

Kopijnr. 16-011

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 13 januari 2016, nr. 201309296/4/R4

(Mrs. M.G.J. Parkins-de Vin, B.J. van Ettekovén en J.W. van de Gronden)
m.nt. B. Hessel¹

ECLI:NL:RVS:2016:75

artikel 1.1.2 Bro

Dienstenrichtlijn. Besluit tot vaststelling van bestemmingsplan. Reguleren detailhandel in bestemmingsplan die bestaat uit de verkoop van goederen in de vorm van een brancheringsregeling en het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn. Prejudiciële vragen.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vragen:

1) Dient het begrip "dienst" in artikel 4, onder 1, van de Dienstenrichtlijn aldus te worden uitgelegd dat detailhandel die bestaat uit de verkoop van goederen, zoals schoenen en kleding, aan consumenten, een dienst is waarop de bepalingen van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op grond van artikel 2, eerste lid, van deze richtlijn?

2) De regeling als bedoeld onder 8 strekt ertoe vanwege behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied bepaalde vormen van detailhandel, zoals de verkoop van schoenen en kleding, in gebied buiten het stadscentrum niet mogelijk te maken.

Valt een voorschrift houdende een zodanige regeling, gelet op overweging 9 van de Dienstenrichtlijn, buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, omdat dergelijke voorschriften beschouwd moeten worden als "voorschriften inzake ruimtelijke ordening [...] 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"?

3) Is voor het aannemen van een grensoverschrijdende situatie voldoende dat geenszins kan worden uitgesloten dat een detailhandelsbedrijf uit een andere lidstaat zich ter plaatse zou kunnen vestigen dan wel dat afnemers van het detailhandelsbedrijf afkomstig zouden kunnen zijn uit een andere lidstaat, of dienen daarvoor daadwerkelijk aanwijzingen te bestaan?

4) Is Hoofdstuk III (vrijheid van vestiging) van de Dienstenrichtlijn van toepassing op zuiver interne situaties of geldt bij de beoordeling van de vraag of dit hoofdstuk van toepassing is de rechtspraak van het Hof inzake de verdragsbepalingen over de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten in zuiver interne situaties?

5a) Valt een in een bestemmingsplan opgenomen regeling als bedoeld onder 8 onder de reikwijdte van het begrip "eis" als bedoeld in artikel 4, onder 7, en artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn, en niet onder de reikwijdte van het begrip "vergunningstelsel" als bedoeld in artikel 4, onder 6, en de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn?

¹

5b) Staan artikel 14, onder 5, van de Dienstenrichtlijn - indien een regeling als bedoeld onder 8 onder de reikwijdte van het begrip "eis" valt - dan wel de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn - indien een regeling als bedoeld onder 8 onder de reikwijdte van het begrip "vergunning" valt - eraan in de weg dat een gemeentebestuur een regeling als bedoeld onder 8 vaststelt?

6) Valt een regeling als bedoeld onder 8 onder de werkingssfeer van de artikelen 34 tot en met 36, dan wel 49 tot en met 55 van het VWEU en, zo ja, zijn dan de door het Hof van Justitie erkende excepties, mits proportioneel ingevuld, van toepassing?

Verwijzingsuitspraak in het geding tussen:

[appellante], gevestigd te [plaats],

en

de raad van de gemeente Appingedam,

verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 19 juni 2013, kenmerk 7, heeft de raad het bestemmingsplan "Stad Appingedam" vastgesteld

Tegen dit besluit heeft [appellante] beroep ingesteld.

De raad heeft een verweerschrift ingediend.

[appellante] heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 24 juli 2014, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. E.M. van Bommel, advocaat te Amsterdam, en de raad, vertegenwoordigd door H. Wessels, werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen.

De Afdeling heeft de behandeling van dit beroep afgesplitst van zaak nr. 201309296/1/R4. De behandeling van de beroepen van [namen 6 belanghebbenden], die tevens op de zitting van 24 juli 2014 door de Afdeling zijn behandeld, is onder laatstgenoemd nummer voortgezet.

Na het sluiten van het onderzoek ter zitting heeft de Afdeling het onderzoek heropend en partijen medegedeeld dat zij voornemens is het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op een aantal vragen. Deze vragen zijn vervolgens in concept aan partijen gezonden.

Bij onderscheiden brieven van 22 december 2015 en 30 december 2015 hebben [appellante] en de raad een reactie gegeven op deze vragen.

Overwegingen

Recht van de Europese Unie

1.1. Overweging 9 van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB 2006, L 376/36; hierna: Dienstenrichtlijn) luidt als volgt: "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."

Artikel 2, eerste lid, luidt als volgt: "Deze richtlijn is van toepassing op de diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd."

Artikel 3, derde lid, luidt als volgt: "De lidstaten passen deze richtlijn toe met inachtneming van de Verdragsregels over de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten."

Artikel 4, aanhef en onder 1, 5, 6, 7 en 8, luidt als volgt: "Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

1) 'dienst': elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag [thans: artikel 57 van het VWEU];

[...]

5) 'vestiging': de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit, zoals bedoeld in artikel 43 van het Verdrag [thans: artikel 49 van het VWEU], door de dienstverrichter voor onbepaalde tijd en vanuit een duurzame infrastructuur, van waaruit daadwerkelijk diensten worden verricht;

6) 'vergunningstelsel': 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;

7) 'eis': elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten of voortvloeiend uit de rechtspraak, de administratieve praktijk, de regels van beroepsorden of de collectieve regels van beroepsverenigingen of andere beroepsorganisaties, die deze in het kader van de hun toegekende juridische bevoegdheden hebben vastgesteld; regels vastgelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten waarover door de sociale partners is onderhandeld, worden als zodanig niet als eisen in de zin van deze richtlijn beschouwd;

8) 'dwingende redenen van algemeen belang': redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie; waaronder de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid, staatsveiligheid, volksgezondheid, handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel, bescherming van consumenten, afnemers van diensten en werknemers, eerlijkheid van handelstransacties, fraudebestrijding, bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, diergezondheid, intellectuele eigendom, behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en doelstellingen van het sociaal beleid en het cultuurbeleid;"

Artikel 9, eerste lid, luidt als volgt: "De lidstaten stellen de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk van een vergunningstelsel, tenzij aan de volgende voorwaarden is voldaan:

a. het vergunningstelsel heeft geen discriminerende werking jegens de betrokken dienstverrichter;

b. de behoefte aan een vergunningstelsel is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;

c. het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn."

Artikel 10, eerste lid, luidt als volgt: "Vergunningstelsels zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen."

Het tweede lid luidt als volgt: "De in lid 1 bedoelde criteria zijn:

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;

g) transparant en toegankelijk."

Artikel 14, aanhef en onder 5, luidt als volgt: "De lidstaten stellen de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied niet afhankelijk van de volgende eisen:

[...]

5) de toepassing per geval van economische criteria, waarbij de verlening van de vergunning afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of markt vraag bestaat, van een beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van de activiteit of van een beoordeling van de geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instantie

vastgestelde doelen van economische planning; dit verbod heeft geen betrekking op planningseisen waarmee geen economische doelen worden nagestreefd, maar die voortkomen uit dwingende redenen van algemeen belang."

Nationaal recht

2. De Dienstenrichtlijn is mede geïmplementeerd in de Dienstenwet (Stb. 2009, 503). Uit de geschiedenis van de totstandkoming van die wet (Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, blz. 20 - 24), volgt dat de wetgever artikel 9, eerste lid, van de Dienstenrichtlijn niet heeft omgezet in nationaal recht, omdat de in die bepaling neergelegde voorwaarden overeenkomen met de bestaande rechtspraak van het Hof en zodoende reeds geldend recht zijn. Daarbij heeft de wetgever tevens te kennen gegeven dat naleving van onder meer artikel 9, eerste lid, van de Dienstenrichtlijn geschiedt door middel van screening van geldende wet- en regelgeving in combinatie met verslaglegging hierover aan de Commissie.

Wat betreft artikel 10 van de Dienstenrichtlijn, heeft de wetgever overwogen dat ook de in deze bepaling neergelegde eisen overeenkomen met de geldende jurisprudentie van het Hof. Verder heeft de wetgever omzetting van deze bepaling niet noodzakelijk geacht, omdat de in deze bepaling neergelegde eisen overeenkomen met de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals deze in de vaste Nederlandse rechtspraak en administratieve praktijk worden gehanteerd en die ook deels zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). De wetgever noemt in dit verband als voorbeelden het in artikel 2:4 van de Awb neergelegde verbod van vooringenomenheid, afdeling 3.2 van de Awb, die handelt over zorgvuldigheid en belangenafweging en waarin de onderzoeksplicht van bestuursorganen, het verbod op détournement de pouvoir, de opdracht tot afweging van belangen en het evenredigheidsbeginsel zijn gecodificeerd, en afdeling 3.7 van de Awb, die handelt over de motivering van besluiten.

3. Het nationaalrechtelijke instrument "bestemmingsplan" behelst een juridisch bindend besluit van de gemeenteraad waarbij voor een bepaald gebied op een kaart bouw- en gebruiksmogelijkheden aan nader aangewezen percelen worden toegekend. Daarnaast worden bij dit besluit algemene regels gesteld waarin de bouw- en gebruiksmogelijkheden voor de aangewezen percelen worden geregeld. De kaart wordt in de Nederlandse regelingen aangeduid als "verbeelding".

4. Ingevolge artikel 3.1, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) stelt de gemeenteraad voor het gehele grondgebied van de gemeente een of meer bestemmingsplannen vast, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven. Deze regels betreffen in elk geval regels omtrent het gebruik van de grond en van de zich daar bevindende bouwwerken.

4.1. Ingevolge artikel 1.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro) wordt bij het stellen van regels in een bestemmingsplan voorkomen dat strijdigheid ontstaat met artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn. Een wijziging van de richtlijn, bedoeld in de eerste volzin, gaat voor de toepassing van die volzin gelden met ingang van de dag waarop aan de betrokken wijzigingsrichtlijn uitvoering moet zijn gegeven.

Beschrijving van de zaak

Feiten

5. Langs de N33 en de Farmsumerweg te Appingedam, buiten het van oudsher bestaande winkelgebied van het stadscentrum van Appingedam, bevindt zich een zogeheten Woonplein, een winkelgebied met volumineuze detailhandel - dat is, kort gezegd, detailhandel in omvangrijke goederen - en met een fastfood restaurant. Op het Woonplein is detailhandel in onder meer meubelen, keukens, woninginrichting, doe-het-zelf-artikelen, bouwmaterialen, tuinartikelen, fietsen, ruitersportartikelen, automobielen en automaterialen gevestigd.

Het bestemmingsplan "Stad Appingedam"

6. De raad beoogt met het plan, evenals met het voorheen geldende bestemmingsplan, het Woonplein in deze vorm mogelijk te maken.

7. Hiertoe is op de kaart aan percelen langs de Farmsumerweg de bestemming "Detailhandel – 2" toegekend.

Ingevolge artikel 18, lid 18.1, van de planregels zijn de voor "Detailhandel - 2" aangewezen gronden bestemd voor:

a. volumineuze detailhandel met inbegrip van

1. ondergeschikte horeca tot maximaal 10% van de winkelvloeroppervlakte;

2. ondergeschikte detailhandel in aanverwante artikelen;

met daaraan ondergeschikt:

b. restauratieve voorzieningen;

c. parkeervoorzieningen;

d. groenvoorzieningen;

e. wegen, straten en paden;

f. nutsvoorzieningen;

g. water.

Ingevolge artikel 1, lid 1.128, wordt in deze regels verstaan onder volumineuze detailhandel:

detailhandel die qua volumineuze aard van de goederen, gevaar en hinder of dagelijkse bevoorrading niet meer goed inpasbaar is in de bestaande winkelcentra, waaronder onder andere worden begrepen:

1. detailhandel in brandbare of explosiegevaarlijke stoffen;

2. detailhandel in auto's, boten, caravans en tenten, keukens, badkamers, meubelen, bouwmaterialen, landbouwwerktuigen, tuincentra, ruitersportartikelen, fietsen en autoaccessoires.

8. De regeling van artikel 18, lid 18.1, van de planregels is een zogeheten een brancheringsregeling. Dit is een regeling die slechts bepaalde vormen van detailhandel mogelijk maakt, en andere vormen van detailhandel niet. Op grond van de onderhavige regeling is, afgezien van een aantal ondergeschikte activiteiten, alleen volumineuze detailhandel - dus, kort gezegd, detailhandel in omvangrijke goederen - toegestaan.

De regeling voorziet niet in een afwijkingsmogelijkheid. Wel kan een betrokkene een verzoek doen om een vergunning (in Nederland geheten: omgevingsvergunning) voor afwijking van het bestemmingsplan op grond van artikel 2.12, eerste lid, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

De raad heeft de regeling in het bestemmingsplan opgenomen vanwege behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied.

9. De raad heeft deze planregeling in paragraaf 5.9 van de plantoelichting als volgt gemotiveerd:

"Deze locatie, gelegen buiten het centrum is bij uitstek geschikt voor volumineuze detailhandel.

Het beleid van de gemeente is er al jaren op gericht om dit ook zo te houden en de leefbaarheid van het centrum te behouden. De kern van dit beleid is dat de positie van het bestaande winkelcentrum centraal staat. Het is van belang om dit bestaande centrum aantrekkelijk te houden voor de bezoekersmotieven 'boodschappen doen' en 'recreatief winkelen'. Door het clusteren van winkels (en aanvullende horeca en culturele voorzieningen) wordt voor deze bezoekersmotieven een aantrekkelijk gebied in stand gehouden voor winkelen, horecabezoek en cultuurbezoek.

Kenmerkend is immers de behoefte aan combinatiebezoek van meerdere voorzieningen of winkels.

Vernieuwing of uitbreiding van detailhandel is daarmee alleen wenselijk binnen het bestaande winkelgebied. Hiermee wordt het goed functioneren van het winkelcentrum geborgd en structurele leegstand zoveel mogelijk voorkomen (zorgvuldig ruimtegebruik). Voor niet-frequente doelgerichte aankopen (bezoekersmotief 'doelgericht winkelen') is detailhandel buiten de bestaande winkelcentra mogelijk, indien deze moeilijk inpasbaar is in het bestaande centrum, vanwege de volumineuze aard, het brand of explosiegevaar en vanwege de verkeersontsluiting (dagelijkse bevoorrading, parkeerbehoefte bezoekers). Dit is ook de reden waarom voor deze volumineuze detailhandel buiten het centrum is gekozen voor branchering van detailhandel. Volumineuze detailhandel richt zich op specifieke productgroepen en branches, zoals auto's, boten, caravans, tuincentra, bouwmarkten, grove bouwmaterialen, keukens, sanitair en meubels. Het gaat dus niet

alleen om de oppervlakte van de winkelunit, maar ook om het bezoekersmotief en de specifieke kenmerken van de producten."

Het betoog van [appellante]

10. [appellante] is eigenaar van winkelpanden aan het Woonplein aan de Farmsumerweg. [appellante] wenst het winkelpand aan de [locatie] op de bovenverdieping te verhuren ten behoeve van de vestiging van een detailhandelszaak volgens het zogeheten Bristol-concept. Bristol B.V. is een keten van discount zelfbedieningszaken in schoenen en kleding. [appellante] kan zich niet met het vastgestelde plan verenigen, voor zover dit geen detailhandel in schoenen en kleding toestaat ter plaatse van [locatie] op de bovenverdieping.

11. [appellante] betoogt in de eerste plaats dat de vormen van detailhandel in de begripsomschrijving van artikel 1, lid 1.128, van de planregels reeds min of meer reguliere vormen van detailhandel omvatten (ruitersportartikelen, fietsen en autoaccessoires). Gelet hierop is de begripsomschrijving volgens [appellante] ruimer dan artikel 18, lid 18.1, van de planregels doet vermoeden en acht zij de planregeling onduidelijk.

12. Daarnaast betoogt [appellante] dat de planregeling, voor zover deze geen detailhandel in schoenen en kleding toestaat ter plaatse van [locatie] op de bovenverdieping, zich niet verdraagt met artikel 1.1.2 van het Bro en de Dienstenrichtlijn. Volgens [appellante] is de Dienstenrichtlijn in deze situatie van toepassing en zijn er op grond van dwingende redenen van algemeen belang geen redenen om ervan af te zien de verkoop van schoenen en kleding mogelijk te maken. De vraag of de Dienstenrichtlijn van toepassing is, is volgens [appellante] uiteindelijk overigens niet relevant, omdat de naleving is geborgd via de Unietrouw, voornoemd artikel 1.1.2 van het Bro en de nationaalrechtelijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het oordeel dat de Afdeling in eerdere zaken - waaronder de uitspraken van 16 april 2014 in zaak nr. 201303704/1/R4, ECLI:NL:RVS:2014:1298 (www.rechtspraak.nl) en 30 april 2014 in zaak nr. 201306714/1/R1, ECLI:NL:RVS:2014:1561 (www.rechtspraak.nl) - heeft uitgesproken, dat de Dienstenrichtlijn niet op ruimtelijk relevante planregels van toepassing is, is volgens [appellante] niet juist, aangezien de uitleg die de Afdeling daarbij aan overweging 9 van de Dienstenrichtlijn heeft gegeven volgens [appellante] veel te ruim is.

Verder heeft de Afdeling volgens [appellante] in eerdere zaken - waaronder de uitspraak van 25 juni 2014 in zaak nr. 201307133/1/A1, ECLI:NL:RVS:2014:2286 (www.rechtspraak.nl) - ten onrechte geoordeeld dat detailhandel moet worden aangemerkt als verkoop van goederen, die niet onder de Dienstenrichtlijn valt. Zie in dezelfde zin de uitspraak van 18 maart 2015 in zaak nr. 201402436/1/R2, ECLI:NL:RVS:2015:809 (www.rechtspraak.nl). In de eerste plaats staat dit oordeel volgens haar haaks op het standpunt van de Commissie. In dit verband verwijst [appellante] naar het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn 2007 (hierna: het Handboek), alsmede naar de Mededeling van de Commissie over de tenuitvoerlegging van de Dienstenrichtlijn van 8 juni 2012, COM (2012) 261 final, en de Mededeling van de Commissie Een Europees Actieplan inzake detailhandel van 31 januari 2013, COM (2013) 36 final. Het Retail Action Plan, het daarop gebaseerde onderzoek naar de vestigingseisen voor detailhandel in de lidstaten van de EU en de Stakeholders Workshop van 8 juli 2014 in Brussel vinden volgens [appellante] allemaal hun grondslag in de overtuiging dat detailhandel onder de werking van de Dienstenrichtlijn valt. Verder gaat het oordeel van de Afdeling voorbij aan de bedoeling van de Europese wetgever betreffende het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging, op welke vrijheden de Dienstenrichtlijn voortbouwt die aldus een ruim toepassingsbereik beoogt te hebben, aldus [appellante].

Uitgangspunt dient volgens [appellante] te zijn dat bestemmingsplanregels moeten voldoen aan de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn. De Dienstenrichtlijn is volgens [appellante] van toepassing op alle bestemmingsplanbepalingen die specifiek eisen stellen aan de vestiging van winkels en zeker als het – zoals in dit geval – gaat om eisen die zien op beperkingen aan de vormen van detailhandel. Het opleggen van zodanige beperkingen aan de detailhandel betekent volgens [appellante] per definitie een beperking van de vestigingsmogelijkheden daarvan, welke op

grond van artikel 10 van de Dienstenrichtlijn alleen is toegestaan wegens dwingende redenen van algemeen belang. Dergelijke redenen kunnen slechts zijn gelegen in de bescherming van een goede ruimtelijke ordening en het milieu of het stedelijk milieu, aldus [appellante]. Waarom een beperking van vestigingsmogelijkheden in dit geval gerechtvaardigd wordt, is volgens [appellante] echter niet gemotiveerd. Zo wordt bijvoorbeeld niet onderbouwd dat een onaanvaardbare leegstand dreigt. [appellante] doet voorts een beroep op het arrest van het Hof van 24 maart 2011 in zaak C-400/08, Commissie tegen Spanje, ECLI:EU:C:2011:172. Uit dit arrest volgt dat bescherming van een goede ruimtelijke ordening de beperking van vestiging van winkels kan rechtvaardigen, maar dat in dergelijke omstandigheden een (lagere) overheid bij de door haar aangevoerde redenen ter rechtvaardiging van een afwijking van het beginsel van de vrijheid van vestiging een analyse dient te voegen van de geschiktheid en evenredigheid van de door haar genomen beperkende maatregelen. Een dergelijke analyse ontbreekt geheel, aldus [appellante]. De raad heeft volgens haar niet onderbouwd waarom het absoluut noodzakelijk is om op het Woonplein vestiging van andere vormen van gewone detailhandel dan detailhandel in fietsen en ruitersportartikelen, te voorkomen. Er zijn volgens [appellante] op grond van dwingende redenen van algemeen belang dan ook geen redenen om verkoop van schoenen niet mogelijk te maken. Daarnaast blijft volgens [appellante], los van de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn, vooropstaan dat nationale overheden in het kader van de Unietrouw alles in het werk dienen te stellen om belemmeringen bij vestigingen te voorkomen.

Het verweer van de raad

13. De raad stelt dat een Bristol-winkel zich op grond van ruimtelijke overwegingen mag vestigen in het centrum van Appingedam, maar wordt geweerd uit het gebied buiten het centrum van de stad (het zogeheten perifere gebied). Door het vasthouden aan de regeling zoals die was opgenomen in het oude bestemmingsplan blijft het centrum leefbaar, wordt het goed functioneren van het winkelcentrum daar geborgd en wordt structurele leegstand zoveel mogelijk voorkomen. Voor niet-frequente doelgerichte aankopen is detailhandel buiten het bestaande winkelcentrum van Appingedam mogelijk. Dat betreft zogenaamde volumineuze detailhandel die vanwege de omvang van de goederen niet passend is in het stadscentrum. Deze vorm van detailhandel heeft een groot gebouw nodig, een groot terrein voor de opslag en stalling van goederen, veel ruimte voor parkeerplaatsen op het terrein en heeft doorgaans een grote verkeersaantrekkende werking. De verkoop van schoenen en kleding (zoals Bristol) valt hier volgens de raad niet onder. Deze soort detailhandel is juist passend in het stadscentrum. Goederen zoals fietsen en autoaccessoires zijn volgens de raad direct verwant aan de traditionele volumineuze goederen. Volgens de raad is dan ook een regeling opgenomen die wordt gerechtvaardigd door ruimtelijk relevante redenen. In de Omgevingsverordening van de provincie Groningen is de vestiging van grootschalige detailhandel buiten de gemeente Groningen ook niet toegestaan. Een specifieke assortimentsregeling zoals voorgesteld door [appellante], namelijk de verkoop van schoenen in een winkel van 1.000 tot 1.500 m² is volgens de raad in het licht van de jurisprudentie en zijn vaste beleid evenmin toegestaan.

Uitleg planregeling

14. Alvorens toe te komen aan het stellen van prejudiciële vragen, dient de Afdeling eerst de uitleg van de planregeling te beoordelen.

14.1. Hoewel de begripsomschrijving van "volumineuze detailhandel" in artikel 1, lid 1.128, van de planregels niet limitatief is geformuleerd, bevat deze onder meer de elementen "volumineuze aard" en "niet meer goed inpasbaar [...] in de bestaande winkelcentra". Op grond daarvan acht de Afdeling duidelijk dat detailhandel in schoenen en kleding niet onder deze begripsomschrijving valt, zodat het betoog van [appellante] dat de planregeling met het oog op die activiteiten rechtsonzeker is dan wel zodanig ruim is dat zij deze reeds toestaat, faalt.

Aanleiding voor de prejudiciële vragen

15. De Afdeling heeft onder meer in haar uitspraak van 25 juni 2014 in zaak nr. 201307133/1/A1, ECLI:NL:RVS:2014:2286 (www.rechtspraak.nl) overwogen dat de Dienstenrichtlijn, gelet op artikel

2, eerste lid, en artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn, slechts van toepassing als het specifiek gaat om dienstverrichting. De Afdeling heeft geoordeeld dat detailhandelsactiviteiten in supermarkten, die hoofdzakelijk neerkomen op de verkoop van goederen aan consumenten, geen diensten vormen in de zin van artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn en artikel 57 van het VWEU, maar vallen onder het vrij verkeer van goederen. Dat de Europese Commissie in het Handboek - dat, zoals zij zelf te kennen geeft, niet wettelijk bindend is - een passage heeft opgenomen die de indruk wekt dat "distributieverkoop (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten)" als dienst moet worden beschouwd, heeft de Afdeling, gelet op de door haar geciteerde rechtspraak van het Hof (waaronder het arrest van 26 mei 2005 in zaak C-20/03, *Burmanjer*, ECLI:EU:C:2005:307) en op de analyse van de Dienstenrichtlijn zelf, niet tot een ander oordeel geleid.

15.1. Verder heeft de Afdeling onder meer in haar uitspraak van 16 april 2014 in zaak nr. 201303704/1/R4, ECLI:NL:RVS:2014:1298 (www.rechtspraak.nl) geoordeeld dat ingevolge overweging 9 van de Dienstenrichtlijn deze richtlijn alleen van toepassing is op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. De Dienstenrichtlijn is, zo heeft de Afdeling geoordeeld, derhalve niet van toepassing op - onder meer - regels inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw en evenmin op administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke regels 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. Bevestiging voor deze verwijzing naar overweging 9 heeft de Afdeling gezien in het arrest van 8 mei 2013, C-197-11 en C-203/11, *Libert*, punten 103-107, www.curia.europa.eu.

15.2. [appellante] heeft ten aanzien van de vraag of detailhandel is aan te merken als dienst, naast het Handboek, tevens op genoemde Mededelingen van de Commissie en daarop gebaseerde recente ontwikkelingen gewezen. Voorts constateert de Afdeling dat de Franse Conseil d'Etat in zijn beslissing van 11 februari 2015, No. 370089, ECLI:FR:CESSR:2015:370089.20150211, de Dienstenrichtlijn van toepassing heeft geacht op detailhandel. Verder merkt de Afdeling op dat het Hof - zij het in een andere juridische context - onder meer in zijn arrest van 10 juli 2014 in zaak C-420/13, *Netto Marken-Discount*, ECLI:EU:C:2014:2069, in punt 33 heeft overwogen "dat prestaties verricht in het kader van een detailhandel in waren diensten kunnen zijn" als bedoeld in artikel 2 van Richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB L 299, blz. 25).

Daarnaast heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 5 juni 2015 in zaak nr. 13/03931, ECLI:NL:HR:2015:1467, het Hof prejudiciële vragen gesteld over de Dienstenrichtlijn (zaak C-360/15, X). Dit betreft een belastingzaak, waarin het gaat over de heffing van leges. Onder 4.5.4 van dit arrest heeft de Hoge Raad ten aanzien van overweging 9 van de Dienstenrichtlijn het volgende overwogen: "Bovendien rijst de vraag wat de juridische betekenis is van deze overweging in de preambule, omdat de daarin vermelde begrenzing niet in de bewoordingen van de Dienstenrichtlijn zelf tot uitdrukking lijkt te zijn gebracht."

15.3. Voorshands blijft de Afdeling van oordeel dat detailhandelsactiviteiten met betrekking tot goederen geen diensten vormen in de zin van artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn en artikel 57 van het VWEU, alsmede dat de Dienstenrichtlijn gelet op overweging 9 daarvan niet van toepassing is op regels inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw. In verband met de onder 15.2 genoemde omstandigheden kan echter redelijkerwijs twijfel bestaan over de wijze waarop bedoelde vragen over de betrokken Unierechtelijke rechtsregels moeten worden beantwoord. Daarbij wijst de Afdeling erop dat deze vragen de kern van haar rechtspraak als hoogste bestuursrechter op het gebied van de ruimtelijke ordening raken; bij de Hoge Raad spelen civiele, straf- en belastingzaken, waarbij vragen van ruimtelijke ordening indirect aan de orde kunnen zijn.

15.4. Verder zijn in de verwijzingsuitspraken van de Afdeling van 9 juli 2014 in zaak nr. 201208190/1/A3, ECLI:NL:RVS:2014:2495, (www.rechtspraak.nl), en 9 juli 2014 in zaak nr. 201300761/1/A3, ECLI:NL:RVS:2014:2488, (www.rechtspraak.nl) de vragen aan de orde gesteld

onder welke omstandigheden sprake is van een zuiver interne situatie en of de Dienstenrichtlijn daarop van toepassing is. Het Hof heeft op 1 oktober 2015 in gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, *Trijber en Harmsen*, ECLI:EU:C:2015:641, arrest gewezen. Bij de Afdeling bestaat omtrent voornoemde vragen echter nog twijfel.

15.5. In het navolgende zal allereerst, kort gezegd, worden gevraagd of het begrip "dienst" van toepassing is op detailhandel. Voor het geval dat het antwoord op die vraag bevestigend luidt, wordt gevraagd of voorschriften inzake ruimtelijke ordening als hier aan de orde buiten het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn vallen. Voor het geval dat het antwoord op die vraag ontkennend luidt, wordt gevraagd of in een geval als het onderhavige sprake is van een zuiver interne situatie en of de Dienstenrichtlijn daarop van toepassing is. Voor het geval dat uit de antwoorden op die vragen volgt dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is, wordt gevraagd of een regeling in een bestemmingsplan als de onderhavige valt onder het begrip "eis" of het begrip "vergunningstelsel" als bedoeld in de Dienstenrichtlijn. Naargelang van het antwoord op die vraag, wordt vervolgens gevraagd of het inhoudelijke toetsingskader van de Dienstenrichtlijn voor eisen dan wel vergunningstelsels in de weg staat aan een regeling in een bestemmingsplan als de onderhavige. Ten slotte wordt een vraag gesteld voor het geval dat het begrip "dienst" niet van toepassing is op detailhandel, dan wel voor het geval dat voorschriften inzake ruimtelijke ordening als hier aan de orde buiten het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn vallen. Die vraag is alleen aan de orde indien in een geval als het onderhavige geen sprake is van een zuiver interne situatie. Gevraagd wordt of een regeling als de onderhavige valt onder de werkingssfeer van het vrij verkeer van goederen dan wel diensten en, zo ja, of erkende excepties van toepassing zijn. Het vorenstaande betekent dat, afhankelijk van het antwoord op de eerdere vragen, de latere vragen niet noodzakelijkerwijze alle beantwoording behoeven.

Begrip dienst

16. Volgens [appellante] zijn de activiteiten die haars inziens mogelijk moeten worden gemaakt in de planregeling, te weten detailhandel in schoenen en kleding, aan te merken als diensten in de zin van de Dienstenrichtlijn.

16.1. Gelet op hetgeen [appellante] heeft aangevoerd ziet de Afdeling zich gesteld voor de vraag of activiteiten als deze, diensten zijn die onder het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn vallen. De Dienstenrichtlijn is, gelet op artikel 2, eerste lid, en artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn, slechts van toepassing als het gaat om diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd, in welk verband voor de betekenis van het begrip "dienst" wordt verwezen naar artikel 50 van het EG-verdrag (thans: artikel 57 van het VWEU) en voor het begrip vestiging naar artikel 43 van het EG-verdrag (thans: artikel 49 van het VWEU).

Deze bepalingen geven echter geen direct uitsluitend over de vraag of detailhandel in goederen, zoals de verkoop van schoenen en kleding, een dienst is die onder het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn valt.

16.2. Volgens overweging 33 van de Dienstenrichtlijn betreffen de diensten waarop deze richtlijn betrekking heeft zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten. Het gaat bij deze diensten, zo volgt uit deze overweging, ook om diensten die zowel aan bedrijven als aan particulieren worden verleend, zoals de distributieverkoop.

Volgens overweging 76 heeft de Dienstenrichtlijn daarentegen geen betrekking op de toepassing van de artikelen 28 tot en met 30 van het EG-verdrag (thans: de artikelen 34 tot en met 36 van het VWEU) over het vrije verkeer van goederen. De beperkingen die als gevolg van de bepaling over het vrij verrichten van diensten verboden zijn, betreffen eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten en geen eisen ten aanzien van de goederen zelf. In dit verband wijst de Afdeling erop dat het Hof in zijn arrest van 26 mei 2005 in zaak C-20/03, *Burmanjer*, ECLI:EU:C:2005:307, in punt 34 heeft geoordeeld dat de in die zaak aan de orde zijnde ambulante verkoop van goederen onder de reikwijdte van de Verdragsbepalingen voor het vrije goederenverkeer viel en niet onder die voor de vrijheid van dienstverrichting. De Afdeling heeft aan dit oordeel uit het arrest *Burmanjer* doorslaggevende betekenis toegekend.

Nu in overweging 33 van de Dienstenrichtlijn distributieverkoop onder het begrip dienst wordt geschaard, terwijl volgens overweging 76 van de Dienstenrichtlijn het vrije verkeer van goederen - waar het Hof ook verkoop van goederen onder schaaft - niet binnen het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn valt, wijzen de overwegingen van de Dienstenrichtlijn evenwel niet geheel in één richting wat de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op detailhandel in goederen betreft.

16.3. Voorts doet de Commissie in haar Handboek en in haar Mededelingen uitspraken over de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op detailhandel.

Het Handboek vermeldt op bladzijde 10: "Daarom moeten lidstaten zorgen dat de voorschriften van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op een breed scala van activiteiten die worden afgenomen door zowel ondernemingen als consumenten. Zo vallen onder meer, doch niet uitsluitend, de volgende diensten onder de richtlijn: [...] distributieverkoop (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten)." Op bladzijde 15 vermeldt het Handboek: "Zo vallen bijvoorbeeld voorschriften over de maximale oppervlakte van bepaalde winkelbedrijven, ook wanneer zij zijn opgenomen in algemene wetgeving voor ruimtelijke ordening, onder de verplichtingen van het vestigingshoofdstuk van de richtlijn."

Uit het Handboek kan worden afgeleid dat de Commissie het standpunt is toegedaan dat detailhandelsverkoop van goederen, alsmede winkelbedrijven onder de Dienstenrichtlijn vallen. Hoewel het Handboek niet bindend is, biedt het een handvat bij de uitleg van bepalingen van de richtlijn.

16.4. In paragraaf 6.3 van de Mededeling van de Commissie over de tenuitvoerlegging van de dienstenrichtlijn staat: "De prestaties van de detailhandel worden gehinderd door een aantal problemen die voor een groot deel omschreven zijn in de monitoringactie van de handels- en distributiemarkt en door het Europees Parlement. Gelet op het economische belang van deze sector bereidt de Commissie een Europees actieplan voor de detailhandel voor om te komen tot een EU-strategie voor de detailhandel voor de komende jaren." Bijlage 1 - EU-wetgeving die van toepassing is op dienstensectoren vermeldt onder de "Voornaamste sectoren die onder de dienstenrichtlijn (2006/123/EG) vallen" onder meer: detailhandel.

Paragraaf 3.2.1 van de Mededeling van de Commissie Een Europees Actieplan inzake detailhandel vermeldt onder meer: "De concurrentie tussen detailhandelaren kan worden gestimuleerd door de toegang tot de markt te vergemakkelijken. Het kiezen van de juiste locatie voor de ontwikkeling van detailhandel en de tijdige start van de activiteiten zijn doorslaggevend voor het welslagen van een onderneming. Het welslagen hangt niet alleen af van de beschikbaarheid van geschikt onroerend goed maar ook van het bestaan van regels en procedures inzake commerciële en ruimtelijke planning die de concurrentie niet onnodig belemmeren. [...] De dienstenrichtlijn, die op dit gebied van toepassing is, bevat ook een aantal ondubbelzinnige verplichtingen voor de lidstaten."

Ook uit de Mededelingen kan worden afgeleid dat de Commissie op het standpunt staat dat detailhandel in goederen binnen het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn valt.

16.5. Nu artikel 2 en artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn geen uitsluitel geven over de vraag of de volgens [appellante] in de planregeling ten onrechte niet mogelijk gemaakte activiteiten, te weten detailhandel in schoenen en kleding, een dienst zijn die onder het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn valt, en er verder tegenstrijdige indicaties zijn voor de beantwoording van deze vraag, legt de Afdeling het Hof de volgende vraag voor:

1) Dient het begrip "dienst" in artikel 4, onder 1, van de Dienstenrichtlijn aldus te worden uitgelegd dat detailhandel die bestaat uit de verkoop van goederen, zoals schoenen en kleding, aan consumenten, een dienst is waarop de bepalingen van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op grond van artikel 2, eerste lid, van deze richtlijn?

Voorschriften inzake ruimtelijke ordening

17. In het geval het antwoord op vraag 1) luidt dat het begrip "dienst" in artikel 4, onder 1, van de Dienstenrichtlijn aldus dient te worden uitgelegd dat detailhandel die bestaat uit de verkoop van

goederen, zoals schoenen en kleding, aan consumenten, een dienst is waarop de bepalingen van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn, overweegt de Afdeling als volgt.

17.1. [appellante] betoogt dat de planregeling, voor zover daarmee de verkoop van schoenen en kleding niet mogelijk wordt gemaakt, een voorschrift inzake ruimtelijke ordening is dat specifiek eisen stelt aan de vestiging van winkels, meer in het bijzonder eisen die zien op beperking van de vormen van detailhandel, en dat daarom de Dienstenrichtlijn daarop van toepassing is.

17.2. In verband hiermee ziet de Afdeling zich gesteld voor de vraag of een voorschrift inzake ruimtelijke ordening in de vorm van een regeling als bedoeld onder 8 die vanwege behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied bepaalde vormen van detailhandel, zoals de verkoop van schoenen en kleding, in perifeer gebied niet mogelijk maakt, binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn valt.

17.3. Volgens overweging 9 van de Dienstenrichtlijn is deze richtlijn 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 voorschriften inzake onder meer ruimtelijke ordening en stedenbouw 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.

17.4. In het arrest van het Hof van 8 mei 2013 in gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, Libert, ECLI:EU:C:2013:288, heeft de Afdeling bevestiging gezien van haar oordeel dat aan overweging 9 van de Dienstenrichtlijn betekenis kan worden toegekend bij het bepalen van de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn.

In dit arrest overweegt het Hof het volgende:

"104. Om deze vragen te beantwoorden zij eraan herinnerd dat die richtlijn, zoals het in punt 9 van de considerans ervan heet, onder meer 'niet van toepassing [is] op eisen zoals [...] regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw'.

105. Bovendien is die richtlijn volgens artikel 2, lid 2, sub j, ervan niet van toepassing op diensten betreffende sociale huisvesting of op ondersteuning van personen in permanente of tijdelijke nood, die worden verleend door de staat of door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen van de staat.

106. Zoals uit de punten 50 en 51 van het onderhavige arrest blijkt, streeft het Vlaamse decreet doelstellingen van ruimtelijke ordening en sociale huisvesting na.

107. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat richtlijn 2006/123 niet van toepassing is op een regeling als het Vlaamse decreet, zodat de derde tot en met de achtste vraag in zaak C-203/11 niet behoeven te worden beantwoord."

17.5. Het arrest Libert betreft een nationale regeling die in het kader van de ruimtelijke ordening en de sociale huisvesting is vastgesteld. Dit arrest dient volgens de Afdeling aldus te worden uitgelegd, dat die regeling, voor zover zij doelstellingen van ruimtelijke ordening nastreeft, niet binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn valt, vanwege het gestelde in overweging 9 van de Dienstenrichtlijn. Voor zover de regeling doelstellingen van sociale huisvesting nastreeft, valt zij in de uitleg van de Afdeling niet binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn, vanwege het bepaalde in artikel 2 van de Dienstenrichtlijn.

In de uitleg die de Afdeling geeft aan het arrest Libert is overweging 9 dus van zelfstandige betekenis voor de bepaling van de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op voorschriften inzake ruimtelijke ordening.

17.6. Zoals hiervoor werd overwogen, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 5 juni 2015 in zaak nr. 13/03931, ECLI:NL:HR:2015:1467, het Hof prejudiciële vragen gesteld over de Dienstenrichtlijn (zaak C-360/15, X). Onder 4.5.4 van dit arrest heeft de Hoge Raad ten aanzien van overweging 9 van de Dienstenrichtlijn overwogen: "Bovendien rijst de vraag wat de juridische betekenis is van deze overweging in de preambule, omdat de daarin vermelde begrenzing niet in de bewoordingen van de Dienstenrichtlijn zelf tot uitdrukking lijkt te zijn gebracht."

In het licht hiervan ziet de Afdeling thans aanleiding aan het Hof een vraag voor te leggen. Daarbij is van belang dat het arrest Libert, waar de Hoge Raad niet naar verwijst, mogelijk ook aldus kan worden uitgelegd, dat de nationale regeling uitsluitend vanwege het bepaalde in artikel 2 van de Dienstenrichtlijn niet binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn valt en dat het Hof overweging 9 alleen gebruikt bij de uitleg van artikel 2 van de Dienstenrichtlijn. In deze uitleg kan uit het arrest derhalve niet worden afgeleid dat aan overweging 9 van de Dienstenrichtlijn een zelfstandige betekenis toekomt bij het bepalen van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.

17.7. Indien aan overweging 9 van de Dienstenrichtlijn zelfstandige betekenis toekomt bij het bepalen van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, volgt naar het oordeel van de Afdeling uit het arrest Libert dat sprake is van - buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallende -

"voorschriften inzake ruimtelijke ordening [...] 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", indien deze voorschriften doelstellingen van ruimtelijke ordening nastreven.

17.8. Een voorschrift inzake ruimtelijke ordening in de vorm van een regeling als bedoeld onder 8 is naar de Afdeling toeschijnt een voorschrift dat doelstellingen van ruimtelijke ordening nastreeft.

Deze bepaling valt dan binnen de "voorschriften inzake ruimtelijke ordening [...] 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", waarop de Dienstenrichtlijn niet van toepassing zou zijn. De vaststelling van een dergelijke regeling is immers ingegeven uit overwegingen van regulering van het ruimtegebruik dat verschillende activiteiten met zich brengen, waarbij ervan wordt uitgegaan dat dit ruimtegebruik zorgvuldig en doelmatig dient te zijn, de leefbaarheid van het stadscentrum behouden dient te blijven en leegstand in binnenstedelijk gebied dient te worden voorkomen. In deze benadering is de Dienstenrichtlijn derhalve niet van toepassing op het voorschrift houdende de regeling als bedoeld onder 8.

17.9. Anderzijds lijkt de Commissie het standpunt te zijn toegedaan dat een voorschrift als hier aan de orde niet valt binnen de "voorschriften inzake ruimtelijke ordening [...] 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."

Het Handboek vermeldt op bladzijde 15 het volgende: "Zoals aangegeven in overweging 9 is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing op eisen die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar door dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit wel moeten worden nageleefd op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen. Dit betekent dat de Dienstenrichtlijn in algemene zin geen gevolgen heeft voor bijvoorbeeld verkeersregels, regels voor ontwikkeling of gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw of voor bouwnormen. Het is echter duidelijk dat het enkele feit dat voorschriften een specifieke benaming krijgen, bijvoorbeeld voorschriften inzake ruimtelijke ordening, of dat eisen in algemene zin worden geformuleerd, dus niet specifiek zijn gericht op dienstverrichters, onvoldoende reden is om te zeggen dat zij niet onder de Dienstenrichtlijn vallen. In feite moeten de daadwerkelijke effecten van de desbetreffende eisen worden beoordeeld om vast te stellen of zij al dan niet algemeen van aard zijn. Bij de implementatie van de richtlijn moeten lidstaten dus rekening houden met het feit dat wetgeving onder de vlag van 'voorschriften voor ruimtelijke ordening' of 'bouwnormen' eisen kan bevatten waarmee dienstenactiviteiten specifiek worden gereguleerd en die dus onder de Dienstenrichtlijn vallen. Zo vallen bijvoorbeeld voorschriften over de maximale oppervlakte van bepaalde winkelbedrijven, ook wanneer zij zijn opgenomen in algemene wetgeving voor ruimtelijke ordening, onder de verplichtingen van het vestigingshoofdstuk van de richtlijn (cursivering Afdeling bestuursrechtspraak)."

In paragraaf 3.2.1 van de Mededeling van de Commissie Een Europees Actieplan inzake detailhandel wordt meer specifiek met betrekking tot voorschriften als hier aan de orde het volgende vermeld: "De verantwoordelijkheid om te zorgen voor een evenwichtige en duurzame territoriale ontwikkeling, ligt in de eerste plaats bij de lidstaten. Hun maatregelen kunnen leiden tot beperkingen wat betreft de locatie of het gamma van producten of diensten die detailhandelaren kunnen aanbieden (cursivering Afdeling bestuursrechtspraak). Dergelijke beperkingen hebben een belangrijk effect op: (i) de territoriale organisatie (bv. verkeers- en vervoersinfrastructuur); (ii) de kansen die ondernemingen krijgen om winkels te openen en uit te baten; (iii) de soorten verkooppunten van detailhandelaren, en (iv) de keuze van de consument. Zoals erkend door het Hof van Justitie van de Europese Unie kunnen beperkingen van de vrijheid van vestiging hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zoals milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming, op voorwaarde dat zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

Derhalve is het van belang om ervoor te zorgen dat enerzijds de vrijheid van vestiging in acht wordt genomen en concurrentievervalsing wordt voorkomen en anderzijds andere relevante doelstellingen en belangen van het algemene beleid van de EU in acht worden genomen. Er is behoefte aan een evenwichtige aanpak waarbij rekening wordt gehouden met onder meer de planning voor duurzame ontwikkeling, voor territoriale cohesie en voor een leven in de stad en op het platteland van hoge kwaliteit, en waarbij de milieueffecten tot een minimum worden beperkt. De dienstenrichtlijn, die op dit gebied van toepassing is, bevat ook een aantal ondubbelzinnige verplichtingen voor de lidstaten. Een ervan is de verplichting om door de dienstenrichtlijn verboden vereisten op te heffen, zoals economische criteria waarbij de verlening van de vergunning om een dienst te verlenen, afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of markt vraag bestaat, van een beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van de activiteit of van een beoordeling van de geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instantie vastgestelde doelen van economische planning. [...]

Daarom moeten, rekening houdend met bepaalde belangrijke EU-doelstellingen, zoals territoriale cohesie en milieubescherming, inspanningen worden geleverd om goede praktijken op het gebied van commerciële planning vast te stellen en te verspreiden, die kunnen zorgen voor het succesvolle samengaan van een concurrerende detailhandelssector met een eerlijke en duurzame ontwikkeling van steden, dorpen en plattelandsgebieden in de hele Europese Unie."

Hoewel het Handboek niet bindend is, biedt het een handvat bij de uitleg van bepalingen van de richtlijn.

17.10. Gelet op het vorenstaande legt de Afdeling de volgende vraag voor:

2) De regeling als bedoeld onder 8 strekt ertoe vanwege behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied bepaalde vormen van detailhandel, zoals de verkoop van schoenen en kleding, in gebied buiten het stadscentrum niet mogelijk te maken.

Valt een voorschrift houdende een zodanige regeling, gelet op overweging 9 van de Dienstenrichtlijn, buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, omdat dergelijke voorschriften beschouwd moeten worden als "voorschriften inzake ruimtelijke ordening [...]" 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"?

Grensoverschrijdende situatie en inroepbaarheid in zuiver interne situatie

18. Indien voorschriften inzake ruimtelijke ordening in de vorm van een regeling als bedoeld onder 8 binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, overweegt de Afdeling als volgt.

18.1. [appellante] beroept zich op de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn en op artikel 1.1.2 van het Bro, waarin wordt verwezen naar artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn.

18.2. Naar het oordeel van de Afdeling zijn de artikelen 9, eerste lid, en 10, eerste en tweede lid, van de Dienstenrichtlijn zodanig onvoorwaardelijk en voldoende precies geformuleerd dat zij als zodanig in rechte inroepbaar zijn. Nu de betreffende bepalingen niet in het nationale recht zijn omgezet, kan hierop naar het oordeel van de Afdeling voor de nationale rechter een beroep worden gedaan.

18.3. Ook indien de detailhandelsactiviteiten die volgens [appellante] mogelijk hadden moeten worden gemaakt in de planregeling - detailhandel in schoenen en kleding - zijn aan te merken als diensten, rijst - in verband met de vraag of zich een zuiver interne situatie voordoet - de vraag of [appellante] de Dienstenrichtlijn kan inroepen.

19. [appellante] staat op het standpunt dat de planregeling ten onrechte geen detailhandel in schoenen en kleding toestaat ter plaatse van [locatie] op de bovenverdieping. [appellante] is een in Nederland gevestigde rechtspersoon naar Nederlands recht. [appellante] heeft de wens haar winkelpand aan de [locatie] te verhuren aan de in Nederland gevestigde rechtspersoon naar Nederlands recht Bristol B.V., die de betrokken detailhandelsactiviteiten zal verrichten. Desgevraagd heeft [appellante] laten weten dat bij de door haar beoogde verhuur geen elementen uit andere lidstaten betrokken zijn.

19.1. Op grond van de beschikbare informatie zijn derhalve alle feiten met betrekking tot de activiteiten die [appellante] in de planregeling mogelijk wenst te zien worden gemaakt, ten behoeve waarvan zij een beroep doet op de Dienstenrichtlijn, binnen één lidstaat, namelijk Nederland, gesitueerd. In zoverre lijkt zich een zuiver interne situatie voor te doen.

19.2. In de verwijzingsuitspraken van de Afdeling van 9 juli 2014 in zaak nr. 201208190/1/A3, ECLI:NL:RVS:2014:2495, (www.rechtspraak.nl), en 9 juli 2014 in zaak nr. 201300761/1/A3, ECLI:NL:RVS:2014:2488, (www.rechtspraak.nl) is de zuiver interne situatie al aan de orde gesteld (zie overwegingen 5.7 en 5.8 in zaak nr. 201208190/1/A3, respectievelijk 4.7 en 4.8 in zaak nr. 201300761/1/A3). Het Hof heeft op 1 oktober 2015 in gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, Trijber en Harmsen, ECLI:EU:C:2015:641, arrest gewezen. Bij de Afdeling bestaat omtrent het navolgende echter nog twijfel.

19.3. Uit onder andere de arresten van het Hof van 8 mei 2013 in gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, Libert, ECLI:EU:C:2013:288, en van 5 december 2013 in zaak C-159/12 tot en met C-161/12, Venturini, ECLI:EU:C:2013:791, in onderlinge samenhang bezien, kan worden afgeleid dat in een (op het eerste gezicht) interne situatie, waarin alle relevante elementen zich in een enkele lidstaat voordoen, niettemin de verdragsregels over de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten kunnen worden ingeroepen in het geval de in het geding toepasselijke regeling gevolgen kan hebben die niet beperkt zijn tot een enkele lidstaat.

In dit verband wijst de Afdeling er echter op dat het Hof dit in deze arresten heeft overwogen in het kader van zijn taak de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven bij de beoordeling of de prejudiciële vraag ontvankelijk is, dan wel bij de beoordeling van zijn eigen bevoegdheid tot beantwoording van de prejudiciële vragen (bijvoorbeeld het arrest Venturini, punten 24-29, het arrest van het Hof van 13 februari 2014 in zaak C-367/12, Sokoll-Seebacher, ECLI:EU:C:2014:68, punten 9-12, het arrest van het Hof van 11 juni 2015 in zaak C-98/14, Berlington Hungary, ECLI:EU:C:2015:386, punten 23 tot en met 28, en het arrest van het Hof van 15 oktober 2015 in zaak C-168/14, Grupo Itevelesa SL, ECLI:EU:C:2015:685, punten 34 tot en met 37).

19.4. De vraag rijst wat deze recente rechtspraak van het Hof betekent in de hier in geschil zijnde situatie, waarin appellante zich keert tegen een planregeling die detailhandel in schoenen en kleding niet mogelijk maakt.

19.5. De planregeling raakt niet alleen detailhandelsbedrijven in Nederland, maar in potentie ook detailhandelsbedrijven afkomstig uit andere lidstaten. Op grond van de planregeling is het immers voor geen enkel detailhandelsbedrijf mogelijk om zich ter plaatse te vestigen voor het verkopen van schoenen en kleding. Gelet op hetgeen in punt 34 van het arrest Libert en in punt 25 van het arrest Venturini is overwogen, zou op die grond kunnen worden betoogd dat de planregeling gevolgen kan hebben die niet beperkt zijn tot de lidstaat Nederland.

19.6. Het is de Afdeling, zoals ook aan de orde gesteld in de bovenvermelde verwijzingsuitspraken, evenwel niet duidelijk in hoeverre hierbij moet komen vast te staan of in andere lidstaten gevestigde ondernemingen daadwerkelijk interesse hebben getoond of zullen tonen voor vestiging van een detailhandelsbedrijf op het Woonplein te Appingedam.

19.7. Enerzijds lijkt uit punt 34 van het arrest Libert en uit punt 25 van het arrest Venturini te kunnen worden afgeleid dat voldoende is dat geenszins kan worden uitgesloten dat zo'n vestiging plaats zal vinden. Ook punt 41 van het arrest Trijber en Harmsen lijkt in deze richting te wijzen, waar het Hof overweegt "dat van deze dienst ook gebruik kan worden gemaakt door de burgers van andere lidstaten en de betrokken regeling een belemmering kan vormen voor de toegang tot de markt van alle dienstverrichters, daaronder begrepen die welke afkomstig zijn uit andere lidstaten en die zich in Nederland willen vestigen om een dergelijke dienst aan te bieden". De enkele omstandigheid dat afnemers van de desbetreffende dienst afkomstig zouden kunnen zijn uit een andere lidstaat dan wel dienstverrichters uit een andere lidstaat deze dienst zouden kunnen aanbieden, lijkt volgens die arresten voldoende te zijn om uit te gaan van een grensoverschrijdende situatie.

Anderzijds lijkt uit het arrest van 12 december 2013 in zaak C-292/12, Ragn-Sells AS, ECLI:EU:C:2013:820, te kunnen worden afgeleid dat daadwerkelijk aanwijzingen dienen te bestaan voor een grensoverschrijdende vestiging. Het Hof overwoog in punt 72 van dat arrest, in het kader van de inroepbaarheid van de vrijheid van vestiging in een zuiver interne situatie, namelijk dat "nergens uit het aan het Hof voorgelegde dossier [blijkt] dat in andere lidstaten gevestigde ondernemingen interesse hebben getoond voor de verwerking van het op het grondgebied van het Sillamäe Linnavalitsus geproduceerde afval."

19.8. Naar het oordeel van de Afdeling blijkt uit het aan haar voorgelegde dossier niet dat detailhandelsbedrijven uit andere lidstaten daadwerkelijk interesse hebben voor vestiging van een detailhandelsbedrijf ter plaatse dan wel dat afnemers uit andere lidstaten diensten willen betrekken bij een dergelijk detailhandelsbedrijf. Daarbij kan verder worden aangetekend dat de omstandigheid dat de in geding zijnde regeling gevolgen kan hebben die niet beperkt zijn tot de lidstaat, waarbinnen die regeling geldt, zoals het Hof in de arresten Libert en Venturini overwoog, inherent is aan de vrijheid van vestiging. De vraag rijst dan ook in hoeverre het criterium van het enkele bestaan van de mogelijkheid dat zich grensoverschrijdende gevolgen zich voordoen voldoende onderscheidend is bij de beoordeling of een zuiver interne situatie bestaat.

19.9. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen legt de Afdeling het Hof de volgende vraag voor:

3) Is voor het aannemen van een grensoverschrijdende situatie voldoende dat geenszins kan worden uitgesloten dat een detailhandelsbedrijf uit een andere lidstaat zich ter plaatse zou kunnen vestigen dan wel dat afnemers van het detailhandelsbedrijf afkomstig zouden kunnen zijn uit een andere lidstaat, of dienen daarvoor daadwerkelijk aanwijzingen te bestaan?

20. Indien uit de beantwoording van vraag 3) volgt dat sprake is van een zuiver interne situatie, ziet de Afdeling zich gesteld voor de vraag of de Dienstenrichtlijn van toepassing is en kan worden ingeroepen.

20.1. De kwestie of de Dienstenrichtlijn in een zuiver interne situatie kan worden ingeroepen is ook aan de orde gekomen in de overwegingen 5.3 tot en met 5.11 van de verwijzingsuitspraak van de Afdeling van 9 juli 2014 in zaak nr. 201208190/1/A3, ECLI:NL:RVS:2014:2495, (www.rechtspraak.nl), en de overwegingen 4.3 tot en met 4.11 van de verwijzingsuitspraak van de Afdeling van 9 juli 2014 in zaak nr. 201300761/1/A3, ECLI:NL:RVS:2014:2488, (www.rechtspraak.nl). De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 5 juni 2015 in zaak nr. 13/03931, ECLI:NL:HR:2015:1467, aan het Hof eveneens de vraag voorgelegd of Hoofdstuk III van Dienstenrichtlijn aldus moet worden geïnterpreteerd dat zij ook van toepassing is in zuiver interne situaties (zaak C-360/15, X). Zoals hierboven vermeld, heeft het Hof op 1 oktober 2015 in de gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, Trijber en Harmsen, ECLI:EU:C:2015:641, arrest gewezen. De Afdeling acht deze vraag in het arrest Trijber en Harmsen niet beantwoord.

20.2. Zoals in de verwijzingsuitspraken van de Afdeling van 9 juli 2014 al aan de orde kwam (zie overwegingen 5.3 en 5.4 in zaak nr. 201208190/1/A3, respectievelijk 4.3 en 4.4 in zaak nr. 201300761/1/A3), rijst de vraag in hoeverre de vaste jurisprudentie van het Hof inzake de verdragsbepalingen over vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten in een zuiver interne situatie kan worden toegepast op de Dienstenrichtlijn, nu het daarbij gaat om harmonisatie door middel van deze richtlijn.

Gelet hierop en aangezien deze vraag nog niet beantwoord is door het Hof, ziet de Afdeling zich genooddaakt om ook in deze zaak het Hof de volgende vraag voor te leggen:

4) Is Hoofdstuk III (vrijheid van vestiging) van de Dienstenrichtlijn van toepassing op zuiver interne situaties of geldt bij de beoordeling van de vraag of dit hoofdstuk van toepassing is de rechtspraak van het Hof inzake de verdragsbepalingen over de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten in zuiver interne situaties?

Inhoudelijk toetsingskader voor de planregeling

21. Indien [appellante] in een situatie als deze de Dienstenrichtlijn kan invoeren, overweegt de Afdeling als volgt.

21.1. [appellante] voert aan dat de planregeling niet voldoet aan de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn en artikel 1.1.2 van het Bro, waarin wordt verwezen naar artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn.

21.2. In dit verband ziet de Afdeling zich gesteld voor de vraag of een in een bestemmingsplan opgenomen regeling als bedoeld onder 8 een "vergunningstelsel" vormt als bedoeld in artikel 4, onder 6, en de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn, dan wel een "eis" als bedoeld in artikel 4, onder 7, en artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn.

21.3. Hierbij ziet de Afdeling zich gesteld voor de vraag of van "een procedure die voor de dienstverrichter de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen" als bedoeld in artikel 4, aanhef en onder 6, van de Dienstenrichtlijn eerst sprake is wanneer de dienstverrichter altijd stappen bij het bevoegd gezag moet ondernemen om een formele beslissing over de uitoefening van de dienstenactiviteit te verkrijgen (bijvoorbeeld stappen in de vorm van een aanvraag). Of is daarvan reeds sprake wanneer stappen bij het bevoegd gezag niet steeds nodig zijn, maar wel om een ongewenste formele beslissing over de uitoefening van de dienstenactiviteit af te wenden (bijvoorbeeld stappen in de vorm van het indienen van zienswijzen over een ambtshalve vastgesteld ontwerpbesluit tot vaststelling van een bestemmingsplan dan wel het instellen van beroep bij de bestuursrechter)?

21.4. De Afdeling licht dit als volgt toe. Om op een bepaalde locatie activiteiten - bijvoorbeeld bepaalde vormen van detailhandel, zoals de verkoop van schoenen en kleding, in perifeer gebied - te kunnen ontplooiën, dient de in het bestemmingsplan opgenomen regeling in de mogelijkheid daartoe te voorzien. Gelet hierop vormt het besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan in zoverre een formele beslissing over de uitoefening van de dienstenactiviteit.

Bestemmingsplannen worden gewoonlijk echter ambtshalve vastgesteld voor een bepaald gebied en dienen elke tien jaar te worden geactualiseerd. Wanneer het ambtshalve vastgestelde ontwerpplan en het ambtshalve vastgestelde definitieve plan voor een specifieke locatie in het plangebied de door de dienstverrichter gewenste activiteit toelaten, is er voor hem - en ook voor iedere andere persoon - een formele beslissing over de uitoefening van die activiteit, zonder dat de dienstverrichter verplicht was bij de bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging daarvan. De vastgestelde planregeling heeft het karakter van algemeen verbindende voorschriften, die op hun beurt onder meer weer het toetsingskader vormen voor de verlening van vergunningen (in Nederland geheten: omgevingsvergunningen) voor bouwen.

Indien het ambtshalve vastgestelde ontwerpplan en/of het ambtshalve vastgestelde definitieve plan de door de dienstverrichter gewenste activiteit niet toelaat, zal hij echter genooddaakt zijn stappen te ondernemen bij het bevoegd gezag. Dit kan hij onder meer doen door zienswijzen naar voren te brengen over het ontwerp van het besluit dan wel beroep in te stellen bij de bestuursrechter tegen het besluit waarbij het plan definitief is vastgesteld. Daarnaast kan hij

verzoeken om een vergunning (in Nederland geheten: omgevingsvergunning) voor afwijking van het bestemmingsplan op grond van artikel 2.12, eerste lid, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Verder kan hij een verzoek doen tot herziening van het bestemmingsplan. Een bestemmingsplan kan ook op aanvraag van onder meer de dienstverrichter worden vastgesteld. De Afdeling gaat er op voorhand van uit dat het bij de vaststelling van een bestemmingsplan voor zover het een daarin opgenomen regeling als bedoeld onder 8 betreft niet gaat om een "procedure die voor een dienstverrichter [...] de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen", maar om de vaststelling van een "verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen", zodat geen sprake is van een "vergunningstelsel", maar van een "eis".

21.5. De Afdeling merkt nog op dat in het arrest van het Hof van 24 oktober 1996 in zaak C-72/95, Kraaijeveld, ECLI:EU:C:1996:404, en het arrest van het Hof van 18 juni 1998 in zaak C-81/96, Ruigoord, ECLI:EU:C:1998:305, een besluit inzake een bestemmingsplan is aangemerkt als vergunning als bedoeld in artikel 1, tweede lid, van Richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (PB L 175, blz. 40), in welk artikel het element "verplichting [...] stappen te ondernemen" overigens niet voorkomt.

In laatstgenoemd arrest overwoog het Hof:

"20. Om te beginnen zij opgemerkt, dat de nationale rechter in elk concreet geval en op basis van de toepasselijke nationale regelgeving dient vast te stellen, of de goedkeuring van een bestemmingsplan een vergunning inhoudt als bedoeld in artikel 1, lid 2, van de richtlijn, dat wil zeggen een besluit van de bevoegde instantie waardoor de opdrachtgever het recht verkrijgt het betrokken project uit te voeren.

21. In casu komt uit de verwijzingsbeschikking duidelijk naar voren, dat de nationale rechter als vaststaand aanneemt dat de goedkeuring van de betrokken plannen een dergelijke vergunning inhoudt."

21.6. Gelet hierop legt de Afdeling het Hof de volgende vraag voor:

5a) Valt een in een bestemmingsplan opgenomen regeling als bedoeld onder 8 onder de reikwijdte van het begrip "eis" als bedoeld in artikel 4, onder 7, en artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn, en niet onder de reikwijdte van het begrip "vergunningstelsel" als bedoeld in artikel 4, onder 6, en de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn?

21.7. Al naar gelang het antwoord op vorenstaande vraag dient de regeling als bedoeld onder 8 te worden getoetst aan de inhoudelijke normen van artikel 9, eerste lid, en artikel 10, tweede lid, aanhef en onder b en c, dan wel artikel 14, onder 5, van de Dienstenrichtlijn.

21.8. Indien een regeling als bedoeld onder 8 valt onder de reikwijdte van het begrip "vergunningstelsel" als bedoeld in artikel 4, onder 6, en de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn, overweegt de Afdeling als volgt.

21.9. Artikel 9, eerste lid, van de Dienstenrichtlijn staat eraan in de weg dat de toegang tot een dienstenactiviteit afhankelijk wordt gesteld van een vergunningstelsel, tenzij dit geen discriminerende werking heeft, gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang en evenredig is. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder a, b en c, moeten de criteria waarop het vergunningstelsel is gebaseerd niet discriminatoir, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en evenredig zijn.

Een regeling als bedoeld onder 8 geldt gelijkkelijk voor alle marktdeelnemers en heeft derhalve geen discriminerende werking jegens bepaalde dienstverrichters. Voor het oordeel dat een dergelijke regeling niet voldoet aan artikel 9, eerste lid, onder a, en artikel 10, tweede lid, onder a, van de Dienstenrichtlijn, bestaat daarom geen aanleiding.

Wel ziet de Afdeling zich gesteld voor de vraag of de voorwaarde "gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang" als bedoeld in artikel 9, eerste lid, onder b, en in artikel 10, tweede lid, onder b, van de Dienstenrichtlijn aldus dient te worden uitgelegd dat deze niet in de weg staat aan een regeling als bedoeld onder 8. Ingevolge artikel 4, aanhef en onder 8, van de

Dienstenrichtlijn wordt voor de toepassing van deze richtlijn onder dwingende redenen van algemeen belang onder meer bescherming van het stedelijk milieu verstaan. Een regeling als bedoeld onder 8 strekt tot behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied. In zijn arrest van 24 maart 2011 in zaak C-400/08, Commissie tegen Spanje, ECLI:EU:C:2011:172, heeft het Hof als uitgangspunt geformuleerd dat beperkingen met betrekking tot de ligging en omvang van - in dat geval - grote winkelbedrijven geschikt waren ter bereiking van doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming. Gelet op hetgeen is overwogen onder 8, 9 en 17.8 gaat de Afdeling er voorshands van uit dat de opgeworpen vraag bevestigend dient te worden beantwoord.

Voorts ziet de Afdeling zich gesteld voor de vraag of de voorwaarde "het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt" als bedoeld in artikel 9, eerste lid, onder c, en artikel 10, tweede lid, onder c, aldus dient te worden uitgelegd dat deze niet in de weg staat aan een regeling als bedoeld onder 8. Hierbij speelt een rol of deze voorwaarde er niet aan in de weg staat aan om voor het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied een regeling te treffen die grootschalige detailhandel niet, maar detailhandel zoals de verkoop van schoenen en kleding in perifeer gebied wel uitsluit.

21.10. Indien een regeling als bedoeld onder 8 een "eis" vormt als bedoeld in de artikelen 4, onder 7, en 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn, overweegt de Afdeling als volgt.

21.11. Artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn staat er aan in de weg dat een eis wordt gesteld die de toegang tot een dienstenactiviteit afhankelijk stelt van de toepassing per geval van economische criteria. Voor een dergelijke "verboden" eis is niet voorzien in een mogelijkheid tot rechtvaardiging (vergelijk het arrest van het Hof van 16 juni 2015 in zaak C-593/13, Rina Services, ECLI:EU:C:2015:399). Het verbod heeft echter geen betrekking op planningseisen waarmee geen economische doelen worden nagestreefd, maar die voortkomen uit dwingende redenen van algemeen belang.

De Afdeling ziet zich gesteld voor de vraag of de bewoordingen "planningseisen waarmee geen economische doelen worden nagestreefd, maar die voortkomen uit dwingende redenen van algemeen belang" aldus dienen te worden uitgelegd dat deze niet in de weg staan aan een regeling als bedoeld onder 8. Ingevolge artikel 4, aanhef en onder 8, van de Dienstenrichtlijn wordt voor de toepassing van deze richtlijn onder dwingende redenen van algemeen belang onder meer bescherming van het stedelijk milieu verstaan. Een regeling als bedoeld onder 8 strekt tot behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied. In zijn arrest van 24 maart 2011 in zaak C-400/08, Commissie tegen Spanje, ECLI:EU:C:2011:172, heeft het Hof, zoals reeds aan de orde kwam, als uitgangspunt geformuleerd dat beperkingen met betrekking tot de ligging en omvang van - in dat geval - grote winkelbedrijven geschikt waren ter bereiking van doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming. Gelet op hetgeen is overwogen onder 8, 9 en 17.8 gaat de Afdeling er voorshands wederom van uit dat de opgeworpen vraag bevestigend dient te worden beantwoord.

21.12. Gelet op het vorenstaande legt de Afdeling het Hof de volgende vraag voor:

5b) Staan artikel 14, onder 5, van de Dienstenrichtlijn - indien een regeling als bedoeld onder 8 onder de reikwijdte van het begrip "eis" valt - dan wel de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn - indien een regeling als bedoeld onder 8 onder de reikwijdte van het begrip "vergunning" valt - eraan in de weg dat een gemeentebestuur een regeling als bedoeld onder 8 vaststelt?

De Verdragsbepalingen voor het vrij verkeer

22. Indien uit de beantwoording van de vragen 1 en 2 volgt dat [appellante] de Dienstenrichtlijn niet kan inroepen, gelet op de betekenis die moet worden toegekend aan het begrip "dienst" of aan overweging 9 van de Dienstenrichtlijn, overweegt de Afdeling als volgt.

22.1. Ingevolge artikel 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht vult de bestuursrechter ambtshalve de rechtsgronden aan.

22.2. Aangezien [appellante] betoogt dat de planregeling, voor zover deze geen detailhandel in schoenen en kleding toestaat ter plaatse van [locatie] op de bovenverdieping, leidt tot

belemmering van de vestigingsmogelijkheden voor detailhandel in goederen, zoals de verkoop van schoenen en kleding, bestaat aanleiding om in geval van de niet-toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn te toetsen of de vrij verkeersbepalingen van het VWEU zijn geschonden.

22.3. Krachtens vaste rechtspraak van het Hof zijn de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer niet van toepassing op een interne situatie (bijvoorbeeld zaak Ragn-Sells, reeds aangehaald, punt 70). In het licht van hetgeen de Afdeling heeft overwogen in 18 tot en met 19.9, rijst de vraag of een regeling als bedoeld onder 8 leidt tot grensoverschrijdende effecten. Aan het onderstaande wordt slechts toegekomen wanneer uit het antwoord op vraag 3 volgt dat zich in dit geval een grensoverschrijdende situatie voordoet.

22.4. Indien uit het antwoord op vraag 1 volgt dat het begrip dienst in artikel 4, onder 1, van de Dienstenrichtlijn niet ziet op detailhandel in goederen, zoals de verkoop van schoenen en kleding, is toetsing aan de bepalingen over het vrij goederenverkeer van de artikelen 34 tot en met 36 van het VWEU aan de orde.

Indien uit het antwoord op vraag 1 volgt dat het begrip "dienst" wel van toepassing is, maar uit het antwoord op vraag 2 volgt dat de Dienstenrichtlijn gelet op overweging 9 daarvan niet kan worden toegepast op een planregeling als bedoeld onder 8, is toetsing aan de bepalingen over vestigingsvrijheid van de artikelen 49 tot en met 55 van het VWEU aan de orde.

In beide kaders ziet de Afdeling zich dan gesteld voor de vraag of de in het VWEU en de rechtspraak van het Hof erkende excepties en rechtvaardigingsgronden ruimte geven voor een regeling als bedoeld onder 8. Nu een regeling als bedoeld onder 8 gelet op hetgeen is overwogen onder 8, 9 en 17.8 strekt tot het bereiken van doelstellingen van ruimtelijke ordening en, meer in het bijzonder, van het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied, gaat de Afdeling er voorhands van uit dat deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord.

22.5. Gelet op het vorenstaande legt de Afdeling het Hof de volgende vraag voor:

6) Valt een regeling als bedoeld onder 8 onder de werkingssfeer van de artikelen 34 tot en met 36, dan wel 49 tot en met 55 van het VWEU en, zo ja, zijn dan de door het Hof van Justitie erkende excepties, mits proportioneel ingevuld, van toepassing?

Slot

23. De behandeling van het beroep zal worden geschorst tot het Hof uitspraak heeft gedaan.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vragen:

1) Dient het begrip "dienst" in artikel 4, onder 1, van de Dienstenrichtlijn aldus te worden uitgelegd dat detailhandel die bestaat uit de verkoop van goederen, zoals schoenen en kleding, aan consumenten, een dienst is waarop de bepalingen van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op grond van artikel 2, eerste lid, van deze richtlijn?

2) De regeling als bedoeld onder 8 strekt ertoe vanwege behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied bepaalde vormen van detailhandel, zoals de verkoop van schoenen en kleding, in gebied buiten het stadscentrum niet mogelijk te maken.

Valt een voorschrift houdende een zodanige regeling, gelet op overweging 9 van de Dienstenrichtlijn, buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, omdat dergelijke voorschriften beschouwd moeten worden als "voorschriften inzake ruimtelijke ordening [...]" 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"?

3) Is voor het aannemen van een grensoverschrijdende situatie voldoende dat geenszins kan worden uitgesloten dat een detailhandelsbedrijf uit een andere lidstaat zich ter plaatse zou kunnen

vestigen dan wel dat afnemers van het detailhandelsbedrijf afkomstig zouden kunnen zijn uit een andere lidstaat, of dienen daarvoor daadwerkelijk aanwijzingen te bestaan?

4) Is Hoofdstuk III (vrijheid van vestiging) van de Dienstenrichtlijn van toepassing op zuiver interne situaties of geldt bij de beoordeling van de vraag of dit hoofdstuk van toepassing is de rechtspraak van het Hof inzake de verdragsbepalingen over de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten in zuiver interne situaties?

5a) Valt een in een bestemmingsplan opgenomen regeling als bedoeld onder 8 onder de reikwijdte van het begrip "eis" als bedoeld in artikel 4, onder 7, en artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn, en niet onder de reikwijdte van het begrip "vergunningstelsel" als bedoeld in artikel 4, onder 6, en de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn?

5b) Staan artikel 14, onder 5, van de Dienstenrichtlijn - indien een regeling als bedoeld onder 8 onder de reikwijdte van het begrip "eis" valt - dan wel de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn - indien een regeling als bedoeld onder 8 onder de reikwijdte van het begrip "vergunning" valt - eraan in de weg dat een gemeentebestuur een regeling als bedoeld onder 8 vaststelt?

6) Valt een regeling als bedoeld onder 8 onder de werkingssfeer van de artikelen 34 tot en met 36, dan wel 49 tot en met 55 van het VWEU en, zo ja, zijn dan de door het Hof van Justitie erkende excepties, mits proportioneel ingevuld, van toepassing?

II. schorst de behandeling en houdt iedere verdere beslissing aan.

Naschrift

In de Gemeentestem van 23 januari 2015 heb ik drie uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak geannoteerd. Het betrof twee uitspraken van 14 juli 2014 (*Gst.* 2015/3 en *Gst.* 2015/4) over Amsterdamse exploitatievergunningen voor raamprostitutiebedrijven en over passagiersvervoer, waarin de Afdeling naar mijn mening ten onrechte prejudiciële vragen heeft gesteld. Inmiddels heeft het Hof van Justitie in zijn arrest van 1 oktober 2015, gevoegde zaken C-340/14 en C 341/14 (*Trijber en Harmsen*) de vragen beantwoord. Daarnaast ging het om een uitspraak van de Afdeling van 22 oktober 2014 (*Gst.* 2015/5) over het verbod van verkoop van alcoholhoudende dranken in benzinestations, waarin de verhouding tussen goederen en diensten bij de toepassing van de Dienstenrichtlijn aan de orde was. Omdat daar duidelijk verschillende benaderingen over bestaan, heb ik het betreurd dat de Afdeling hierover geen prejudiciële vragen heeft gesteld. (zie hiervoor desgewenst: www.oog-decentraleoverheden.nl, publicaties, vrij verkeer en dienstenrichtlijn, artikelen)

1. Een zeer gewaardeerde en diepgaande prejudiciële procedure

Tot mijn grote genoegen is deze zaak van '[appellante] tegen de raad van de gemeente Appingedam' voor de Afdeling wel aanleiding tot prejudiciële vragen over deze verhouding. Dat is echter maar een begin want als het Hof zou beslissen dat de Dienstenrichtlijn in deze zaak van toepassing is, komen bij de Afdeling nog meer vragen op die alle in onderlinge samenhang zeer relevant zijn (zie punt 15.5). Verder heeft de Afdeling ook prejudiciële vragen gesteld voor het geval dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is. In verband met de Dienstenrichtlijn ziet de Afdeling in deze zaak ook aanleiding om nadere prejudiciële vragen te stellen over de antwoorden van het Hof in het arrest *Trijber en Harmsen*. In haar omvangrijke en zeer heldere artikelnoot bij dat arrest heeft Annemarie Drahmman recentelijk uitgewerkt wat de gevolgen van de Dienstenrichtlijn zijn op vergunningverlening (*Gst.* 2016/13). Maar omdat we met deze zaak nog niet zeker weten wat het Hof gaat

zeggen, wil ik in dit naschrift nog wel ingaan op die vragen. Het aardige is namelijk dat enkele dagen na het verschijnen van het arrest Trijber en Harmsen, Marleen Botman haar proefschrift 'De Dienstenrichtlijn in Nederland' (Boom Juridische uitgevers) aan de VU heeft verdedigd en ik in dat proefschrift duidelijke steun vind voor mijn kritiek op de gestelde prejudiciële vragen van deze zaken. De antwoorden van het Hof hebben de Afdeling nog geen duidelijkheid gegeven en laten daarom nu nog ruimte voor discussie.

2. De vraag of de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is op de distributie van goederen

In mijn naschrift bij de uitspraak over de benzinstations (*Gst.* 2015/5) noemde ik eerst het standpunt van de Commissie en mijn oorspronkelijke standpunt dat het distribueren van goederen ook onder de Dienstenrichtlijn valt. Daarna wees ik allereerst ik op het arrest Burmanjer en enige Nederlandse rechtspraak die de onhoudbaarheid van dat standpunt bevestigden. Vervolgens verwees ik naar het *workingpaper* van de screeningsresultaten van de Commissie en naar artikel 1.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro), die de houdbaarheid van dat standpunt bevestigen. Artikel 1.1.2 Bro is er op gericht om bij het stellen van regels in een bestemmingsplan te 'voorkomen dat strijdigheid ontstaat met artikel 14 aanhef en onder 5 van de Dienstenrichtlijn.' In de toelichting bij dat artikel wordt gesproken van 'de vestiging van diensten, zoals de detailhandel.' Gezien deze tweeslachtigheid vonden Marleen Botman en ik het in het tweede themanummer van RegelMaat (*Afl.* 2011/5) over de Dienstenrichtlijn al gewenst hierover prejudiciële vragen te stellen. In haar proefschrift betreurt Marleen Botman het ook dat de Afdeling in de zaak over de benzinstations geen aanleiding had gezien voor prejudiciële vragen (p. 406/407). Ik waardeer het dan ook zeer dat de Afdeling in deze zaak die stap wel zet, en als eerste vraag stelt of het begrip dienst in artikel 4, onder 1 van de Dienstenrichtlijn aldus dient te worden uitgelegd dat detailhandel die bestaat uit de verkoop van goederen een dienst is waarop de bepalingen van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op grond van artikel 2 eerste lid (punt 16.5). Het is mooi dat de Afdeling in deze uitspraak naast het arrest Burmanjer nu ook spreekt van artikel 1.1.2 Bro en daarmee de tweeslachtigheid onderkent. Daarnaast wijst de Afdeling ook nog op het beroep van appellante op het Handboek van de Commissie en een groot aantal rechterlijke uitspraken, waaronder een uitspraak van de Franse Conseil d'Etat dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op de detailhandel (punt 15.2).

Ik hoop dat het Hof zich bij de beantwoording van deze vraag realiseert dat er een duidelijk verschil bestaat tussen zijn gebruikelijke jurisprudentie die gericht is op concrete gevallen en het standpunt van de Commissie dat betrekking heeft op alle wetgeving van alle lidstaten die onder de Dienstenrichtlijn valt. Als het Hof de lijn van zijn jurisprudentie doortrekt en stelt dat er een duidelijke scheiding gemaakt moet worden tussen goederen en diensten, wordt de Afdeling, met alle andere lidstaten belast om bij iedere concrete detailhandel te kijken of er naast de verkoop van goederen ook sprake is van diensten en dan in overwegende mate. Artikel 1.1.2 Bro is dan in strijd met het Europese recht. Dan ontstaan er binnen de detailhandel moeilijk acceptabele verschillen tussen aan de ene kant reisbureaus en restaurants die diensten aanbieden en aan de andere kant winkels die louter goederen verkopen.

Daartussen zitten dan opticiens die ook ogen en oren meten, verkopers van wasmachines, koelkasten die zij ook komen installeren en Hema's waar we nu ook verzekeringen kunnen aangaan. Voor de markt werkt dat niet. Gegeven het verschil tussen de casuïstische jurisprudentie van het Hof en de algemene aanpak van de Commissie, vraag ik mij af of de Afdeling, onder erkenning van dat verschil in aanpak, in plaats van 'dient' beter had kunnen vragen of het Hof de Commissie en de lidstaten 'ruimte biedt' voor deze uitleg.

Als het Hof de eerste vraag positief beantwoordt komt de tweede vraag van de Afdeling aan de orde.

3. De verhouding tussen brancheringsregels in bestemmingsplannen en de Dienstenrichtlijn

De gemeente Appingedam heeft een brancheringsregeling die alleen volumineuze detailhandel in omvangrijke goederen toestaat (punt 8) en die vanwege behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied bepaalde vormen van detailhandel, zoals de verkoop van schoenen en kleding, buiten het stadscentrum niet mogelijk maken (punt 17.10). De vraag is dan of deze brancheringsregel gezien vanuit overweging 9 van de Dienstenrichtlijn nu buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt of dat de Dienstenrichtlijn daarop van toepassing is. De Afdeling komt tot deze vraag omdat zij ook hier een verschil van interpretatie signaleert tussen haar en de Commissie (punt 17.7 vergeleken met punt 17.9). Op grond van de tot nu toe bestaande uitleg van de Dienstenrichtlijn, die collega's en ik hebben beschreven in 'De Dienstenrichtlijn decentraal' en in hoofdstuk 2 van 'Pluk de vruchten van de interne markt' (praktijkcahiers Europees recht deel 3 en deel 6 Sdu), ben ik geneigd te stellen dat de brancheringsregeling van Appingedam, die duidelijk gericht is op bepaalde detailhandel, dus specifieke dienstverleners, wel onder de Dienstenrichtlijn valt. Hopelijk zal het Hof een duidelijk antwoord geven op deze vraag en wellicht moet de huidige uitleg van de Dienstenrichtlijn daar aan worden aangepast.

4. De problematiek rond grensoverschrijdende situaties en zuiver interne situaties

Na de twee eerste vragen, gaat de Afdeling ook in op de twee prejudiciële procedures van 9 juli 2014 over de Amsterdamse exploitatievergunningen voor raamprostitutiebedrijven en passagiersvervoer. De antwoorden van het Hof van 1 oktober 2015 in de zaken Trijber en Harmsen hebben bij de Afdeling nog geleid tot twijfel (punt 19.2). Ook hier geeft de Afdeling een uitgebreide uitleg van arresten die enigszins verschillend zijn. Vervolgens geeft zij aan dat naar haar mening detailhandelsbedrijven uit andere lidstaten geen belangstelling hebben voor Appingedam (kennelijk een duidelijk verschil met Amsterdam). Dan stelt zij de vraag: '3) Is het voor het aannemen van een grensoverschrijdende situatie voldoende dat geenszins kan worden uitgesloten dat een detailhandelsbedrijf uit een andere lidstaat zich ter plaatse zou kunnen vestigen dan wel afnemers van het detailhandelsbedrijf afkomstig zouden kunnen zijn uit een andere lidstaat, of dienen daarvoor daadwerkelijk aanwijzingen te bestaan?' (punt 19.9).

Vervolgens geven haar overwegingen in de twee zaken van 9 juli 2014 en haar niet beantwoorde vragen (punt 20.1) de Afdeling aanleiding tot de volgende vraag:

‘4) Is hoofdstuk III (vrijheid van vestiging) van de Dienstenrichtlijn van toepassing op zuiver interne situaties of geldt bij de beoordeling van de vraag of dit hoofdstuk van toepassing is de rechtspraak van het Hof inzake verdragsbepalingen over vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten in zuiver interne situaties?’

Deze derde en vierde vraag vind ik niet prettig. Het deed mij genoeg dat het Hof in het arrest *Trijber en Harmsen* het voor de oplossing van de concrete zaak niet nodig vond de vraag te beantwoorden of hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is op zuiver interne situaties. Het Hof vond het kennelijk voldoende om met het oordeel dat er in de Amsterdamse zaken sprake was van een grensoverschrijdende situatie, de Afdeling de mogelijkheid te geven om de Amsterdamse zaken af te doen. Als het Hof die vraag, in aansluiting op zijn Advocaat-Generaal, positief had beantwoord, zouden wij geconfronteerd worden met een structureel verschil in doorwerking tussen hoofdstuk III en hoofdstuk IV van de Dienstenrichtlijn. En door herhaling van die vraag kunnen we daar nu nog mee worden geconfronteerd.

Voor een casuïstische benadering is het mogelijk dat er een verschil wordt gemaakt tussen enerzijds zuiver interne en grensoverschrijdende vestigers die onder hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn vallen en anderzijds tijdelijke grensoverschrijdende dienstverleners die op grond van artikel 16 Dienstenrichtlijn niet meer beperkt kunnen worden door de *rule of reason*. Maar bij de screening heeft men terecht gekozen voor regelgeving waarin voor alle drie typen dienstverleners dezelfde eisen geldt. Je kunt toch moeilijk de minder zware eisen van artikel 16 in een regeling zetten voor alleen de grensoverschrijdende dienstverleners, die zich niet vestigen. Vestigers die dan belemmerd worden door de *rule of reason* kunnen dan bij alle overheden die dat doen, een beroep doen op het Nederlandse gelijkheidsbeginsel, omdat zij zwaarder worden behandeld dan de tijdelijke grensoverschrijdende dienstverleners.

De Afdeling ziet de verwijzing naar een grensoverschrijdende situatie in de Amsterdamse zaken kennelijk niet als een incidentele aanpak, maar wil daar meer duidelijkheid over hebben, om die aanpak algemeen te kunnen hanteren. Als het Hof daar meer duidelijkheid over gaat geven, zodat die aanpak inderdaad algemeen kan worden, krijgen we niet alleen te maken met het probleem van rechtsongelijkheid, maar ook met het door Marleen Botman treffend genoemde probleem van efficiënte uitvoering en handhaving van de Dienstenrichtlijn: ‘Voor de bevoegde instanties is het praktisch gezien vrijwel onmogelijk om in elk concreet geval te oordelen of er sprake is van een grensoverschrijdende situatie of niet.’ (p. 417). In haar bijdrage pleit Annemarie Drahmman er voor om uit te gaan van grensoverschrijding, tenzij... Als het Hof de vraag verder uitwerkt, is dat de enige aanpak die ons nog rest. Maar dan worden we wel geconfronteerd met de problemen van rechtsongelijkheid en inefficiëntie.

5. Het onderscheid tussen de Europese uitleg van de Dienstenrichtlijn en de implementatie van de Dienstenrichtlijn in de Nederlandse rechtsorde

Uit de eerdere annotaties van de twee zaken van 9 juli 2014 mag blijken dat ik, in aansluiting op de screening en de implementatie in Nederland, een duidelijk onderscheid maak tussen de Europeesrechtelijke interpretatie van de Dienstenrichtlijn, die naar mijn mening alleen betrekking heeft op grensoverschrijdende vestiging (volgens artikel 43 EG, thans artikel 49 VWEU) en grensoverschrijdende dienstverlening (volgens artikel 49 EG, thans artikel 56 VWEU) en de reikwijdte van de Dienstenwet, waarbij de voordelen voor de grensoverschrijdende dienstverleners ook worden toebedeeld aan de interne dienstverleners. Ik baseer mij daarbij op de screening door de Projectgroep Implementatie Dienstenrichtlijn (PID), de memorie van toelichting van de Dienstenwet en alle co-auteurs van de genoemde delen 3 en 6 van de Praktijkcahiers Europees recht. In de annotatie van de zaak over de benzinestations noemde ik ook nog artikel 1.1.2 Bro als bewijs voor de toepassing op zuiver interne dienstverleners, omdat daarin – in overeenstemming met alle gescreende Nederlandse regelgeving - dezelfde regel geldt voor alle drie types dienstverleners. Met genoegen heb ik geconstateerd dat Marleen Botman in haar zeer uitgebreide en diepgaande proefschrift een duidelijk onderscheid maakt tussen ‘Deel I De Dienstenrichtlijn vanuit Europees Perspectief’ en ‘Deel II De implementatie van de Dienstenrichtlijn in de Nederlandse rechtsorde.’

In Deel I toont zij, gezien de Europese verschillen van mening over het vereiste van grensoverschrijdendheid bij de Dienstenrichtlijn, in afwijking van mij, duidelijk belangstelling voor de prejudiciële procedures van 14 juli 2014 (p. 251). Maar voor de Nederlandse implementatie van Deel II vindt zij die niet relevant. Volgens haar is de Dienstenwet in Nederland op zuiver interne situaties van toepassing. Botman baseert zich daarbij niet op de screening en de memorie van toelichting, maar op de grammaticale uitleg van de wettekst (p. 417).

Omdat de Afdeling bij de uitleg van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn – waarin niet gesproken wordt van grensoverschrijding - ook veel waarde hecht aan de grammaticale uitleg, kreeg ik tegen die achtergrond even hoop dat de Afdeling inmiddels onderkende dat de Dienstenrichtlijn in de Nederlandse rechtsorde ook van toepassing is op zuiver interne dienstverleners. Zoals gezegd, besteedt de Afdeling in deze uitspraak veel aandacht aan artikel 1.1.2 Bro en bij de inventarisatie van het Recht van de Europese Unie lezen wij over vestiging: ‘5) ‘vestiging’: de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit, zoals bedoeld in artikel 43 van het Verdrag (thans: artikel 49 van het VWEU)..’ Ik dacht dat de Afdeling daarmee bij vestiging in de zin van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn, net als bij dienstverlening in de zin van hoofdstuk IV inmiddels gekozen had voor de grensoverschrijdende activiteiten van het Verdrag, en met verwijzing naar het Bro, had onderkend dat in de Nederlandse rechtsorde voor grensoverschrijdende vestigende dienstverleners, tijdelijke grensoverschrijdende dienstverleners en interne dienstverleners dezelfde regelgeving geldt. Helaas is dat niet het geval.

Ik hoop dat het Hof op de derde vraag als antwoord zal geven dat die incidentele casuïstische benadering zich niet leent voor de nationale uitvoering van de Dienstenrichtlijn op alle relevante algemene regelgeving. Verder hoop ik dat het Hof op de vierde vraag, in de lijn van Marleen Botman en mij, zal antwoorden dat de

Afdeling een duidelijk onderscheid moet maken tussen de Europese interpretatie van de Dienstenrichtlijn en de wijze waarop lidstaten in hun nationale rechtsorde de Dienstenrichtlijn hebben gescreend en geïmplementeerd. In dat geval kan het door bijna iedereen ingenomen standpunt dat de Dienstenwet ook van toepassing is op interne situaties worden gehandhaafd. Maar de antwoorden van het Hof kunnen er toe leiden dat de doorwerking van de Dienstenrichtlijn in de Nederlandse rechtsorde veel ingewikkelder wordt dan bij de screening is aangenomen. Als reactie daarop zou de Nederlandse wetgever de huidige stand van zaken slechts kunnen handhaven door expliciet in de Dienstenwet aan te geven dat wij de voordelen van de Dienstenrichtlijn ook op onze interne dienstverleners willen toepassen. Als je alleen naar de juridische teksten kijkt en niet naar de praktische uitvoering, kunnen we met de Afdeling vaststellen dat de Dienstenwet op dat punt nu onzorgvuldig is (Nationaal recht, punt 2).

6. Het verschil tussen “vergunningstelsel” en “eis”

Omdat [appellante] aanvoert dat de planregeling niet voldoet aan de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn en aan artikel 1.1.2 Bro, waarin wordt verwezen naar artikel 14, aanhef en onder 5 van de Dienstenrichtlijn, ziet de Afdeling zich gesteld voor de vraag of de in een bestemmingsplan opgenomen brancheringsregeling een “vergunningstelsel” is in de zin van artikel 4, onder 6, en de artikelen 9 en 10 Dienstenrichtlijn ofwel een “eis” is in de zin van artikel 4, onder 7 en artikel 14, aanhef en onder 5 Dienstenrichtlijn. Dat leidt voor de Afdeling tot de vragen 5a (punt 21.6) en 5 b (punt 21.12). Mijn ervaring met brancheringsregelingen binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn of daar buiten met de Verdragsbepalingen van vrijheid van vestiging, zijn beperkt tot vergunningstelsels. Om die reden en om de annotatie niet nog groter te maken, beperk ik mij tot het afwachten van de antwoorden van het Hof.

7. Mogelijke toepassing van Verdragsbepalingen in plaats van de Dienstenrichtlijn

De prejudiciële procedure gaat zo diep dat de Afdeling alle vragen stelt die kunnen voortvloeien uit de eerdere antwoorden van het Hof. Als het Hof zou beslissen dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op de brancheringsregeling van Appingedam, kunnen natuurlijk de vrij verkeersregels van het VWEU aan de orde komen. Dat was ook al het geval voordat de Dienstenrichtlijn in werking was getreden (zie bijvoorbeeld het ook door de Afdeling genoemde (punt 21.9) HvJEU 24 maart 2011, zaak C-400/08 (Commissie/Spanje), waarbij het vrij verkeer van vestiging werd toegepast. De zesde vraag van de Afdeling luidt: ‘6) Valt een regeling als bedoeld onder 8 onder de werkingssfeer van de artikelen 34 tot en met 39 dan wel 49 tot en met 55 VWEU en, zo ja, zijn dan de door het Hof van Justitie erkende excepties, mits proportioneel ingevuld, van toepassing? Ik hoop niet dat het Hof aan de beantwoording van deze vraag toekomt. In dat geval moet er wel sprake zijn van een grensoverschrijdende situatie. Verder blijkt uit de Spaanse zaak, die we in hoofdstuk 2 van ‘Pluk de vruchten van de interne markt’ hebben uitgewerkt, dat bij de toepassing van de Verdragsregels van vrijheid van vestiging ook de eisen aan vergunningen worden gesteld die we kennen in hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn.

8. Tot besluit

Afsluitend wil ik concluderen dat ik erg onder de indruk ben van de diepgang van deze prejudiciële procedure. Voor wat betreft de tweeslachtige situatie rond de verhouding tussen goederen en diensten hoop ik dat het Hof de ruimte zal bieden die de Commissie in het Handboek toepast en die door veel andere lidstaten al is benut. Als het Hof die ruimte niet toekent, heeft dat ingrijpende gevolgen voor de Commissie en de lidstaten. De antwoorden op de vragen 3 en 4 kunnen ook ingrijpende gevolgen krijgen voor de wijze waarop nu de Dienstenrichtlijn in de Nederlandse rechtsorde is geïmplementeerd. Als de verhouding tussen diensten die wel en diensten die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen ingewikkelder wordt voor de rechtspraak, worden twee andere vragen over de Dienstenrichtlijn nog actueler: (1) laat het Hof wel ruimte voor het verschil tussen artikel 16 Dienstenrichtlijn en zijn eigen rechtspraak over de Verdragsbepalingen van het vrij verkeer van diensten, die immers alle ruimte laat voor de *rule of reason*? (2) Is het juist dat we met de Commissie het begrip openbare orde als exceptie van artikel 16 in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof eng moeten interpreteren? Hopelijk worden Marleen Botman en de auteurs van 'De Dienstenrichtlijn decentraal' en hoofdstuk 2 van 'Pluk de vruchten van de interne markt' gespaard voor het schrijven van een tweede, geheel herziene druk.