



KENNISCENTRUM EUROPA DECENTRAAL

Rechtspraak over de toepassing van de Europese Dienstenrichtlijn

Een handleiding voor decentrale overheden



Deze factsheet geeft decentrale overheden houvast bij het vaststellen van regelgeving die onder de Dienstenrichtlijn valt in overeenstemming met actuele jurisprudentie.

INLEIDING

Deze factsheet geeft decentrale overheden houvast bij het vaststellen van regelgeving die onder de Dienstenrichtlijn valt in overeenstemming met actuele jurisprudentie. De Europese Dienstenrichtlijn is in Nederland omgezet in de [Dienstenwet](#). Twee belangrijke uitspraken van het Europese Hof van Justitie (hierna: het EU-Hof) waren in 2018 de aanleiding voor deze publicatie. De uitspraken hebben betrekking op de vergunningsduur van schaarse vergunningen ([Trijber](#)) en op de toepasbaarheid van de Dienstenrichtlijn bij detailhandel in Nederland ([Visser Vastgoed Beleggingen](#) / [Appingedam](#)).

In de zaak Trijber weigerde de gemeenteraad van Amsterdam een vergunning te verlenen voor de exploitatie van pleziervaart over de grachten. Het EU-Hof oordeelde hier dat vergunningen niet voor onbepaalde tijd kunnen worden verleend als het aantal beschikbare vergunningen beperkt is. In de zaak Visser Vastgoed Beleggingen trachtte de gemeente Appingedam door middel van een brancheringsregeling leegstand in het stadscentrum tegen te gaan. Het EU-Hof oordeelde dat (i) de Dienstenrichtlijn van toepassing is op interne situaties, (ii) detailhandel een dienst is en dat (iii) het bestemmingsplan onder bepaalde voorwaarden de vestiging van detailhandel mag verbieden.

Toen de eerste versie van deze factsheet werd afgerond, had de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) nog geen einduitspraak gedaan in de Appingedam-zaak. Die is er inmiddels wel en vormt de basis voor de behandeling van soortgelijke zaken. De toevoegingen in deze herziene uitgave richten zich met name op deze ontwikkeling.

Deze factsheet geeft een overzicht van relevante jurisprudentie aan de hand van belangrijke recente uitspraken van het EU-Hof en de ABRvS. De factsheet heeft echter niet als doel een historisch overzicht te bieden van Europese jurisprudentie. Zowel beleidsmedewerkers als juristen van decentrale overheden krijgen in de praktijk te maken met de Dienstenrichtlijn. Deze handleiding helpt hen met behulp van relevante passages uit de jurisprudentie op weg bij de juiste toepassing van de richtlijn.

Meer informatie:

[Handreiking Schaarse vergunningen](#) - VNG (november 2018)

[Handreiking Dienstenrichtlijn en ruimtelijke ordening](#). - Ministeries van BZK en EZK (oktober 2019)

Reacties en disclaimer

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.

INHOUDSOPGAVE

- 1** Wanneer is de Dienstenrichtlijn van toepassing?
 - I. Wat wordt er verstaan onder 'diensten'?
 - Uitgezonderde activiteiten
 - II. Welke voorschriften dienen aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst?
 - III. Beïnvloedt het voorschrift de toegang tot of de uitoefening van een dienst?
 - IV. Waar moeten voorschriften onder de Dienstenrichtlijn aan voldoen?
- 2** Onderscheid in schaarse vergunningen
- 3** Voorwaarden voor schaarse vergunningen



1. WANNEER IS DE DIENSTENRICHTLIJN VAN TOEPASSING?

De Dienstenrichtlijn zorgt ervoor dat dienstverleners in de EU zich onbelemmerd in een andere lidstaat kunnen vestigen of tijdelijk diensten kunnen verrichten en schept daartoe een juridisch kader. De richtlijn bevat algemene bepalingen ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten. Hoewel de Dienstenrichtlijn dus een onderscheid maakt tussen vestigingsvergunningen (vergunningstelsels die worden gesteld aan de dienstverrichters die zich in Nederland vestigen) en verrichtingsvergunningen (vergunningstelsels voor dienstverrichting), komt samenloop in de praktijk wel voor. Daardoor moet er soms dus zowel aan de bepalingen over de vrijheid van vestiging als aan de bepalingen over het vrije verkeer van diensten worden getoetst.

Om te bepalen of de Dienstenrichtlijn van toepassing is, zal in dit hoofdstuk jurisprudentie worden besproken aan de hand van een drietal vragen:

- i. Wat wordt er verstaan onder 'diensten'?
- ii. Welke maatregelen dienen aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst?
- iii. Beïnvloedt de maatregel de toegang tot of de uitoefening van een dienst?

I. Wat wordt er verstaan onder 'diensten'?

Om te bepalen of de activiteit onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, geldt als uitgangspunt dat diensten economische activiteiten zijn die gewoonlijk tegen een vergoeding geschieden, zoals bedoeld in art. 57 VWEU. Het begrip 'dienst' in de Dienstenrichtlijn valt dus samen met het begrip dienst in art. 57 VWEU. Dit blijkt zowel uit de verwoording in het artikel, als uit de zaak OSA van het EU-Hof.

58

Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals volgt uit artikel 4, punt 1, van richtlijn 2006/123, het in die richtlijn bedoelde begrip „dienst” samenvalt met het begrip dat wordt bedoeld in artikel 57 VWEU.

OSA ([C-351/12](#))

In de zin van de Verdragen worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voorzover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn.

De diensten omvatten met name werkzaamheden:

- a. van industriële aard,
- b. van commerciële aard,
- c. van het ambacht,
- d. van de vrije beroepen.

Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke die lidstaat aan zijn eigen onderdanen oplegt.

art. 57 VWEU

Het begrip 'vergoeding' uit art. 4 sub 1 Drl en art. 57 VWEU is door het EU-Hof nader gedefinieerd in de zaak Wirth:

15

Zoals het Hof [...] heeft vastgesteld, bestaat het wezenlijke kenmerk van de vergoeding hierin, dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt, welke tegenprestatie gewoonlijk door de dienstverrichter en degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, in onderling overleg wordt vastgesteld.

Wirth (C-109/92)

In deze zaak Wirth betrof het verlenen van cursussen door een hogeschool volgens het EU-Hof niet het verlenen van een dienst. Studenten hoefden hiervoor namelijk slechts schoolgeld te betalen, omdat de cursussen voornamelijk met overheidsmiddelen werden gefinancierd. Bij een dienst gaat het dus in beginsel om een activiteit waarvoor de aanbieder een (financiële) tegenprestatie krijgt. Deze tegenprestatie wordt door de wederpartij of door een derde voor hem verstrekt. Een activiteit die hier niet onder valt is geen dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn.

Uit overweging 33 van de considerans bij de Dienstenrichtlijn volgt daarbij dat het begrip dienst veelomvattend is:

(33)

De diensten waarop deze richtlijn betrekking heeft, betreffen zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten, waaronder zakelijke diensten zoals de diensten van management-consultants, certificering en tests, faciliteitenbeheer, waaronder het onderhoud van kantoren, reclamediensden, de werving van personeel en diensten van handelsagenten. Het gaat bij deze diensten ook om diensten die zowel aan bedrijven als aan particulieren worden verleend, zoals juridische of fiscale bijstand, diensten in de vastgoedsector, zoals makelaarsdiensten, of de bouwsector, met inbegrip van de diensten van architecten, de distributiehandel, de organisatie van beurzen, autoverhuur en reisbureaus. Voorts vallen hieronder consumentendiensten, bijvoorbeeld op het gebied van toerisme, zoals reisleiders, vrijetijdsdiensten, sportcentra en pretparken, en, voor zover zij niet van het werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten, thuiszorg, zoals hulp aan ouderen. Het kan zowel gaan om diensten waarvoor de dienstverrichter en de afnemer zich in elkaars nabijheid dienen te bevinden als om diensten waarvoor de dienstverrichter of de afnemer zich moet verplaatsen of die op afstand kunnen worden verricht, waaronder via internet.

Considerans bij Richtlijn 2006/123

Dit heeft het Hof ook benadrukt in Visser Vastgoed Beleggingen:

89

Voor het overige wordt in overweging 33 van richtlijn 2006/123 beklemtoond 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.

Visser Vastgoed Beleggingen (C-31/16)

In elke zaak dient er daarom te worden beoordeeld of er sprake is van een dienst. Het EU-Hof heeft daarvoor een aantal handvatten gegeven. In het geval dat de dienst wordt gecombineerd met het verkopen van een goed, paste het Hof in eerdere rechtspraak de zwaartepunttheorie toe. Het Hof beoordeelde in dat geval welke activiteit ondergeschikt is aan de andere activiteit. Het Hof neemt in recente rechtspraak echter afstand van deze zwaartepunttheorie. Het uitgangspunt is nu dat activiteiten die in verband staan met het goed zelf, onder het vrij verkeer-regime vallen. Er bestond in Nederland lange tijd discussie over de vraag of detailhandel wel of niet een dienst is. Het Hof heeft detailhandel in goederen in zijn algemeenheid als een dienst aangemerkt in Visser Vastgoed Beleggingen:

97

[...] artikel 4, punt 1, van richtlijn 2006/123 moet aldus worden uitgelegd dat de activiteit bestaande in detailhandel in goederen, voor de toepassing van die richtlijn een „dienst” vormt.

Visser Vastgoed Beleggingen (C-31/16)

De gemeente Appingedam had een bestemmingsplan vastgesteld voor een winkelgebied aan de rand van de stad. Volgens de planregels van de gemeente is het winkelgebied uitsluitend bestemd voor volumineuze detailhandel zoals keukens, meubilair en bouw materiaal. Het vastgoedbedrijf Visser Vastgoed Beleggingen BV mocht van de gemeente in dit winkelgebied dan ook geen pand verhuren aan Bristol BV (een discountketen voor schoenen en kleding). De gemeenteraad onderbouwt de brancheringsregeling door te stellen dat zij leegstand in het stadscentrum wenst te voorkomen om daarmee de leefbaarheid van de stad te beschermen. Het EU-Hof concludeert enigszins onverwachts dat detailhandel in goederen een 'dienst' in de zin van de Dienstenrichtlijn is, omdat het gaat om een economische activiteit die niet in loondienst geschiedt en niet is uitgezonderd van de werkingssfeer van de richtlijn:

88

In het onderhavige geval lijkt het geen twijfel dat de activiteit van detailhandel in het hoofding in de eerste plaats een economische activiteit anders dan in loondienst tegen vergoeding vormt en in de tweede plaats niet valt onder de uitsluitingen van de werkingssfeer van richtlijn 2006/123 bedoeld in artikel 2, leden 2 en 3, van deze laatste. Bovendien worden werkzaamheden van commerciële aard in artikel 57 VWEU uitdrukkelijk vermeld op de niet-uitputtende lijst van verrichtingen die dat artikel als diensten definieert.

[..]

90

Aangezien in het hoofding de handel in goederen aan de orde is, moet er nog op worden gewezen dat overweging 76 van richtlijn 2006/123, onder verwijzing naar de verhouding tussen deze richtlijn en de artikelen 34 tot en met 36 VWEU, betreffende het vrije verkeer van goederen, enkel preciseert dat de beperkingen waarop zij betrekking heeft eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten en niet eisen ten aanzien van de goederen zelf betreffen. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, betreffen de voorschriften van het bestemmingsplan in het hoofding 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.

Visser Vastgoed Beleggingen (C-31/16)

Uitgezonderde activiteiten

De Dienstenrichtlijn is in beginsel van toepassing op alle diensten die dienstverleners in een lidstaat verlenen. Er zijn echter diensten uitgezonderd van de reikwijdte van de richtlijn. In art. 2 Drl geeft de EU-wetgever een lijst van twaalf uitgezonderde activiteiten. Het EU-Hof heeft deze uitzonderingen nader gespecificeerd in zijn rechtspraak. Met name de verdere specificering met betrekking tot vervoersdiensten, gezondheidszorg of sociale zorg is van belang voor de praktijk:

- a. Vervoersdiensten: de technische controle van voertuigen valt volgens het EU-Hof in Grupo Itevelesa onder vervoersdiensten en is dus uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn:

47

[...] Het is juist dat de technische controle van voertuigen een dienst is die met betrekking tot vervoer ondersteunend is. Het gaat echter om een noodzakelijk vereiste voor het verrichten van de hoofdactiviteit, namelijk het vervoer, zoals volgt uit het streven naar verkeersveiligheid dat ten grondslag ligt aan de technische controle van voertuigen.

Grupo Itevelesa (C-168/14)

Onlangs bleek dat de bemiddelingsdienst Uber, een online-applicatie voor taxiriten, tevens als een vervoersdienst moet worden aangemerkt en niet alleen als een internetdienst. Deze dienst valt daarom ook niet binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn volgens het EU-Hof in de zaak Uber:

40

Deze bemiddelingsdienst moet dus worden beschouwd als integrerend deel van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een vervoerdienst, die dus moet worden gekwalificeerd als „dienst op het gebied van vervoer” in de zin van artikel 2, lid 2, onder d), van richtlijn 2006/123 en niet als „dienst van de informatiemaatschappij” in de zin van artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, waarnaar artikel 2, onder a), van richtlijn inzake elektronische handel verwijst.

Uber (C-434/15)

Het passagiersvervoer over water is daarentegen volgens het EU-Hof in de specifieke omstandigheden van de zaak *Trijber* geen vervoersdienst en deze activiteit valt daarom dus wel binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn. *Trijber* vroeg een vergunning aan om passagiers tijdens bedrijfsuitjes of voor feestelijke aangelegenheden per sloep rond te leiden over de Amsterdamse grachten. Het Hof oordeelde als volgt over deze vorm van pleziervaart:

59

Bijgevolg [...] moet worden uitgelegd dat, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, een activiteit zoals die waarvoor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde vergunningsaanvraag is ingediend, die erin bestaat tegen betaling passagiers diensten te verstrekken op een boot tijdens rondleidingen op de binnenwateren van een stad als partyverhuur, geen dienst „op het gebied van vervoer” in de zin van deze bepaling is die buiten de werkingssfeer van die richtlijn valt.

Trijber (C-340/14)

Fietstaxi's kunnen volgens de ABRvS juist wel als een vervoersdienst worden aangemerkt, omdat de hoofdzaak het verstrekken van een vervoersdienst betreft:

5.1

[...] De rechtbank heeft terecht geen grond gezien voor het oordeel dat de Dienstenwet en de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op het aanbieden van alternatief personenvervoer als hier aan de orde. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat het in dit geval gaat om een duurzame vorm van taxivervoer. Hoewel [appellant] heeft toegelicht dat het taxivervoer in de praktijk voornamelijk wordt gebruikt door toeristen, betreft de activiteit in hoofdzaak de verstrekking van een vervoerdienst in de zin van artikel 2, tweede lid, aanhef en onder d, van de Dienstenrichtlijn en niet, zoals bij rondvaartboten, het verschaffen van een aangenaam kader voor het uitvoeren van dat vervoer.

ABRvS 21 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:602)

b. Gezondheidszorg: het EU-Hof heeft in de zaak *Fermabel* drie eisen geformuleerd voor de vaststelling of een zorgactiviteit een dienst van de gezondheidszorg is:

41

In het bijzonder staat het aan deze rechter om na te gaan of de zorgactiviteiten [...] daadwerkelijk tot doel hebben de gezondheidstoestand van bejaarden te beoordelen, te behouden of te herstellen, worden verstrekt door een gezondheidswerker en een hoofdbestanddeel vormen van de totaliteit van de door deze centra verstrekte diensten.

Fermabel (C-57/12)

c. Sociale diensten: het Hof heeft in dezelfde zaak nadere eisen gesteld voor een activiteit om als sociale dienst te worden aangemerkt:

43

De eerste voorwaarde betreft de aard van de uitgeoefende activiteiten. Zoals ook is uitgelegd in het handboek moeten deze met name de hulp en bijstand aan bejaarden betreffen die wegens een volledig of gedeeltelijk gebrek aan onafhankelijkheid permanente of tijdelijke bijzondere behoeften hebben en gevaar lopen te worden gemarginaliseerd. Het gaat met andere woorden om activiteiten die van wezenlijk belang zijn om het grondrecht op menselijke waardigheid en integriteit te verzekeren en een uiting vormen van de beginselen van sociale samenhang en solidariteit.

44

De tweede voorwaarde betreft de status van de verrichter van de diensten, die kunnen worden verstrekt door de staat zelf, door een liefdadigheidsinstelling die als zodanig door de staat is erkend of door een particuliere dienstverrichter die daartoe door de staat is gemachtigd.

Fermabel (C-57/12)

d. Elektronische communicatiediensten en -netwerken: het Hof heeft in de zaak *X BV* uitspraak gedaan over het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn. De zaak betrof een geding over de heffing van leges in verband met de aanleg van een glasvezelnetwerk in de gemeente Amersfoort. Aan de orde was de vraag of deze activiteiten mogelijk onder Richtlijn 2002/21 (de Kaderrichtlijn) of Richtlijn 2002/20 (de Machtigingsrichtlijn) vallen en daarmee niet onder de Dienstenrichtlijn:

80

Uit het voorgaande volgt dat het opleggen van rechten die verschuldigd worden in verband met de rechten van de ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken en -diensten mogen leveren, om kabels voor een openbaar elektronische-communicatienetwerk aan te leggen, een onder de machtigingsrichtlijn vallende aangelegenheid in de zin van artikel 2, lid 2, van richtlijn 2006/123 vormt.

[...]

82

Gelet op het voorgaande moet op de eerste en de derde vraag worden geantwoord dat artikel 2, lid 2, onder c), van richtlijn 2006/123 aldus moet worden uitgelegd dat deze richtlijn niet van toepassing is op rechten die verschuldigd worden in verband met de rechten van de ondernemingen die elektronische communicatienetwerken en -diensten mogen leveren, om kabels voor een openbaar elektronisch communicatienetwerk aan te leggen.

X BV (C-360/15)

II. Welke maatregelen dienen aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst?

De tweede stap, indien is vastgesteld dat de activiteit onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, is om te bepalen op welke nationale maatregelen de Dienstenrichtlijn van toepassing is. Daarbij moet worden opgemerkt dat de richtlijn zowel bepalingen bevat over vergunningsstelsels als over verboden of aan beoordeling onderworpen eisen.

Volgens de Dienstenrichtlijn is een vergunningstelsel 'elke procedure die voor een dienstverlener of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formeel of stilzwijgen besluit over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit' (art. 4 lid 6 Drl). Voorbeelden van vergunningstelsels zijn meldingen, verklaringen van geen bezwaar, certificeringsverplichtingen, concessies, erkenningen, licenties en een verplichting tot inschrijving in een register of rol voordat legaal een dienst mag worden uitgeoefend. Bestemmingsplannen zijn geen vergunningstelsels:

113

Vooraf moet worden bepaald of voorschriften zoals in het hoofdgeding vallen onder het begrip „vergunningstelsel” of onder het begrip „eis” zoals gedefinieerd in respectievelijk artikel 4, punt 6, en in artikel 4, punt 7, van richtlijn 2006/123.

114

Volgens artikel 4, punt 6, van die richtlijn moet voor de toepassing van deze laatste onder „vergunningstelsel” 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.

115

In het onderhavige geval volgt uit de gegevens waarover het Hof beschikt dat het bestemmingsplan in het hoofdgeding niet onder dat begrip valt. Zo dat plan de dienstverrichters de mogelijkheid biedt, een aantal activiteiten in verband met detailhandel uit te oefenen in bepaalde geografische zones, bestaat die mogelijkheid immers niet krachtens een formeel besluit dat is verkregen in het kader van stappen die die dienstverrichters daartoe hadden moeten nemen, maar doordat de gemeenteraad van Appingedam regels met algemene gelding heeft goedgekeurd die in dat plan zijn opgenomen.

Visser Vastgoed Beleggingen (C-31/16)

Uit Visser Vastgoed Beleggingen volgt dat bestemmingsplannen wel voorschriften kunnen bevatten die als eis in de zin van de Dienstenrichtlijn aangemerkt kunnen worden:

124

Na deze precisering moet worden vastgesteld dat de voorschriften in het hoofdgeding, ook al zijn zij, zoals uit de verwijzingsbeslissing volgt, 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, niettemin als specifiek doel hebben om de geografische zones aan te wijzen waar bepaalde activiteiten in verband met detailhandel zich kunnen vestigen. Zij zijn daarmee enkel gericht tot de personen die die activiteiten in die geografische gebieden willen gaan ontwikkelen, met uitsluiting van personen die handelen als particulier.

Visser Vastgoed Beleggingen (C-31/16)

Het begrip 'eis' is in art. 4 sub 7 Drl nader gedefinieerd. Een eis is elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of voortvloeiend uit de rechtspraak. Het begrip eis wordt ook door de Europese Commissie breed uitgelegd. Ten aanzien van eisen is het uitgangspunt dat in beginsel elk (wettelijk) voorschrift van een centrale of decentrale overheidsinstantie een eis kan bevatten in de zin van de Dienstenrichtlijn. Dit kunnen verplichtingen, verbodsbepalingen, voorwaarden of beperkingen zijn. Eisen kunnen ook voortvloeien uit administratieve praktijken. In Nederland is de Dienstenrichtlijn in ieder geval van toepassing op algemeen verbindende voorschriften. Beleidsregels vallen daarentegen alleen onder de Dienstenrichtlijn indien ze effect hebben op de interne markt. De Europese Commissie kijkt bij de beoordeling met name naar het effect dat een maatregel kan hebben. Dit blijkt ook uit de zaak *Säger* van het EU-Hof:

13

Met name mag een lidstaat de verrichting van diensten op zijn grondgebied niet afhankelijk stellen van de inachtneming van alle voorwaarden die voor vestiging gelden, omdat hij daarmee de verdragsbepalingen die het vrij verrichten van diensten moeten verzekeren, ieder nuttig effect zou ontnemen.

Säger (C-76/90)

De Dienstenrichtlijn maakt een onderscheid tussen vergunningstelsels en eisen. Sommige eisen zijn per definitie verboden (art. 14 Drl), andere eisen zijn aan evaluatie onderworpen en mogen alleen worden toegepast indien ze aan de voorwaarden voldoen zoals in art. 15 lid 3 Drl omschreven. Deze aan evaluatie onderworpen eisen moeten non-discriminatoir zijn, noodzakelijk zijn op grond van een dwingende reden van algemeen belang, moeten geschikt zijn om het doel te bereiken en gaan niet verder dan nodig is (evenredigheid).

Het Hof heeft daarnaast in *Visser Vastgoed Beleggingen* overwogen dat er voor de toepassing van de Dienstenrichtlijn, anders dan bijvoorbeeld bij het vrij verkeer van goederen, geen sprake hoeft te zijn van een grensoverschrijdend aspect. De richtlijn is namelijk ook van toepassing indien alle aspecten van een dienst zich binnen in één lidstaat afspelen, in een zogenoemde zuiver interne situatie:

107

Om geen afbreuk te doen aan het nuttig effect van het specifieke rechtskader dat de wetgever van de Unie heeft willen scheppen door richtlijn 2006/123 vast te stellen, moet bijgevolg worden aanvaard, dat de draagwijdte van die richtlijn zich in voorkomend geval verder kan uitstrekken dan strikt volgt uit de bepalingen van het VWEU betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten, onverminderd de op grond van artikel 3, lid 3, van die richtlijn op de lidstaten rustende verplichting om de bepalingen van deze laatste toe te passen overeenkomstig de regels van genoemd Verdrag.

108

De constatering dat de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 ook in zuiver interne situaties van toepassing zijn, wordt ook bevestigd bij onderzoek van de ontstaansgeschiedenis van die richtlijn.

Visser Vastgoed Beleggingen (C-31/16)

III. Beïnvloedt de maatregel de toegang tot of de uitoefening van een dienst?

Overweging 9 stelt dat voorschriften over de toegang tot of de uitoefening van een dienst onder de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn vallen:

(9)

Deze richtlijn is alleen van toepassing op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. Deze richtlijn is derhalve niet van toepassing op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, 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.

Considerans bij Richtlijn 2006/123

De ABRvS heeft dit recent nog overwogen in een zaak waar geen ligplaatsvergunning door de gemeente Vlissingen werd verleend. Ligplaatsvergunningen vallen volgens de ABRvS niet onder de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn:

4.4

Anders dan in de voorliggende zaak ging het in de zaak *Trijber* om een exploitatievergunning voor het verzorgen van rondvaarten en derhalve om een vergunningstelsel met betrekking tot de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit. In die zaak was sprake van voorschriften die die dienstenactiviteit specifiek regelden. In de voorliggende zaak is dit niet het geval. Met het college is de Afdeling voorts van oordeel dat een ligplaatsvergunning niet noodzakelijk is voor de toegang tot en de uitoefening van de dienstenactiviteiten die [appellante] vanuit de haven van Vlissingen wil organiseren. Een ligplaats is voorts feitelijk niet nodig voor het verrichten van deze dienstenactiviteit om passagiers te laten in- en uitstappen. Derhalve is evenmin sprake van een voorschrift dat specifiek van invloed is op de dienstenactiviteit. Bovendien is een ligplaatsvergunning op grond van artikel 2.2 van de Havenverordening vereist in verband met de orde in de havens.

ABRvS 1 februari 2017 ([ECLI:NL:RVS:2017:235](#))

De voorschriften die mogelijk de uitoefening van een dienst kunnen beïnvloeden, vallen onder het bereik van de Dienstenrichtlijn. Er moet wel een direct verband bestaan tussen de regelgeving en de dienstenactiviteit. Wanneer het voorschrift slechts op zeer indirecte wijze effect heeft op een dienst is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing:

122

Die overweging van richtlijn 2006/123 past volledig in het rechtskader zoals dat is vastgelegd door die richtlijn, die, zoals blijkt uit de punten 104 tot en met 106 van het onderhavige arrest, strekt tot opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en van het vrije verkeer van diensten tussen die staten, teneinde bij te dragen tot de verwezenlijking van een echte interne dienstenmarkt.

123

De Richtlijn 2006/123 dient [dus] geen toepassing te vinden 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.

Visser Vastgoed Beleggingen (C-31/16)

In tegenstelling tot eerdere rechtspraak, kan er na *Visser Vastgoed Beleggingen* vanuit worden gegaan dat voorschriften in een bestemmingsplan wel als een eis aangemerkt worden wanneer de voorschriften een beperking vormen voor de vrijheid van vestiging van dienstverrichters of tijdelijke dienstverlening.

IV. Waar moeten voorschriften onder de Dienstenrichtlijn aan voldoen?

Zoals gezegd moeten bestemmingsplannen, voor zover zij binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn vallen, voldoen aan de voorwaarden van art. 15 lid 3 Drl. Dit artikel bepaalt dat dergelijke beperkingen:

- niet mogen discrimineren;
- noodzakelijk moeten zijn;
- en evenredig moeten zijn.

Uit de tussenuitspraak in de *Appingedam*-zaak kan worden afgeleid hoe de ABRvS stapsgewijs nagaat of er in een concreet geval aan deze motivatieplicht is voldaan.

i. Non-discriminatoir

Bestemmingsplannen met voorschriften die eisen stellen omtrent de vestiging van dienstverleners zijn op iedereen in het betrokken gebied in dezelfde mate van toepassing. Hierin wordt doorgaans geen onderscheid gemaakt op basis van, bijvoorbeeld, nationaliteit – ergo, de kans is nihil dat dergelijke eisen in dit soort situaties een discriminatoir element bevatten. Geen van de bestemmingsplannen in de jurisprudentie die in deze factsheet wordt besproken bevat een eis die discriminerend in aard is.

ii. Noodzakelijkheid

Noodzakelijkheid betekent in beginsel dat de eis die de vestiging van een dienstverlener beperkt niet zonder meer mag worden ingevoerd. Aan een dergelijke eis moet namelijk een dwingende reden van algemeen belang ten grondslag liggen.

135

Zoals de advocaat-generaal in punt 147 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan een dergelijk doel van bescherming van het stedelijk milieu, overeenkomstig artikel 4, punt 8, van richtlijn 2006/123, gelezen in samenhang met overweging 40 van deze laatste, een dwingende reden van algemeen belang vormen die een territoriale beperking als die in het hoofdgeding rechtvaardigt.

Visser Vastgoed Beleggingen (C-31/16)

Hiermee bevestigt het Hof dat bescherming van het stedelijk milieu (in casu: het voorkomen van leegstand in de binnenstad) een dwingende reden van algemeen belang kan zijn. Leegstand van de binnenstad is slechts één voorbeeld van bescherming van het stedelijk milieu in de praktijk. In rechtspraak van ABRvS is dit concept vaak op verscheidene manieren vormgegeven. In de onderstaande zaak biedt de rechter enkele voorbeelden over wat voor praktische uitwerkingen er kunnen zijn wat betreft bescherming van het stedelijk milieu:

10.3

De [gemeente]raad heeft zich naar het oordeel van de Afdeling op goede gronden op het standpunt gesteld dat het streven naar zorgvuldig ruimtegebruik, bereikbaarheid, bundeling en de leefbaarheid van kleine stadskernen en het behoud voor de inwoners van de gemeente van een voldoende voorzieningenniveau noodzakelijk is voor de bescherming van het stedelijk milieu, zeker wanneer – zoals geldt voor Maastricht – sprake is van ligging in of nabij een krimpregio.

ABRvS 19 december 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:4195](#))

iii. Evenredigheid

Het vereiste dat een beperking evenredig is, ziet primair toe op de vraag of een minder beperkende eis hetzelfde noodzakelijke doel kan bewerkstelligen. Uit de rechtspraak van het Hof en de ABRvS blijkt dat om evenredigheid vast te stellen, aangetoond moet worden dat de beperking **geschikt** is om het doel te bereiken, en **niet verder gaat dan nodig** is om het doel te bereiken.

(1). Geschiktheid

Geschiktheid van de beperking om het noodzakelijke doel (dwingende reden van algemeen belang) te bereiken, is opgedeeld in twee onderdelen. Zo blijkt dat in de eerste instantie vastgesteld moet worden dat het doel coherent en systematisch wordt toegepast.

12

Zoals volgt uit de rechtspraak van het Hof [van Justitie van de Europese Unie] (bijvoorbeeld het arrest van 10 maart, 2009, Hartlauer Handelsgesellschaft mBH, [ECLI:EU:C:2009:141](#)) is voor het oordeel dat een eis geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken onder meer vereist dat het doel coherent en systematisch wordt toegepast.

ABRvS 20 juni 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:2062](#))

Naast deze zogeheten 'hypocrisietest' moet vastgesteld worden dat de beperking het beoogde doel effectief bereikt.

13.2

[...] Uit de hiervoor genoemde rechtspraak van het Hof [van Justitie van de Europese Unie] volgt dat het aan de regulerende overheid is, in dit geval aan de raad van de gemeente Appingedam, 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.

ABRvS 20 juni 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:2062](#))

Geschiktheid van een beperking bestaat dus uit twee componenten – deze moet coherent en systematisch zijn, en effectief ten opzichte van het doel.

(a). Coherent en systematisch

Het vereiste dat een beperking coherent en systematisch wordt toegepast, heeft zich in rechtspraak vertaald naar het feit dat een beperkende eis niet arbitrair mag worden toegepast. Daarmee kunnen limitatieve opsommingen van wat wel en niet is toegestaan problematisch zijn. In het geding tussen de gemeente Den Haag en de provincie Zuid-Holland bleek dat de provincie niet kon toelichten waarom in de limitatieve opsomming surfplanken en piano's wél, maar kajaks en orgels niet waren toegestaan voor verkoop buiten de periferie.

9.3

De limitatieve opsomming van branches en goederen die in [de planologische regeling] worden toegestaan, impliceert dat het provinciebestuur van de vestiging van deze als uitzondering opgesomde vormen van detailhandel in perifeer gebied geen aantasting van de leefbaarheid en geen leegstand verwacht, maar van de overige vormen van detailhandel wel. Naar het oordeel van de Afdeling heeft het college niet inzichtelijk gemaakt waarom in 9 tweede lid van de [planologische regeling] uitsluitend detailhandel in de daar genoemde branches en goederen is uitgezonderd van het verbod tot vestiging van detailhandel buiten de bestaande centra, maar detailhandel in alle overige branches en goederen niet. Aangenomen mag immers worden dat de verkoop van goederen die in aard en omvang vergelijkbaar zijn met de opgesomde goederen geen wezenlijk andere effecten zal hebben op de stadscentra dan de verkoop van de opgesomde goederen. Zo staat het tweede lid de verkoop van bijvoorbeeld surfplanken en piano's in de periferie toe, terwijl kajaks en orgels in bestaande centra moeten worden aangeboden, zonder dat inzichtelijk is dat de verkoop van laatstgenoemde goederen een wezenlijk ander effect op de stadscentra zal hebben dan de verkoop van de eerstgenoemde goederen.

ABRvS 27 maart 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:964](#))

In de zaak *Súdwest-Fryslân* betoogt Sint Antoniusplein B.V. dat een planologische regeling niet coherent en systematisch werd toegepast, omdat de planologische regeling afweek van oudere bestemmingsplannen. Daarover bepaalt de ABRvS dat een wijziging in het beleid op zich niet betekent dat het beleid niet coherent en systematisch wordt toegepast. Een goede indicatie om het nieuwe beleid coherent en systematisch door te voeren is het nemen van voorbereidingsbesluiten te dien einde.

16.3

De Afdeling begrijpt het verweer van de raad aldus dat hij in wezen erkent dat voormelde plannen niet stroken met zijn huidige beleid. Anders dan St. Antoniusplein Vastgoed B.V. lijkt te stellen, kan hieruit nog niet worden afgeleid dat de raad zijn huidige beleid niet coherent en systematisch nastreeft. Dit vereiste staat immers op zichzelf niet in de weg aan een correctie, aanscherping of andere wijziging van het beleid. Het door de raad ter zitting genoemde voornemen van het college om voor deze twee locaties het bedoelde voorbereidingsbesluit te nemen, vormt een concrete indicatie dat het huidige beleid, ook ten tijde van het nemen van het bestreden besluit, coherent en systematisch werd nagestreefd.

ABRvS 28 september 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:2939](#))

(b). Effectiviteit

In de tussenuitspraak van de Appingedam-zaak bepaalt de ABRvS dat om effectiviteit vast te stellen, zowel aannemelijk moet zijn dat een dergelijke maatregel in het algemeen effectief is, als in de specifieke situatie (bijvoorbeeld, de status van Appingedam als krimpregio). Daarmee moet worden gewerkt aan de hand van een analyse van specifieke gegevens en mag niet zonder meer worden uitgegaan van algemene gegevens of tendensen.

13.2

Het lijkt derhalve mogelijk dat – al dan niet als onderdeel van een pakket aan andere maatregelen – een oorzakelijk verband bestaat tussen enerzijds regulering van de vestigingsmogelijkheden voor winkels en anderzijds het behoud van de dynamiek en het oorspronkelijk karakter en daarmee de leefbaarheid van het stadscentrum en het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied. Uit de hiervoor genoemde rechtspraak van het Hof volgt dat aan de regulerende overheid is, in dit geval aan de raad van de gemeente Appingedam, om de ingenomen stelling over 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.

Ter onderbouwing van dit verband heeft de raad zich immers alleen op algemene ervaringsregels beroepen, zonder daarnaast onderzoeksgegevens of andere gegevens over te leggen waarmee de gestelde gevolgen van vestigingsmogelijkheden ter plaatse van het Woonplein van het winkelaanbod en de leegstand in het centrum van Appingedam aannemelijk worden gemaakt. De raad had bijvoorbeeld resultaten van onderzoek naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau, of gegevens ontleed aan koopstromenonderzoek, voor zover deze onderzoeken toepasbaar zijn op de specifieke situatie in Appingedam, in ogenschouw kunnen nemen. Daarbij had de raad rekening kunnen houden met beschikbare (onderzoeks)gegevens over de effecten van detailhandelsbeleid in krimpregio's, zoals de regio waarin Appingedam is gelegen, en – indien voorhanden – meer in het bijzonder de effecten van branchering in dergelijke regio's. De raad heeft dit echter nagelaten. Aldus ontbreekt een analyse van de geschiktheid van de door de raad genomen maatregel en ontbreken specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog over de geschiktheid van de getroffen maatregel.

ABRvS 28 september 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:2939](#))

Er zijn echter gevallen waar een analyse aan de hand van specifieke gegevens niet mogelijk is. Daar is in beginsel een niet kwantificeerbare analyse toegestaan. Een voorbeeld daarvan kan zijn dat een gemeente de sociale functie van een plein wil beschermen en daarom een gesloten gevel niet toelaat. Waar een koopstromenonderzoek met cijfers kan laten zien wat voor effect bepaalde maatregelen hebben, zijn dergelijke cijfers niet beschikbaar om de sociale functie te duiden (vgl. Supermarkten Centrum Duiven [ECLI:NL:RVS:2019:4101](#)).

De Afdeling voegt daaraan toe dat in die gevallen waarin sprake is van niet te kwantificeren beperkingen weliswaar geldt dat het Hof ter invulling van het vereiste van een analyse met specifieke gegevens een onderbouwing verlangt maar dat hoeft niet in alle gevallen te geschieden door te kwantificeren onderzoeksgegevens [...] De analyse en specifieke gegevens dienen dan afgestemd te zijn op de aard van de betrokken beperking. Onverminderd geldt dat ook die specifieke gegevens de afdeling in staat moet stellen om objectief te beoordelen of de beperking evenredig is.

ABRvS 28 september 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:4101](#))

Een maatregel slaagt al voor de evenredigheidsstoets indien deze kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling. Het is niet noodzakelijk dat de maatregel zelfstandig deze doelstelling verwezenlijkt. Anders zou namelijk voor elke (geringe) beperking aannemelijk moeten worden gemaakt door middel van een analyse met specifieke gegevens dat daar sprake van is. Dat zou ondermijning van nagestreefde doelen eenvoudig maken: steeds toestemming vragen voor geringe uitbreidingen (de zogeheten 'salamittactiek') zou dan uiteindelijk leiden tot een situatie die tegengesteld is aan wat wordt nagestreefd.

(2). Mogelijkheid tot minder beperkende maatregelen

Een beperking moet voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste. In andere woorden wil dit zeggen dat de beperking niet verder gaat dan nodig is, en vastgesteld moet worden of er geen andere, minder beperkende eisen voorhanden zijn.

Zoals eerder vermeld heeft de Afdeling in haar tussenuitspraak van 20 juni 2018, Visser Vastgoed, uit de rechtspraak van het Hof afgeleid dat het onderzoek in het kader van artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn moet geschieden aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Dit geldt ook voor de toets of de maatregel niet verder dan nodig is en of er geen andere, minder beperkende maatregelen beschikbaar zijn.

ABRvS 28 september 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:2939](#))

Voor elke beperking zullen minder beperkende maatregelen een alternatief kunnen zijn. In theorie zou dat kunnen betekenen dat een kwantificeerbare onderbouwing van alle mogelijke minder beperkende alternatieven moet worden gegeven. In Scotch Whiskey legt het Hof echter wel uit dat die bewijslast niet onnodig zwaar mag worden uitgelegd.

Deze bewijslast kan echter niet zo zwaar zijn dat de bevoegde nationale autoriteiten, indien zij een nationale regeling tot invoering van een maatregel als de [maatregel in kwestie] vaststellen, positief moeten aantonen dat het legitieme doel dat wordt nagestreefd niet met andere denkbare maatregelen kan worden bereikt onder dezelfde omstandigheden.

Scotch Whisky ([C-333/14](#))

Belangrijk is dat, enkel omdat een eis evenredig is in de zin van de Dienstenrichtlijn, de eis niet ook per definitie evenredig is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In de Amsterdam Cheese Company-zaak was de beperking van de toegang tot de uitoefening van de dienstenactiviteit niet onevenredig onder de Dienstenrichtlijn. Echter, de handhaving van die beperking was wél onevenredig in de zin van de Awb. Uiteindelijk oordeelde de rechter dat het besluit op bezwaar van de gemeente Amsterdam vernietigd moest worden, waarbij het nationale evenredigheidsbeginsel de doorslag gaf.

21.1

[...] De evenredigheid van het gebruikswijzigingsverbod als zodanig is in de hiervoor opgenomen overwegingen beoordeeld in het licht van artikel 14, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn. Daarbij is geconcludeerd dat het verbod als zodanig een gerechtvaardigde en evenredige beperking is van het vrij verrichten van diensten. Deze algemene conclusie laat echter onverlet dat het verbod in een concrete situatie onevenredig kan zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen als bedoeld in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb.

ABRvS 19 december 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:4173](#))



2. ONDERSCHIED IN SCHAARSE VERGUNNINGEN

Wanneer een vergunning onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, wordt de verdere vergunningverlening beïnvloed. Bestuursorganen kunnen vergunningstelsels instellen, maar er moet op grond van art. 9 Drl wederom aan een drietal voorwaarden zijn voldaan.

- Het stelsel mag geen discriminerende werking hebben;
- Het stelsel moet gerechtvaardigd zijn op grond van een dwingende reden van algemeen belang, en;
- Er moet geen andere, minder ingrijpende mogelijkheid zijn om het doel te kunnen bereiken (evenredigheidstoets).

De Dienstenrichtlijn maakt een onderscheid tussen zogeheten schaarse en niet-schaarse vergunningen. Niet-schaarse vergunningen kunnen, in tegenstelling tot schaarse vergunningen, onbeperkt worden verleend. Dit onderscheid is van belang, omdat het aantal af te geven vergunningen mede bepaalt aan welke voorschriften een vergunningstelsel dient te voldoen. Bij schaarse vergunningen is er sprake van een beperkt aantal te verlenen rechten. De Dienstenrichtlijn maakt een onderscheid tussen twee vormen van schaarste: natuurlijke schaarste en beleidsmatige schaarste. Dit onderscheid is echter in de loop der jaren enigszins vervaagd, onder meer omdat volgens recente rechtspraak van het EU-Hof beide vormen van schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd kunnen worden verleend.[1]

Er is sprake van natuurlijke schaarste wanneer het aantal beschikbare vergunningen is beperkt door schaarste van natuurlijke hulpbronnen of technische hulpmiddelen. In dat geval moeten de vergunningen op grond van art. 12 Drl, nadat een selectieprocedure is gevolgd die aan de voorwaarden voldoet, voor beperkte tijd worden verleend. Beleidsmatige schaarste ontstaat wanneer een bestuursorgaan het aantal te verlenen vergunningen beperkt op grond van een dwingende reden van algemeen belang. In dat geval zijn de algemene bepalingen art. 10, 11 en 13 Drl van toepassing. Het is uiteindelijk aan de nationale rechter om te bepalen of het aantal vergunningen noodzakelijkerwijs is beperkt door de schaarste van natuurlijke hulpbronnen of dat het beleidsmatige redenen betreft. Bij deze beoordeling is het van belang op welk overheidsniveau een vergunning wordt afgegeven. Volgens het EU-Hof in de zaak *Promoimpresa* is het een aanwijzing voor natuurlijke schaarste als vergunningen op gemeentelijk niveau worden afgegeven in plaats van op nationaal niveau:

43

Wat meer specifiek de vraag betreft of het aantal vergunningen voor die concessies noodzakelijkerwijs beperkt is door schaarste van de natuurlijke hulpbronnen, staat het aan de nationale rechter om na te gaan of aan die voorwaarde is voldaan. In dit verband moet het feit dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde concessies niet op nationaal maar op gemeentelijk niveau zijn verleend, met name in aanmerking worden genomen om te bepalen of de voornoemde zones die economisch kunnen worden geëxploiteerd, beperkt zijn in aantal.

Promoimpresa (C-458/14)

Uit ditzelfde arrest volgt ook dat het geografische gebied waarin de natuurlijke schaarste plaatsvindt ruim moet worden uitgelegd:

42

De in de hoofdgedingen aan de orde zijnde concessies hebben betrekking op natuurlijke hulpbronnen in de zin van artikel 12 van richtlijn 2006/123, aangezien de betrokken domeinzones hetzij aan de oevers van het Gardameer hetzij aan de Italiaanse kust zijn gelegen.

Promoimpresa (C-458/14)

[1] M.R. Botman, Gemeentestem 2017, 3, p. 8.

Voorbeelden van vergunningen met beleidsmatige schaarste zijn vergunningen voor kansspelen (ABRvS 2 november 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:2927](#)) of vergunningen voor rondvaartboten en pleziervaart (Trijber, [C-340/14](#)):

64

In casu blijkt uit de formulering van de gestelde vraag als zodanig dat de verwijzende rechter reeds heeft geconstateerd dat de door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling gestelde voorwaarde volgens welke het aantal voor de uitoefening van de betrokken activiteit verleende vergunningen wordt beperkt, doelstellingen nastreeft die dwingende redenen van algemeen belang in de zin van artikel 4, punt 8, van richtlijn 2006/123 vormen, namelijk de bescherming van het milieu en de openbare veiligheid.

Trijber ([C-340/14](#))



3. VOORWAARDEN VOOR SCHAARSE VERGUNNINGEN

Art. 10 t/m 13 Drl stelt specifieke eisen aan de wijze waarop schaarse vergunningen moeten worden verleend. Deze kunnen worden onderverdeeld in drie verschillende (hoofd)voorwaarden:

- geen verlening voor onbepaalde tijd;
- een passende mate van openbaarheid, en;
- geen beperkingen in de mededingingsruimte.

Het EU-Hof heeft deze drie voorwaarden nader gespecificeerd in een aantal uitspraken. Deze worden hieronder besproken:

Verlening voor bepaalde duur

In beginsel dienen vergunningen voor een onbepaalde tijd te worden verleend (art. 11 Drl). Echter in het geval van schaarse vergunningen moet de tijdsduur van een vergunning wel bepaald zijn:

8

Uit deze rechtsnorm [die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen] vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, doch alleen tijdelijk kunnen worden verleend. De vergunninghouder wordt immers bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt.

ABRvS 2 november 2016 ([ECLI:NL:RVS:2016:2927](#))

Ook schaarse vergunningen op grond van beleidsmatige overwegingen dienen een beperkte looptijd te hebben. Dit volgt onder andere uit de zaak *Trijber* van het EU-Hof:

62

Hieruit volgt dat wanneer het aantal beschikbare vergunningen om een dergelijke dwingende reden van algemeen belang beperkt is, deze vergunningen evenwel een beperkte geldigheidsduur moeten hebben.

Trijber ([C-340/14](#))

Van het vereiste dat een vergunning voor een passende beperkte duur dient te worden verleend, kan het bestuursorgaan niet afwijken (*Promoimpresa*, [C-458/14](#)). Een recent voorbeeld uit de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van beleidsmatig schaarse vergunningen is de verlening van kampeervergunningen voor onbepaalde tijd (ABRvS 16 maart 2018):

6.5

Uit het arrest van het Hof van Justitie van *Trijber* en *J. Harmsen* volgt dat artikel 11, lid 1, onder b, van de Dienstenrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat de bevoegde nationale instanties vergunningen voor onbepaalde tijd verlenen voor de uitoefening van een activiteit zoals die welke aan de orde is in het hoofdgeding, terwijl het aantal door deze instanties daartoe verleende vergunningen beperkt is om dwingende redenen van algemeen belang.

ABRvS 16 maart 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:902](#))

Wat is dan een passende geldigheidsduur voor een vergunning van beperkte duur? De considerans bij de Dienstenrichtlijn geeft een indicatie. Die zal echter voor elk concreet geval anders zijn. Er moet namelijk rekening worden gehouden met de terugverdientijd van de investeringen die de dienstverrichter moet maken:

(62)

Wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is wegens een schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden, moet een selectieprocedure worden vastgesteld om uit verscheidene gegadigden te kiezen, teneinde via de werking van de vrije markt de kwaliteit en voorwaarden van het dienstenaanbod voor de gebruikers te verbeteren. Deze procedure moet transparant en onpartijdig zijn en de verleende vergunning mag niet buitensporig lang geldig zijn, automatisch worden verlengd of enig voordeel toekennen aan de dienstverrichter wiens vergunning net is komen te vervallen. In het bijzonder moet de geldigheidsduur van de vergunning zodanig worden vastgesteld dat de vrije mededinging niet in grotere mate wordt belemmerd of beperkt dan nodig is met het oog op de afschrijving van de investeringen en een billijke vergoeding van het geïnvesteerde kapitaal. Deze bepaling belet de lidstaten niet het aantal vergunningen te beperken om andere redenen dan de schaarste van de natuurlijke hulpbronnen of de technische mogelijkheden. Op deze vergunningen zijn in elk geval de overige bepalingen van deze richtlijn inzake het vergunningstelsel van toepassing.

Considerans bij Richtlijn 2006/123

Uit deze overweging volgt dat op grond van de Dienstenrichtlijn geen algemene termijn ten aanzien van de duur van schaarse vergunningen kan worden gegeven. De duur van de vergunning dient de houder van een vergunning immers in staat te stellen om een billijke vergoeding van het geïnvesteerde kapitaal te verkrijgen. Daarbij zullen de hoogte van de investeringen en de bijbehorende terugverdientijden naar alle waarschijnlijkheid van geval tot geval en activiteit tot activiteit verschillen. Om tot een redelijke passende duur van de vergunning te komen, dient de gemeente zich dan ook goed te verdiepen in de activiteiten waarop de vergunning betrekking heeft. Het (laten) verrichten van marktonderzoek kan daarbij de benodigde duidelijkheid bieden en lijkt in dezen haast essentieel.

Passende mate van openbaarheid

In het geval van beleidsmatig schaarse vergunningen mag het bestuursorgaan niet afwijken van de eis van een toereikende bekendmaking. Dit vereiste kan worden onderverdeeld in een drietal concrete voorwaarden. Hieronder wordt ingegaan op de transparantieverplichting, verdelingscriteria en de mogelijkheid voor belangstellenden om beroep in te kunnen stellen.

✓ *Transparantieverplichting*

De transparantieverplichting heeft tot doel dat alle belanghebbenden kunnen meedingen naar de schaarse vergunning. Uit onder meer de zaak *Sporting Exchange* volgt dat het gemeentelijk bestuur voorafgaand aan de verdeling van een schaars recht een passende mate van openbaarheid moet bieden (transparantieverplichting), zodat het recht ook daadwerkelijk voor concurrentie openstaat:

41

Zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbesteding moet worden uitgeschreven, houdt deze transparantieverplichting in dat de concessieverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen, zodat de openbaredienstenconcessie voor mededinging openstaat en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

Sporting Exchange (C-203/08)

Op grond van de transparantieverplichting dient het bestuursorgaan een passende mate van openbaarheid toe te passen met betrekking tot de beschikbare schaarse vergunningen, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria:

8

[...] dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

ABRvS 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927)

In een zaak met betrekking tot het verlenen van een vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal wees de burgemeester van Vlaardingen de aanvraag van een speelautomatenbedrijf af, omdat de vergunning reeds vergeven was. Deze vergunningsprocedure was volgens de ABRvS niet transparant verlopen:

14

Voorts heeft de burgemeester gehandeld in strijd met de transparantieplichting door niet tijdig en adequaat bekend te maken dat en gedurende welke periode een aanvraag voor een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal kon worden ingediend, welke eisen daaraan werden gesteld en welke verdelingsmaatstaven zouden worden gehanteerd.

ABRvS 2 november 2016 ([ECLI:NL:RVS:2016:2927](#))

✓ *Vereisten criteria*

Om ervoor te zorgen dat de bevoegdheid van de autoriteiten niet willekeurig worden gebruikt, moeten de verdelingscriteria objectief, duidelijk geformuleerd, niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn. Daarbij moeten de criteria op gelijke wijze worden toegepast. Deze eisen volgen onder meer uit de zaak Sporting Exchange:

50

Wil een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen gerechtvaardigd zijn, niettegenstaande het feit dat het aan een fundamentele vrijheid derogeert, dan moet het volgens vaste rechtspraak immers zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, waardoor een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten opdat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt.

Sporting Exchange ([C-203/08](#))

✓ *Beroep in rechte*

Daarnaast volgt ook uit dezelfde zaak dat belanghebbenden de mogelijkheid moeten hebben om beroep te kunnen instellen:

50

[...] Bovendien moet elke persoon die wordt geraakt door een restrictieve maatregel die op een dergelijke derogatie is gebaseerd, een beroep in rechte kunnen instellen.

Sporting Exchange ([C-203/08](#))

Het beperken van concurrentie

In sommige gevallen mag het bestuursorgaan de mededingingsruimte beperken door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet. Wel moet er dan aan een aantal voorwaarden zijn voldaan:

8

De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, in dit geval de gemeentelijke verordening, of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.

ABRvS 2 november 2016 ([ECLI:NL:RVS:2016:2927](#))

Echter, ook in dat geval dient het bestuursorgaan volgens het EU-Hof in de zaak *Trijber* de vergunning voor bepaalde tijd te verlenen en het transparantiebeginsel in acht te nemen:

66

[...] artikel 11, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/123 aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat de bevoegde nationale instanties vergunningen voor onbepaalde tijd verlenen voor de uitoefening van een activiteit zoals die welke aan de orde is in het hoofdeding, terwijl het aantal door deze instanties daartoe verleende vergunningen beperkt is om dwingende redenen van algemeen belang.

Trijber ([C-340/14](#))

Kenniscentrum Europa decentraal

Nassaulaan 12

Postbus 30435

2500 GK Den Haag

t 070 - 338 1090

e info@europadecentraal.nl

i www.europadecentraal.nl



@EUdecentraal



company/kenniscentrum-europa-decentraal