

# De werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn in Nederland: is aanvullende implementatie wenselijk?

NTB 2016/17

## 1. Inleiding

De Dienstenrichtlijn<sup>2</sup> staat weer volop in de belangstelling.<sup>3</sup> De directe aanleiding hiervoor zijn de prejudiciële vragen die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft gesteld in de zaken *Trijber* en *Harmsen*. Op 27 januari 2016 heeft de Afdeling in deze zaken einduitspraak gedaan.<sup>4</sup> Uit de uitspraken blijkt dat een Nederlandse ondernemer in bepaalde omstandigheden een geslaagd beroep kan doen op de bepalingen uit de Dienstenrichtlijn en dat dit gevolg kan hebben voor Nederlandse vergunningstelsels. De uitspraken zijn in het bijzonder van belang voor de vraag wat de reikwijdte van de Dienstenwet is en meer in het bijzonder of de Dienstenrichtlijn uitsluitend van toepassing is bij een geschil met grensoverschrijdende elementen en zo ja, wanneer daarvan sprake is. In dit artikel staat deze vraag centraal. Daartoe zal ik eerst kort de casus en rechtsvraag van beide zaken schetsen (paragraaf 2). Vervolgens zal ik nader ingaan op de werkingssfeer van (hoofdstuk III van) de Dienstenrichtlijn (paragraaf 3) en de implementatie van de richtlijn in de Dienstenwet (paragraaf 4).<sup>5</sup> Op basis van deze analyse kom ik tot de conclusie dat een aanvullende en andere implementatie van de Dienstenrichtlijn in de Dienstenwet of Algemene wet bestuursrecht wenselijk is (paragraaf 5).

## 2. Casus en rechtsvragen

### 2.1 De casus: bootvervoer en raamprostitutie

De eerste uitspraak van de Afdeling betreft bootvervoer over de Amsterdamse grachten. De heer *Trijber* heeft een exploitatievergunning aangevraagd bij het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam ('college') voor passagiersvervoer over water. Deze vergunning was nodig om met een open sloep tegen betaling passagiers over de Amsterdamse grachten rond te mogen leiden, bijvoorbeeld voor een bedrijfsuitje of een feestje. Deze aanvraag is door het college in 2011 geweigerd op grond van het zogenaamde 'volumebeleid'. Dit beleid hield in dat het college het aantal

beschikbare vergunningen heeft gemaximeerd om de belangen van de ruimtelijke ordening, de veiligheid, het milieu en de vlotte en veilige doorvaart te beschermen. Buiten het moment van een uitgifteronde om werden alleen vergunningen verleend voor een bijzonder initiatief of innovatief vervoersconcept. Ten tijde van de aanvraag van *Trijber* was de laatste uitgifteronde voor exploitatievergunningen in 2006 geweest en waren alle verleende vergunningen voor onbepaalde tijd verleend. Het college weigerde een vergunning aan *Trijber* te verlenen, omdat de aanvraag van *Trijber* was gedaan buiten het moment van een uitgifteronde. Ook was zijn boot volgens het college geen bijzonder initiatief en zijn vervoersconcept niet innovatief. Het bezwaar- en beroepschrift van *Trijber* zijn ongegrond verklaard. In hoger beroep bij de Afdeling betoogt *Trijber* onder meer dat het volumebeleid in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Artikel 11 van de Dienstenrichtlijn bepaalt namelijk dat vergunningen voor bepaalde tijd moeten worden verleend, tenzij het aantal beschikbare vergunningen is beperkt door een dwingende reden van algemeen belang.

De tweede zaak ziet eveneens op een exploitatievergunning, namelijk op de weigering van de burgemeester van Amsterdam van de door *Harmsen* ingediende aanvraag voor het mogen exploiteren van een raamprostitutiebedrijf. *Harmsen* exploiteert al een dergelijk bedrijf, maar wil een vergunning voor twee extra raamprostitutiebedrijven. Deze vergunning wordt geweigerd, omdat uit diverse rapporten en processen-verbaal over het bestaande raamprostitutiebedrijf van *Harmsen* is gebleken dat *Harmsen* kamers in dagdelen verhuurt aan Hongaarse en Bulgaarse prostituees die bij de intakeprocedure niet in een voor *Harmsen* begrijpelijke taal konden communiceren. Hiermee voldeed *Harmsen* volgens de burgemeester niet aan het zogenaamde 'taalvereiste'. Dit taalvereiste heeft als doel om misstanden in de branche te voorkomen. Aan de weigering is daarom ten grondslag gelegd dat *Harmsen* de exploitatie van de twee nieuwe raamprostitutiebedrijven niet met zodanige waarborgen zal omkleden dat geen strafbare feiten zullen plaatsvinden. Ook hier is het bezwaar en beroep ongegrond verklaard. In hoger beroep komt de vraag aan de orde of het taalvereiste in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn bepaalt namelijk dat vergunningstelsels moeten zijn gebaseerd op criteria die onder andere: (i) gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang; en (ii) evenredig zijn met die reden van algemeen belang.

Bij uitspraken van 9 juli 2014 heeft de Afdeling prejudiciële vragen gesteld.<sup>6</sup> De Afdeling wilde weten in hoeverre het

1 Mr. dr. A. Drahmman is advocaat bij Stibbe en universitair docent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is afgerond op 7 april 2016.

2 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

3 Zie ook het verslag van de voorjaarsvergadering van de VAR en NVER over de Dienstenrichtlijn: T.W.A. Weber, 'Vijf jaar Dienstenrichtlijn in de praktijk: hoe dienstig kunnen we het maken?', *NTB* 2015/24.

4 ABRvS 27 januari 2016, 201300761/2/A3 en 201208190/2/A3, *Gst.* 2016/48 m.nt. B. Hessel.

5 Volledigheidshalve merk ik hier op dat over de arresten van het Hof van Justitie ook een artikel van mij is gepubliceerd in *Gst.* 2016/13. In dat artikel heb ik geprobeerd enkele praktische handvatten te geven aan gemeentelijke juristen. In dit artikel ga ik in op een andere vraag, namelijk of deze zaken consequenties zouden moeten hebben voor de wijze waarop in Nederland de Dienstenrichtlijn is geïmplementeerd.

6 ABRvS 9 juli 2014, *AB* 2014/450, m.nt. M.R. Botman (*Harmsen*) en ABRvS 9 juli 2014, *AB* 2015/13, m.nt. A. Drahmman (*Trijber*).

volumebeleid en taalvereiste in overeenstemming zijn met de Dienstenrichtlijn en belangrijker: of de Dienstenrichtlijn wel van toepassing was in deze zaken. Op 1 oktober 2015 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (“Hof van Justitie” of “Hof”) de gestelde vragen beantwoord<sup>7</sup> en op 27 januari 2016 heeft de Afdeling einduitspraak gedaan.<sup>8</sup>

## 2.2 Toepassing van de Dienstenrichtlijn: geen zuiver interne situatie

In beide zaken heeft de Afdeling de prejudiciële vraag gesteld of de Dienstenrichtlijn wel van toepassing is. De Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten zijn immers niet van toepassing in zuiver interne situaties. De Afdeling wilde weten of dit ook geldt voor een beroep op de Dienstenrichtlijn, nu deze richtlijn het vrije dienstenverkeer beoogt te harmoniseren. Relevant hierbij is ook dat er een verschil tussen hoofdstuk III van de richtlijn (over de vrijheid van vestiging) en hoofdstuk IV (over het vrij verrichten van diensten) is, of althans lijkt te zijn. Artikel 16 lid 1 (in hoofdstuk IV) bepaalt namelijk dat lidstaten: “het recht van dienstverrichters om diensten te verrichten *in een andere lidstaat* dan die waar zij gevestigd zijn [curs. AD]”, moeten eerbiedigen. Een dergelijke bepaling over grensoverschrijdendheid is in hoofdstuk III niet opgenomen. De Afdeling wilde weten of hieruit kan worden afgeleid dat ook in een zuiver interne situatie een beroep kan worden gedaan op de bepalingen van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn.<sup>9</sup>

Voor de beantwoording van deze vraag beziet de het Hof allereerst of in de twee zaken wel sprake is van een zuiver interne situatie. Trijber en Harmsen zijn Nederlanders die in Nederland zijn gevestigd en in Nederland een dienst willen verrichten. Alle relevante elementen lijken daarmee geheel in de interne sfeer van een enkele lidstaat te liggen. Het Hof constateert echter dat: (i) van de diensten van Trijber ook gebruik kan worden gemaakt door de burgers van andere lidstaten; en (ii) de vergunningplicht een belemmering kan vormen voor de toegang tot de markt van alle dienstverrichters, inclusief dienstverrichters uit andere lidstaten. In de zaak Harmsen zijn de afnemers van de diensten van Harmsen (de prostituees) inwoners van andere lidstaten. Daarom is volgens het Hof geen sprake van situaties die zuiver intern van aard zijn. Het Hof hanteert hiermee een ruime interpretatie van het vereiste van grensoverschrijdendheid hetgeen – zoals blijkt uit de Trijber-zaak – materiële gevolgen kan hebben voor Nederlandse vergunningstelsels. In paragraaf 3 en 4 van dit artikel zal verder worden ingegaan op de gevolgen van dit oordeel voor de Nederlandse

rechtspraak. Hierna zal eerst nog worden ingegaan op het antwoord van het Hof van Justitie op de andere door de Afdeling gestelde prejudiciële vragen.

## 2.3 Volumebeleid: vergunningverlening voor (on) bepaalde tijd (artikel 11 Dienstenrichtlijn)

Het college heeft in het kader van het volumebeleid exploitatievergunningen voor onbepaalde tijd voor bootvervoer verleend en het bereiken van het vergunningenplafond was mede reden om de aanvraag van de Trijber te weigeren. Vergunningverlening voor onbepaalde tijd is het uitgangspunt van de Dienstenrichtlijn, maar op dit uitgangspunt worden in artikel 11 lid 1 van de Dienstenrichtlijn drie uitzonderingen<sup>10</sup> gemaakt, waaronder de situatie dat het aantal beschikbare vergunningen is beperkt door een dwingende reden van algemeen belang. Deze grond is relevant in de Trijber-zaak. Door het volumebeleid was het aantal beschikbare vergunningen immers beperkt. Het Hof van Justitie kijkt naar de letterlijke tekst van artikel 11 lid 1 van de Dienstenrichtlijn en concludeert dat daaruit volgt dat wanneer het aantal beschikbare vergunningen is beperkt, deze vergunningen een beperkte geldigheidsduur moeten hebben. Aan bestuursorganen kan op dit punt géén beoordelingsbevoegdheid worden gelaten, omdat dat afbreuk zou doen aan het doel van de Dienstenrichtlijn, namelijk het waarborgen van de toegang van dienstverrichters tot de betrokken markt.

De Afdeling heeft vervolgens in de einduitspraak geoordeeld dat het volumebeleid gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang en dat het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt. In zoverre is het vergunningstelsel in overeenstemming met artikel 9 van de Dienstenrichtlijn. Met betrekking tot de geldigheidsduur van de vergunningen had het college in reactie op het arrest nog betoogd dat Trijbers aanvraag alleen zag op de mogelijkheid om buiten de reguliere uitgifterondes een vergunning te verkrijgen. De Afdeling verwerpt dit verweer omdat de aanvraag daarvoor geen aanknopingspunten geeft en het college de aanvraag primair heeft afgewezen met toepassing van het zogenoemde volumebeleid voor de reguliere uitgifterondes. De Afdeling constateert daarom dat het volumebeleid, zoals dat is neergelegd in de Regeling passagiersvervoer te water Amsterdam, op het punt van de geldigheidsduur van de vergunningen in strijd is met artikel 11, eerste lid, van de Dienstenrichtlijn. De Afdeling oordeelt vervolgens dat het college ten onrechte met toepassing van het door hem gevoerde volumebeleid de vergunning heeft geweigerd omdat de aanvraag is gedaan buiten het moment van een uitgifteronde om en het maximum aantal vergunningen reeds was verleend. In de verwijzingsuitspraak had de Afdeling daarnaast al geconstateerd dat het college in de praktijk op

7 HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641, AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman en JB 2015/212, m.nt. A. Looijestijn-Clearie.

8 ABRvS 27 januari 2016, 201300761/2/A3 en 201208190/2/A3, Gst. 2016/48, m.nt. B. Hessel.

9 In deze zaken gelden de regels inzake vestiging (hfdst. III) en niet die betreffende diensten (hfdst. IV). Het is, aldus ook de conclusie van de A-G, vaste rechtspraak dat het onderscheid tussen dienstverrichting en vestiging primair wordt bepaald door de stabiliteit en de continuïteit van de betrokken activiteit, vergeleken bij een activiteit met een tijdelijk karakter. In deze zaken hebben zowel Trijber als Harmsen een duurzame uitoefening van hun activiteiten op het oog, waardoor de regels over de vrijheid van vestiging van dienstverrichters van belang zijn.

10 De eerste uitzondering is als de vergunning automatisch wordt verlengd of alleen afhankelijk is van de voortdurende vervulling van de voorwaarden. De tweede uitzondering is als het aantal beschikbare vergunningen is beperkt door een dwingende reden van algemeen belang. De derde uitzondering is als een beperkte duur is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang.

een inconsistente en niet inzichtelijke wijze uitvoering had gegeven aan de mogelijkheid om buiten een uitgifteronde om vergunning te verlenen. Het college heeft daarom ten onrechte de vergunning geweigerd. Gezien het feit dat het college niet duidelijk heeft kunnen maken waaraan moest zijn voldaan om te worden aangemerkt als een bijzonder initiatief of als een innovatief vervoersconcept, brengt – aldus de Afdeling – een redelijke beleidstoepassing met zich dat het college in dit geval aanleiding had moeten zien de gevraagde exploitatievergunning te verlenen. De Afdeling verklaart om deze reden het hoger beroep en het beroep gegrond en vernietigt de beslissing op bezwaar. Het is nu dus aan het college om een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen. Hierbij zullen zich ongetwijfeld weer nieuwe juridische vragen voordoen, onder andere omdat in 2013 de Verordening op het binnenwater en de Regeling passagiersvervoer zijn gewijzigd. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om (ook) op deze vragen in te gaan.

Voor dit artikel is van belang dat het vergunningstelsel volgens het Hof van Justitie en de Afdeling in strijd was met artikel 11 van de Dienstenrichtlijn, omdat de schaarse vergunningen ten onrechte voor onbepaalde tijd werden verleend. Uit het arrest van het Hof en de uitspraak van de Afdeling blijkt slechts dat de vergunningen niet voor onbepaalde tijd hadden mogen worden verleend. De uitspraken bieden geen houvast voor de vraag welke geldigheidsduur wel toelaatbaar zou zijn geweest. Eerdere arresten van het Hof van Justitie bieden aanknopingspunten om deze vraag te beantwoorden. Uit jurisprudentie over concessieverlening kan worden afgeleid dat de geldigheidsduur afgestemd moet worden op de terugverdiëntijd van de investeringen van de ondernemer.<sup>11</sup> Ook in de nieuwe Concessierichtlijn<sup>12</sup> die op 18 april 2016 in Nederland geïmplementeerd had moeten zijn, is dit uitgangspunt terug te vinden.<sup>13</sup> Voor de geldigheidsduur van schaarse vergunningen zou hierbij aansluiting kunnen worden gezocht. Dit betekent dat een vergunningstelsel met een geldigheidsduur van vijf jaar passend is. Een langere termijn is mogelijk, maar dan zal dit gemotiveerd moeten worden, bijvoorbeeld aan de hand van de investeringen die gedaan moeten worden door de vergunninghouder en de tijd die het kost om deze terug te verdienen.

11 HvJ EU 9 september 2010, C-64/08 (Engelmann).

12 Richtlijn 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten. De richtlijn heeft betrekking op concessies waarvan de waarde gelijk is aan of groter is dan € 5.186.000.

13 Art. 18 van de Concessierichtlijn bepaalt dat de looptijd van concessies moet worden beperkt. Het uitgangspunt is een geldigheidsduur van vijf jaar. Het tweede lid bepaalt dat voor concessies die langer duren dan vijf jaar de maximale looptijd van de concessie wordt beperkt "tot de periode waarin van een concessiehouder redelijkerwijs verwacht mag worden de investeringen die hij heeft gemaakt voor de exploitatie van de werken en diensten, samen met een rendement op geïnvesteerde vermogen terug te verdienen, rekening houdend met de investeringen die nodig zijn om de specifieke contractuele doelstellingen te halen". Voor deze berekening worden zowel de initiële investeringen als de investeringen tijdens de looptijd van de concessie in aanmerking genomen.

## 2.4 Taalvereiste (artikel 10 Dienstenrichtlijn)

Harmsen heeft een beroep gedaan op artikel 10 lid 2 van de Dienstenrichtlijn. Op grond van dit artikellid moeten vergunningstelsels voldoen aan de volgende eisen: a) niet-discriminatoir; b) gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang; c) evenredig met die reden van algemeen belang; d) duidelijk en ondubbelzinnig; e) objectief; f) vooraf openbaar bekendgemaakt; en g) transparant en toegankelijk.

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het evenredigheidsvereiste genoemd onder (c) aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een taalvereiste mits deze voorwaarde geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel van algemeen belang te waarborgen, namelijk te voorkomen dat aan prostitutie gelieerde strafbare feiten worden gepleegd, en niet verdergaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Het Hof hanteert dus een geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets.

De Afdeling constateert in de einduitspraak dat aan deze voorwaarden is voldaan. Het vergunningstelsel is dus niet in strijd met de Dienstenrichtlijn. Dit betekent echter niet dat de uitspraak daarmee niet relevant is voor de Nederlandse bestuursrechtpraktijk. Uit de uitspraak blijkt namelijk dat de Afdeling een beroep op de Dienstenrichtlijn dat wordt gedaan door een Nederlandse aanvrager inhoudelijk behandelt. De vraag wanneer een Nederlandse ondernemer een beroep kan doen op hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn staat verder centraal in dit artikel.

## 3. De werkingsfeer van de Dienstenrichtlijn

### 3.1 Inleiding: is er een verschil tussen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn en de reikwijdte van het VWEU?

Uit het voorgaande blijkt dat het Hof van Justitie in het arrest nog geen duidelijkheid geeft over de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn bij zuiver interne situaties. Zoals gesteld is deze vraag van belang door het verschil in formulering van hoofdstuk III en IV van de Dienstenrichtlijn. In hoofdstuk IV van de richtlijn is immers expliciet opgenomen dat de bepalingen uit dat hoofdstuk gelden voor tijdelijke dienstverrichters uit een andere lidstaat, terwijl deze grensoverschrijdendheid in hoofdstuk III niet als voorwaarde is gesteld. Volgens Botman moet om deze reden per bepaling uit de richtlijn worden bezien in hoeverre het vereiste van grensoverschrijdendheid geldt.<sup>14</sup> De reikwijdte van de richtlijn zou daardoor kunnen verschillen van de reikwijdte van de vrij verkeerbepalingen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU"). Deze Verdragsbepalingen zijn immers niet van toepassing op activiteiten die zich in één enkele lidstaat afspelen. Het Hof van Justitie zal prejudiciële vragen over de uitleg van het VWEU in beginsel niet beantwoorden als sprake is van een zuiver interne situatie. Prechal stelt mijns inziens terecht dat de

14 M.R Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland; De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief*, Den Haag: Bju 2015, p. 250-251.

jurisprudentie van het Hof en de daarin geformuleerde uitzonderingen vooralsnog (te) weinig houvast bieden voor de nationale rechter om te bepalen wanneer sprake is van een zuiver interne situatie.<sup>15</sup>

Het is dus mogelijk dat de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn anders, namelijk ruimer, is dan die van het vrij verkeer van diensten zoals dat is neergelegd in het VWEU. Hoewel betoogd kan worden dat dit niet strookt met het karakter van artikel 49 VWEU, kan daartegen worden ingebracht dat dergelijke verschillen nu eenmaal kunnen ontstaan door Europese harmoniserende maatregelen. De Uniewetgever is immers in tegenstelling tot het Hof van Justitie wel bevoegd om zuiver interne situaties te reguleren.<sup>16</sup> Gelet op dit mogelijke verschil in reikwijdte, wordt in de volgende paragraaf nog uitgebreider stilgestaan bij de reikwijdte van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn. Dit hoofdstuk staat ook centraal in zowel de zaak *Trijber* als *Harmsen*. In dit hoofdstuk III zijn bepalingen opgenomen over de voorwaarden waaronder een vergunningstelsel mag worden ingevoerd (artikel 9), de criteria waarop vergunningstelsels kunnen worden gebaseerd (artikel 10), de vergunningsduur (artikel 11), de selectie van de vergunninghouder (artikel 12), vergunningprocedures (artikel 13) en verboden eisen (artikel 14). Andere verplichtingen, zoals bijvoorbeeld over het dienstenloket, staan niet in hoofdstuk III.

### 3.2 De reikwijdte van hoofdstuk III Dienstenrichtlijn

Het Hof van Justitie is in het *Trijber & Harmsen*-arrest niet toegekomen aan de vraag of hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn in een zuiver interne situatie kan worden ingeroepen. De Afdeling heeft daarom in de zaak *Appingedam* de vraag opnieuw gesteld.<sup>17</sup> Daarnaast heeft ook de Hoge Raad op 5 juni 2015 dezelfde prejudiciële vraag gesteld.<sup>18</sup>

Vooruitlopend op de nog komende arresten van het Hof van Justitie is het interessant om te kijken naar de conclusie van de advocaat-generaal in de zaken *Trijber & Harmsen*. Tegen de stelling dat hoofdstuk III van de richtlijn (ook) toepasselijk is op zuiver interne situaties kan – aldus de advocaat-generaal – worden ingebracht dat een handeling van afgeleid recht (in casu een richtlijn) niet verder kan gaan dan de Verdragsbepalingen. Als Verdragsbepalingen (alleen) op grensoverschrijdende situaties van toepassing zijn, zou dus hetzelfde voor dat afgeleide recht moeten gelden. Ook zou onderscheid gemaakt kunnen worden tussen ‘coördinatie’, ‘onderlinge aanpassing’ en ‘harmonisatie’. De advocaat-generaal voelt echter meer voor een tegenovergestelde visie, namelijk dat hoofdstuk III van de richtlijn ook op zuiver interne situaties van toepassing is. Hij geeft hiervoor de volgende vijf redenen.

Ten eerste lijkt het hem zinloos om het hiervoor genoemde onderscheid tussen de termen ‘coördinatie’, ‘onderlinge

aanpassing’ en ‘harmonisatie’ te maken. Deze termen worden volgens hem door elkaar gebruikt.

Ten tweede staat vast dat de harmonisatie op het gebied van de interne markt in beginsel situaties kan omvatten die niet onder de in het VWEU gegarandeerde fundamentele vrijheden vallen. Hij geeft daarbij als voorbeeld dat de harmonisatie van normen voor producten en diensten, bedoeld om het vrije verkeer daarvan te bewerkstelligen, van toepassing is in de gehele Unie, zonder onderscheid tussen geëxporteerde en in eigen land verkochte producten of diensten.

Ten derde wijst hij op het handboek van de Europese Commissie.<sup>19</sup> In dit handboek staat expliciet dat onder het bereik van het hoofdstuk inzake vestiging zowel de situatie waarin een dienstverrichter zich in een andere lidstaat wil vestigen valt, als de situatie waarin een dienstverrichter zich in zijn eigen lidstaat wil vestigen.

Ten vierde vindt hij steun in een letterlijke en systematische uitlegging van de bepalingen van de richtlijn. Artikel 2, lid 1, van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat de richtlijn van toepassing is “op de diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd”. Daar wordt dus niet verwezen naar een grensoverschrijdende activiteit. Verder verwijzen de bepalingen van hoofdstuk III van de richtlijn (en met name artikel 9 lid 1 van de Dienstenrichtlijn) evenmin naar een grensoverschrijdende activiteit – in tegenstelling tot hoofdstuk IV van de richtlijn (en met name artikel 16 lid 1 daarvan).

Ten slotte kijkt de advocaat-generaal naar de wetgevingsprocedure die aan de vaststelling van de richtlijn is voorafgegaan. Daarin zijn door het Europees Parlement verschillende voorstellen gedaan voor herformulering van artikel 2 van de Dienstenrichtlijn met als doel de werkingssfeer te beperken tot grensoverschrijdende situaties. Geen van deze amendementen is aangenomen. Ook dit wijst erop dat hoofdstuk III van de richtlijn van toepassing is in interne situaties.

De advocaat-generaal komt dan ook tot de slotsom dat de bepalingen van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn ook van toepassing zijn als alle factoren verband houden met één enkele lidstaat. Het is nu afwachten of het Hof van Justitie in de zaak *Appingedam* uitsluitsel zal geven over deze door de Afdeling gestelde vraag en daarbij de conclusie van de advocaat-generaal zal volgen.

### 3.3 Grensoverschrijdend element: “kunnen”

Gelet op de hiervoor genoemde conclusie van de advocaat-generaal is de kans aanzienlijk dat het Hof van Justitie oordeelt dat hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is in zuiver interne situaties. Tot dat moment, of als het Hof desondanks oordeelt dat een grensoverschrijdend element wel is vereist, is de vraag hoe het oordeel uit het *Trijber & Harmsen*-arrest over de grensoverschrijdendheid moet worden geïnterpreteerd. Is het daadwerkelijk voldoende dat van een dienst gebruik kan worden gemaakt door de burgers van andere lidstaten; en dat de vergunningplicht een belemmering kan vormen voor de markttoegang

15 Het Hof van Justitie zal in dat geval zich onbevoegd verklaren, de vraag niet-ontvankelijk verklaren of overwegen dat de vraag niet beantwoord hoeft te worden, aldus Prechal (S. Prechal, ‘Interne situatie en prejudiciële vragen’, *SEW* 2015/178).

16 Botman 2015, p. 252-253.

17 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, *Gst.* 2016/39, m.nt. B. Hessel.

18 HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1467, *BNB* 2015/184, m.nt. S. Bosma.

19 Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, p. 25.



voor dienstverrichters? Aan dit criterium lijkt eenvoudig voldaan te kunnen worden: van vrijwel iedere dienst in Nederland zou wel eens een toerist gebruik kunnen maken. Looijestijn-Clearie noemt het door het Hof gehanteerde criterium om deze reden zelfs enigszins vergezocht. Deze brede uitleg bergt volgens haar het risico in zich dat het begrip geheel betekenisloos wordt.<sup>20</sup>

De Afdeling was kennelijk ook niet tevreden met het antwoord van het Hof en heeft direct op 13 januari 2016 een nieuwe prejudiciële vraag gesteld.<sup>21</sup> De Afdeling wil weten in hoeverre moet komen vast te staan of in andere lidstaten gevestigde ondernemingen daadwerkelijk interesse hebben getoond of zullen tonen voor de dienstverrichting, in dit geval de vestiging van een detailhandelsbedrijf op het Woonplein te Appingedam. Mijns inziens is de eis dat er daadwerkelijk interesse moet zijn getoond een te zware eis, omdat het voor dienstverrichters uit andere lidstaten vaak niet bekend is dat er een vergunning had kunnen worden aangevraagd. Bij schaarse vergunningstelsels – zoals in de Trijber-zaak – wordt er vaak een verdeelprocedure georganiseerd om eenieder de kans te geven mee te kunnen dingen naar de beschikbare vergunningen.<sup>22</sup> Bij niet-schaarse besluiten is de bekendmaking vaak beperkter. Dit is op zich niet problematisch, maar dan moet de vraag in hoeverre een besluit voldoet aan de Dienstenrichtlijn niet afhankelijk worden gemaakt van de vraag of partijen uit andere lidstaten daadwerkelijk interesse hebben getoond.

Steun voor het standpunt dat geen daadwerkelijke interesse getoond hoeft te worden, vind ik ook in het Belgacom-arrest.<sup>23</sup> Dit arrest ziet niet op een vergunning, maar op een concessie.<sup>24</sup> Uit het arrest blijkt echter expliciet dat hetgeen wordt overwogen ook mutatis mutandis van toepassing is op vergunningverlening.<sup>25</sup> Voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang is volgens het arrest niet vereist dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit, maar dat het grensoverschrijdende belang

voortvloeit uit: (i) het economische belang van de overeenkomst (of vergunning); (ii) de plaats van uitvoering ervan; en (iii) de technische kenmerken ervan. Deze drie elementen kunnen volgens mij een goed aanknopingspunt bieden om te bepalen of sprake is van een zuiver interne situatie.<sup>26</sup>

Een alternatief zou kunnen worden gevonden in het, ook door de Afdeling aangehaalde, arrest *Itevelesa*.<sup>27</sup> In dat arrest oordeelt het Hof van Justitie dat omdat “geenszins [kan] worden uitgesloten dat ondernemingen die in andere lidstaten dan het Koninkrijk Spanje zijn gevestigd, interesse hadden of hebben om in deze lidstaat de technische controle van voertuigen te verrichten” het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk is. Een criterium waarbij bezien wordt in hoeverre kan worden *uitgesloten* dat ondernemingen uit andere lidstaten interesse hebben in het verrichten van de dienst, heeft mijn voorkeur boven een toets waarbij er daadwerkelijke interesse moet zijn getoond.

### 3.4 Hoe nu verder?

De beantwoording van de nieuwe prejudiciële vragen van de Afdeling zal nog minstens een jaar op zich laten wachten. Tot die tijd zouden bestuursorganen bij de vraag of de Dienstenrichtlijn van toepassing is de lat niet hoog moeten leggen. Het Hof van Justitie heeft in het Trijber & Harmsen-arrest gekozen voor het woord “kunnen”. Besluitvorming moet dan ook voldoen aan de eisen van de Dienstenrichtlijn, tenzij op voorhand kan worden uitgesloten dat zich een grensoverschrijdende situatie kan voordoen.

Daarbij is ook van belang dat de advocaat-generaal in de zaak van Trijber & Harmsen zich al op het standpunt heeft gesteld dat hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn überhaupt van toepassing is, ook in zuiver interne situaties. De vraag is dan hoeveel toegevoegde waarde het nog heeft om per vergunningverlening te bepalen of sprake is van een grensoverschrijdend element of niet. Dit zou slechts relevant zijn als er wezenlijke materiële verschillen zouden zijn tussen Nederlandse vergunningverlening en vergunningverlening overeenkomstig de Dienstenrichtlijn, waarbij het dan ook nog eens onwenselijk zou zijn dat een Nederlandse vergunningaanvrager een beroep kan doen op die waarborgen uit die Dienstenrichtlijn. Ik acht dit onwaarschijnlijk en (in vrijwel alle gevallen) ook onwenselijk.<sup>28</sup> Ook daarom ligt een ruimte toepassing van de bepalingen uit (hoofdstuk III van) de Dienstenrichtlijn voor de hand. Mocht dit om enigerlei redenen toch niet wenselijk zijn, dan zou bijvoorbeeld aan de hand van de drie hiervoor genoemde elementen uit het Belgacom-arrest gemotiveerd kunnen worden dat geen sprake is van een grensoverschrijdende situatie.

20 HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641, *JB* 2015/212, m.nt. A. Looijestijn-Clearie.

21 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, *Gst.* 2016/39, m.nt. B. Hessel.

22 Over de vraag wanneer er een 'mededingingsplicht' bij de verdeling van schaarse vergunningen voor bestuursorganen geldt, heeft de Afdeling op 1 februari 2016 een conclusie aan de A-G gevraagd (<https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=925>).

23 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, *NJ* 2014/96, m.nt. M.R. Mok en *JAA* 2014/3 en *TA* 2014/6, beide m.nt. A. Drahmman.

24 In essentie is het verschil tussen een concessie en een vergunning/ontheffing dat bij een concessie de concessionaris wordt verplicht de activiteit uit te oefenen (een uitvoeringsplicht), terwijl bij een vergunning/ontheffing slechts een recht wordt verkregen om een bepaalde activiteit te verrichten (een uitzondering op een verbod). Zie ook: A. Drahmman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest', *NTB* 2012/25.

25 Het Hof van Justitie overweegt namelijk “dat het Unierecht de overdragende instantie dezelfde verplichtingen zou opleggen indien de overeenkomst die in het hoofdgeding aan de orde is, de cessionaris niet ertoe zou verplichten om de overgedragen activiteit uit te oefenen, en hierbij dus een vergunning zou worden verleend om een economische activiteit uit te oefenen. Een dergelijke vergunning onderscheidt zich immers niet van een concessieovereenkomst voor diensten, voor zover het gaat om de verplichting om de fundamentele regels van het Verdrag en de daaruit voortvloeiende beginselen in acht te nemen, wanneer marktdeelnemers uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn in de uitoefening van deze activiteit (...)”.

26 Wollenschläger heeft kritiek op dit arrest. Volgens hem wordt in het arrest ten onrechte het onderscheid tussen de vraag of de vrijverkeersbepalingen van toepassing zijn en de vraag of de rechten van een binnenlandse dienstverrichter zijn geschonden door elkaar gehaald (F. Wollenschläger, 'EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure', *REALaw* 2015, afl. 1, p. 205-256, i.h.b., p. 214).

27 HvJ EU 15 oktober 2015, C-168/14 (*Itevelesa e.a.*).

28 Hessel gaat nog een stap verder en stelt dat het onderscheid maken tussen Nederlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten volstrekt onacceptabel is (<https://www.akd.nl/b/Paginas/Nederlandse-dienstverleners-gaan-het-risico-lopen-om-de-voordelen-van-de-Dienstenrichtlijn-te-missen.aspx>).

Ik ben dus voorstander van een ruime uitleg van het begrip grensoverschrijdendheid. Prechal wijst op het risico dat in dat geval het risico van oneigenlijk gebruik van de verdragsvrijheden op de loer licht. Dit risico is reëel, maar de gevolgen ervan acht ik klein. Het bestuursprocesrecht bevat namelijk al voldoende mogelijkheden om een dergelijk misbruik tegen te gaan, zoals het – ook door Prechal – genoemde relativiteitsvereiste.<sup>29</sup> Door dit vereiste kan een Nederlandse dienstverrichter slechts een geslaagd beroep doen op bepalingen die beogen zijn belangen te beschermen. Als een dienstverrichter zelf een vergunning aanvraagt, ligt het voor de hand dat de bepalingen opgenomen in hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn zijn belangen beogen te beschermen. Als een dienstverrichter tegen de vergunningverlening aan een concurrent opkomt, ligt dit genuanceerder.<sup>30</sup> Als bijvoorbeeld een schaarse vergunning wordt verleend voor onbepaalde tijd, dan zou de dienstverrichter in ieder geval een beroep moeten kunnen doen op strijd met artikel 11 van de Dienstenrichtlijn. Het Hof van Justitie heeft immers in het *Trijber & Harmsen*-arrest aangegeven dat het doel dat dit artikel nastreeft is om de toegang van dienstverrichters tot de betrokken markt te waarborgen. Voor andere bepalingen uit de richtlijn kan een vergelijkbare toets worden verricht.

#### 4. Van Dienstenrichtlijn naar Dienstenwet

Trijber en Harmsen hebben een beroep gedaan op de Dienstenrichtlijn. De Dienstenrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Dienstenwet. Gelet op het arrest van het Hof van Justitie van 1 oktober 2015 en de nieuwe prejudiciële vragen van de Afdeling, komt de vraag op of de richtlijn wel juist is geïmplementeerd in Nederland. Het antwoord hierop moet volgens mij gedeeltelijk ontkennend worden beantwoord.

##### 4.1 Reikwijdte Dienstenwet

Artikel 2 lid 1 van de Dienstenwet bepaalt dat het bij of krachtens de Dienstenwet bepaalde slechts van toepassing is op de eisen en vergunningstelsels die onder de reikwijdte van de richtlijn vallen. Daarmee is gekozen voor een dynamische verwijzing. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat hiermee in ieder geval is beoogd om aan te kunnen blijven sluiten bij de uitleg die het Hof van Justitie zou geven aan begrippen als 'dienst' en 'dienstverrichter'. Minder duidelijk is of met deze reikwijdtebepaling ook beoogd is de reikwijdte te beperken tot grensoverschrijdende gevallen. Botman constateert terecht dat de wetsgeschiedenis op dit punt niet eenduidig is. In de memorie van toelichting wordt expliciet gesteld dat het wetsvoorstel zo min mogelijk 'nationale koppen' bevat. Situaties waarbij het voor de hand ligt om de voordelen die de Dienstenrichtlijn met zich brengt ook toe te passen in puur binnenlandse situaties zouden daarom expliciet in de toelichting worden benoemd, zoals

het gebruik van het dienstenloket.<sup>31</sup> In latere kamerstukken wordt echter gesteld dat het openstellen van het dienstenloket voor binnenlandse dienstverrichters geen nationale kop is, omdat het dient ter implementatie van de verplichtingen uit de Dienstenrichtlijn en een ontoelaatbare discriminatie tussen buitenlandse en binnenlandse dienstverrichters voorkomt.<sup>32</sup> De vraag in hoeverre de overige bepalingen van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op binnenlandse dienstverrichters komt in de parlementaire geschiedenis verder niet aan de orde. Nu de wetsgeschiedenis geen duidelijkheid biedt, wijst Botman op de gekozen wetssystematiek. In de tekst van de wet zelf wordt nergens onderscheid gemaakt tussen bepalingen die wel of niet van toepassing zijn op binnenlandse dienstverrichters. Bij de bepalingen over het dienstenloket wordt bijvoorbeeld niet expliciet bepaald dat deze – in tegenstelling tot de andere bepalingen – wel van toepassing is op binnenlandse dienstverrichters. Deze grammaticale uitleg van de wettekst brengt Botman tot de slotsom dat de wetgever ervoor heeft gekozen de Dienstenwet ook van toepassing te laten zijn op binnenlandse dienstverrichters.<sup>33</sup>

Naast de bedoeling van de formele wetgever, is ook de bedoeling van de decentrale wetgever van belang. In de zaken *Trijber & Harmsen* is immers sprake van een gemeentelijke verordening. De VNG heeft in 2008 de model-APV aan de Dienstenrichtlijn getoetst en wijzigingen aangebracht. In de toelichting bij het model wordt expliciet stilgestaan bij het feit dat de Dienstenrichtlijn verschillende regimes kent voor de 'vestiger', de 'tijdelijke grensoverschrijder' en de Nederlandse dienstverrichter. Met betrekking tot de Nederlandse dienstverrichter stelt de toelichting dat de richtlijn in theorie toestaat "dat de overheid aan een Nederlandse dienstverlener zwaardere eisen stelt dan aan een buitenlandse partij, maar dit is in de praktijk en vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid niet wenselijk." De VNG acht het niet gewenst om in de APV een onderscheid aan te brengen tussen verschillende soorten van dienstverleners, omdat een dienstverlener uit een andere lidstaat dan een bevoorrechte positie zou hebben ten opzichte de eigen onderdanen.<sup>34</sup> Het is dan ook interessant om te bezien in hoeverre gemeentelijke verordeningen die met de model-APV in overeenstemming zijn gebracht vergelijkbare overwegingen zijn opgenomen. Hessel wijst daarnaast nog op het screeningsproces dat in Nederland heeft plaatsgevonden ter implementatie van de Dienstenrichtlijn. In de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet is een overzicht opgenomen van de vergunningstelsels en eisen waarop de Dienstenwet in ieder geval van toepassing is. In het kader van deze screening hebben alle ministeries, provincies, gemeenten en waterschappen bezien of hun regelgeving valt binnen de reikwijdte van de Dienstenwet en zo ja, in hoeverre de regelgeving voldoet aan de eisen van de Dienstenwet. In de gescreende regelge-

29 S. Prechal, 'Interne situatie en prejudiciële vragen', *SEW* 2015/178.

30 Zie hierover ook de uitspraak ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, over de correctie van het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht.

31 *Kamerstukken II* 2007/08, 31579, nr. 3, p. 16 en 29.

32 *Kamerstukken II* 2008/09, 31579, nr. 6, p. 9.

33 Botman 2015, p. 416-417.

34 Bijl. 2 bij de VNG-ledenbrief d.d. 26 mei 2008 met kenmerk ECGR/U200800723 Lbr. 08/099. Zie hierover eveneens Hessel in zijn annotatie bij ABRvS 9 juli 2014, *Gst.* 2015/3.

ving wordt geen onderscheid gemaakt tussen Nederlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten. Hessel ziet hierin een argument dat in Nederland zou zijn gekozen voor vrijwillige harmonisatie. De Projectgroep Implementatie Dienstenrichtlijn (PID) zou van mening zijn geweest dat op de zuiver interne dienstverrichters dezelfde versoepelde regelgeving zou moeten worden toegepast als op de grensoverschrijdende vestigende en tijdelijke dienstverrichters.<sup>35</sup>

In de Harmsen-zaak is de APV van Amsterdam van toepassing. Naar aanleiding van het hiervoor genoemde screeningsproces is in 2009 de APV van Amsterdam gewijzigd door te bepalen op welke vergunningstelsels de *lex silencio positivo*<sup>36</sup> van toepassing is. Bij die wijziging is binnen de APV geen onderscheid aangebracht tussen verschillende typen dienstverrichters. Behalve over de beslistermijn wordt met geen woord gerept over de gevolgen van de Dienstenrichtlijn en -wet voor de APV.<sup>37</sup> Opvallend is verder dat een aantal bepalingen uit de APV Amsterdam voorkomt op de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenrichtlijn, maar dat juist artikel 3.27 over de exploitatievergunning voor een prostitutiebedrijf niet wordt genoemd.<sup>38</sup> Er heeft dus binnen de gemeente een screening plaatsgevonden waarbij dit vergunningstelsel niet is aangemeld. Gelet op de uitspraak van de Afdeling waarin de exploitatievergunning wordt getoetst aan de Dienstenrichtlijn zal dit alsnog moeten gebeuren.<sup>39</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat het bepalen van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn na de implementatie in Nederland niet eenvoudig is. De lijn van Botman dat de formele wetgever ervoor heeft gekozen om de Dienstenwet van toepassing te laten zijn op binnenlandse dienstverrichters vind ik een goede lijn. Vanuit juridisch oogpunt is deze goed te volgen (een grammaticale uitleg van de wettekst) en vanuit praktisch oogpunt is deze te prefereren boven de optie dat nu per individuele vergunningaanvraag moet worden beoordeeld of sprake zou kunnen zijn van een grensoverschrijdend element. Het valt op dat de Afdeling in de uitspraken niet ingaat op de reikwijdte van de Dienstenwet. Het zou de rechtspraktijk ten goede komen als de Afdeling dat bij een volgende uitspraak wel zou doen.

#### 4.2 *Beperkte codificatie in de Dienstenwet*

Naast de onduidelijke reikwijdte van de Dienstenwet, is het ook problematisch dat niet alle bepalingen uit de Dienstenrichtlijn zijn gecodificeerd in de Dienstenwet. Harmsen heeft een beroep gedaan op artikel 10 lid 2 van de Dienstenrichtlijn. Dit artikellid is niet opgenomen in de Dienstenwet. In

de memorie van toelichting wordt gesteld dat dit niet nodig zou zijn, omdat de eisen overeenkomen “met de beginselen van behoorlijk bestuur zoals deze in de vaste Nederlandse rechtspraak en administratieve praktijk worden gehanteerd en die ook voor een deel zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb)”.<sup>40</sup> De in de Dienstenrichtlijn gebruikte terminologie wijkt af van de Awb-terminologie. Dit kan tot gevolg hebben dat er interpretatieverschillen ontstaan.

Volgens de wetgever komen de eisen van artikel 10 lid 2 Dienstenrichtlijn dus overeen met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat zou tot gevolg moeten hebben dat de Afdeling in de Harmsen-zaak niet zou hoeven te toetsen aan de eisen van de Dienstenrichtlijn, omdat een toets aan het nationale recht zou volstaan. De Afdeling beoordeelt in de eindspraak echter wel of de APV voldoet aan artikel 10 lid 2 Dienstenrichtlijn. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat artikel 10 lid 2 van de Dienstenrichtlijn kennelijk een toegevoegde waarde heeft ten opzichte van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Gelet hierop lijkt het wenselijk dat dit artikellid alsnog wordt geïmplementeerd in de Dienstenwet zodat voor eenieder duidelijk is dat deze criteria in acht moeten worden genomen.

In de Trijber-zaak was een beroep gedaan op artikel 11 van de Dienstenrichtlijn. Dit artikel is op zich correct geïmplementeerd in artikel 33 van de Dienstenwet. De memorie van toelichting stelt echter dat het beperken van de geldigheidsduur is ‘toegestaan’, omdat het stellen van een beperkte geldigheidsduur “een geschikt middel [kan] zijn om te waarborgen dat op gezette tijden ook anderen dan bestaande vergunninghouders de kans krijgen om de onder die vergunning vallende diensten te mogen verrichten”.<sup>41</sup> Uit het Trijber & Harmsen-arrest blijkt dat het beperken van de geldigheidsduur bij schaarse vergunningen een verplichting en geen bevoegdheid is. Het gebruik van het woord ‘toegestaan’ is dan ook ongelukkig, omdat hieruit de indruk zou kunnen ontstaan dat bestuursorganen ook bevoegd zijn om schaarse Dienstenwetvergunningen voor onbepaalde tijd te verlenen. Uit dit arrest volgt echter dat dit niet mogelijk is. Ten slotte is in het verlengde van het voorgaande ook de samenhang tussen artikel 11 en 12 van de Dienstenrichtlijn van belang. Artikel 12 Dienstenrichtlijn ziet op de situatie dat het aantal beschikbare vergunningen is beperkt vanwege schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden. In dat geval moeten de vergunningen, nadat een selectieprocedure is gevolgd die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, voor een “passende beperkte duur” worden verleend. In het Trijber-arrest is geen sprake van een natuurlijke schaarste als bedoeld in artikel 12 Dienstenrichtlijn, maar van een beleidsmatige schaarste. De schaarste is namelijk door het college gecreëerd ten behoeve van onder

35 Aldus Hessel in zijn annotatie bij ABRvS 9 juli 2014, Gst. 2015/3.

36 Ook wel de vergunning van rechtswege genoemd waarop par. 4.1.3.3 van de Awb (positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen) ziet. Op grond van art. 28 Dienstenwet is deze paragraaf van toepassing op een aanvraag, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

37 Gemeenteblad 2009, afd. 3A, nr. 320/903.

38 Overigens wordt de Verordening op het binnenwater evenmin genoemd in de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenrichtlijn.

39 Onder andere naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie heeft de VNG in februari 2016 het ‘prostitutiehoofdstuk’ in de model-APV al gewijzigd. Deze is te vinden op de website van de VNG.

40 Daarbij worden genoemd: het verbod op vooringenomenheid (artikel 2:4 Awb), zorgvuldigheid, belangenafweging, de onderzoeksplicht van bestuursorganen, het verbod op détournement de pouvoir, de opdracht tot afweging van belangen en het evenredigheidsbeginsel (afdeling 3.2 Awb) en de motivering van besluiten (afdeling 3.7 Awb) (*Kamerstukken II 2007/08, 31579, nr. 3, p. 22-23*).

41 *Kamerstukken II 2007/08, 31579, nr. 3, p. 111*.

meer de handhaving van de openbare orde. Uit het arrest blijkt dat voor beide vormen van schaarste de vergunningen voor bepaalde duur moeten worden verleend. Alleen op deze wijze kan namelijk de toegang van dienstverrichters tot de betrokken markt worden gegarandeerd, aldus het Hof van Justitie. Een vervolgvraag is dan of het vooropstellen van dit doel van de richtlijn bij vergunningverlening op grond van artikel 11 Dienstenrichtlijn ook gevolgen heeft voor de wijze van selectie van de vergunninghouder. Mijns inziens is de enige wijze waarop kan worden gegarandeerd dat nieuwkomers toegang tot de markt kunnen krijgen, – naast een beperkte geldigheidsduur van vergunningen – ook het organiseren van een transparante vergunningverleningsprocedure. Hoewel de tekst van artikel 12 Dienstenrichtlijn is beperkt tot natuurlijke schaarste, geldt de verplichting voor een bestuursorgaan om een selectie uit de gegadigden te maken “volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure” ook voor een beleidsmatig gecreëerd schaarsvergunningstelsel.<sup>42</sup> Dit is ook in lijn met de ‘mededingingsplicht’ bij de verdeling van schaarse vergunningen waarover de Afdeling op 1 februari 2016 een conclusie aan de advocaat-generaal heeft gevraagd.<sup>43</sup> In de memorie van toelichting bij de Dienstenwet wordt gesteld dat uit de doorlichting van vergunningstelsels voor schaarse vergunningen blijkt dat op het niveau van het Rijk sporadisch sprake is van een schaarse vergunning in de zin van artikel 12 van de Dienstenrichtlijn en dat op het terrein van de medeoverheden in het geheel geen stelsels bekend zijn voor vergunningen die schaars zijn als gevolg van beschikbare hulpbronnen of bruikbare technische mogelijkheden. Voor dat onderwerp is daarom geen structurele regeling in de Dienstenwet nodig geacht.<sup>44</sup> Uit het *Trijber & Harmsen*-arrest zou kunnen worden afgeleid dat er materieel geen verschillen zijn tussen beleidsmatige en natuurlijke schaarste. Voor beide geldt de verplichting om de vergunningen te verlenen voor bepaalde duur en geldt hoogstwaarschijnlijk ook een mededingingsplicht. Dit betekent dat de screening destijds te beperkt is geweest, omdat alleen gekeken is naar natuurlijke schaarste. Het zou dan ook goed zijn als er een aanvullende screening zou plaatsvinden naar beleidsmatig schaarse vergunningstelsels. De keuze om artikel 12 van de Dienstenrichtlijn niet te implementeren zou dan op basis van de resultaten van die screening ook heroverwogen kunnen worden.

#### 4.3 Van Dienstenwet naar Awb?

In de vorige paragraaf is geconstateerd dat de Dienstenrichtlijn slechts beperkt is geïmplementeerd in de Dienstenwet.

42 Zie voor meer over de transparante verlening van schaarse vergunningen mijn dissertatie: A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015. Als open access beschikbaar via: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/31687>.

43 <https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=925>.

44 *Kamerstukken II 2007/08, 31579, nr. 3, p. 19.*

Dit kan – zeker als de reikwijdte verbreed wordt tot zuiver interne situaties – problematisch zijn. Een aanvullende implementatie en screening met bijvoorbeeld de artikelen 10 en 12 van de Dienstenrichtlijn lijkt dan ook wenselijk. De vervolgvraag is dan nog of de aanvulling in de Dienstenwet zou moeten gebeuren of dat het beter zou zijn om dit direct in de Awb te doen. Botman is van mening dat de tweedeling tussen de Awb en de Dienstenwet een ongewenste situatie is. Dat naast de regels uit de Awb voor dienstenvergunningen nog aanvullende regels gelden draagt niet bij aan de duidelijkheid en toegankelijkheid van het wettelijk kader. Zij pleit ervoor om te onderzoeken hoe de besluitvormingsprocedure voor dienstenvergunningen in de Awb kan worden geïntegreerd.<sup>45</sup> Ik ben het met haar eens dat het plaatsen van de bepalingen over de verlening van dienstenvergunningen in een eigen paragraaf van de Awb ervoor zorgt dat de regels toegankelijker worden en duidelijk wordt dat deze regels ook in zuiver interne situaties gelden. Het is ook mogelijk om nog een stap verder te gaan en de werking van de regels niet te beperken tot dienstenvergunningen. De artikelen uit de richtlijn die in het *Trijber & Harmsen*-arrest aan de orde zijn, zijn algemene zorgvuldigheidseisen waaraan besluitvorming moet voldoen. Ik zie geen goede reden waarom alleen de verlening van dienstenvergunningen aan die criteria zouden moeten voldoen en andere beschikkingen niet. Bovendien zou daarmee ook de vraag of een activiteit een dienst is niet meer relevant zijn. Ook die reikwijdtediscussie zou daarmee worden beëindigd. Daarmee kan dan worden toegekomen aan de materiële rechtmatigheidsvragen over de besluitvorming van bestuursorganen en kan van alle vergunningstelsels worden beoordeeld of deze voldoen aan de eisen van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn.

#### 5. Afronding

Met het arrest van het Hof van Justitie zijn de vragen van de Afdeling over de reikwijdte van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn nog niet beantwoord. Integendeel, er zijn nieuwe vragen bijgekomen. De vraag of hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn geldt in zuiver interne situaties is door het Hof niet beantwoord, maar is door de advocaat-generaal positief beantwoord. Uit het arrest van het Hof van Justitie blijkt daarnaast dat snel wordt voldaan aan het vereiste van grensoverschrijdendheid. Voldoende lijkt dat van een dienst gebruik *kan* worden gemaakt door de burgers van andere lidstaten en dat de vergunningplicht een belemmering *kan* vormen voor de markttoegang voor dienstverrichters. De Afdeling heeft in een nieuwe prejudiciële procedure de vraag gesteld of dienstverrichters uit een andere lidstaat daadwerkelijk interesse moeten hebben getoond. Uit het *Trijber & Harmsen*-arrest blijkt deze aanvullende eis niet. Totdat de nieuwe vragen door het Hof beantwoord zijn, zou ik dan ook willen pleiten voor een ‘ja, tenzij’-benadering, waarbij bestuursorganen bij vergunningverlening aan Nederlandse ondernemers in beginsel de eisen uit de Dienstenrichtlijn in acht nemen. Ik zie geen goede redenen

45 Botman 2015, p. 484-489.



waarom vergunningverlening aan een Nederlandse dienstverrichter niet zou hoeven te voldoen aan de waarborgen van hoofdstuk III van de richtlijn en vergunningverlening aan dienstverrichters uit andere lidstaten wel. Een dergelijk onderscheid lijkt mij juist in beginsel onwenselijk.

Naast onduidelijkheid over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn is ook de reikwijdte van de Dienstenwet onduidelijk. Het is opvallend dat de Afdeling in zijn uitspraken niet ingaat op de reikwijdte van de Dienstenwet. Bij een grammaticale uitleg van de Dienstenwet zou de Dienstenwet namelijk ook in zuiver interne situaties van toepassing zijn. In dat geval kan een Nederlandse ondernemer een beroep doen op de Dienstenwet en hoeven uitsluitend eventuele materiële vragen over de Dienstenrichtlijn nog aan het Hof van Justitie te worden voorgelegd.

Daarnaast is een aantal bepalingen uit de Dienstenrichtlijn niet in de Dienstenwet gecodificeerd. Een voorbeeld hiervan is het artikel 10 lid 2 van de Dienstenrichtlijn waaraan de Afdeling in de Harmsen-zaak toetst. Het lijkt wenselijk dat dit artikellid (samen met enkele andere aanvullingen) alsnog wordt geïmplementeerd in de Dienstenwet zodat voor eenieder duidelijk is dat deze criteria in acht moeten worden genomen. Als er toch tot een aanvullende implementatie wordt overgegaan, zou ook direct een volgende stap gezet kunnen worden door deze aanvulling niet in de Dienstenwet op te nemen maar in de Awb. Zeker als de eisen ook gelden in zuiver interne situaties draagt de tweedeling tussen de Dienstenwet en Awb niet bij aan de kenbaarheid van de regels. Bij een dergelijke verplaatsing naar de Awb zal ook stilgestaan kunnen worden bij de vraag of de waarborgen beperkt moeten worden tot dienstenvergunningen of dat ze een breder toepassingsbereik kunnen krijgen. Bij een dergelijke brede toepassing kan ook direct een tweede reikwijdtediscussie worden afgesloten, namelijk of sprake is van een dienst in de zin van de richtlijn.

Voor wetenschappers zijn bespiegelingen over de reikwijdte van een richtlijn interessant en is het verheugend dat de Afdeling direct nieuwe prejudiciële vragen heeft gesteld. Een rechtzoekende zit echter zelden te wachten op een dergelijke vertraging van zijn procedure. Trijber en Harmsen wilden gewoon zo snel mogelijk een vergunning om hun activiteiten te kunnen exploiteren. De in hoofdstuk III opgenomen eisen voor vergunningstelsels en vergunningverlening zijn algemene zorgvuldigheidsnormen (artikel 9-12 van de Dienstenrichtlijn). Het is dan ook moeilijk te verdedigen dat Nederlandse ondernemers, in tegenstelling tot hun concurrenten uit andere lidstaten, geen beroep zouden mogen doen op deze bepalingen. De wetgever zou mijns inziens dan ook aan de slag moeten gaan en de reikwijdtediscussies moeten beëindigen met een aanvullende implementatie van de Dienstenrichtlijn.