze vraag vanuit systematisch oogpunt enigszins te verwachten. Uit de rechtspraak van het Hof volgt reeds dat een richtlijn, ongeacht de rechtsgrondslag, van toepassing kan zijn op zuiver interne situaties.<sup>38</sup> Daarbij komt dat het Hof in eerdere arresten de Dienstenrichtlijn in zuiver interne situaties toepaste, zonder dit overigens te expliciteren.<sup>39</sup>

#### 4.4 De gevolgen: belangrijke implicaties voor de rechtspraak

De gevolgen van dit antwoord voor nationale wetgeving en rechtspraak lijken op het eerste gezicht beperkt. Voor zover de bepalingen uit de Dienstenrichtlijn zijn omgezet in de Dienstenwet, kunnen Nederlandse dienstverrichters zich reeds op de richtlijnbevestigingen beroepen.

37. Zie in die zin zaak C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399, Rina Services e.a., punten 39 en 40.

38. Bijv. gev. zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/00, Rechnungshof, ECLI:EU:C:2003:294.

39. Bijv. zaak C-593/14, Rina Services, ECLI:EU:C:2015:399 en zaak C-293/14, Hiebler, ECLI:EU:C:2015:843.

Bovendien werd in de nationale rechtspraak over het algemeen aangenomen dat de richtlijn van toepassing was op interne situaties.

Niettemin heeft het oordeel van het Hof met name voor de rechtspraak belangrijke implicaties. Thans staat vast dat een zuiver interne situatie onder de werkingssfeer van het Unierecht valt.

Dit betekent *in de eerste plaats* dat nationale onderdanen zich op rechtstreeks werkende bepalingen kunnen beroepen, voor zover de richtlijn niet (juist) is omgezet of incorrect wordt toegepast.<sup>40</sup> Dit impliceert ook dat nationale bepalingen in zuiver interne situaties richtlijnconform moeten worden toegepast. Dit is te meer van belang omdat de belangrijkste bepalingen uit de richtlijn, waaronder de artikelen 9 en 10, niet in nationale wetgeving zijn omgezet.

Het oordeel betekent *in de tweede plaats* dat nationale onderdanen zich kunnen beroepen op het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, bijvoorbeeld het beginsel van effectieve rechtsbescherming (art. 47 Handvest) of het *ne bis in idem*-beginsel (art. 50 Handvest). Dit zou binnen het bestuursrecht consequenties kunnen hebben voor het toepassen van het relativiteitsvereiste en het opleggen van bestuurlijke boetes.

Een *derde punt* is dat thans in zuiver interne situaties een plicht kan bestaan voor de nationale rechter om prejudiciële vragen te stellen als hij twijfelt over de uitleg van de richtlijn. Een dergelijke verplichting geldt mijns inziens niet als het Europese recht door middel van vrijwillige, spontane harmonisatie van toepassing wordt verklaard in zuiver interne situaties.<sup>41</sup>

## 5 Vraag 3: is de richtlijn van toepassing op bestemmingsplannen?

### 5.1 De kwestie

De derde kwestie die de Afdeling aan het Hof heeft voorgelegd, ziet op de verhouding van de richtlijn in relatie tot ruimtelijke voorschriften. Valt een regeling in een bestemmingsplan onder de Dienstenrichtlijn? Zo ja, staat deze in de weg aan voorschriften in een bestemmingsplan die de activiteit, bestaande uit niet-volumineuze detailhandel in geografische gebieden buiten het stadscentrum van die gemeente, verbieden?<sup>42</sup>

### 5.2 De argumenten

De discussie omtrent de toepasselijkheid van de richtlijn op ruimtelijke voorschriften vindt haar grondslag in overweging 9.<sup>43</sup> Hierin staat in de eerste plaats dat de richtlijn alleen van toepassing is op 'eisen met betrek-

40. Een eerste voorbeeld is de uitspraak van de ABRvS van 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:902.

41. Zie annotatie Botman bij C-268/15, Ullens de Schooten, AB 2017/388.

42. In het bijzonder art. 9 en 10 en art. 14, punt 5, jo. art. 4, punten 6 en 7, en gelezen in samenhang met overweging 9.

43. Botman 2015, p. 220-229.

king tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'. Vervolgens is opgenomen dat de richtlijn 'derhalve niet van toepassing [is] op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedebouw, en evenmin op 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'.

Op basis van deze overweging hanteerde de Afdeling sinds 2011 de vaste lijn dat bestemmingsplannen in beginsel zijn uitgezonderd van het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn.<sup>44</sup> De Afdeling vond in 2013 bevestiging van deze lijn in het arrest Libert, waarin het Hof van Justitie overweging 9 had genoemd als een van de redenen waarom een Vlaamse regeling buiten de werkingssfeer van de richtlijn viel.<sup>45</sup>

Anderzijds werd betoogd dat deze lezing van overweging 9 niet strookt met de rechtspraak van het Hof, die inhoudt dat ook regels op het gebied van ruimtelijke ordening de vrijheid van vestiging en het vrije dienstenverkeer kunnen belemmeren.<sup>46</sup> Daarnaast werd getwijfeld aan de juridische betekenis van deze overweging, nu de daarin vermelde begrenzings niet in de bewoordingen van de richtlijn zelf tot uitdrukking zijn gebracht.<sup>47</sup>

### 5.3 Het antwoord van het Hof

#### 5.3.1 Bestemmingsplan is geen vergunningstelsel

Het Hof stelt voorop dat een bestemmingsplan niet valt onder het begrip 'vergunningstelsel' zoals gedefinieerd in artikel 4, onder 6, van de richtlijn. Voor zover het bestemmingsplan dienstverrichters de mogelijkheid biedt bepaalde activiteiten in verband met detailhandel uit te oefenen in bepaalde geografische zones, bestaat die mogelijkheid immers niet op grond van een 'formeel besluit dat is verkregen in het kader van stappen die die dienstverrichters daartoe hadden moeten nemen, maar doordat de gemeenteraad van Appingedam algemene regels heeft goedgekeurd die in dat plan zijn opgenomen'. De bepalingen 9 en 10 van de richtlijn, waarin eisen zijn opgenomen voor een vergunningstelsel, gelden derhalve niet voor algemene voorschriften in een bestemmingsplan.

#### 5.3.2 Voorschriften in bestemmingsplan vallen onder Dienstenrichtlijn

Kunnen de voorschriften in een bestemmingsplan wel worden aangemerkt als eisen in de zin van artikel 4, lid 7, van de richtlijn? Het begrip 'eis' is in deze bepaling zeer ruim geformuleerd. Hieronder valt onder meer

'elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten'.

Het Hof stelt allereerst vast dat de voorschriften van het bestemmingsplan van de gemeente Appingedam tot gevolg hebben dat de activiteit in verband met de niet-volumineuze detailhandel, zoals schoenen en kleding, in een geografische zone buiten het stadscentrum van de gemeente verboden is.

Vervolgens gaat het Hof na of overweging 9 van de considerans ertoe leidt dat deze voorschriften buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend.

Overweging 9 past, aldus het Hof, volledig binnen het rechtskader dat is vastgelegd door de richtlijn. Zoals hierboven reeds uiteengezet, moet die leiden tot het opheffen van belemmeringen teneinde bij te dragen aan de verwezenlijking van een echte interne dienstenmarkt. De richtlijn is dus niet van toepassing op eisen die niet kunnen worden geacht dergelijke beperkingen 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.

Deze uitleg maakt dat de voorschriften in het bestemmingsplan van de gemeente Appingedam onder de richtlijn vallen, ook al zijn zij gericht op het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum van de gemeente Appingedam en op het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied in het kader van ruimtelijk beleid. Zij hebben niettemin als specifiek doel om de geografische zones aan te wijzen waar bepaalde activiteiten in verband met detailhandel zich kunnen vestigen. De voorschriften in het bestemmingsplan vormen dus eisen in de zin van de richtlijn.

Een mogelijke discrepantie met het arrest Libert ziet het Hof van Justitie niet. Het Hof heeft in dat arrest immers, na overweging 9 van de richtlijn te hebben vermeld, vervolgens beklemtoond dat de diensten die door de betrokken nationale maatregel werden geraakt uitdrukkelijk vielen onder de uitsluiting voor diensten betreffende sociale huisvesting in artikel 2, lid 2, onder j, van de richtlijn, en heeft dus vastgesteld dat genoemde richtlijn op die maatregel niet van toepassing was.

Geconcludeerd moet worden dat bestemmingsplannen binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn vallen, voor zover de hierin opgenomen voorschriften een beperking (kunnen) vormen voor de vrijheid van vestiging van dienstverrichters of tijdelijke dienstverlening. Aangenomen moet worden dat dit ook geldt voor andere planologische regelingen die ruimtelijke voorschriften bevatten, bijvoorbeeld een provinciale omgevingsverordening.

Deze uitleg van het Hof sluit mijns inziens goed aan bij de vaste rechtspraak in het kader van de vrijheid van vestiging en het vrije dienstenverkeer, inhoudende dat

44. Bijv. ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3234; ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:726.

45. Zaken C-197/11 en C-203/11, Libert, ECLI:EU:C:2013:288, punten 103-107.

46. Bijv. zaak C-400/08, Commissie/Spanje, ECLI:EU:C:2011:172.

47. HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1467.



elke maatregel die de toegang tot de markt (ongunstig) kan beïnvloeden, een beperking vormt. Het Hof kijkt in beginsel niet naar de kwalificatie van de maatregel of de adressaat. Het achterliggende motief of de doelstelling van de regeling is evenmin relevant. Het effect van de regeling is bepalend.

#### 5.4 De gevolgen

Nu vaststaat dat bestemmingsplannen en andere ruimtelijke plannen onder de Dienstenrichtlijn kunnen vallen, zal (alsnog) moeten worden getoetst of de hierin opgenomen voorschriften verenigbaar zijn met de bepalingen in de Dienstenrichtlijn. Daarnaast zal de rechtspraak van de Afdeling moeten worden aangepast. Dit geldt overigens niet voor de regelgeving. In de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet is reeds bepaald dat eisen in bestemmingsplannen onder de Dienstenwet (en dus de Dienstenrichtlijn) vallen.<sup>48</sup>

De vervolgvraag is wat deze inhoudelijke toets behelst en op welke punten deze toets materieel verschilt van de normen die in dit verband in het nationale recht worden toegepast.<sup>49</sup> Het arrest biedt alvast enkele handvatten hiertoe.

## 6 Wanneer is een bestemmingsplan verenigbaar met de richtlijn?

16

Bij de beoordeling van de bestemmingsplanvoorschriften in het licht van de Dienstenrichtlijn zijn in het bijzonder de artikelen 14 en 15 Drl relevant. Artikel 14 Drl bevat de zogeheten zwarte lijst met verboden eisen. Artikel 15, lid 2, Drl bevat een lijst met verdachte eisen die aan een nadere evaluatie moeten worden onderworpen om te bezien of deze verenigbaar zijn met de richtlijn.<sup>50</sup>

### 6.1 Toetsing aan artikel 14 Drl: economische motieven?

Artikel 14, punt 5, van de richtlijn verbiedt de lidstaten om de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied afhankelijk te stellen van 'de toepassing per geval van economische criteria, waarbij de verlening van de vergunning afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of marktvraag bestaat, van een beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van de activiteit of van een beoordeling van de geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instantie vastgestelde doelen van economische planning'. Deze

bepaling komt overeen met de vaste rechtspraak van het Hof, dat economische motieven nimmer een dwingende reden van algemeen belang kunnen vormen om een beperking van het vrij verkeer te rechtvaardigen. Van economische motieven blijkt, aldus het Hof, in het geval van Appingedam geenszins.<sup>51</sup>

### 6.2 Toetsing aan artikel 15 Drl: serieuze zaak

Vervolgens komt de toets aan artikel 15 van de richtlijn aan bod. Een van de in het tweede lid genoemde verdachte eisen die aan evaluatie onderworpen zijn, betreft 'kwantitatieve of territoriale beperkingen' (onder a). De voorschriften in het bestemmingsplan van Appingedam vormen een dergelijke eis, doordat zij de niet-volumineuze detailhandel in een geografische zone buiten het stadscentrum van de gemeente Appingedam verbieden. Zij stellen aldus de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk van een territoriale beperking.<sup>52</sup>

Een dergelijke eis moet ingevolge artikel 15, lid 3, van de richtlijn voldoen aan drie voorwaarden, te weten: (a) non-discriminatoir, (b) noodzakelijk en (c) evenredig aan de verwezenlijking van een dwingende reden van algemeen belang. Volgens artikel 15, lid 1, tweede volzin, dienen de lidstaten hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen (zo nodig) aan te passen om bepaalde eisen met die voorwaarden in overeenstemming te brengen. Deze laatste verplichting heeft, zo oordeelt het Hof, rechtstreekse werking.<sup>53</sup>

Het is uiteindelijk aan de nationale rechter, in casu de Afdeling, om te beoordelen of de voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid vervuld zijn. Het Hof geeft niettemin mee dat bescherming van het stedelijk milieu overeenkomstig artikel 4, punt 8, van de richtlijn, gelezen in samenhang met overweging 40 van de considerans, een dwingende reden van algemeen belang vormt die een territoriale beperking als die in het hoofdgeding rechtvaardigt. De eis in casu strekt tot behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en tot het voorkomen van leegstand. De voorwaarde van noodzakelijkheid lijkt dus vervuld. De voorwaarde van non-discriminatie levert doorgaans geen problemen op. Het Hof laat echter, anders dan advocaat-generaal Szpunar in zijn conclusie, helaas ook de voorwaarde van evenredigheid onbesproken. Deze derde voorwaarde in artikel 15, lid 3, van de richtlijn is enigszins ongelukkig geformuleerd, met als gevolg dat zij weinig houvast biedt aan de nationale rechterlijke en administratieve instanties over de wijze waarop ruimtelijke voorschriften moeten worden getoetst.<sup>54</sup> In het recente arrest CMRVO van 1 maart 2018 heeft het Hof deze bepaling alsnog nader gepreciseerd. Hierin oordeelde het Hof dat

48. Art. 2 Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet jo. art. 2 Dienstenwet.

49. Zie hierover het eveneens in dit nummer opgenomen artikel van A.G.A. Nijmeijer, 'Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan. Over een "goede ruimtelijke ordening" en de "twijfel aan de juistheid"-toets'.

50. Hoewel de Afdeling art. 15 Drl niet heeft genoemd in de vraagstelling, gaat het Hof hier, evenals de A-G, wel op in.

51. Gev. zaken C-360/15 en C-31/16, Amersfoort/X BV en Visser Vastgoed Beleggingen/Appingedam, ECLI:EU:C:2018:44, punt 128.

52. Idem, punt 131.

53. Idem, punt 129.

54. Zie over de verschillende vertalingen van deze bepalingen, de conclusie van A-G Szpunar inzake zaak C-293/14, Hiebler, ECLI:EU:C:2015:472, noot 25.

om te voldoen aan de voorwaarde van evenredigheid in artikel 15, lid 3, van de richtlijn, drie elementen aanwezig moeten zijn: (1) de eis moet geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; (2) deze eis gaat niet verder dan nodig is om dit doel te bereiken; en (3) dat doel kan niet met een andere, minder beperkende, maatregel worden bereikt.<sup>55</sup>

Deze overweging maakt duidelijk dat ruimtelijke voorschriften geschikt moeten zijn om het beoogde doel, in dit geval het voorkomen van leegstand, te verwezenlijken. Uit de rechtspraak onder artikel 49 VWEU volgt dat deze geschiktheidseis strikt wordt toegepast. Een nationale regeling is slechts geschikt om de verwezenlijking van het aangevoerde doel te verzekeren, wanneer zij dit daadwerkelijk op coherente en systematische wijze nastreeft. De afgelopen jaren was het Hof op dit punt bijzonder kritisch ten aanzien van territoriale en kwantitatieve beperkingen voor de vestiging van onder meer hypermarkten, tankstations, schoorsteenvegers, apotheken, opticiens, apk-keurders en tandartsen. Daarbij ging het om minimumafstanden tussen de vestigingen,<sup>56</sup> omvang van het vloeroppervlak,<sup>57</sup> geografische beperking van vestigingsvergunningen,<sup>58</sup> spreiding op basis van bevolkingsomvang,<sup>59</sup> een maximaal marktaandeel<sup>60</sup> en de mogelijkheid tot vestiging afhankelijk stellen van economische of sociale behoefte.<sup>61</sup> Mijns inziens laat deze rechtspraak zien dat de toetsing van voorschriften in bestemmingsplannen aan de voorwaarden in artikel 15 van de richtlijn serieus moet worden genomen. Dit sluit overigens niet uit dat deze toets kan worden geïntegreerd in het reeds bestaande nationale kader ter beoordeling van voorschriften in het licht van een goede ruimtelijke ordening.

## 7 De Dienstenrichtlijn en schaarse vergunningen

De toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op de combinatie van verkoop van goederen, zuiver interne situatie en ruimtelijke plannen doet de vraag rijzen hoe zal moeten worden omgegaan met ruimtelijke plannen waarin beperkt ruimte is voor de vestiging van bepaalde ondernemingen, oftewel schaarste. Is hier sprake van een kwantitatieve of territoriale beperking in de zin van artikel 15 van de richtlijn, die 'slechts' rechtvaardiging behoeft? Of hebben de ruimtelijke voorschriften tevens tot gevolg dat de beschikbare plekken moeten worden

verdeeld op basis van een transparante en onpartijdige procedure?

Vooralsnog bevat het Unierecht hiertoe mijns inziens geen algemene verplichting. Zoals hierboven uiteengezet, beoordeelt het Hof zeer stringent of beperkingen zijn gerechtvaardigd. Dit geldt *a fortiori* als een voorschrift tot gevolg heeft dat het aantal dienstverrichters wordt beperkt. Het is immers vaste rechtspraak dat een dergelijk voorschrift een (extra) belemmering vormt die moet worden gerechtvaardigd.<sup>62</sup> In dit verband geldt dat van tevoren duidelijk moet zijn via welke procedure een onderneming toestemming kan vragen om bepaalde ruimte te benutten. Vergunningscriteria moeten helder en ondubbelzinnig zijn geformuleerd en willekeurig gebruik van de beslissingsbevoegdheid moet worden voorkomen. Het Hof heeft tot op heden evenwel *niet* geoordeeld dat spreidingsplannen tot gevolg hebben dat een selectie moet worden gemaakt uit gegadigden volgens een transparante en onpartijdige selectieprocedure. Dit zou wellicht anders kunnen zijn als het aantal beschikbare vergunningen daadwerkelijk wordt beperkt, zoals in de zaak *Betfair* het geval was in het kader van kansspelen.<sup>63</sup> Zo bevat de Dienstenrichtlijn in de artikelen 11 en 12 twee voorschriften die specifiek zien op de situatie waarin het aantal beschikbare vergunningen beperkt is.<sup>64</sup> In het nationale recht is het begrip 'schaarse vergunning' ontwikkeld. Om gelijke kansen te realiseren moet het bestuur een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria.<sup>65</sup> Deze eis is gebaseerd op de uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie voortvloeiende transparantieplichting. Binnenkort zal de Afdeling nader ingaan op dit vraagstuk. Op 9 februari 2018 heeft de Afdeling aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven een conclusie gevraagd over schaarse publieke rechten bij ruimtelijke besluiten.<sup>66</sup> Wellicht dat Visser Vastgoed daarbij een aanknopingspunt kan bieden.

## 8 Dienstenrichtlijn 2.0: bestemming bereikt?

Het afgelopen decennium is in Nederland gezocht naar houvast als het gaat om het exacte toepassingsbereik van

55. Zaak C-297/16, *CMVRO*, ECLI:EU:C:2018:141, punt 58; in navolging van A-G Wahl inzake zaak C-297/16, *CMVRO*, ECLI:EU:C:2017:715, punt 71.  
56. Zaak C-384/08, *Attanasio*, ECLI:EU:C:2010:133.  
57. Zaak C-400/08, *Commissie/Spanje*, ECLI:EU:C:2011:172.  
58. Zaak C-293/14, *Hiebler*, ECLI:EU:C:2015:843.  
59. *Gev. zaken C-570/07 en C-571/07, Pérez en Gómez*, ECLI:EU:C:2010:300; zaak C-529/11, *Ottica New Line*, ECLI:EU:C:2013:591.  
60. Zaak C-168/14, *Grupo Itevelesa*, ECLI:EU:C:2015:685.  
61. Zaak C-169/07, *Hartlauer*, ECLI:EU:C:2009:141; zaak C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, ECLI:EU:C:2014:68.

62. Zaak C-169/07, *Hartlauer*, ECLI:EU:C:2009:141, punt 36; *gev. zaken C-570/07 en C-571/07, Pérez en Gómez*, ECLI:EU:C:2010:300, punt 55.  
63. Zaak C-203/08, *Betfair*, ECLI:EU:C:2010:307; vgl. *ABRVs 27 september 2017*, ECLI:NL:RVS:2017:2611.  
64. Art. 12 bepaalt dat indien het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, er een selectieprocedure moet worden toegepast die alle waarborgen van onpartijdigheid en transparantie biedt. Art. 11, zoals uitgelegd door het Hof in de zaak *Trijber en Harmsen*, bepaalt dat vergunningen in dat geval slechts voor beperkte duur mogen worden verleend.  
65. *ABRVs 2 november 2016*, ECLI:NL:RVS:2016:2927.  
66. In de zaak met nummer 201708525/1 ([www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)).

de Dienstenrichtlijn. Door de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Visser Vastgoed hebben we vaste grond onder onze voeten. Mijns inziens is het echter nog te vroeg om te concluderen dat de richtlijn in Nederland haar bestemming heeft bereikt. Het arrest leidt tot nieuwe verplichtingen voor nationale wetgevendende en rechterlijke instanties en bovendien tot nieuwe juridische vraagstukken, onder meer met betrekking tot de systematiek van de verschillende verkeersvrijheden. Voorlopig is de discussie rondom de Dienstenrichtlijn nog niet beëindigd.