

'Niet in enig opzicht van slecht levensgedrag': een ontoelaatbare vergunningsvoorwaarde onder de Dienstenrichtlijn?



**Universiteit
Leiden**
Rechtsgeleerdheid

‘Niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ en de Dienstenrichtlijn

Een onderzoek naar de overeenstemming van het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet, met art. 10 Dienstenrichtlijn.

Naam: A.S. Schollaardt

Studentnummer: s1714422

Masterscriptie Nederlands Recht

Afstudeerrichting: Staats- en bestuursrecht

Datum: 3 juli 2021

Scriptiebegeleider: Mr. dr. J.C.A. van Dam

Tweede lezer: Prof. mr. drs. W. den Ouden

Beoordeling: 8,5

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	AANLEIDING	1
1.2	PROBLEEMSTELLING	2
1.2.1	<i>Niet in enig opzicht van slecht levensgedrag</i>	2
1.2.2	<i>Verhouding met de Dienstenrichtlijn: eisen aan vergunningenstelsels</i>	3
1.2.3	<i>Toepassing Dienstenrichtlijn op uitvoeringsniveau en kritiek op de jurisprudentielijn van de ABRvS</i>	4
1.2.4	<i>Onderzoeksvraag</i>	4
1.3	AFBAKENING EN VERANTWOORDING	5
1.4	OPBOUW	7
2	ART. 10 DIENSTENRICHTLIJN	8
2.1	DE DIENSTENRICHTLIJN: ACHTERGROND, DOELSTELLING EN VOORWAARDEN BEPERKING VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN	9
2.1.1	<i>Achtergrond en doelstelling</i>	9
2.1.2	<i>Maatregelen in de Dienstenrichtlijn</i>	9
2.1.3	<i>Art. 9 Dienstenrichtlijn: voorwaarden beperking vrij verkeer van diensten en onderliggende Unierechtelijke rechtsbeginselen</i>	10
2.2	ART. 10 DIENSTENRICHTLIJN: VOORWAARDEN VOOR VERGUNNINGVERLENING	12
2.2.1	<i>Wettekst art. 10 Dienstenrichtlijn</i>	12
2.2.2	<i>Art. 10 Dienstenrichtlijn en jurisprudentie van het HvJ EU</i>	14
2.3	IMPLEMENTATIE VAN DE DIENSTENRICHTLIJN IN NEDERLAND	18
2.4	TUSSENCONCLUSIE	19
3	NIET IN ENIG OPZICHT VAN SLECHT LEVENSGEDRAG	21
3.1	POSITIE VAN ‘SLECHT LEVENSGEDRAG’ IN DE SYSTEMATIEK VAN DE ALCOHOLWET	21
3.2	SLECHT LEVENSGEDRAG VOLGENS DE WETGEVER	23
3.3	SLECHT LEVENSGEDRAG VOLGENS HET BESTUURSORGAAN	25
3.4	SLECHT LEVENSGEDRAG VOLGENS DE ABRvS	27
3.4.1	<i>Geen beperkingen</i>	27
3.4.2	<i>Antecedenten</i>	29
3.5	VERHOUDING TOT ART. 10 LID 2 DIENSTENRICHTLIJN	30
3.5.1	<i>Kritiek vanuit rechtspraak</i>	30
3.5.2	<i>Art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn en slecht levensgedrag: jurisprudentie tot juli 2019</i>	31
3.5.3	<i>Ontwikkelingen sinds juli 2019: de ABRvS wijzigt koers van lagere rechters</i>	33
3.6	TUSSENCONCLUSIE	34
4	‘NIET IN ENIG OPZICHT VAN SLECHT LEVENSGEDRAG’ EN ART. 10 DIENSTENRICHTLIJN: OVEREENSTEMMING?	36
4.1	TOETSING AAN DE CRITERIA VAN ART. 10 DIENSTENRICHTLIJN EN DE ONDERLIGGENDE RECHTSBEGINSELEN: RECHTSZEKERHEID EN EVENREDIGHEID	36
4.1.1	<i>Rechtszekerheid</i>	37
4.1.2	<i>Evenredigheid</i>	38
4.3	TUSSENCONCLUSIE	42

5	WETGEVER, ABRVS EN BESTUURSORGaan: TIJD VOOR ACTIE	43
	5.1 AAN DE WETGEVER	43
	5.2 AAN DE ABRVS	44
	5.3 AAN HET BESTUURSORGaan	44
	5.4 TUSSENCONCLUSIE	45
6	CONCLUSIE	47
	BRONNENLIJST	50

1 Inleiding

1.1 Aanleiding¹

Stelt u zich voor: café 't Singeltje is al jaar en dag een begrip in Den Helder. Het café wordt gekenmerkt door de gezellige sfeer van een bruin café. Het café wordt uitgbaat door Singeltje B.V., waarvan mevrouw Hendriks de aandeelhouder en eigenaresse is.² Haar zoon, de heer Hendriks, is leidinggevende in het café en staat als zodanig vermeld op de alcoholwetvergunning.³ Op 14 oktober 2020 wordt mevrouw Hendriks opgeschrikt door een inval van de politie in haar huis en in het café. In het huis worden twee boksbeugels, twee valse politielegitimatiebewijzen met daarop de pasfoto van de heer Hendriks en enkele gripzakjes met (vermoedelijk) drugs aangetroffen. In het café worden ID- en rijbewijzen van verschillende personen aangetroffen, alsmede voorwerpen voor het houden van loterijen en een kapmes.

Bij besluit van 19 februari 2021 worden de exploitatievergunning en de alcoholwetvergunning, zoals eerder door de burgemeester van de gemeente Den Helder verleend voor het café, ingetrokken. Mevrouw Hendriks zit met de handen in het haar, nu zij zich op het standpunt stelt dat haar geen blaam treft. Het was immers haar zoon die mogelijk drugs en boksbeugels in zijn bezit had. De burgemeester stelt zich echter op het standpunt dat zowel de eigenaresse van het café, als de andere leidinggevendenden door het aantreffen van voorwerpen niet langer van 'onbesproken levensgedrag' zijn, wat een intrekingsgrond van de vergunning oplevert op grond van de Alcoholwet en art. 2:28 van de toen geldende Algemene plaatselijke verordening Den Helder 2012.⁴ Volgens de burgemeester is het aannemelijk dat er in het café feiten zouden hebben plaatsgevonden waardoor bij het in stand houden van de vergunningen gevaar zou ontstaan voor de openbare orde, veiligheid en zedelijkheid.

Omdat de financiële gevolgen van de intrekking van de betreffende vergunningen aanzienlijk zijn en zij tegen het besluit wil opkomen, belt mevrouw Hendriks een advocaat. De advocaat verleent mevrouw Hendriks rechtsbijstand, en stelt tijdig bezwaar in tegen het besluit van 19 februari 2016. In het

¹ Een op dit onderzoek gebaseerd manuscript is eveneens uitgegeven in boekvorm, zie A.S. Schollaardt, *'Niet in enig opzicht van slecht levensgedrag'.* *Indringend toetsen van de Alcoholwet aan de rechtsbeginselen van de Dienstenrichtlijn*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2022. Opmerking verdient verder dat de scriptie is beoordeeld op 3 juli 2021, maar dat de tekst voor de publicatie in het NJB nadien nog is geactualiseerd naar aanleiding van de uitgebrachte conclusie van A-G Widdershoven & A-G Wattel op 7 juli 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:1468) en de wijziging van de Drank- en Horecawet in de Alcoholwet per 1 juli 2021. Hoewel de tekst aldus is geactualiseerd, hebben deze wijzigingen geen aanleiding gegeven tot fundamentele inhoudelijke veranderingen in dit boek in vergelijking met de beoordeelde masterscriptie.

² Het scenario is grotendeels gebaseerd op en geïnspireerd door de feiten in de zaak zoals voorlag bij de Rb. Noord-Holland 3 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1051.

³ Per 1 juli 2021 is de Alcoholwet in werking getreden en in de plaats gekomen van de Drank- en Horecawet, om welke reden de drank- en horecawetvergunning inmiddels de 'alcoholwetvergunning' wordt genoemd.

⁴ Per 21 september 2019 is een nieuwe verordening in werking getreden: de Algemene plaatselijke verordening Den Helder 2019 (APV 2019).

bezwaarschrift werpt de advocaat het principiële punt op dat de weigeringsgrond ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’, ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet, op gespannen voet staat met art. 10 Dienstenrichtlijn en de wijze waarop het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) invulling geeft aan de criteria uit art. 10 Dienstenrichtlijn. Om die reden zou het besluit volgens haar vernietigd moeten worden, in lijn met hetgeen eerder is geoordeeld door de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam in 2019,⁵ en de rechtbank Midden-Nederland in 2018.⁶

Onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) wordt het bezwaar echter ongegrond verklaard door de burgemeester. De ABRvS heeft immers geoordeeld dat het criterium ex art. 8 lid 1 sub b Drank- en Horecawet, de voorloper van de per 1 juli 2021 in werking getreden Alcoholwet, in beginsel voldoende duidelijk en objectief is om te voldoen aan art. 10 Dienstenrichtlijn. Uit een meer recente uitspraak van de ABRvS van 20 september 2020 is wederom gebleken dat het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ standhoudt.⁷ Om die reden stelt de burgemeester zich op het standpunt dat de ABRvS een vaste koers heeft ingezet, waarin het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ overeind blijft.

1.2 Probleemstelling

1.2.1 Niet in enig opzicht van slecht levensgedrag

De horecaondernemer zal beamen dat het verkrijgen en behouden van de exploitatievergunning, alsmede de alcoholwetvergunning van het grootste belang is om een horecabedrijf te kunnen exploiteren. Om in aanmerking te komen voor een alcoholwetvergunning, dient te worden voldaan aan de vereisten uit de Alcoholwet. In art. 27 lid 1 Alcoholwet vindt men de gronden op basis waarvan de vergunningaanvraag kan worden geweigerd. Onder a van dat artikel wordt duidelijk dat het niet voldoen aan de eisen van art. 8 t/m 10 Alcoholwet kan leiden tot het weigeren van de vergunningaanvraag. Opvallend in het rijtje van eisen, opgesomd onder art. 8 t/m 10 Alcoholwet is hetgeen bepaald onder art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet. In dit artikel is vastgelegd dat de leidinggevenden van het horecabedrijf en slijtersbedrijf dienen te voldoen aan de eis dat zij ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ zijn.

Wanneer sprake is van ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet, is door de wetgever niet bepaald in de wet. Het is dan ook geen verrassing dat er over deze open norm, waarvan de invulling mogelijkwijs grote gevolgen kan hebben voor de vergunningverlening, veel

⁵ Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070.

⁶ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217.

⁷ ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, BR 2020/94, m.nt. M. Buitenhuis & S. Elbertsen; JG 2020/35 m.nt. B. van der Vorm; Gst. 2021/14 m.nt. Redactie.

wordt geprocedeerd.⁸ Ook vanuit de literatuur worden kritische noten gekraakt over de vaagheid van het criterium.⁹

1.2.2 Verhouding met de Dienstenrichtlijn: eisen aan vergunningenstelsels

Niet alleen de invulling van het criterium zelf staat ter discussie, maar ook de vraag hoe dit criterium zich verhoudt tot de Dienstenrichtlijn wordt opgeworpen in de rechtspraak. De Dienstenrichtlijn, ook wel richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006, is immers in het leven geroepen om belemmeringen voor ondernemers binnen de Europese Unie zo veel mogelijk weg te nemen. Daarmee wordt beoogd de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten, zijnde twee fundamentele vrijheden van het Verdrag, te garanderen.¹⁰ Belangrijk in dit kader is art. 9 van de Dienstenrichtlijn, waarin is bepaald dat de toegang en uitoefening van een dienstactiviteit niet afhankelijk mag worden gesteld van een vergunningenstelsel. Een vergunningenstelsel zou immers de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten kunnen beperken. Toch is het uitgangspunt van art. 9 Dienstenrichtlijn niet absoluut, nu in dat artikel is opgenomen dat lidstaten vergunningenstelsels kunnen hanteren indien het vergunningstelsel geen discriminerende werking jegens de betrokken dienstverrichter heeft,¹¹ de behoefte aan een vergunningenstelsel is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang¹² en het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt.¹³ Daarmee is de kous echter niet af. In art. 10 Dienstenrichtlijn worden immers eveneens eisen gesteld aan de voorwaarden waaronder de vergunningen worden verleend in de betreffende lidstaat. Zo moeten de voorwaarden voor vergunningverlening onder meer vooraf voldoende duidelijk, ondubbelzinnig en objectief bepaalbaar zijn om toelaatbaar te zijn onder de Dienstenrichtlijn.¹⁴ Widdershoven en Van Zanten wijzen hierbij op de Unierechtelijke rechtsbeginselen die doorschemeren in deze criteria.¹⁵ Zo wijzen zij op het onderliggende Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel, alsook op het Unierechtelijk transparantiebeginsel en het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel.¹⁶ Deze beginselen zullen in par. 2.1.3 en par. 2.2 nader aan de orde komen, net als de wijze waarop deze Unierechtelijke rechtsbeginselen reflecteren in de tekst van art. 9 en 10 Dienstenrichtlijn.

⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 8 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4465; Rb. Midden-Nederland 21 april 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2048; Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070.

⁹ Zie bijvoorbeeld M. Buitenhuis & S. Elbertsen, annotatie bij ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, *BR* 2020/94.

¹⁰ Preambule par. 5 Dienstenrichtlijn.

¹¹ Art. 9 lid 1 sub a Dienstenrichtlijn.

¹² Art. 9 lid 1 sub b Dienstenrichtlijn.

¹³ Art. 9 lid 1 sub c Dienstenrichtlijn.

¹⁴ Art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn.

¹⁵ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

¹⁶ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

1.2.3 Toepassing Dienstenrichtlijn op uitvoeringsniveau en kritiek op de jurisprudentielijn van de ABRvS

Op uitvoeringsniveau komen gemeenten veelal in aanraking met de toepassing van de Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet, bijvoorbeeld in situaties waarin een exploitatievergunning wordt aangevraagd bij het bevoegde bestuursorgaan.¹⁷ Bestuursorganen die moeten oordelen over de vergunningverlening of -afwijzing, moeten ervoor zorgen dat de voorwaarden waaronder de vergunning wordt verleend, in lijn zijn met de criteria uit art. 9 en art. 10 Dienstenrichtlijn, zoals hierboven is benoemd. Of de door bestuursorganen gehanteerde vergunningsvoorwaarden aan deze criteria van art. 9 en 10 Dienstenrichtlijn voldoen, heeft de laatste jaren veelvuldig ter discussie gestaan in de Nederlandse jurisprudentie. Zo is de vraag opgeworpen of de open norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet op gespannen voet staat met 10 Dienstenrichtlijn.¹⁸ De ABRvS heeft die vraag ontkennend beantwoord, nu het criterium in beginsel voldoende duidelijk en objectief zou zijn.¹⁹ Toch kan het oordeel van de ABRvS rekenen op kritiek. In de literatuur gaan immers stemmen op dat de ABRvS zich te veel beperkt tot een toets van de toepassing van het criterium, in plaats van een toetsing in abstracto van de vraag of het criterium strijdig is met art. 10 Dienstenrichtlijn.²⁰ Dat zou betekenen dat een exceptieve toets van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet aan het Unierecht (en de onderliggende Unierechtelijke rechtsbeginselen) nodig zou zijn.

1.2.4 Onderzoeksvraag

Voorgaande problematiek doet de vraag rijzen of er een spanning bestaat tussen de invulling van het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en art. 10 Dienstenrichtlijn. Heeft de ABRvS het wel bij het juiste eind? En voldoet het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ook aan de eisen die het HvJ EU stelt aan nationale vergunningstelsels en vergunningsvoorwaarden in de zin van art. 9 en 10 Dienstenrichtlijn? En welke rol speelt de discussie rond de intensiteit van rechterlijke toetsing, en de rol van rechtsbeginselen (zoals het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel) daarbij?

In het kader van dit onderzoek kan de volgende onderzoeksvraag worden geformuleerd:

“In hoeverre is het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet, in overeenstemming met art. 10 Dienstenrichtlijn, met het oog op de criteria die

¹⁷ ‘De toepassing van de dienstenrichtlijn in vier recente uitspraken’, europadecentraal.nl 11 februari 2019.

¹⁸ ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3082, AB 2021/60 m.nt. R. Ortlep & W.S. Zorg; ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2168; ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2169; Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070; Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217.

¹⁹ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, m.nt. W.S. Zorg & Z. Farafonow; ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, BR 2020/94, m.nt. M. Buitenhuis & S. Elbertsen; JG 2020/35 m.nt B. van der Vorm; Gst. 2021/14 m.nt. Redactie.

²⁰ ‘Vergunningstelsels en de Dienstenrichtlijn: hoe duidelijk en transparant moeten de vergunningsvoorwaarden zijn?’, stibbe.com 29 september 2020.

voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie omtrent art. 10 Dienstenrichtlijn, en de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 Dienstenrichtlijn?”

Om deze onderzoeksvraag te duiden zullen de volgende deelvragen worden beantwoord:

- Wat houdt art. 10 van de Dienstenrichtlijn in, en op welke wijze geeft het HvJ EU invulling aan art. 10 Dienstenrichtlijn?
- Wat houdt het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet in, en hoe wordt dit criterium uitgelegd in de Nederlandse jurisprudentie?
- Is het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet in overeenstemming met art. 10 Dienstenrichtlijn, met het oog op de criteria die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie omtrent art. 10 Dienstenrichtlijn, en de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 Dienstenrichtlijn?
- Indien er, op grond van de criteria die voortvloeien uit de rechtspraak van het HvJ EU of op grond van de Unierechtelijke rechtsbeginselen, geen overeenstemming bestaat tussen art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en art. 10 Dienstenrichtlijn, is er een wijze waarop overeenstemming alsnog kan worden bereikt?

1.3 Afbakening en verantwoording

In dit onderzoek zal de verhouding tussen art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en art. 10 Dienstenrichtlijn *top down* worden benaderd. Dat wil zeggen dat het Europese recht, in dit geval de Dienstenrichtlijn, als vertrekpunt te gelden heeft. Met name relevant is de invulling van de toelaatbaarheid van nationale vergunningstelsels en vergunningsvoorwaarden, in de zin van art. 9 en 10 Dienstenrichtlijn, door het HvJ EU. Daarna zal worden gekeken of het nationale recht voldoet aan de eisen van het Unierecht.

De relevantie van dit onderzoek vloeit voort uit het gegeven dat lidstaten verplicht zijn om de bepalingen van de Dienstenrichtlijn te implementeren ten aanzien van het te bereiken resultaat. Het is echter nog maar de vraag of dat in alle gevallen op een juiste wijze gebeurt, vooral ten aanzien van reeds bestaande wetgeving in de nationale rechtsorde toen de Dienstenrichtlijn inwerking trad, zoals het geval was bij art. 8 lid 1 sub b Drank- en Horecawet (inmiddels: Alcoholwet). De recente ontwikkelingen in de jurisprudentie, zoals de uitspraken van de ABRvS in 2019 en 2020, dragen ook bij aan het onderzoeksbelang, alsmede het gegeven dat in de literatuur nog niet of nauwelijks grondig is onderzocht of de ABRvS het daarmee wel bij het juiste eind heeft, gelet op de invulling van art. 10 Dienstenrichtlijn door het HvJ EU. Voorts is dit onderzoek relevant, nu het raakt aan de zeer actuele discussie over de

intensiteit van rechterlijke toetsing, en de rol van rechtsbeginselen (zoals het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel) daarbij.

Dit onderzoek zal juridisch worden benaderd. Dit heeft tot gevolg dat een uitvoerige economische en/of sociologische uitleg van de impact van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet op horeca-exploitanten die in aanmerking willen komen voor een vergunning, achterwege blijft. Ik zal mij tevens beperken tot de verhouding met art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en art. 10 Dienstenrichtlijn. Dit wegens recente en interessante ontwikkelingen in de jurisprudentie, maar ook wegens de benodigde afbakening van het onderzoek.

De noodzaak tot het afbakenen van het onderzoek heeft bovendien tot gevolg dat een bespreking van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, achterwege wordt gelaten. Dit verdient opmerking, nu de brede reikwijdte van de Dienstenrichtlijn immers veelvuldig ter discussie heeft gestaan bij het HvJ EU.²¹ Dat is niet verwonderlijk, gelet op het feit dat de Dienstenrichtlijn aanvullende verplichtingen bevat ten aanzien van het primaire recht en de rechtspraak van de lidstaten.²² Toch is deze discussie in het kader van het huidige onderzoek minder relevant, nu duidelijk is dat consumentendiensten als horeca (diensten op het gebied van accommodatie en voedselverstreking), onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen.²³

Dit onderzoek komt tot stand door het gebruik van de klassieke juridische onderzoeksmethode. Dat betekent dat er gebruik wordt gemaakt van de rechtswetenschappelijke literatuur; onder andere uit studieboeken, wetsartikelen, kamerstukken, evaluaties, commentaren, richtlijnen, gepubliceerde artikelen, jurisprudentie en internetbronnen. Met name hoofdstuk 2 (par. 2.2.2) en 3 (par. 3.4 en 3.5) omvatten een uitgebreide bespreking van Europeesrechtelijke respectievelijk Nederlandse jurisprudentie. De Europeesrechtelijke jurisprudentie is gevonden middels de ‘sneeuwbalmethode’, waarbij ik in wetenschappelijke artikelen die raakten aan de Dienstenrichtlijn,²⁴ heb gezocht naar relevante jurisprudentie omtrent art. 9 en art. 10 Dienstenrichtlijn. Voor de Nederlandse jurisprudentie is met name gezocht op www.rechtspraak.nl, met onder meer de trefwoorden ‘slecht levensgedrag DHW’ ‘art. 10 Dienstenrichtlijn’, ‘art. 9 Dienstenrichtlijn’, ‘Drank- en Horecawet Dienstenrichtlijn’ en ‘slecht levensgedrag Alcoholwet’, zo ook in combinatie met elkaar.

²¹ Zie bijv.: HvJ EU 10 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:283, C-357/10, C358/10 & C-359/10 (*Duomo e.a.*);

HvJ EU 3 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2408, C-315/13 (*De Clercq e.a.*);

HvJ EU 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:517, C-57/12 (*Femarbel*);

HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, C-360/15, C-31/16 (*Visser Vastgoed Beleggingen*).

²² Weber, *NTB* 2015/24, p. 183; Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 244.

²³ Van Weeren 2019, p. 111.

²⁴ Zie bijv. Drahmman, *Gst.* 2016/13; Drahmman, *NTB* 2016/17; E. Buuren & L. Hollmann, ‘Uitspraak Hof van Justitie: vergunningsplicht voor verhuurders bij kortstondig verhuur in overeenstemming met de Dienstenrichtlijn’, europadecentraal.nl 26 september 2020; Hessel, *Gst.* 2007/28; Van Weeren 2019.

1.4 Opbouw

Het onderzoek is als volgt opgebouwd. Om de Dienstenrichtlijn te kunnen doorgronden, zal allereerst het juridisch kader omtrent art. 10 Dienstenrichtlijn worden geduid. Daartoe zal hoofdzakelijk worden gekeken naar de invulling van art. 10 Dienstenrichtlijn in de Europese rechtspraak van het HvJ EU. Ten behoeve van de later uit te voeren analyse zal in hoofdstuk 3 het juridisch kader van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet uiteen worden gezet, waarbij ook de relevante Nederlandse jurisprudentie zal worden besproken. In hoofdstuk 4 vindt vervolgens de analyse plaats, waarbij art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet langs de lat wordt gelegd van art. 10 Dienstenrichtlijn en de vereisten die het HvJ EU stelt aan de toelaatbaarheid van vergunningsvoorwaarden. Ook zal art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet worden afgezet tegen de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 Dienstenrichtlijn. Aan de hand van de uitkomst van de analyse zal in hoofdstuk 5 een aanbeveling worden gedaan aan de wetgever, het bestuursorgaan en de ABRvS. In de conclusie zal antwoord gegeven op de gestelde onderzoeksvraag. Ieder hoofdstuk zal bovendien worden afgesloten met een tussenconclusie, teneinde de overzichtelijkheid van het onderzoek te bevorderen.

2 Art. 10 Dienstenrichtlijn

Op 12 december 2006 wordt de Dienstenrichtlijn vastgesteld door het Europees Parlement en de Raad. Deze Dienstenrichtlijn vindt zijn oorsprong in de eerder voorgestelde Bolkesteinrichtlijn,²⁵ in welke laatstgenoemde richtlijn de Europese Commissie een aanmerkelijk radicaler systeem voor de opheffing van de belemmeringen in het intracommunautaire dienstenverkeer voor ogen had.²⁶ De opheffing van de belemmeringen zou er onder de Bolkesteinrichtlijn uit bestaan dat dienstverrichters voortaan slechts aan de eisen van het land van oorsprong zouden hoeven voldoen, in plaats van mede aan de eisen van het land van dienstverrichting. Voornoemd voorstel van de Europese Commissie stuitte op veel weerstand van de lidstaten van de Europese Unie, en zodoende is gekeken naar een gematigder systeem waarin ook de lidstaten zich zouden kunnen vinden.²⁷ Het resultaat daarvan is de Dienstenrichtlijn zoals we die vandaag de dag kennen. Voor zover dit zou doen vermoeden dat de Dienstenrichtlijn eenvoudig en zonder weerstand van de lidstaten tot stand zou zijn gekomen, zou dat ten onrechte zijn. De invoering van de Dienstenrichtlijn was immers het gevolg van een lang en moeizaam onderhandelingsproces, hetgeen onder meer te zien is aan de lange preambule van de richtlijn. Weber noemt het een “complexe, compromiszoekende richtlijn”²⁸ en zelfs de “Frankensteinrichtlijn”.²⁹

De complexiteit van de Dienstenrichtlijn maakt dat het voor dit onderzoek relevante art. 10 Dienstenrichtlijn niet op zichzelf kan worden gezien. Om die reden zullen de doelstellingen van de Dienstenrichtlijn en het voor dit onderzoek eveneens belangrijke art. 9 Dienstenrichtlijn, in de eerste paragraaf worden besproken. Aan de hand van deze achtergrondinformatie kan art. 10 Dienstenrichtlijn in de tweede paragraaf in een begrijpelijk perspectief worden geplaatst. Daarbij zal eveneens de jurisprudentie van het HvJ EU omtrent de invulling van art. 10 Dienstenrichtlijn aan de orde komen. In de derde paragraaf zal aandacht worden besteed aan de manier waarop de Dienstenrichtlijn is omgezet in de Nederlandse rechtsorde, om in een later stadium van het onderzoek de relevante bepaling(en) uit de Alcoholwet te kunnen afzetten tegen de Dienstenrichtlijn.

²⁵ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, Brussel 25 februari 2004, COM(2004)2 def.2. 2004/0001 (COD).

²⁶ Steyger, *NTB* 2008(1), p. 1.

²⁷ Steyger, *NTB* 2008(1), p. 1.

²⁸ Weber, *NTB* 2015/24, p. 182.

²⁹ Weber, *NTB* 2015/24, p. 188.

2.1 De Dienstenrichtlijn: achtergrond, doelstelling en voorwaarden beperking vrij verkeer van diensten

2.1.1 Achtergrond en doelstelling

Hoewel de vrijheid van diensten gelijktijdig met de vrijheid van goederen in 1957 in het E(E)G-verdrag was opgenomen, was de vrijheid van diensten vóór inwerkingtreding van de Dienstenrichtlijn minder ver ontwikkeld. Backes geeft daarvoor enkele verklaringen. Zo vindt er veel meer grensoverschrijdende handel met goederen plaats dan grensoverschrijdende dienstverlening.³⁰ Bovendien zou dit het gevolg zijn van de terughoudende neiging van lidstaten om diensten uit andere lidstaten als gelijkwaardig te erkennen.³¹ Tot slot geeft Backes aan dat er weinig geprocedeerd wordt over discriminatie bij dienstverlening door dienstenafnemers, mede gelet op de kosten van een dergelijke procedure in verhouding tot het rendement daarvan.³² De Dienstenrichtlijn zou deze belemmeringen voor het vrij verkeer van diensten weg moeten nemen, door lidstaten te dwingen tot wetgeving waarbij discriminatie wordt verboden. Dit zou ten goede komen aan:

*“[...] het bevorderen van een harmonieuze, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de gelijkheid van mannen en vrouwen, een duurzame en niet-inflatoire groei, een hoge graad van concurrentievermogen en convergentie van economische prestaties, een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu, een verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan, de economische en sociale samenhang en de solidariteit tussen lidstaten”.*³³

De Dienstenrichtlijn heeft aldus als doel de uitoefening van het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging te vergemakkelijken om de interne markt te voltooien.³⁴

2.1.2 Maatregelen in de Dienstenrichtlijn

Nu duidelijk is welke gedachten ten grondslag liggen aan het vaststellen van de Dienstenrichtlijn, is het van belang om in kaart te brengen welke maatregelen in de richtlijn worden beoogd, teneinde de belemmeringen van het vrij verkeer van diensten weg te nemen. Ter beantwoording van die vraag is het van belang om op te merken dat de Dienstenrichtlijn niet één soort maatregel beoogt, maar een samenstel aan maatregelen om het vrij verkeer van diensten te laten floreren.

³⁰ Backes, *NTB* 2009/40, p. 40.

³¹ Steyger, *NTB* 2008(1), p. 1.

³² Backes, *NTB* 2009/40, p. 40; Steyger, *NTB* 2008(1), p. 1.

³³ Preambule par. 1 Dienstenrichtlijn.

³⁴ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 243; Botman 2015, p. 1.

Een voorbeeld van een maatregel uit de Dienstenrichtlijn kan worden gevonden in art. 14 Dienstenrichtlijn. In dit artikel worden lidstaten verplicht om de toegang tot of de uitoefening van een dienstactiviteit op hun grondgebied niet afhankelijk te stellen van onder meer discriminerende eisen die direct of indirect verband houden met de nationaliteit of, voor ondernemingen, met de plaats van de statutaire zetel.³⁵ Ook mogen lidstaten de uitoefening van de dienstactiviteit niet afhankelijk stellen van economische criteria, waarbij de verlening van een vergunning onder meer afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of markt vraag naar de dienstactiviteit bestaat.³⁶ Bovendien herkent Backes een maatregel in de verplichting alle eisen voor toegang en uitoefening van diensten eenvoudig elektronisch toegankelijk te maken,³⁷ alsmede in de sterke vereenvoudiging van de administratieve regels voor de uitoefening van diensten.³⁸ Deze sterke vereenvoudiging zou geëffectueerd moeten worden met het instellen van één elektronisch loket voor de dienstverrichter om toestemming te vragen aan een bestuursorgaan.³⁹ Bovendien geldt de zogenoemde fictieve positieve vergunningverlening,⁴⁰ wat inhoudt dat een noodzakelijke toestemming in beginsel moet worden geacht te zijn verleend indien een bestuursorgaan de beslistermijn overschrijdt.⁴¹

Uit het voorgaande blijkt dat de Dienstenrichtlijn een groot aantal verplichtingen op het bord van de lidstaten legt ten aanzien van dienstverrichters.⁴² Deze verplichtingen zien op de administratie (hoofdstuk II), het hanteren van vergunningenstelsels (hoofdstuk III), tijdelijke dienstverrichting (hoofdstuk IV), de kwaliteit van diensten (hoofdstuk V), en administratieve samenwerking van toezichtsorganen (hoofdstuk (VI) in de Dienstenrichtlijn.⁴³ Voor het huidige onderzoek zijn met name de bepalingen omtrent het hanteren van vergunningenstelsels uit hoofdstuk III van belang, zijnde art. 9 tot en met art. 15 Dienstenrichtlijn.

2.1.3 Art. 9 Dienstenrichtlijn: voorwaarden beperking vrij verkeer van diensten en onderliggende Unierechtelijke rechtsbeginselen

Een belangrijk artikel van de Dienstenrichtlijn is art. 9, waarin onder meer is bepaald dat lidstaten de toegang tot en de uitoefening van een dienstactiviteit in beginsel niet afhankelijk mogen stellen van een vergunningstelsel. Daarmee is beoogd dat dienstverrichters geen onnodige belemmeringen van vergunningenstelsels tegengeworpen krijgen door bestuursorganen in de lidstaten, teneinde de vrijheid van diensten uit het Verdrag te kunnen garanderen. Dat uitgangspunt is echter niet absoluut. In art. 9 lid

³⁵ Art. 14 lid 1 Dienstenrichtlijn; Backes, *NTB* 2009/40, p. 40.

³⁶ Art. 14 lid 5 Dienstenrichtlijn.

³⁷ Hoofdstuk II Dienstenrichtlijn.

³⁸ Backes, *NTB* 2009/40, p. 41.

³⁹ Art. 6 & 7 Dienstenrichtlijn.

⁴⁰ Art. 13 lid 4 Dienstenrichtlijn;

Dit wordt ook wel *Lex Silencio Positivo genoemd*, zie ter illustratie ABRvS 2 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:13 & ABRvS 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:35, AB 2019/342, m.nt. A. Drahmman.

⁴¹ Backes, *NTB* 2009/40, p. 41; Van Weeren 2019, p. 113.

⁴² Steyger, *NTB* 2008(1), p. 3.

⁴³ Steyger, *NTB* 2008(1), p. 3.

1 onder a t/m c Dienstenrichtlijn zijn voorwaarden opgesomd waar de vergunningstelsels aan moeten voldoen indien deze in de betreffende lidstaat desondanks worden gehanteerd. Zo mag het vergunningstelsel geen discriminerende werking hebben jegens de betrokken dienstverrichter,⁴⁴ moet de behoefte aan een vergunningstelsel gerechtvaardigd zijn wegens dwingende reden van algemeen belang,⁴⁵ en kan het nagestreefde doel niet worden bereikt door een minder beperkende maatregel dan een vergunningstelsel, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.⁴⁶ Met andere woorden: een vergunningstelsel moet non-discriminatoir, noodzakelijk en evenredig zijn.⁴⁷ In deze vereisten van art. 9 Dienstenrichtlijn vallen enkele onderliggende Unierechtelijke rechtsbeginselen te herkennen. Zo wijzen Widdershoven en Van Zanten op het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel, zoals vervat in art. 9 lid 1 onder b & c Dienstenrichtlijn.⁴⁸ Ook wijzen zij op het Unierechtelijk transparantiebeginsel en het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel.⁴⁹ Deze Unierechtelijke rechtsbeginselen zullen ter verduidelijking hierna onder elkaar worden besproken, ten behoeve van een goed begrip daarvan.

Van den Brink e.a. leggen het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel uit als een beginsel dat betrekking heeft op de beperking van de uitoefening van overheidsbevoegdheden.⁵⁰ Daarbij is van belang dat slechts die verplichtingen aan de burger mogen worden opgelegd, die strikt noodzakelijk zijn in het algemeen belang, teneinde een legitiem doel van overheidshandelen te bereiken.⁵¹ Ten aanzien van het vrij verkeer van diensten behelst het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel een doel-middel toetsing, waarmee wordt bedoeld dat de vraag centraal staat of het overheidsoptreden dat een beperking van het vrij verkeer vormt, gerechtvaardigd is in het licht van de door het Unierecht toegestane doelstellingen.⁵² Van den Brink e.a. wijzen er bovendien op dat het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel daarin verschilt van het evenredigheidsbeginsel dat we kennen uit art. 3:4 lid 2 Awb, nu in het nationale bestuursrecht de nadruk ligt op de redelijkheid van de belangenafweging zelf die bestuursorganen moeten maken.⁵³ Een ander belangrijk Unierechtelijk beginsel in het kader van dit onderzoek betreft het transparantiebeginsel. Volgens Van den Brink e.a. kent het Unierechtelijk transparantiebeginsel vele betekenissen, maar wordt het beginsel gebruikt om te verwijzen naar een minimale mate van openheid van besluitvormingsprocessen, publicatie van wetgeving, besluiten en toegang tot gegevens over personen,

⁴⁴ Art. 9 lid 1 onder a Dienstenrichtlijn.

⁴⁵ Art. 9 lid 1 onder b Dienstenrichtlijn.

⁴⁶ Art. 9 lid 1 onder c Dienstenrichtlijn; Drahmman, *Gst.* 2016/13, p. 69.

⁴⁷ Van Weeren 2019, p. 112.

⁴⁸ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

⁴⁹ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

⁵⁰ Van den Brink e.a. 2017, p. 176.

⁵¹ Van den Brink e.a. 2017, p. 176. Opmerking verdient dat het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel door het HvJ EU is erkend als algemeen Unierechtelijk rechtsbeginsel en inmiddels ook een verdragsrechtelijke status heeft ingevolge art. 5 lid 4 VEU. Zie voor meer informatie hierover Tridimas 2006, p. 138.

⁵² Van den Brink e.a. 2017, p. 176; Vgl. Eijsbouts e.a. 2015, p. 115-118; HvJ EG 13 november 1990, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*).

⁵³ Van den Brink e.a. 2017, p. 176.

die bij de overheid berusten.⁵⁴ Het transparantiebeginsel omvat een aantal kernelementen, zoals duidelijkheid, kenbaarheid en voorzienbaarheid van het recht en de toepassing daarvan, toegang tot overheidsinformatie en helderheid van procedures, aldus Van den Brink e.a.⁵⁵ Het beginsel wordt ook gekarakteriseerd als een beginsel van goed bestuur binnen de Europese Unie.⁵⁶ Hoewel transparantie in zekere zin samenhangt met rechtszekerheid, verdient het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel tot slot ook enige verduidelijking. Die verduidelijking kan worden gegeven aan de hand van de woorden van Ortlep, te weten:

“Het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel kan worden onderverdeeld in de eis dat bepaalbaar moet zijn wat in concreto rechtens is, de eis dat de wet ook daadwerkelijk wordt toegepast, het verbod van terugwerkende kracht van wetgeving ten nadele van een justitiabele, de eis dat vertrouwd mag worden op de bestendigheid van het recht en de rechtsvaststellingen, en het vertrouwensbeginsel, hetgeen vereist dat gerechtvaardigde verwachtingen van een justitiabele geëerbiedigd worden.”⁵⁷

Niet alleen in de tekst van art. 9 Dienstenrichtlijn zijn voornoemde beginselen te herkennen, maar ook in art. 10 Dienstenrichtlijn. In art. 10 Dienstenrichtlijn worden eisen gesteld aan de inrichting en grondslagen van het vergunningstelsel.⁵⁸ Zodoende is art. 10 Dienstenrichtlijn van essentieel belang voor de praktische weerslag van de Dienstenrichtlijn in de nationale rechtsorde. Gelet op het belang van art. 10 Dienstenrichtlijn in het huidige onderzoek, wordt aan dit artikel hierna een aparte paragraaf gewijd ten behoeve van een goed begrip daarvan.

2.2 Art. 10 Dienstenrichtlijn: voorwaarden voor vergunningverlening

2.2.1 Wettekst art. 10 Dienstenrichtlijn

Allereerst verdient opmerking dat het hiervoor besproken art. 9 nauw samenhangt met art. 10 Dienstenrichtlijn. Deze artikelen dienen om die reden in onderlinge samenhang als volgt te worden begrepen. Lidstaten voeren in beginsel geen vergunningstelsels in, omdat dat afbreuk zou doen aan het vrij verkeer van diensten.⁵⁹ Indien lidstaten, in lijn met de criteria van art. 9 lid 1 Dienstenrichtlijn, desondanks een vergunningstelsel hanteren, moeten de voorwaarden waaronder de vergunning wordt verleend eveneens voldoen aan wettelijke criteria, zoals die zijn opgesomd onder art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn. Hoewel deze artikelen dus in elkaars verlengde liggen, moeten zij desondanks worden onderscheiden. Immers, het vertrekpunt van art. 10 Dienstenrichtlijn is dat een vergunningstelsel als

⁵⁴ Van den Brink e.a. 2017, p. 246-247.

⁵⁵ Van den Brink e.a. 2017, p. 250.

⁵⁶ Van den Brink e.a. 2017, p. 247; HvJ EG 13 september 2007, ECLI:EU:C:2007:508 (*Commissie t. Italië*).

⁵⁷ Ortlep 2011, p. 339.

⁵⁸ Van Weeren 2019, p. 112.

⁵⁹ Art. 9 lid 1 Dienstenrichtlijn.

zodanig geoorloofd is in de zin van art. 9 Dienstenrichtlijn. Art. 10 Dienstenrichtlijn schrijft op zijn beurt de criteria voor waaraan de vergunningsvoorwaarden moeten voldoen. Deze criteria ex art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn zien erop toe dat ‘bevoegde instanties’, in Nederland bestuursorganen, hun beoordelingsbevoegdheid niet op willekeurige wijze uitoefenen.⁶⁰ Zo moeten de voorwaarden waaronder een vergunning wordt verleend niet-discriminatoir, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang, evenredig met die reden van algemeen belang, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt, transparant en toegankelijk zijn.⁶¹ Opmerking verdient dat het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel in deze criteria is gecodificeerd,⁶² namelijk daar waar het gaat om de rechtvaardiging om een dwingende reden van algemeen belang,⁶³ en de eis van evenredigheid met die reden van algemeen belang.⁶⁴ Voorts is het Unierechtelijk transparantiebeginsel gecodificeerd in art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn gecodificeerd (onder sub g),⁶⁵ en het rechtszekerheidsbeginsel in art. 10 lid 1 Dienstenrichtlijn.⁶⁶

In art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn is bovendien opgenomen dat vergunningsvoorwaarden voor een nieuwe vestiging niet mogen overlappen met gelijkwaardige of vergelijkbare eisen en controles waaraan de dienstverrichter in een andere of dezelfde lidstaat al is onderworpen.⁶⁷ Indien de vergunning wordt verleend, krijgt de dienstverrichter in beginsel ruim baan, zo blijkt uit art. 10 lid 4 Dienstenrichtlijn. De vergunning biedt de dienstverrichter immers op het gehele nationale grondgebied het recht op toegang tot of uitoefening van de dienstenactiviteit, mede door de oprichting van agentschappen, dochterondernemingen, kantoren of bijkantoren.⁶⁸ Ook dit uitgangspunt is niet absoluut, nu een vergunning voor elke afzonderlijke vestiging (of een beperking van de vergunning tot een bepaald gedeelte van het grondgebied) is gerechtvaardigd met het oog op dwingende redenen van algemeen belang.⁶⁹ Hessel merkt in dit verband op dat deze bepaling opmerkelijk is voor landen met territoriaal gedecentraliseerde overheden, zoals het geval is in Nederland. Hij acht deze bepaling begrijpelijk en zinvol, voor zover zij ziet op vergunningen van de centrale overheid, maar daarbij gaat Hessel ervan uit dat niet is gedacht aan territoriale decentrale overheden in de EU. Daartoe merkt hij op:

*“Het zou immers volstrekt absurd zijn wanneer gemeenten hun decentrale vergunningenbeleid zouden moeten legitimeren met een beroep op de rule of reason”.*⁷⁰

⁶⁰ Art. 10 lid 1 Dienstenrichtlijn.

⁶¹ Art. 10 lid 2 onder a t/m g Dienstenrichtlijn.

⁶² Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

⁶³ Art. 10 lid 2 onder b Dienstenrichtlijn.

⁶⁴ Art. 10 lid 2 onder c Dienstenrichtlijn.

⁶⁵ Buijze 2011, *NtEr* 2011/7, p. 243.

⁶⁶ Botman 2016, *SEW* 2016/5, p. 203.

⁶⁷ Art. 10 lid 3 Dienstenrichtlijn.

⁶⁸ Art. 10 lid 4 Dienstenrichtlijn.

⁶⁹ Art. 10 lid 4 Dienstenrichtlijn.

⁷⁰ Hessel, *Gst.* 2007/28, p. 2.

Ingevolge art. 10 lid 5 Dienstenrichtlijn wordt de vergunning vervolgens verleend zodra middels een passend onderzoek is vastgesteld dat aan de vergunningsvoorwaarden is voldaan.⁷¹ Tenzij de vergunning wordt verleend, dient elke beslissing van de bevoegde instanties, waaronder ook de weigering of intrekking van een vergunning, met redenen te worden omkleed. Bovendien moet een dergelijk besluit voor de rechter of andere beroepsinstanties kunnen worden aangevochten.⁷²

2.2.2 Art. 10 Dienstenrichtlijn en jurisprudentie van het HvJ EU

Uit voorgaande paragraaf is gebleken dat de Europese wetgever ervoor heeft gekozen om de voorwaarden voor vergunningverlening op te nemen in art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn. Uit dat artikel blijkt dat de voorwaarden waaronder een vergunning wordt verleend immers niet-discriminatoire, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang, evenredig met die reden van algemeen belang, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt, transparant en toegankelijk zijn.⁷³ Daaraan liggen meerdere Unierechtelijke rechtsbeginselen ten grondslag, zoals het evenredigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.⁷⁴ Over de invulling van de criteria uit art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn, en de onderliggende rechtsbeginselen in concrete gevallen, heeft het HvJ EU zich in meerdere arresten uitgelaten. In de bespreking van deze arresten zal met name worden gefocust op de toetsing van het HvJ EU aan het Unierechtelijk rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel, nu het transparantiebeginsel weliswaar van belang is voor de Dienstenrichtlijn, maar voor de later uit te voeren analyse van minder groot belang is.

- Toetsing aan het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel

In het arrest *Bordessa e.a.* heeft het Hof invulling gegeven aan de vraag of discretionaire bevoegdheden zijn toegestaan onder art. 10 lid 1 Dienstenrichtlijn, gelet op het verbod op willekeur.⁷⁵ In dat verband is relevant dat art. 10 lid 1 Dienstenrichtlijn in de ontwerp tekst expliciet geen ruimte bood voor het op discretionaire wijze uitoefenen van de beoordelingsbevoegdheid door bevoegde instanties.⁷⁶ Deze beoogde tekst is echter gewijzigd met de definitieve vaststelling van de Dienstenrichtlijn. Zo wordt in art. 10 lid 1 Dienstenrichtlijn geen woord gerept over de toelaatbaarheid van discretionaire bevoegdheden. Desondanks heeft het Hof dergelijke discretionaire bevoegdheden ontoelaatbaar geacht omdat die bevoegdheden ruimte bieden voor willekeur en rechtsonzekerheid, terwijl dat juist moet worden voorkomen.⁷⁷ Het Hof verwijst daarmee naar het onderliggende rechtszekerheidsbeginsel.⁷⁸ Meer concreet heeft dit arrest tot gevolg dat nationale vergunningstelsels met vage normen en

⁷¹ Art. 10 lid 5 Dienstenrichtlijn.

⁷² Art. 10 lid 6 Dienstenrichtlijn.

⁷³ Art. 10 lid 2 onder a t/m g Dienstenrichtlijn.

⁷⁴ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246; Buijze 2011, *NtEr* 2011/7, p. 243; Botman 2016, *SEW* 2016/5, p. 203.

⁷⁵ HvJ EG 23 februari 1995, ECLI:EU:C:1995:54, C-358/93 & C-416/93 (*Bordessa e.a.*).

⁷⁶ Hessel, *Gst.* 2007/28, p. 2.

⁷⁷ HvJ EG 23 februari 1995, ECLI:EU:C:1995:54, C-358/93 & C-416/93 (*Bordessa e.a.*).

⁷⁸ Hessel, *Gst.* 2007/28, p. 2.

discretionaire bevoegdheden ontoelaatbaar zijn en moeten worden aangepast.⁷⁹ Dit raakt sterk aan hetgeen het HvJ EU heeft bepaald in het *Libert*-arrest, nu het Hof in dit arrest heeft bepaald dat het voor een dienstverrichter duidelijk moet zijn onder welke omstandigheden aan een bepaalde vergunningsvoorwaarde is voldaan, om zodoende een grens te stellen aan de wijze van uitoefening van een beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten.⁸⁰ Hoewel het Hof dus klaarblijkelijk oog heeft voor de onderliggende rechtsbeginselen, in dit geval het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel en transparantiebeginsel, wordt dit niet met zoveel woorden benadrukt.⁸¹

Daarnaast is ook het *Van Gennep*-arrest van het Hof de vermelding waard, nu daarin wordt verduidelijkt wat onder ‘duidelijk en ondubbelzinnig’ in de zin van art. 10 lid 2 sub d Dienstenrichtlijn moet worden verstaan.⁸² Daarmee toetst het Hof aan (het belang van) het onderliggende rechtszekerheidsbeginsel. ‘Duidelijk’ ziet er immers op dat de vergunningsvoorwaarden voor iedereen eenvoudig te begrijpen zijn, door een dubbelzinnige formulering te vermijden. Vervolgens maakt het Hof duidelijk dat onder ‘ondubbelzinnig’ niet de enkele constatering kan worden begrepen dat twee vergunningstelsels met elkaar overlappen. Indien deze twee vergunningstelsels bedoeld zijn om uiteenlopende algemene belangen te beschermen, kunnen vergunningsvoorwaarden desondanks in lijn zijn met art. 10 lid 2 sub d Dienstenrichtlijn.⁸³ ‘Ondubbelzinnig’ wordt aldus niet ten strengste uitgelegd door het Hof, nu de toelaatbaarheid van de vergunningsvoorwaarden samenhangt met de te behartigen belangen.

- Toetsing aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel

Het begrip voor de omstandigheden van het geval en de afweging van belangen door het Hof is eveneens te herkennen in het arrest *Cali Apartments*, gewezen op 26 september 2020.⁸⁴ In dit arrest heeft het Hof bevestigd dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op de herhaalde, kortstondige verhuur van woonruimte aan incidentele klanten, die zich niet inschrijven op het betreffende woonadres.⁸⁵ Dat had tot gevolg dat de Franse wetgeving, waarin een vergunning voor dergelijke verhuur activiteiten vereist was, een ‘vergunningstelsel’ betrof in de zin van de Dienstenrichtlijn. Toch ging het hier niet om een ongeoorloofd stelsel in de zin van art. 9 Dienstenrichtlijn, omdat de bestrijding van het tekort aan woningen in de stad Parijs een dwingende reden van algemeen belang vormde, en omdat de Franse overheid geen minder beperkende maatregel ter beschikking had.⁸⁶ In deze casus heeft het Hof getoetst aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel, nu dit beginsel ten grondslag ligt aan de criteria onder

⁷⁹ Hessel, *Gst.* 2007/28, p. 2.

⁸⁰ HvJ EU 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:288 (*Libert*);
Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 10.

⁸¹ HvJ EU 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:288, r.o. 59 (*Libert*).

⁸² HvJ EU 26 september 2018, ECLI:EU:C:2018:771, C-137/17, r.o. 85 (*Van Gennep*).

⁸³ HvJ EU 26 september 2018, ECLI:EU:C:2018:771, C-137/17, r.o. 85 (*Van Gennep*).

⁸⁴ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18 (*Cali Apartments*).

⁸⁵ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18 (*Cali Apartments*).

⁸⁶ E. Buuren & L. Hollmann, ‘Uitspraak Hof van Justitie: vergunningsplicht voor verhuurders bij kortstondig verhuur in overeenstemming met de Dienstenrichtlijn’, *europadecentraal.nl* 26 september 2020.

art. 9 lid 1 sub b en c Dienstenrichtlijn.⁸⁷ Dit heeft tot gevolg gehad dat het Hof intensief heeft getoetst aan de vraag wat er onder dwingende redenen van algemeen belang valt, en of de maatregel evenredig was aan dat algemeen belang. Omdat de Franse wetgeving de toets van art. 9 Dienstenrichtlijn kon doorstaan, kwam het Hof vervolgens aan de toetsing van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn.

Het Hof oordeelde dat de Franse wetgeving ook niet in strijd was met art. 10 lid 2 onder a Dienstenrichtlijn, nu juist de sociale diversiteit en het voorkomen van groei van de woningnood werd beoogd met het vergunningenstelsel.⁸⁸ Voorts heeft het Hof getoetst aan art. 10 lid 2 onder d en e Dienstenrichtlijn, te weten de objectiviteit en duidelijkheid van de vergunningsvoorwaarden. Uit het feit dat de nationale wetgever zich ertoe heeft beperkt een kader te scheppen voor de wijze waarop een lokale autoriteit de vergunningsvoorwaarden dient te bepalen, kan in beginsel niet worden afgeleid dat de vergunningsvoorwaarden onvoldoende duidelijk en objectief zijn.⁸⁹ Het Hof lijkt dus wel enige ruimte ten aanzien van de invulling van het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel, maar legt daar wel een volle toets aan ten grondslag. In onderliggende casus heeft het Hof immers geoordeeld dat de nationale regeling niet alleen doelstellingen vastlegt voor de betrokken plaatselijke autoriteiten, maar ook de objectieve parameters aanreikt aan de hand waarvan deze autoriteiten die voorwaarden moeten bepalen.⁹⁰

- *Toetsing aan het Unierechtelijk transparantiebeginsel*

Tot slot doorstonden de Franse vergunningsvoorwaarden, zoals die centraal stonden in het *Cali Apartments*-arrest,⁹¹ de criteria van voorafgegane openbare bekendmaking, transparantie en toegankelijkheid.⁹² Ter discussie stond in dat verband of iedere eigenaar die een gemeubileerde woonruimte wilde verhuren aan incidentele klanten, volledig kennis kon nemen van de door de plaatselijke autoriteiten gehanteerde vergunningsvoorwaarden voordat hij de betrokken verhuuractiviteiten zou verrichten.⁹³ Het Hof zag in de wijze van bekendmaking - het aanplakken van verslagen van de gemeenteraadszittingen in het gemeentehuis en bekendmaking op de website van de betrokken gemeente - geen problemen in de zin van art. 10 lid 2 onder f en g Dienstenrichtlijn.⁹⁴ Iedere belanghebbende zou immers gemakkelijk en onmiddellijk kunnen nagaan of er een regeling bestaat die gevolgen kan hebben voor de toegang tot of de uitoefening van de betrokken activiteit.⁹⁵

⁸⁷ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

⁸⁸ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 80 (*Cali Apartments*).

⁸⁹ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 102 (*Cali Apartments*).

⁹⁰ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 102 (*Cali Apartments*).

⁹¹ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 98 (*Cali Apartments*).

⁹² Art. 10 lid 2 onder f en g Dienstenrichtlijn.

⁹³ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 98 (*Cali Apartments*).

⁹⁴ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 106 (*Cali Apartments*).

⁹⁵ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 107 (*Cali Apartments*).

- *Toetsingsintensiteit*

Gelet op de hoeveelheid criteria van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn waar het Hof aan toetst, kan worden gezegd dat het *Cali Apartments*-arrest van groot belang is ter invulling van de relevante criteria van de vergunningsvoorwaarden. Het Hof toetst immers indringend aan onderliggende rechtsbeginselen van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn, waarbij het Hof oog heeft voor de omstandigheden van het geval die het stellen van vergunningsvoorwaarden rechtvaardigen, zoals de omstandigheid dat er sprake is van een grote woningnood in Parijs. Opvallend is dat het Hof aan ieder criterium expliciet toetst, zo ook aan de evenredigheid, zoals opgenomen onder art. 10 lid 2 sub c Dienstenrichtlijn.⁹⁶

Dit laatste is relevant met het oog op de recente ontwikkelingen omtrent toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk.⁹⁷ Deze ontwikkelingen betreffen voornamelijk de vraag of het Europese evenredigheidsbeginsel niet vrijwillig zou moeten worden geadopteerd over de hele linie van het overheidsoptreden.⁹⁸ Hoewel de Dienstenrichtlijn-codificaties, zoals art. 10 lid 2 sub c Dienstenrichtlijn, zijn ontleend aan de rechtspraak van het Hof van Justitie en de onderliggende Unierechtelijke rechtsbeginselen, lijkt de Nederlandse bestuursrechter het Europese evenredigheidsbeginsel slechts incidenteel toe te passen.⁹⁹ Dat terwijl de evenredigheidstoets zoals die door het Hof wordt aangewend, inzet op een drietrapsmodel, waarbij het Hof toetst of de norm noodzakelijk, geschikt en evenwichtig (ook wel: evenredig *stricto sensu*) is.¹⁰⁰ Die toetsing omvat in veel gevallen mede een oordeel over de (on)evenredigheid van het totstandkomingsproces van de wet of regel in kwestie. Op die manier wordt het drietrapsmodel versterkt door een toetsing aan het belang van een zorgvuldige procedure.¹⁰¹

De in het *Cali Apartments*-arrest te herkennen evenredigheidstoets maakt dat het Hof de verschillende belangen intensief afweegt, namelijk het belang van de bestrijding van het tekort aan woningen in de stad Parijs als dwingende reden van algemeen belang enerzijds, en het belang van incidentele klanten van herhaalde, kortstondige verhuur van woonruimten in die stad.¹⁰² Het Hof beoordeelt onder meer de noodzakelijkheid, geschiktheid en evenwichtigheid van de Franse vergunningsvoorwaarden en komt tot de conclusie dat het doel niet met minder beperkende maatregelen kon worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.¹⁰³

⁹⁶ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 75 (*Cali Apartments*).

⁹⁷ Zie in dit kader: Raad van State, 'Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over rechterlijke toetsing evenredigheid', *Raadvanstate.nl* 3 februari 2021. Dit persbericht geeft weer dat de Afdeling A-G Widdershoven heeft gevraagd een conclusie te nemen ten aanzien van de indringendheid van de rechterlijke toetsing van bestuurlijke maatregelen in het licht van het evenredigheidsbeginsel. Inmiddels is deze conclusie gewezen, zie Raad van State, 'Aanbeveling aan bestuursrechter: pas rechterlijke evenredigheidstoets aan', *raadvanstate.nl* 7 juli 2021; ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G Widdershoven & Wattel), 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3.

⁹⁸ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 253.

⁹⁹ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 248.

¹⁰⁰ Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 183.

¹⁰¹ Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 183.

¹⁰² HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18 (*Cali Apartments*).

¹⁰³ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 75 (*Cali Apartments*).

Met het *Cali Apartments*-arrest in de hand, lijkt het alsof het Hof er niet voor terug deinst om de beginselen die ten grondslag liggen aan de criteria van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn indringend te toetsen, zo ook niet ten aanzien van de evenredigheidstoets conform het hiervoor benoemde drietrapsmodel. Datzelfde beeld valt te herkennen in het *Trijber en Harmsen*-arrest.¹⁰⁴ In dat arrest stond de vraag centraal of de afgifte van een vergunning voor de uitoefening van een activiteit bestaande uit de exploitatie van raamprostitutiebedrijven door kamers in dagdelen te verhuren, afhankelijk mag worden gesteld van de voorwaarde dat de verstrekker van deze diensten zich verstaanbaar kan maken in een voor de afnemers van deze diensten – in casu prostitutees – begrijpelijke taal.¹⁰⁵ Meer specifiek was de vraag of een dergelijke voorwaarde evenredig zou zijn met redenen van het algemeen belang.¹⁰⁶ Deze laatste vraag beantwoordde het Hof bevestigend, omdat de gestelde voorwaarde geschikt zou zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel van algemeen belang te waarborgen (namelijk te voorkomen dat aan prostitutie gelieerde strafbare feiten worden gepleegd), en de maatregel bovendien niet verder zou gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.¹⁰⁷ Net als in het arrest *Cali Apartments*,¹⁰⁸ blijkt ook uit dit arrest dat de evenredigheidstoets door het Hof wordt ingevuld als een indringende toets conform het drietrapsmodel: noodzakelijkheid, geschiktheid en evenredigheid.¹⁰⁹

2.3 Implementatie van de Dienstenrichtlijn in Nederland

Eerder is al benoemd dat de Dienstenrichtlijn omzetting behoefde in de nationale rechtsorde, ingevolge art. 288 VWEU. In Nederland is de Dienstenrichtlijn geïmplementeerd in de Dienstenwet.¹¹⁰ Deze wet is op 12 november 2009 tot stand gekomen, vlak voor het verlopen van de omzettingstermijn.¹¹¹ In de wetenschappelijke literatuur is al veel geschreven over de vraag of de Dienstenrichtlijn in Nederland op juiste wijze is geïmplementeerd. Zo bleven er wat Drahmman betreft nog vele vragen over ten aanzien van de reikwijdte van de Dienstenwet.¹¹² Hoewel ook de reikwijdte van de Dienstenwet zich leent voor een interessant onderzoek, zou de bespreking daarvan het bestek van het huidige onderzoek te buiten gaan. Daarmee hangt samen dat de Dienstenrichtlijn slechts beperkt is gecodificeerd in de Dienstenwet. Zo is het voor dit onderzoek relevante art. 10 lid 2 geheel niet opgenomen in de Dienstenwet, om welke reden de reikwijdte van de Dienstenwet van ondergeschikt belang is in deze.

¹⁰⁴ HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641, C-340/14 & C-341/14 (*Trijber en Harmsen*). Zie ook Drahmman, *Gst.* 2016/13.

¹⁰⁵ HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641, C-340/14 & C-341/14, r.o. 67 (*Trijber en Harmsen*).

¹⁰⁶ Art. 10 lid 2 onder c Dienstenrichtlijn.

¹⁰⁷ HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641, C-340/14 & C-341/14, r.o. 76 (*Trijber en Harmsen*).

¹⁰⁸ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18 (*Cali Apartments*).

¹⁰⁹ Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 183.

¹¹⁰ Wet van 12 november 2009 tot implementatie van Europese regelgeving betreffende het verkeer van diensten op de interne markt (Dienstenwet).

¹¹¹ De omzettingstermijn zou immers op 28 december 2009 zijn verlopen.

¹¹² Drahmman, *NTB* 2016/17, p. 148.

Ten aanzien van (het ontbreken van) de codificatie van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn wijst Drahmman erop dat:

“[...] in de memorie van toelichting wordt gesteld dat dit niet nodig zou zijn, omdat de eisen reeds overeenkomen met de beginselen van behoorlijk bestuur zoals deze in de vaste Nederlandse rechtspraak en administratieve praktijk worden gehanteerd en die ook voor een deel zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).”¹¹³

Hoewel art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn dus niet expliciet is geïmplementeerd, vormen de criteria desondanks geldend recht.¹¹⁴ Uit het eerder besproken *Trijber en Harmsen*-arrest blijkt immers dat een direct beroep kan worden gedaan op art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn, hetgeen gevolg kan hebben voor Nederlandse vergunningstelsels.¹¹⁵ Mede gelet op de veelomvattende Europeesrechtelijke jurisprudentie omtrent art. 10 Dienstenrichtlijn, is het enigszins vreemd te noemen dat dit artikel niet is geïmplementeerd, nu toch echt niet zo klip en klaar is hoe onder meer de criteria uit lid 2 moeten worden begrepen, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof. Bovendien kan men zich afvragen of de redenering ‘het hoeft niet want we hebben altijd nog de algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ de gaten van het gebrek aan implementatie wel kan vullen. Deze vraag is relevant omdat de Nederlandse bestuursrechter tot op heden over het algemeen minder indringend toetst aan evenredigheid, terwijl het criterium uit art. 10 lid 2 sub c Dienstenrichtlijn en de jurisprudentielijn van het HvJ EU wel degelijk aanleiding geven om een indringende evenredigheidstoets aan te wenden.¹¹⁶ Het niet implementeren van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn in de Dienstenwet lijkt aldus een vreemde zet van de Nederlandse wetgever.

2.4 Tussenconclusie

Hoewel art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn niet is geïmplementeerd in de Dienstenwet, kan de vergunningaanvrager zich desondanks direct beroepen op deze bepaling. Dat heeft tot gevolg dat ook Nederlandse vergunningstelsels kunnen worden getoetst aan het Europese recht en de criteria die voortvloeien uit de rechtspraak van het HvJ EU. Het Hof heeft laten zien dat zij ook niet terugdeinst voor een indringende toetsing aan de beginselen die ten grondslag liggen aan de criteria van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn. Dat is opmerkelijk, maar ook niet verwonderlijk, nu deze criteria de codificatie behelzen van verscheidene Unierechtelijke rechtsbeginselen,¹¹⁷ waaronder het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.¹¹⁸ De indringende toets aan de evenredigheid behelst een drietrapstoets, waarbij

¹¹³ Drahmman, *NTB* 2016/17, p. 149; *Kamerstukken II* 2007/008, 31 579, nr. 3, p. 111.

¹¹⁴ Drahmman, *Gst.* 2016/13, p. 74.

¹¹⁵ Drahmman, *NTB* 2016/17, p. 145.

¹¹⁶ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 248.

¹¹⁷ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246; Buijze 2011, *NtEr* 2011/7, p. 243; Botman 2016, *SEW* 2016/5, p. 203.

¹¹⁸ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

het Hof oog houdt voor het algemeen belang achter het invoeren van bepaalde vergunningsvoorwaarden. Zo toetst het Hof of de norm noodzakelijk, geschikt en evenredig *stricto sensu* is.¹¹⁹ Met name ten aanzien van deze evenredigheidstoets, is het vooralsnog de vraag of de ABRvS de lijn volgt van het HvJ EU als het gaat om de toetsing van Nederlandse vergunningsvoorwaarden aan de criteria van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn. Om dit te kunnen analyseren, zal in het volgende hoofdstuk eerst het Nederlandse stelsel onder de loep worden genomen ten aanzien van de horecavergeving uit de Alcoholwet. Meer specifiek zal daarbij worden gekeken naar de voorwaarde voor vergunningverlening ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet, en de toetsing van dit criterium aan art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn in de Nederlandse jurisprudentie.

¹¹⁹ Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 183.

3 Niet in enig opzicht van slecht levensgedrag

Nu het in hoofdstuk 2 duidelijk is geworden dat het HvJ EU indringend toetst aan de relevante Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de criteria van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn, en daarbij alle relevante omstandigheden van het geval betreft, kan worden toegekomen aan de vraag of een dergelijke indringende toets ook te herkennen is op het niveau van de lidstaten. Daarvoor dient te worden gekeken naar de jurisprudentie van de ABRvS. De wijze waarop de ABRvS het begrip ‘slecht levensgedrag’, zoals opgenomen in art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet, invult, leent zich goed voor een dergelijke analyse. Toch is het, voordat kan worden overgegaan tot deze analyse, van belang dat men een goed begrip heeft van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet. Om die reden zal in dit hoofdstuk allereerst de positie van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet in de systematiek van de Alcoholwet worden geuid. Gelet op het vage karakter van de norm ‘slecht levensgedrag’ (wanneer is levensgedrag ‘goed’ of ‘slecht?’) en om in een later stadium de toelaatbaarheid van een dergelijk criterium te vatten in het licht van de Dienstenrichtlijn, wordt in par. 3.2 de bedoeling van de wetgever met betrekking tot de invoering van het criterium ‘slecht levensgedrag’ onder de loep genomen. Ook zal worden gekeken naar de uitwerking van dit criterium in de Nederlandse jurisprudentie. Vervolgens zal in par. 3.3 aandacht worden besteed aan de invulling van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet door bestuursorganen, waarna in par. 3.4 het perspectief van de ABRvS zal worden belicht. Daarbij zal de discussie over de verenigbaarheid van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet met art. 10 Dienstenrichtlijn aan bod zal komen, zowel voor als na 2018, toen de ABRvS koers wijzigde omtrent de toelaatbaarheid van de vergunningsvoorwaarde ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ in het licht van art. 10 Dienstenrichtlijn.

3.1 Positie van ‘slecht levensgedrag’ in de systematiek van de Alcoholwet

“Het is verboden zonder daartoe strekkende vergunning van de burgemeester het horecabedrijf of slijtersbedrijf uit te oefenen.”¹²⁰

Met bovenstaande woorden, afkomstig uit art. 3 lid 1 Alcoholwet, heeft de Nederlandse wetgever duidelijk gemaakt dat op de exploitatie van een horecabedrijf of slijtersbedrijf een vergunningstelsel van toepassing is. Die vergunning kan zowel worden verleend als worden geweigerd door de burgemeester.¹²¹ Toch heeft de burgemeester niet de bevoegdheid om lukraak vergunningen te weigeren. Dat is ook logisch, met het oog op het belang van het vrij verkeer van diensten, zoals toegelicht in hoofdstuk 2. De burgemeester is gehouden aan de in de Alcoholwet opgenomen limitatieve gronden om

¹²⁰ Art. 3 lid 1 Alcoholwet.

¹²¹ Art. 3 lid 1 Alcoholwet.

een vergunning te weigeren.¹²² Indien een vergunning niet afstuit op de limitatieve weigeringsgronden van art. 27 Alcoholwet, dan dient de burgemeester over te gaan tot verlening van de vergunning. Het uitgangspunt is dan ook: vergunningverlening, tenzij.¹²³ Uiteraard betekent dat niet dat iedere vergunning zomaar wordt verleend. In art. 27 lid 1 onder a Alcoholwet vindt men immers de regel dat een vergunning wordt geweigerd indien niet wordt voldaan aan de ingevolge de art. 8 t/m 10 Alcoholwet geldende eisen. Bovendien heeft de burgemeester de bevoegdheid om reeds verleende horecavergeving in te trekken, indien niet langer wordt voldaan aan de vereisten die gelden bij of krachtens art. 8 en art. 10 Alcoholwet.¹²⁴

In art. 8 en 10 Alcoholwet worden onder meer regels gesteld omtrent de hoedanigheid van leidinggevenden van het horecabedrijf,¹²⁵ de eisen ten aanzien van het zedelijk gedrag van leidinggevenden,¹²⁶ hun kennis en inzicht met betrekking tot sociale hygiëne,¹²⁷ het overhandigen van bewijsstukken daartoe,¹²⁸ en eisen waar de inrichting aan dient te voldoen in het belang van de sociale hygiëne.¹²⁹ Indien aan één of meerdere van deze eisen niet wordt voldaan, kan dat een grond opleveren voor het weigeren van de aangevraagde horeca exploitatievergunning.¹³⁰ Dit is dan ook waar het voor dit onderzoek relevante art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet om de hoek komt kijken. In dit artikel wordt de eis gesteld dat leidinggevenden van het horecabedrijf en het slijtersbedrijf dienen te voldoen aan de eis dat zij ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn’. Voldoet de leidinggevende niet aan die eis, dan levert dat een weigeringsgrond op voor vergunningverlening,¹³¹ terwijl die vergunning essentieel is om het horecabedrijf uit te kunnen oefenen.¹³²

Hoewel de burgemeester in beginsel tot verlening van de vergunning dient over te gaan,¹³³ valt niet te ontkennen dat ‘zedelijk gedrag’, of ‘sociale hygiëne’ een vage norm betreft. In dat licht bestaat er beoordelingsruimte voor de burgemeester om over te gaan tot het weigeren van de vergunning of het intrekken van de vergunning, alleen al op grond van art. 27 lid 1 onder a Alcoholwet respectievelijk art. 31 lid 1 onder b Alcoholwet.

¹²² Art. 27 Alcoholwet.

¹²³ Art. 28 Alcoholwet.

¹²⁴ Art. 31 lid 1 onder b Alcoholwet.

¹²⁵ Art. 8 lid 1 Alcoholwet.

¹²⁶ Art. 8 lid 2 Alcoholwet.

¹²⁷ Art. 8 lid 3 Alcoholwet.

¹²⁸ Art. 8 lid 5 Alcoholwet.

¹²⁹ Art. 10 Alcoholwet.

¹³⁰ Art. 27 Alcoholwet.

¹³¹ Art. 27 lid 1 onder a Alcoholwet

¹³² Art. 3 lid 1 Alcoholwet.

¹³³ Art. 28 Alcoholwet.

3.2 Slecht levensgedrag volgens de wetgever

De gedachte dat leidinggevend van een horecabedrijf of een slijtersbedrijf niet in enig opzicht van slecht levensgedrag dienen te zijn, is niet iets van de laatste tijd. Het criterium kent namelijk een lange geschiedenis. De eis is opgenomen in het wetsvoorstel van 1962, toen de naam van voormalig koningin Juliana nog in de considerans te vinden was.¹³⁴ Oorspronkelijk werd de eis werd opgenomen in art. 5 lid 2 onder b Drank- en Horecawet, zijnde de voorloper van de Alcoholwet. De bepaling luidde:

“1. Voor het verkrijgen van een vergunning moet worden voldaan aan het bij en krachtens de volgende leden bepaalde.

2. De bedrijfsleiders en de beheerders dienen aan de volgende eisen te voldoen:

[...]

b. zij mogen niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn;

[...].”¹³⁵

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever acht heeft willen slaan op de verankering van zedelijkheidseisen in de wet, nu tappersbedrijven in de 19^e eeuw een slechte naam hadden.¹³⁶ In de 19^e eeuw was drankmisbruik een “maatschappelijk kwaad, dat gezien moet worden tegen de achtergrond van de sociale verhoudingen van die tijd.”¹³⁷ Tegen het bestaan van ernstige veroordelingen of herhaalde overtredingen kon in 1962 al worden opgetreden, in die zin dat een Drankwet-vergunning kon worden geweigerd of ingetrokken, maar de wetgever zag de noodzaak pas bij de herziening van de drankwetgeving om dit uitgangspunt te verankeren.¹³⁸ Dat geldt met name voor de eisen die zouden moeten worden gesteld aan de leidinggevende personen in horecabedrijven, omdat zij een bijzondere verantwoordelijkheid dragen voor het verhandelen van stoffen (alcoholhoudende dranken) die “een gevaarlijke werking kunnen hebben”.¹³⁹ Deze verantwoordelijkheid is door de wetgever nogmaals benadrukt in de passage:

“Het stellen van zedelijkheidseisen werpt dan ook geen smet op de betrokkenen, doch accentueert juist hun bijzondere verantwoordelijkheid”¹⁴⁰

Het niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn, zoals art. 5 lid 2 onder b Drank- en Horecawet zou voorstellen, werd dus door de wetgever opgevat als een zedelijkheidseis.¹⁴¹ Opvallend is dat de wetgever

¹³⁴ *Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 2, p. 1.*

¹³⁵ *Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 2, p. 2.*

¹³⁶ *Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 3, p. 15.*

¹³⁷ *Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 3, p. 12.*

¹³⁸ *Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 3, p. 15.*

¹³⁹ *Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 3, p. 15.*

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 3, p. 15.*

¹⁴¹ *Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 3, p. 22.*

in de memorie van toelichting echter heeft nagelaten om te verduidelijken op welke wijze ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ zou moeten worden ingekleurd. Sterker nog, de termen ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ of ‘levensgedrag’ komen in de memorie van toelichting in het geheel niet voor. Zelfs in de artikelsgewijze bespreking van het wetsvoorstel wordt onder art. 5 Drank- en Horecawet verwezen naar het “algemeen gedeelte dezer memorie”.¹⁴² Tot dusver laat de wetgever nog veel vragen over ten aanzien van de invulling van het voorgestelde criterium. Opvallend is dat de wetgever het ook in het jaar 2000, toen de Drank- en Horecawet werd vernummerd en art. 5 lid 2 onder b Drank- en Horecawet vorm zou krijgen in art. 8 lid 1 sub b,¹⁴³ heeft nagelaten om ‘slecht levensgedrag’ te duiden.¹⁴⁴ De term ‘slecht levensgedrag’ komt in deze memorie van toelichting slechts één keer voor, namelijk in de zin:

*“De Drank- en Horecawet kent daarom sinds 1963 als weigeringsgrond voor een vergunning dat betrokkene «... niet in enig opzicht van slecht levensgedrag ...» mag zijn. Deze bepaling werkt in de praktijk over het algemeen goed.”*¹⁴⁵

Ook blijkt uit het Besluit eisen zedelijk gedrag Drank- en Horecawet 1999 niet op welke wijze ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Drank- en Horecawet dient te worden ingevuld. Kortom: uit zowel de memorie van toelichting als het Besluit eisen zedelijk gedrag Drank- en Horecawet 1999 blijkt niet wat met ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ wordt bedoeld.

Daarbij verdient opmerking dat de wetgever ook in het kader van de wetwijziging van 1 juli 2021, waarbij de Drank- en Horecawet is vervangen door en veranderd in de Alcoholwet,¹⁴⁶ geen aanleiding heeft gezien om de open norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ expliciet te voorzien van een nadere duiding. Wel schemert uit de memorie van toelichting op de Alcoholwet door dat de wetgever enigszins een beeld heeft waar ‘goed levensgedrag’, in tegenstelling tot ‘slecht levensgedrag’ uit zou moeten bestaan.¹⁴⁷ Bij de bespreking van de reacties op de internetconsultatie wordt immers opgemerkt dat in de internetconsultatie is verzocht om de verplichte bijschrijving op de Drank- en Horecawet-vergunning (nu: alcoholwetvergunning) van alle eigenaren, bestuurders, bedrijfsleiders en overige leidinggevenden van horecagelegenheden en slijterijen te schrappen, ofwel om die verplichte bijschrijving van in ieder geval de groep bedrijfsleiders en overige leidinggevenden te schrappen.¹⁴⁸ Dit zou enerzijds de regeldruk en de kosten voor ondernemers die met deze bijschrijvingen gemoeid zijn, verminderen en anderzijds zouden toezichthouders ook via het Register sociale hygiëne kunnen

¹⁴² *Kamerstukken II* 1961/62, 6811, nr. 3, p. 22.

¹⁴³ Beschikking van de Minister van Justitie van 2 mei 2000, houdende plaatsing in het Staatsblad van de tekst van de Drank- en Horecawet, zoals deze laatstelijk is gewijzigd bij de wet van 13 april 2000, Stb. 184 (*Stb.* 2000, 185).

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 969, nr. 3, p. 5.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 969, nr. 3, p. 5.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 337, nr. 2.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 337, nr. 3 (MvT).

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 337, nr. 3, p. 29.

controleren of de aanwezige leidinggevende beschikt over een diploma sociale hygiëne. Hoewel de wetgever zich hierin gedeeltelijk kon vinden, en het wetsvoorstel zodanig heeft aangepast dat de groep overige leidinggevendens – zonder invloed op de bedrijfsvoering – niet verplicht op de vergunning zouden hoeven staan,¹⁴⁹ is de voorgenomen wijziging van de Drank- en Horecawet op dit punt toch weer geschrapt. Immers, na overleg met gemeenten Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (hierna: VNG) heeft de regering ingezien dat deze wijziging een van de gemeentelijke instrumenten tegen de ondermijnende criminaliteit ongedaan zou maken.¹⁵⁰ Met andere woorden, het handhavingsinstrument, de weigering of intrekking van de vergunning wegens ‘slecht levensgedrag’, zou in dat geval gedeeltelijk komen te verdwijnen, nu bijschrijving op de vergunning niet meer nodig zou zijn. Het is de uitleg die door de wetgever vervolgens wordt gegeven, die van belang is voor de zoektocht naar de duiding van de betekenis van ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’, te weten:

“De regering vindt het van belang dat er altijd een leidinggevende aanwezig is in horeca van wie geconstateerd is dat hij van goed levensgedrag is en dat hij bijvoorbeeld niet binnen de laatste vijf jaar veroordeeld is tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf van meer dan zes maanden of binnen de laatste vijf jaar leidinggevende is geweest van een inrichting waarvan de vergunning is ingetrokken in verband met drugshandel of feiten die gevaar kunnen opleveren voor de openbare orde, veiligheid of zedelijkheid.”¹⁵¹

Het is één van de weinige hints die in de totstandkomingsgeschiedenis van de open norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ kan worden gevonden met betrekking tot de invulling daarvan, maar opmerking verdient dat niet met zekerheid kan worden gezegd dat dit de enige echte definitie is van ‘slecht levensgedrag’, die de wetgever voor ogen heeft gehad bij de totstandkoming van de norm. Tot een dergelijke vergaande conclusie reikt deze enkele opmerking in de memorie van toelichting van de Alcoholwet mijns inziens niet. Toch zou in het land der blinden éénoog koning moeten zijn. Wellicht is dat het vergunningverlenende bestuursorgaan zelf.

3.3 Slecht levensgedrag volgens het bestuursorgaan

Nu de wetgever, wellicht bewust of wellicht onbewust, heeft nagelaten om het enigszins subjectieve criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet van nadere invulling te voorzien, is het van belang om te kijken hoe bestuursorganen zijn omgesprongen met deze norm, nu zij het bestaan van slecht levensgedrag toch op enigerlei wijze moeten beoordelen om te

¹⁴⁹ *Kamerstukken II 2019/20, 35 337, nr. 3, p. 29.*

¹⁵⁰ *Kamerstukken II 2019/20, 35 337, nr. 3, p. 29.*

¹⁵¹ *Kamerstukken II 2019/20, 35 337, nr. 3, p. 29.*

kunnen beslissen op de aanvraag van een alcoholwetvergunning. Gemeenten kunnen daartoe beleidsregels opstellen. Enkele voorbeelden worden gevonden in de beleidsregel van de gemeente Amsterdam,¹⁵² de beleidsregel van de gemeente Heerlen,¹⁵³ en de beleidsregel van de gemeente Maasdriel.¹⁵⁴

Bestudering van deze beleidsregels leert dat zij qua lengte, inhoud en duidelijkheid erg van elkaar verschillen. Zo is in de beleidsregel van de gemeente Heerlen opgenomen hoe ver wordt teruggekeken in de beoordeling van de open norm ‘niet in opzicht van slecht levensgedrag’. Uit art. 4 van deze beleidsregel kan worden opgemaakt dat in de gemeente Heerlen überhaupt niet verder dan 11 jaar wordt teruggekeken naar relevante feiten die aanleiding geven tot het bestaan van slecht levensgedrag. De beleidsregel van de gemeente Maasdriel omvat echter niet meer dan een algemene lijst met ‘praktijken’ die leiden tot de conclusie dat sprake is van slecht levensgedrag.¹⁵⁵ Ten aanzien van deze laatstgenoemde beleidsregel is relevant dat een onherroepelijke veroordeling, dan wel een niet onherroepelijke vrijspraak kan leiden tot het bestaan van slecht levensgedrag indien de feiten zien op geweldsdelicten, witwaspraktijken, het gebruik, handel en/of productie van drugs, discriminatie, fraude, mensenhandel, arbeidsuitbuiting en wapenbezit. De relevante feiten worden aldus als paraplubegrippen opgenomen in de beleidsregel, zodat de reikwijdte van het slecht levensgedrag allerm minst afgebakend lijkt te zijn. Dat geldt te meer, nu ook het een- of meermaals voorkomen in bestuurlijke rapportages van de gemeente en politie voldoende kan zijn voor het aannemen van slecht levensgedrag, zolang het feit valt onder de paraplubegrippen uit de beleidsregel.¹⁵⁶

De opname van paraplubegrippen van strafbare feiten die zien op slecht levensgedrag is ook te herkennen in de beleidsregel van de gemeente Heerlen. In art. 2 van deze beleidsregel wordt immers een niet-limitatieve lijst opgenomen met relevante feiten, te weten: geweldsdelicten, overtredingen van de Opiumwet, vermogensdelicten, zedendelicten, het onder invloed besturen van een (motor)voertuig, het negeren van een rijverbod, fraude, deelname aan een criminele organisatie, lidmaatschap van een verboden rechtspersoon, mensenhandel, uitbuiting, witwassen, belastingontduiking, discriminatie, bedreiging, stalking, valsheid in geschrifte, wapenbezit, overtreding ge- en verbodsbepalingen van de Drank en Horecawet (nu: Alcoholwet), overtreding van Wet op de Kansspelen, overtredingen van een APV. Opmerking verdient wederom dat bijna ieder denkbaar strafbaar feit onder bovenstaande

¹⁵² Beleidsregel van de burgemeester van de gemeente Amsterdam houdende regels omtrent het levensgedrag en de wijze van bedrijfsvoering op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening 2008 (Beleidsregel levensgedrag en wijze van bedrijfsvoering).

¹⁵³ Beleidsregels van de burgemeester van Heerlen houdende bepalingen inzake de beoordeling norm slecht levensgedrag (Beleidsregels beoordeling norm levensgedrag Heerlen 2021).

¹⁵⁴ Beleidsregels concretisering van de term slecht levensgedrag van het college van Maasdriel.

¹⁵⁵ Zie art. 1 lid 1 Beleidsregels concretisering van de term slecht levensgedrag van het college van Maasdriel.

¹⁵⁶ Zie art. 1 lid 3 Beleidsregels concretisering van de term slecht levensgedrag van het college van Maasdriel.

paraplubegrippen te scharen valt, om welke reden van afbakening van slecht levensgedrag in materiële zin in het geheel geen sprake lijkt te zijn.

In de beleidsregel van de gemeente Amsterdam wordt het gebrek aan materiële afbakening aan de orde gesteld, met de woorden:

“Wanneer precies sprake is van slecht levensgedrag, dusdanig dat dit van invloed is op het exploiteren van de onderneming, is niet concreet te benoemen. Vanwege de diversiteit in (strafbare) feiten die hierbij een rol kunnen spelen, zijn hier geen standaard criteria voor op te stellen. In sommige gevallen is één gedraging voldoende om niet-onbesproken levensgedrag aan te nemen. In andere gevallen zijn het meerdere gedragingen die op zichzelf staand onvoldoende zijn, maar in hun onderlinge samenhang beschouwd wel leiden tot het oordeel dat sprake is van slecht levensgedrag. Of er sprake is van slecht levensgedrag dat moet leiden tot het weigeren of intrekken van de vergunning wordt daarom per individueel geval bepaald.”¹⁵⁷

Met het oog op het voorgaande kan worden gesteld dat verschillende beleidsregels van verschillende gemeenten tot nog toe weinig aanknopingspunten bieden ter afbakening van de open norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet. Dat geldt te meer nu niet iedere gemeente een dergelijke beleidsregel heeft. Dit maakt dat ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ een containerbegrip wordt, waarbij het bestuursorgaan veel beoordelingsruimte toekomt. Denkbaar is dat dit schuurt met het eerder besproken Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel. In dat kader is het relevant om een blik te werpen op de visie van de ABRvS. Wat vindt de ABRvS dat het bestuursorgaan mag verstaan onder ‘slecht levensgedrag’ als weigeringsgrond voor de vergunningaanvraag of intrekingsgrond voor een reeds bestaande vergunning? Dit zal in de volgende paragraaf worden besproken.

3.4 Slecht levensgedrag volgens de ABRvS

3.4.1 Geen beperkingen

Het lijkt erop dat de ABRvS niet bepaald heeft geworsteld met de vraag wat ‘slecht levensgedrag’ zou kunnen behelzen en welke informatie aan de invulling daarvan door het bestuursorgaan ten grondslag zou mogen liggen. Zo heeft de RvS in 1982 al opgemerkt dat in het toen geldende Besluit eisen zedelijk gedrag Drank- en Horecawet geen nadere omschrijving is gegeven van de eis dat bedrijfsleiders en beheerders niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mogen zijn.¹⁵⁸ Daarbij heeft de RvS ook in

¹⁵⁷ Beleidsregel van de burgemeester van de gemeente Amsterdam houdende regels omtrent het levensgedrag en de wijze van bedrijfsvoering op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening 2008 (Beleidsregel levensgedrag en wijze van bedrijfsvoering), p. 3.

¹⁵⁸ ARRvS 17 december 1982, ECLI:NL:RVS:1982:AM6979, AB 1983, 315, m.nt. J.H. van der Veen;

overweging genomen dat noch de tekst van art. 5 Drank- en Horecawet (de toen geldige bepaling waarin slecht levensgedrag was verdisconteerd), noch de wetsgeschiedenis tot een andere opvatting zou dwingen dan dat er geen beperkingen kunnen worden opgelegd ten aanzien van feiten of omstandigheden, die bij de beoordeling van het levensgedrag mogen worden betrokken.¹⁵⁹ Daarmee heeft de RvS bedoeld dat alle feiten en omstandigheden kunnen worden betrokken in de vraag of er sprake is van slecht levensgedrag, omdat de wetgever hieromtrent niets heeft geregeld. De RvS heeft zich waarschijnlijk niet geroepen gevoeld om zelfstandig kaders te bieden voor deze beoordeling. Deze terughoudendheid kan worden verklaard door het primaat van de wetgever in de *trias politica* in ogenschouw te nemen. Indien de RvS de zelfstandige kaders wel had geboden, zou zij in constitutioneel opzicht in de problemen kunnen raken, nu zij wellicht op de stoel van de wetgever was gaan zitten. Door dat niet te doen, is de jurisprudentielijn ontstaan: de wetgever regelt niets, dus alles mag. Opmerking verdient dat lagere rechters bijna nooit afwijken van deze jurisprudentielijn van de RvS.¹⁶⁰ Sterker nog, in bijna iedere uitspraak die over art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet wordt gedaan, herhalen zowel lagere bestuursrechters als de ABRvS zelf deze rechtsregel. Zo heeft de ABRvS recentelijk wederom aandacht gewijd aan deze regel,¹⁶¹ om welke reden er kan worden gesproken van een steevaste jurisprudentielijn.

De vaste jurisprudentielijn van de ABRvS omvat tevens de lijn dat er geen grond bestaat voor het oordeel dat een burgemeester bij de beoordeling van het levensgedrag uitsluitend feiten en omstandigheden mag betrekken die gerelateerd zijn aan de exploitatie van de inrichting. Dit betekent dat bepaalde gebeurtenissen of incidenten die slecht levensgedrag zouden kunnen opleveren, niet per se direct verband hoeven te houden met het exploiteren van het horecabedrijf door de vergunningaanvrager.¹⁶² De burgemeester komt aldus een grote mate van beoordelingsruimte toe, waarbij allerlei feiten en omstandigheden kunnen worden meegewogen ter beoordeling van de vraag of iemand in enig opzicht van slecht levensgedrag is.¹⁶³ Dit heeft tot gevolg dat de ABRvS slechts terughoudend toetst of de vergunningaanvrager wel of niet in enig opzicht van slecht levensgedrag is, hetgeen eveneens verklaarbaar is met het oog op de verhouding tussen de rechterlijke en uitvoerende macht in de *trias*

RvS 12 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB0715, *Gst* 2001/7141, 2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

¹⁵⁹ ARRvS 17 december 1982, ECLI:NL:RVS:1982:AM6979, AB 1983, 315, m.nt. J.H. van der Veen;

RvS 12 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB0715, *Gst* 2001/7141, 2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

¹⁶⁰ Zie bijv. Rb. Alkmaar 14 december 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG7934;

Rb. Gelderland 30 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6239;

ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:377, *Gst* 2016/70, m.nt. C.W.M. van Alphen;

Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5502;

ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2251, *Gst* 2018/21, m.nt. M. van Rooij;

Rb. Gelderland 17 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5476;

Rb. Den Haag 25 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9302. Zie voor de (zeer recentelijke) uitzondering: Rb. Noord-

Nederland 8 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2294.

¹⁶¹ ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2167.

¹⁶² ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952. Zie in dat verband ook Rb. Noord-Holland 3 mei 2016,

ECLI:NL:RBNHO:2016:3729;

Rb. Rotterdam 8 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4465.

¹⁶³ ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, *BR* 2020/94, m.nt. M. Buitenhuis & S. Elbertsen; *JG* 2020/35 m.nt.

B. van der Vorm; *Gst* 2021/14 m.nt. Redactie; ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258;

ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, *AB* 2015/13, m.nt. A. Drahmman.

politica en de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan. De terughoudende toets ziet dan ook slechts op de concrete feiten en omstandigheden die in het bestreden besluit zijn genoemd (en die in de beroepsgronden zijn betwist), alsmede op de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het bestaan van slecht levensgedrag heeft kunnen concluderen.¹⁶⁴

3.4.2 Antecedenten

Of er sprake is van slecht levensgedrag, wordt in principe beoordeeld aan de hand van antecedenten van de onderzochte persoon, zijnde de leidinggevendenden van het horecabedrijf ex art. 8 lid 1 Alcoholwet. Uit de rechtspraak is gebleken dat zowel fiscaalrechtelijke als strafrechtelijke antecedenten relevant zijn in de beoordeling van de vraag of er sprake is van slecht levensgedrag.¹⁶⁵ Deze antecedenten kunnen naar voren komen uit uittreksels van de justitiële documentaties, maar kunnen ook voortvloeien uit adviezen en bestuurlijke rapportages van de politie of de Belastingdienst.¹⁶⁶

Ten aanzien van strafrechtelijke antecedenten kan worden gezegd dat de jurisprudentie doordrongen is van toelaatbaarheden, die menig strafrechtjurist met lede ogen aan zou zien. De onherroepelijkheid van een strafrechtelijke veroordeling is immers niet nodig om te komen tot de invulling van slecht levensgedrag.¹⁶⁷ Dat betekent dat het enige bestaan van een verdenking op zich al voldoende is om te komen tot slecht levensgedrag. De reden dat een strafrechtjurist daarover zou vallen ziet op de spanning met de onschuldpresumptie in dit kader, mede gelet op het feit dat art. 6 EVRM wel van toepassing is op procedures omtrent slecht levensgedrag.¹⁶⁸ Die spanning wordt naar mijn mening benadrukt door de opvatting van de bestuursrechter dat ook een incident mag worden betrokken in de beoordeling, waarvan later blijkt dat dat incident is geseponeerd.¹⁶⁹ Zelfs het feit dat de strafrechter appellant heeft vrijgesproken, laat de bevoegdheid van de burgemeester tot intrekking van de exploitatievergunning wegens het in enig opzicht van slecht levensgedrag op zichzelf beschouwd onverlet.¹⁷⁰

Bovendien gelden er in het geheel geen beperkingen in de tijd, zodat de burgemeester ook oude feiten in de beoordeling mag betrekken.¹⁷¹ Dat heeft tot gevolg dat ook veroordelingen van enige tijd geleden

¹⁶⁴ Zie ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952. Deze terughoudende toets is ook te herkennen in: ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, *BR* 2020/94, m.nt. M. Buitenhuis & S. Elbertsen; *JG* 2020/35 m.nt B. van der Vorm; *Gst.* 2021/14 m.nt. Redactie; ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258; Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217.

¹⁶⁵ ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2251, *Gst.* 2018/21, m.nt. M. van Rooij; Rb. Overijssel 29 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5190.

¹⁶⁶ Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5502.

¹⁶⁷ Rb. Maastricht 20 januari 2000, ECLI:NL:RBMAA:2000:AA4934;

Rb. Alkmaar 14 december 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG7934.

¹⁶⁸ Rb. Midden-Nederland 10 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1323.

¹⁶⁹ ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1099;

Rb. Zeeland-West-Brabant 2 december 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6004.

¹⁷⁰ ABRvS 19 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1931, m.nt. C.M.M. van Mil.

¹⁷¹ ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4277;

Rb. Zeeland-West-Brabant 2 december 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6004.

tot het oordeel kunnen leiden dat er sprake is van slecht levensgedrag van een leidinggevende in de zin van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet.¹⁷² Ook is het voor de vergunningverlening niet relevant dat de betreffende leidinggevende, ten aanzien van wie sprake is van slecht levensgedrag, is ontslagen na intrekking of weigering van de vergunning. Immers, niet is voorkomen dat incidenten zich zouden hebben voorgedaan die leiden tot slecht levensgedrag, hetgeen een weigerings- of intrekkinggrond oplevert voor de vergunningverlening of het vergunningbehoud.¹⁷³

Gelet op de jurisprudentielijn van de ABRvS, is het niet verbazingwekkend dat talloze beroepen die zien op het niet zijn van slecht levensgedrag door diezelfde bestuursrechter, in de loop der tijd ongegrond zijn verklaard. Het bestuursorgaan komt immers veel beoordelingsruimte toe, en de ABRvS hanteert slechts een terughoudende toets, waarin wordt gekeken of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het bestaan van slecht levensgedrag heeft kunnen concluderen. Daarmee lijkt de beoordelingsruimte van het bestuursorgaan onder deze jurisprudentielijn ook weinig grenzen te kennen, hetgeen de achtergrond vindt aan het gebrek aan duidelijkheid vanuit de wetgever en bestuur over de invulling van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet.

3.5 Verhouding tot art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn

3.5.1 Kritiek vanuit rechtspraak

Het zal niet verbazen dat de jurisprudentielijn van de ABRvS is gestuit op kritiek, met name vanuit de advocatuur. Zo zijn er de afgelopen jaren verschillende blogs op websites van advocatenkantoren verschenen waarin advocaten hun onvrede uiten op het huidige systeem. Veelbeschreven kritiepunten zien op de onduidelijkheid en onvoorzienbaarheid van de maatstaf ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’,¹⁷⁴ het gebrek aan maatwerk dat wordt geleverd door de burgemeester in de beoordeling,¹⁷⁵ en het feit dat de beoordeling van het levensgedrag mag geschieden op feiten en omstandigheden die niet gerelateerd zijn aan de exploitatie van de inrichting.¹⁷⁶

¹⁷² Rb. Alkmaar 14 december 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG7934.

¹⁷³ Rb. Gelderland 17 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5476.

¹⁷⁴ R. Kramer, ‘Slecht levensgedrag: onduidelijke maatstaf voor horecabedrijven’, [Blenheim.nl](https://www.blenheim.nl/blog/slecht-levensgedrag-onduidelijke-maatstaf-voor-horecabedrijven), te raadplegen via <https://www.blenheim.nl/blog/slecht-levensgedrag-onduidelijke-maatstaf-voor-horecabedrijven>;

Z. Kruiver & R. de Vries, ‘Slecht levensgedrag, definitief oordeel in zicht?’, catchlegal.com 29 mei 2020;

‘Vergunningstelsels en de Dienstenrichtlijn: hoe duidelijk en transparant moeten de vergunningsvoorwaarden zijn?’, stibbe.com 29 september 2020.

¹⁷⁵ R. Kramer, ‘Slecht levensgedrag: onduidelijke maatstaf voor horecabedrijven’, [Blenheim.nl](https://www.blenheim.nl/blog/slecht-levensgedrag-onduidelijke-maatstaf-voor-horecabedrijven), te raadplegen via <https://www.blenheim.nl/blog/slecht-levensgedrag-onduidelijke-maatstaf-voor-horecabedrijven>;

‘Hoogste bestuursrechter: de invulling van het criterium ‘slecht levensgedrag’ is niet in strijd met de (Europese) Dienstenrichtlijn’, labre.nl 21 september 2020.

¹⁷⁶ R. Kramer, ‘Slecht levensgedrag: onduidelijke maatstaf voor horecabedrijven’, [Blenheim.nl](https://www.blenheim.nl/blog/slecht-levensgedrag-onduidelijke-maatstaf-voor-horecabedrijven), te raadplegen via <https://www.blenheim.nl/blog/slecht-levensgedrag-onduidelijke-maatstaf-voor-horecabedrijven>;

‘Hoogste bestuursrechter: de invulling van het criterium ‘slecht levensgedrag’ is niet in strijd met de (Europese) Dienstenrichtlijn’, labre.nl 21 september 2020.

De kritiepunten hebben in de loop der tijd, na inwerkingtreding van de Dienstenrichtlijn in Nederland, tot een levendige discussie geleid, die tot uiting is gekomen in de jurisprudentie. Immers, in de rechtspraak werd de vraag opgeworpen of het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ in strijd was met de criteria voor hanteren van vergunningsvoorwaarden ex art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn. De tot stand gekomen discussie in de rechtspraak zal in de volgende paragrafen worden belicht, gelijktijdig met de bespreking van de jurisprudentielijn van lagere rechters (par. 3.5.2) en van de ABRvS (par. 3.5.3) omtrent voornoemde vraag. Ter toelichting strekt dat de jurisprudentielijn van de ABRvS (zoals die is besproken in par. 3.4) zag op de invulling van het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ *an sich*, maar het standpunt van de ABRvS over de vraag hoe dit criterium zich verhoudt tot art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn is pas expliciet aan het licht gekomen na een tweetal uitspraken van lagere rechters. Om die reden zullen eerst deze uitspraken van de lagere rechters worden belicht in par. 3.5.2, waarna het standpunt van de ABRvS wordt geëxpliciteerd in par. 3.5.3.

3.5.2 Art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn en slecht levensgedrag: jurisprudentie tot juli 2019

Op 14 december 2018 krijgt de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland onder meer de vraag op haar bord of de toepassing van het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Verzoekster voert aan dat het uitgangspunt van de Dienstenrichtlijn de volledige vrijheid van vestiging van dienstverrichters is, waarbij een vergunningstelsel in beginsel niet afhankelijk mag worden gesteld van de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit.¹⁷⁷ Met het oog op de Dienstenrichtlijn stelt verzoekster:

“Indien desondanks een vergunningstelsel in het leven wordt geroepen, dan moet dat voldoen aan een aantal criteria. Deze criteria zijn onder andere dat (de bepalingen van) het vergunningstelsel vooraf openbaar bekendgemaakt, duidelijk en ondubbelzinnig en objectief moet zijn (artikel 10 van de Dienstenrichtlijn). Het in de Horecaverordening opgenomen criterium omtrent het levensgedrag is zodanig open dat het door het bestuursorgaan kennelijk volledig naar eigen inzicht, en daarmee naar willekeur ingevuld kan worden. Dat maakt deze voorwaarde in strijd met de Dienstenrichtlijn.”¹⁷⁸

Onder verwijzing naar de jurisprudentie van de ABRvS stelt verweerder zich op het standpunt dat van strijdigheid met de Dienstenrichtlijn geen sprake is, nu het verweerder vrijstaat om de open norm in te vullen.¹⁷⁹ Hoewel de voorzieningenrechter bekend was met de jurisprudentielijn van de ABRvS, ziet zij voldoende redenen om het criterium ‘slecht levensgedrag’ onverbindend te verklaren wegens strijd met de Dienstenrichtlijn.¹⁸⁰ Onder verwijzing naar het *Libert*-arrest van het HvJ EU,¹⁸¹ merkt de

¹⁷⁷ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 5.

¹⁷⁸ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 5.

¹⁷⁹ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 6.

¹⁸⁰ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 9.

¹⁸¹ Zie ook de bespreking van dit arrest onder hoofdstuk 2, par. 2.2.2.

voorzieningenrechter op dat voor een dienstverrichter duidelijk moet zijn onder welke omstandigheden aan een bepaalde vergunningsvoorwaarde is voldaan, om zodoende een grens te stellen aan de wijze van uitoefening van een beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten.¹⁸² De voorzieningenrechter oordeelt dat het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ niet aan de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn voldoet, nu noch in de wet zelf, noch in de toelichting een nadere omschrijving is gegeven van de eis dat leidinggevend niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn.¹⁸³ Dit zou tot gevolg hebben dat onvoldoende concreet en objectief bepaald is onder welke omstandigheden de voorwaarde in concreto is vervuld.¹⁸⁴

De voorzieningenrechter laat het daar niet bij, en ziet zelfs ruimte om in de voorlopige voorziening de jurisprudentielijn van de ABRvS te bekritisieren. Zo oordeelt zij dat de uitleg van het criterium in belangrijke mate op basis van jurisprudentie van de hoogste bestuursrechter plaatsvindt, hetgeen weliswaar kan en mag, maar daarbij merkt zij op dat de vaste jurisprudentie geen handvatten biedt, omdat geen beperkingen zijn gesteld aan de feiten en omstandigheden die bij de beoordeling van het levensgedrag mogen worden betrokken.¹⁸⁵ De voorzieningenrechter slaat vervolgens de deur dicht met de woorden:

*“Daarmee is in de nationale rechtspraak weliswaar verduidelijkt dat het bestuursorgaan de vrijheid heeft om een breed scala aan feiten en omstandigheden bij de beoordeling te betrekken, maar blijft voor een dienstverrichter onduidelijk hoe die feiten en omstandigheden vervolgens worden gekwalificeerd. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is het voor een dienstverrichter daardoor niet goed mogelijk zich vooraf op de hoogte te stellen van de wijze waarop de vergunningsvoorwaarde ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn’ wordt ingevuld.”*¹⁸⁶

De voorzieningenrechter trekt aldus de stoute schoenen aan, wijst het verzoek van appellant toe, en treft een voorlopige voorziening dat het primaire besluit, waarin de exploitatievergunning van verzoekster is ingetrokken, is geschorst tot zes weken na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar.¹⁸⁷ En als er één schaap over de dam is, dan volgen er meer, zo blijkt op 3 juni 2019. Op die datum volgt de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam het bewandelde pad van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland.¹⁸⁸ Volgens de rechtbank Amsterdam was het relevant dat verweerder in het geheel niet heeft toegelicht hoe door het levensgedrag van [naam 1] het horecabedrijf

¹⁸² HvJ EU 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:288 (*Libert*);

Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 10.

¹⁸³ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 8.

¹⁸⁴ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 8.

¹⁸⁵ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 8.

¹⁸⁶ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 8.

¹⁸⁷ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 10.

¹⁸⁸ Zie ook de verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland in: Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070, r.o. 2.3.

een nadelige invloed heeft of heeft gehad op het woon- en leefklimaat in de omgeving, de openbare orde of veiligheid.¹⁸⁹ Opvallend is derhalve de wijze waarop de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam, meer dan de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland, de motiveringsplicht van de burgemeester benadrukt. Daarmee lijkt zij het belang te benadrukken van het leveren van maatwerk door het bestuursorgaan aan burger die de exploitatievergunning aanvraagt. Voor het overige komt zij tot de conclusie:

*“De voorzieningenrechter ziet hierin dan ook geen aanleiding om tot een andere conclusie te komen dan de voorzieningenrechter in Utrecht.”*¹⁹⁰

3.5.3 Ontwikkelingen sinds juli 2019: de ABRvS wijzigt koers van lagere rechters

Gelet op de uitspraken van de voorzieningenrechters van de rechtbank Midden-Nederland en de rechtbank Amsterdam, de uitspraken die daarop volgden van andere bestuursrechters in Nederland,¹⁹¹ en de gevolgen die deze uitspraken zouden hebben voor de vergunningverlening voor onder andere horecaexploitanten, werd er vanuit de rechtspraak vol verwachting gekeken naar de ABRvS. Zou de ABRvS de ingezette lijn van de voorzieningenrechters volgen? Op 18 december 2019 luidt het antwoord van de ABRvS: nee. Volgens de ABRvS zou het in beginsel voldoende duidelijk en objectief genoeg zijn op welk moment slecht levensgedrag aan een persoon zou worden tegengeworpen.¹⁹² Hoewel de ABRvS in dat verband opmerkt dat de burgemeester per geval moet onderbouwen dat sprake is van slecht levensgedrag, geeft zij ook expliciet aan dat de vaste jurisprudentie van de ABRvS overeind blijft, in die zin dat geen beperkingen zijn gesteld aan de feiten en omstandigheden die bij de beoordeling van het levensgedrag mogen worden betrokken.¹⁹³ Kernachtig is hetgeen de ABRvS overweegt ten aanzien van de Dienstenrichtlijn, te weten:

*“Dat verder geen concretiserende regels zijn vastgesteld, maakt niet dat het vereiste onvoldoende duidelijk, dubbelzinnig en niet objectief genoeg is.”*¹⁹⁴

Daarmee geeft de ABRvS weer dat zij een andere opvatting van de verhouding tussen het criterium ‘slecht levensgedrag’ en art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn voor ogen heeft dan de voorzieningenrechters van de rechtbank Midden-Nederland en de rechtbank Amsterdam. Deze lezing van de verhouding tussen ‘slecht levensgedrag’ en art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn stuitte op kritiek van onder meer annotatoren Zorg en Farafonow, nu de ABRvS de toetsing van de criteria sec en de toepassing hiervan in een concreet

¹⁸⁹ Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070, r.o. 9.

¹⁹⁰ Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070, r.o. 9.

¹⁹¹ Zie bijv. Rb. Rotterdam 20 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2155.

¹⁹² ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, r.o. 4.3.

¹⁹³ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, r.o. 4.3.

¹⁹⁴ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, r.o. 4.3.

geval door elkaar zou laten lopen.¹⁹⁵ Zij stellen aldus dat de ABRvS niet exceptief toetst of het criterium als zodanig voldoende duidelijk, ondubbelzinnig en objectief is, maar of de toepassing ervan in het individuele geval op die manier wordt uitgelegd, door daarbij te betrekken dat deze uitleg vaste praktijk van de burgemeester is.¹⁹⁶ De door de ABRvS gehanteerde toets zou leiden tot een magere onderbouwing van het oordeel.¹⁹⁷

Ook in de uitspraken d.d. 9 september 2020 blijkt dat de ABRvS het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ graag in stand houdt.¹⁹⁸ Uit deze uitspraken kan worden gedestilleerd dat de drempel om aan de eisen van de Dienstenrichtlijn te voldoen redelijk laag ligt wanneer beleidsnota’s en de bestuurspraktijk op een manier inzichtelijk maken op welke wijze het criterium wordt ingevuld.¹⁹⁹ Wederom heeft de ABRvS geen aanleiding gezien om te oordelen dat het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ zich als zodanig niet verdraagt met de Dienstenrichtlijn. Volgens de ABRvS zouden immers uitsluitend die gedragingen onder de voorwaarde vallen waarvan het voor eenieder evident is dat met dergelijke gedragingen niet is voldaan aan het vereiste dat de betrokkene niet in enig opzicht van slecht levensgedrag is.²⁰⁰

3.6 Tussenconclusie

Aan de hand van voorgaande uitspraken kan worden geconcludeerd dat de ABRvS een vaste koers ingezet lijkt te hebben, waarin het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ niet in strijd zou zijn met art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn. Daarbij lijken de omstandigheden van het geval, met name de toepassing van het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’, leidend te zijn, nu de wetgever geen duidelijkheid heeft verschaft over de invulling van dit criterium. Toch roept de toetsing door de ABRvS vragen op. Zo kan men zich, in lijn met annotatoren Zorg en Farafonow, afvragen of de ABRvS de juiste toets aanwendt. Zou de ABRvS niet meer in abstracto moeten toetsen of het criterium voldoende duidelijk, ondubbelzinnig en objectief is? Is de toetsing van de ABRvS te terughoudend? En zou de ABRvS intensiever aan evenredigheid moeten toetsen, zoals het HvJ EU dat ook doet? Deze vragen zullen in het volgende hoofdstuk aan bod komen, nu het tijd is om de jurisprudentielijn van de ABRvS omtrent de verhouding tussen art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn te

¹⁹⁵ W.S. Zorg & Z. Farafonow, annotatie bij ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, AB 2020/156, par. 5.

¹⁹⁶ W.S. Zorg & Z. Farafonow, annotatie bij ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, AB 2020/156, par. 5; ‘Vergunningstelsels en de Dienstenrichtlijn: hoe duidelijk en transparant moeten de vergunningsvoorwaarden zijn?’, stibbe.com 29 september 2020.

¹⁹⁷ W.S. Zorg & Z. Farafonow, annotatie bij ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, AB 2020/156, par. 5.

¹⁹⁸ ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2167;

ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2168;

ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2169.

ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, BR 2020/94, m.nt. M. Buitenhuis & S. Elbertsen; JG 2020/35 m.nt B. van der Vorm; Gst. 2021/14 m.nt. Redactie.

¹⁹⁹ ‘Vergunningstelsels en de Dienstenrichtlijn: hoe duidelijk en transparant moeten de vergunningsvoorwaarden zijn?’, stibbe.com 29 september 2020.

²⁰⁰ ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, r.o. 6.3.

toetsen in het licht van de criteria die het HvJ EU hanteert in het kader van de toelaatbaarheid van vergunningsvoorwaarden in de lidstaten.

4 ‘Niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ en art. 10 Dienstenrichtlijn: overeenstemming?

In hoofdstuk 2 van dit onderzoek is uitgebreid stilgestaan bij art. 10 Dienstenrichtlijn, en de wijze waarop het HvJ EU invulling geeft aan de criteria die zijn opgenomen in dit artikellid. Daarbij is benoemd dat deze criteria de codificatie behelzen van verschillende Unierechtelijke rechtsbeginselen,²⁰¹ waaronder het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.²⁰² Dit maakt dat het Hof indringend toetst aan de evenredigheid, waarbij wordt vastgesteld of de gestelde vergunningsvoorwaarde onder meer noodzakelijk, geschikt en evenredig *stricto sensu* is.²⁰³ De uitleg van het Hof van de criteria ex art. 10 Dienstenrichtlijn, en de daaraan ten grondslag liggende rechtsbeginselen, vormen het kader waarin de jurisprudentielijn van de ABRvS omtrent de open norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet, kan worden geanalyseerd. Die analyse wordt in dit vierde hoofdstuk uitgevoerd, waarbij zal worden bekeken of de Nederlandse vergunningsvoorwaarde ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’, als weigeringsgrond voor vergunningverlening, in overeenstemming is met art. 10 Dienstenrichtlijn, met het oog op de criteria die voortvloeien uit de rechtspraak van het HvJ EU en de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 Dienstenrichtlijn.

4.1 Toetsing aan de criteria van art. 10 Dienstenrichtlijn en de onderliggende rechtsbeginselen: rechtszekerheid en evenredigheid

In par. 2.1.3 kwam reeds naar voren dat in art. 9 lid 1 onder a t/m c Dienstenrichtlijn voorwaarden zijn opgesomd waar vergunningstelsels aan moeten voldoen indien deze in de betreffende lidstaat worden gehanteerd. Zo mag het vergunningstelsel geen discriminerende werking hebben jegens de betrokken dienstverrichter,²⁰⁴ moet de behoefte aan een vergunningstelsel gerechtvaardigd zijn wegens dwingende reden van algemeen belang,²⁰⁵ en kan het nagestreefde doel niet worden bereikt door een minder beperkende maatregel dan een vergunningstelsel, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.²⁰⁶ Met andere woorden, een vergunningstelsel moet non-discriminatoir, noodzakelijk en evenredig zijn.²⁰⁷ Indien het vergunningstelsel als zodanig geoorloofd is op grond van art. 9 Dienstenrichtlijn, komt men toe aan de vraag of de voorwaarden waaronder de vergunning in de lidstaat kan worden verleend, in lijn is met art. 10 lid 1 en 2 Dienstenrichtlijn. Zo

²⁰¹ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246; Buijze 2011, *NtEr* 2011/7, p. 243; Botman 2016, *SEW* 2016/5, p. 203.

²⁰² Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246; Buijze 2011, *NtEr* 2011/7, p. 243; Botman 2016, *SEW* 2016/5, p. 203.

²⁰³ Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 183.

²⁰⁴ Art. 9 lid 1 onder a Dienstenrichtlijn.

²⁰⁵ Art. 9 lid 1 onder b Dienstenrichtlijn.

²⁰⁶ Art. 9 lid 1 onder c Dienstenrichtlijn; Drahmman, *Gst.* 2016/13, p. 69.

²⁰⁷ Van Weeren 2019, p. 112.

moeten de voorwaarden waaronder een vergunning wordt verleend onwillekeurig, niet-discriminatoir, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang, evenredig met die reden van algemeen belang, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt, transparant en toegankelijk zijn.²⁰⁸

4.1.1 Rechtszekerheid

Uit de jurisprudentie van het HvJ EU, zoals besproken in par. 2.2.2, is gebleken dat het Hof geen ruimte heeft gezien voor het opnemen van discretionaire bevoegdheden in de vergunningsvoorwaarden, nu die bevoegdheden ruimte bieden voor willekeur en rechtsonzekerheid, terwijl dat juist moet worden voorkomen.²⁰⁹ Het Hof verwijst daarmee naar het onderliggende rechtszekerheidsbeginsel.²¹⁰ Hessel wijst er in dat verband op dat nationale vergunningstelsels met vage normen en discretionaire bevoegdheden ontoelaatbaar zijn en moeten worden aangepast.²¹¹ Wanneer de norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet langs de lat van deze uitleg van het HvJ EU van art. 10 lid 1 Dienstenrichtlijn en het onderliggende rechtszekerheidsbeginsel wordt gelegd, zijn een aantal constatering relevant.

Allereerst blijkt uit de rechtspraak van de ABRvS de steevaste jurisprudentielijn dat alle feiten en omstandigheden kunnen worden betrokken in de vraag of er sprake is van slecht levensgedrag, omdat de wetgever hieromtrent niets heeft geregeld.²¹² Noch vanuit de wetgever, noch vanuit de rechtspraak blijken kaders te zijn geschept ter invulling van de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de open norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ te duiden. Bovendien is relevant dat de ABRvS zich vasthoudt aan de regel dat gebeurtenissen of incidenten die slecht levensgedrag zouden kunnen opleveren, niet per se direct verband hoeven te houden met het exploiteren van het horecabedrijf door de vergunningaanvrager.²¹³ Tel daarbij op dat de onherroepelijkheid van een strafrechtelijke veroordeling niet nodig is om te komen tot de invulling van slecht levensgedrag (hetgeen een spanning oplevert met de onschuldpresumptie ex art. 6 EVRM),²¹⁴ de ABRvS het toelaatbaar acht dat incidenten,

²⁰⁸ Art. 10 lid 2 onder a t/m g Dienstenrichtlijn.

²⁰⁹ HvJ EG 23 februari 1995, ECLI:EU:C:1995:54, C-358/93 & C-416/93 (*Bordessa e.a.*).

²¹⁰ Hessel, *Gst.* 2007/28, p. 2.

²¹¹ Hessel, *Gst.* 2007/28, p. 2.

²¹² Zie bijv. Rb. Alkmaar 14 december 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG7934;

Rb. Gelderland 30 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6239;

ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:377, *Gst.* 2016/70, m.nt. C.W.M. van Alphen;

Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5502;

ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2251, *Gst.* 2018/21, m.nt. M. van Rooij;

Rb. Gelderland 17 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5476;

Rb. Den Haag 25 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9302.

²¹³ ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952. Zie in dat verband ook Rb. Noord-Holland 3 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3729;

Rb. Rotterdam 8 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4465.

²¹⁴ Rb. Maastricht 20 januari 2000, ECLI:NL:RBMAA:2000:AA4934;

Rb. Alkmaar 14 december 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG7934.

waarvan later blijkt dat dat incident is geseponeerd, ook in de beoordeling mogen worden betrokken,²¹⁵ en de ABRvS de bevoegdheid van de burgemeester tot intrekking van de exploitatievergunning wegens het in enig opzicht van slecht levensgedrag zelfs overeind houdt indien de strafrechter appellant heeft vrijgesproken.²¹⁶ Ook geldt dat er in het geheel geen beperkingen in de tijd gelden, zodat de burgemeester ook oude feiten in de beoordeling mag betrekken.²¹⁷ De burgemeester komt aldus een grote mate van beoordelingsruimte toe,²¹⁸ terwijl het Hof juist voor die beoordelingsruimte en het opnemen van een norm die dusdanig vaag is, dat daar van alles onder kan worden geschaard (slecht levensgedrag), geen plaats zag. Dat heeft het Hof nogmaals verduidelijkt met het *Libert*-arrest, waarin zij heeft bepaald dat het voor een dienstverrichter duidelijk moet zijn onder welke omstandigheden aan een bepaalde vergunningsvoorwaarde is voldaan, om zodoende een grens te stellen aan de wijze van uitoefening van een beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten.²¹⁹ Het lijkt mij dan ook dat art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en de jurisprudentie van de ABRvS niet in lijn is met art. 10 lid Dienstenrichtlijn,²²⁰ als codificatie van het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel.²²¹ Het is voor de vergunningaanvrager immers volledig onduidelijk welke feiten in de beoordeling van slecht levensgedrag worden betrokken, hoe oud die feiten zijn, hoe die worden afgewogen, en welke conclusies daaruit kunnen worden getrokken.

4.1.2 Evenredigheid

De spanning van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet met art. 10 Dienstenrichtlijn wordt naar mijn mening versterkt, nu de ABRvS slechts terughoudend toetst of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het bestaan van slecht levensgedrag heeft kunnen concluderen. Dat terwijl het Hof met het *Van Gennepe*-arrest laat zien dat alle relevante omstandigheden van het geval dienen te worden betrokken in de toetsing van art. 10 Dienstenrichtlijn.²²² Dit uitgangspunt van het Hof was wederom te herkennen in het arrest *Cali Apartments*, zoals eveneens besproken in par. 2.2.2.²²³ Het afwegen van omstandigheden betekent dus gezinszins een terughoudende toetsing volgens het Hof. Het lijkt erop dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland deze boodschap, anders dan de ABRvS, wél had begrepen.²²⁴ Zij acht

²¹⁵ ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1099;

Rb. Zeeland-West-Brabant 2 december 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6004.

²¹⁶ ABRvS 19 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1931, m.nt. C.M.M. van Mil.

²¹⁷ ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4277;

Rb. Zeeland-West-Brabant 2 december 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6004.

²¹⁸ ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, *BR* 2020/94, m.nt. M. Buitenhuis & S. Elbertsen; *JG* 2020/35 m.nt. B. van der Vorm; *Gst.* 2021/14 m.nt. Redactie; ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258;

ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, *AB* 2015/13, m.nt. A. Drahmman.

²¹⁹ HvJ EU 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:288 (*Libert*);

Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 10.

²²⁰ Zie ook W.S. Zorg & Z. Farafonow, annotatie bij ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, *AB* 2020/156, par. 5.

²²¹ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

²²² HvJ EU 26 september 2018, ECLI:EU:C:2018:771, C-137/17, r.o. 85 (*Van Gennepe*).

²²³ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 102 (*Cali Apartments*).

²²⁴ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 8. Zie ook de bespreking van deze uitspraak onder par. 3.4.3 van dit onderzoek.

immers alle omstandigheden van het geval relevant. Zo overweegt de voorzieningenrechter ten aanzien van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn dat noch in de wet zelf, noch in de toelichting een nadere omschrijving is gegeven van de eis dat leidinggevend niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn.²²⁵ Daardoor is het voor de dienstverrichter niet goed mogelijk zich vooraf op de hoogte te stellen van de wijze waarop de vergunningsvoorwaarde ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn’ wordt ingevuld, om welke reden het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ niet aan de voorwaarden van art. 10 Dienstenrichtlijn voldoet.²²⁶ Hoewel dit oordeel door de ABRvS later van tafel is geveegd,²²⁷ acht ik het een begrijpelijk en goed onderbouwd oordeel, als resultaat van een toets aan het Unierechtelijk rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel.

Diezelfde houding omtrent indringende toetsing neemt het Hof ook aan in het *Cali Apartments*-arrest, waarin het Hof een de drietrapstoets hanteert ten aanzien van de evenredigheid. In dit arrest toetst het Hof of de norm noodzakelijk, geschikt en evenwichtig (ook wel: evenredig *stricto sensu*) is.²²⁸ Ook in deze evenredigheidstoets laat het Hof zien dat zij verschillende belangen tegen elkaar afweegt, maar dat niet afdoet aan de intensiteit van de toetsing.²²⁹

In deze paragraaf is benadrukt dat de ABRvS slechts terughoudend toetst of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen, nu het bestuursorgaan veel beoordelingsruimte toekomt.²³⁰ In lijn met de kritiek die annotatoren Zorg en Farafonow uiten op deze wijze van toetsing door de ABRvS,²³¹ kan men mijns inziens inderdaad afvragen of de ABRvS de juiste toets aanwendt. Het antwoord op die vraag raakt aan de kern van de momenteel actuele, meer algemene discussie in het bestuursrecht over de intensiteit van rechterlijke toetsing, en de rol van rechtsbeginselen (zoals het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel) daarbij.²³² In par. 2.2.2 is al benoemd dat deze discussie vooral de vraag behelst of het Europese evenredigheidsbeginsel niet vrijwillig zou moeten worden geadopteerd over de hele linie van het overheidsoptreden.²³³ Over deze vraag is door de Raad van State in begin 2021 een conclusie gevraagd aan A-G Widdershoven ten aanzien van de indringendheid van de rechterlijke toetsing van bestuurlijke maatregelen in het licht van het evenredigheidsbeginsel. Op 7 juli verscheen

²²⁵ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 8.

²²⁶ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, r.o. 8.

²²⁷ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258.

²²⁸ Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 183.

²²⁹ Zie bijv. HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18, r.o. 75 (*Cali Apartments*).

²³⁰ Zie ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, *BR* 2020/94, m.nt. M. Buitenhuis & S. Elbertsen; *JG* 2020/35 m.nt B. van der Vorm; *Gst.* 2021/14 m.nt. Redactie; ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258; ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, *AB* 2015/13, m.nt. A. Drahmman.

²³¹ W.S. Zorg & Z. Farafonow, annotatie bij ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, *AB* 2020/156.

²³² Zie in dit kader Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 241-254; Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 181-188.

²³³ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 253. Zie in dit kader ook: Raad van State, ‘Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over rechterlijke toetsing evenredigheid’, *Raadvanstate.nl* 3 februari 2021.

de gevraagde conclusie van de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel,²³⁴ waaruit blijkt dat zij de opvatting zijn toegedaan dat de toets aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel ook in Nederland een grotere rol moet spelen. De bestuursrechter zou de evenredigheid van bestuurlijke maatregelen moeten toetsen zoals dat in het Europese recht gebeurt, dus conform de uitleg die het Hof geeft aan de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Verder zou de bestuursrechter de intensiteit van zijn toets moeten laten afhangen van de concrete belangen die bij een bestuurlijke maatregel zijn betrokken. Ook de vraag in hoeverre die maatregel de grondrechten aantast speelt daarbij een rol. Daarnaast vinden de staatsraden advocaat-generaal dat de bestuursrechter een bestuurlijke maatregel ook aan het evenredigheidsbeginsel moet kunnen toetsen als de wet bepaalt dat de maatregel *moet* worden opgelegd, zodat de wet niet onnodig hard uitpakt.

Met het oog op het voorgaande denk ik dat de ABRvS er ten aanzien van de toetsing van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en art. 10 Dienstenrichtlijn, niet aan ontkomt om indringend te toetsen aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. Die opvatting is enerzijds ingegeven door het feit dat het HvJ EU dit lijkt voor te schrijven, nu zij uitgebreid overweegt ten aanzien van de relevante omstandigheden van het geval, de af te wegen belangen en de uit te voeren drietraptstoets.²³⁵ Daarmee geeft het Hof te kennen dat deze stappen dienen te worden doorlopen om een gedegen conclusie te kunnen trekken ten aanzien van de eventuele strijdigheid van een nationale vergunningsvoorwaarde met het Unierecht. Anderzijds behelst art. 10 lid 2 sub c Dienstenrichtlijn een codificatie van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.²³⁶ Dit maakt dat, zou de ABRvS een nationale vergunningsvoorwaarde toetsen aan art. 10 lid 2 sub c Dienstenrichtlijn, dit een indringende toets zou moeten behelzen, conform de meeromvattende toets aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. Steun voor die opvatting wordt gevonden in de zojuist besproken recente conclusie van de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven & Wattel.²³⁷

Het is naar mijn mening opvallend dat de ABRvS om deze indringende evenredigheidstoets heen probeert te klimmen, door niet exceptief te toetsen of het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet als zodanig voldoet aan de in art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn gestelde eisen, maar door te toetsen of de toepassing van die norm in het individuele geval op die manier wordt uitgelegd.²³⁸ Opmerking verdient dat de ABRvS ten aanzien van die laatste toets vaststelt dat het

²³⁴ Raad van State, ‘Aanbeveling aan bestuursrechter: pas rechterlijke evenredigheidstoets aan’, *raadvanstate.nl* 7 juli 2021; ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G Widdershoven & Wattel), 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3.

²³⁵ Zie bijv. HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18 (*Cali Apartments*).

²³⁶ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 248 & 253.

²³⁷ Raad van State, ‘Aanbeveling aan bestuursrechter: pas rechterlijke evenredigheidstoets aan’, *raadvanstate.nl* 7 juli 2021; ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G Widdershoven & Wattel), 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3.

²³⁸ W.S. Zorg & Z. Farafonow, annotatie bij ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, *AB* 2020/156, par. 5; ‘Vergunningstelsels en de Dienstenrichtlijn: hoe duidelijk en transparant moeten de vergunningsvoorwaarden zijn?’, *stibbe.com* 29 september 2020.

vaste praktijk van de burgemeester is om de norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ te hanteren, hetgeen tot de toelaatbaarheid van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet leidt.²³⁹ Echter, daar heeft de ABRvS voor zover ik inzie in het geheel niet in abstracto getoetst aan de toelaatbaarheid van het criterium, in het licht van art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn. Daarom sluit ik mij aan bij de opvatting van annotatoren Zorg en Farafonow dat de door de ABRvS gehanteerde toets leidt tot een magere onderbouwing van het oordeel.²⁴⁰ Dat terwijl een meer indringende toets ten aanzien van de evenredigheid wel degelijk aanknopingspunten geeft voor een meeromvattende onderbouwing van de (on)toelaatbaarheid van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet. Dit is wat mij betreft ook te herkennen in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam d.d. 3 juni 2019, waarin zij een meer intensieve evenredigheidstoets uitvoert.²⁴¹ Uit die uitspraak blijkt dat de belangen van de burgemeester ten aanzien van een net woon- en leefklimaat van de nabijgelegen omgeving, worden afgezet tegen de belangen van appellant om een horecaverunning te verkrijgen, alsmede diens belang van motivering van de afwijzing van die vergunning door het bestuursorgaan.²⁴² Die belangenafweging valt in deze uitspraak in het nadeel uit van het bestuursorgaan, om welke reden de voorzieningenrechter geen aanleiding ziet om tot een andere conclusie te komen dan de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland.²⁴³ In haar evenredigheidstoets betreft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam aldus ook het belang van het leveren van maatwerk door het bestuursorgaan voor de burger die de exploitatievergunning aanvraagt.

Daar raakt de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam mijns inziens aan een groot bijkomend voordeel van de meer indringende toetsing aan de evenredigheid; namelijk de mogelijkheid om maatwerk te kunnen leveren. Een meer intensieve toets dwingt het bestuursorgaan er immers toe alle relevante feiten en omstandigheden af te wegen. Om tot maatwerk te komen, en zodoende oog te hebben voor die individuele omstandigheden in concrete gevallen, acht ik het nodig dat de bestuursrechter op het puntje van zijn stoel kruipt, en het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ exceptief toetst aan de criteria die het HvJ EU aanwendt in art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn, alsmede aan de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 Dienstenrichtlijn. Die meer indringende toetsing zou er naar mijn verwachting toe leiden dat de onzekerheden, onduidelijkheden, onvoorspelbaarheden, en de gevaren omtrent willekeurige onevenredige toepassing, die kleven aan de open norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’, in het vizier van de ABRvS zouden komen. In dat geval zou de ABRvS meer in de lijn schuiven van de voorzieningenrechters van de rechtbank Midden-Nederland en de rechtbank Amsterdam, hetgeen een positieve uitwerking zou kunnen hebben

²³⁹ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, r.o. 4.3.

²⁴⁰ W.S. Zorg & Z. Farafonow, annotatie bij ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, AB 2020/156, par. 5.

²⁴¹ Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070. Zie ook de bespreking van deze uitspraak onder par. 3.5.3 van dit onderzoek.

²⁴² Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070, r.o. 9.

²⁴³ Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070, r.o. 9.

op het leveren van maatwerk, en de responsiviteit van het bestuursrecht,²⁴⁴ waarbij de burger zich ten overstaan van de bestuursrechter gezien en gehoord voelt.

4.3 Tussenconclusie

Wanneer art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet langs de lat van art. 10 Dienstenrichtlijn wordt gelegd, dient mijns inziens te worden geconcludeerd dat art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet niet aan de eisen kan voldoen die het HvJ EU aan art. 10 lid 1 en 2 Dienstenrichtlijn stelt, en zo ook niet aan de daaraan ten grondslag liggende Unierechtelijke rechtsbeginselen. Dat zou betekenen de vergunningsvoorwaarde ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ als zodanig ontoelaatbaar zou zijn in het licht van art. 10 Dienstenrichtlijn. De gesignaleerde problemen concentreren zich met name rond het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Zowel uit hoofdstuk 2, als uit dit hoofdstuk is gebleken dat de ABRvS dat anders ziet, nu zij een terughoudende toets van de toepassing van het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ door het bestuursorgaan voorstaat. Onder verwijzing naar rechtspraak van het HvJ EU hanteren de voorzieningenrechters van de rechtbank Midden-Nederland en de rechtbank Amsterdam echter een meer indringende toets, die de rechter eveneens in staat stelt meer maatwerk te leveren. Dat is wat mij betreft de juiste weg, en vergt een exceptieve toetsing van het criterium door de ABRvS aan de onderliggende Unierechtelijke rechtsbeginselen. Om de ABRvS, maar ook de wetgever en het bestuursorgaan enkele handvatten te bieden om te bewegen naar een responsiever bestuursrecht, en om het nationale recht in overeenstemming te brengen met het geldende Unierecht, zullen in het volgende hoofdstuk enkele aanbevelingen worden gedaan.

²⁴⁴ Zie ook Widdershoven, *NTB* 2018/30, p. 190.

5 Wetgever, ABRvS en bestuursorgaan: tijd voor actie

In het vorige hoofdstuk heb ik gepoogd een aantal kritisch noten te kraken, daar waar het gaat om de onverenigbaarheid van art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en art. 10 Dienstenrichtlijn, in het licht van de criteria die het HvJ EU heeft geformuleerd omtrent art. 10 Dienstenrichtlijn en de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 Dienstenrichtlijn. De door mij geuite kritiek zag niet alleen op de open norm ‘slecht levensgedrag’ als zodanig, maar ook op de wijze waarop deze open norm (niet) wordt ingevuld door de wetgever, het bestuursorgaan en de ABRvS. Die onverenigbaarheid tussen art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en art. 10 Dienstenrichtlijn hangt sterk samen met, en ondervindt mijns inziens onwenselijke gevolgen van, de terughoudende toets die de ABRvS aanwendt ten aanzien van de invulling van ‘slecht levensgedrag’, wegens het bestaan van beoordelingsruimte van het bestuursorgaan. Toch ben ik van mening: wie kritiek heeft, moet meedenken. In dit hoofdstuk zal ik dan ook enkele aandachtspunten en aanbevelingen schrijven aan de wetgever, het bestuursorgaan en de ABRvS. Daarbij zullen ook enkele meer principiële kwesties worden aangekaart.

5.1 Aan de wetgever

Met in het achterhoofd hetgeen in het vorige hoofdstuk is geanalyseerd, lijkt de wetgever mij weinig bewegingsruimte te hebben. Daarbij verdient vooraf opmerking dat ik er enigszins begrip voor heb dat de wetgever in de huidige risicosamenleving instrumenten zou kunnen en willen gebruiken om te voorkomen dat vergunningen door dienstverleners worden misbruikt om criminele activiteiten te beginnen of voort te zetten. Datzelfde geldt voor activiteiten die met crimineel vermogen worden gefinancierd. Toch denk ik dat er andere, met meer en betere waarborgen omklede wegen zijn die naar Rome leiden.²⁴⁵ Het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ is zonder enige duiding ontoelaatbaar, nu het indruist tegen het Unierechtelijk rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel. De vergunningsvoorwaarde ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet is aldus strijdig met art. 10 Dienstenrichtlijn, de criteria die het Hof daaruit afleidt, en de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 Dienstenrichtlijn. De wetgever kan dan ook wat mij betreft niet anders, dan het in lijn brengen van het Nederlandse recht met het Unierecht, zoals het HvJ EU eerder heeft opgemerkt in het *Bordessa*-arrest.²⁴⁶ Dat heeft tot gevolg dat ‘niet in enig opzicht als slecht levensgedrag’, als weigeringsgrond voor vergunningverlening, uit de Alcoholwet zou moeten worden gehaald, in het belang van de dienstverlener en het vrij verkeer van diensten.

²⁴⁵ Zo zou men kunnen denken aan de Bibob-toets conform de Wet Bibob.

²⁴⁶ HvJ EG 23 februari 1995, ECLI:EU:C:1995:54, C-358/93 & C-416/93 (*Bordessa e.a.*).

5.2 Aan de ABRvS

In het geval de wetgever art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet niet heeft laten vervallen, zou ik de ABRvS willen uitnodigen om meer indringend te toetsen aan de aan art. 10 Dienstenrichtlijn ten grondslag liggende beginselen, zoals het Unierechtelijk rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel. Geheel ondenkbaar is een meer indringende toets niet, nu de voorzieningenrechtters van de rechtbank Midden-Nederland,²⁴⁷ en de rechtbank Amsterdam,²⁴⁸ de ABRvS reeds voor zijn gegaan. Meer concreet zou de ABRvS art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet exceptief kunnen toetsen aan de Unierechtelijke rechtsbeginselen. Voor een dergelijke exceptieve toetsing wordt steun gevonden in de recente conclusie van advocaten-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, waarin zij de ABRvS aansporen om bestuurlijke maatregelen indringender te toetsen, in het licht van het (Unierechtelijk) evenredigheidsbeginsel.²⁴⁹ Met het oog op het belang van het leveren van maatwerk en de responsiviteit van het bestuursrecht, is een meer indringende toets naar mijn mening hard nodig. Dit betekent geenszins dat de bestuursrechter altijd gehouden is aan de wil van de burger, nu dat wat mij betreft niet is waar maatwerk voor staat. Het HvJ EU heeft mijns inziens in het arrest *Cali Apartments* laten zien dat indringende toetsing, waarbij verschillende belangen tegenover elkaar worden geplaatst, ook alsnog kan betekenen dat een bepaalde vergunningsvoorwaarde toelaatbaar is onder de Dienstenrichtlijn (al betwijfel ten zeerste of dat het geval zou kunnen zijn ten aanzien van ‘slecht levensgedrag’).²⁵⁰ Die belangenafweging is essentieel, en vergt een indringende evenredigheidstoets door de bestuursrechter, zo ook door de ABRvS.

5.3 Aan het bestuursorgaan

Daar waar ik een taak toeschrijf aan de ABRvS om meer indringend te toetsen aan de aan art. 10 Dienstenrichtlijn ten grondslag liggende beginselen, nu de mogelijkheden tot het bieden van maatwerk daarbij als een bijkomend voordeel kan worden beschouwd, kan een aanbeveling in diezelfde sfeer aan het bestuursorgaan wat mij betreft niet achterblijven. Van Zanten en Widdershoven merken terecht op dat ook bestuursorganen steeds meer worden geconfronteerd met de uitvoering van het Unierecht, zo ook ten aanzien van de Dienstenrichtlijn.²⁵¹ Bovendien worden de alcoholwetvergunningen op gemeentelijk niveau verleend, om welke reden er een inherente taak ligt bij het bestuursorgaan om maatwerk te leveren als het gaat om de invulling van de open norm ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet. Zolang de wetgever deze open norm nog niet uit de wet heeft gehaald, en de ABRvS nog altijd een terughoudende toetsing aanwendt, geldt te meer dat het aan

²⁴⁷ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217.

²⁴⁸ Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070.

²⁴⁹ Raad van State, ‘Aanbeveling aan bestuursrechter: pas rechterlijke evenredigheidstoets aan’, *raadvanstate.nl* 7 juli 2021; ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G Widdershoven & Wattel), 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3.

²⁵⁰ HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18 (*Cali Apartments*).

²⁵¹ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 242-243.

het bestuursorgaan om die taak op zich te nemen. Meer concreet zou ik gemeenten aanbevelen om kritisch te kijken naar het te hanteren beleid als het gaat om invulling van de open norm ‘slecht levensgedrag’, waarbij wat mij betreft het uitgangspunt nooit zou kunnen zijn dat de gemeente automatisch overgaat tot het weigeren van een vergunning, indien de vergunningaanvrager een of meerdere politiemutaties op zijn/haar naam heeft staan, of er enkele feiten (al dan niet geseponeerd) te vinden zijn op diens justitiële documentatie. Het bestuursorgaan zou moeten onderzoeken of de feiten die te vinden zijn in de mutaties of documentatie feitelijk juist zijn, om vervolgens de afweging te maken of de aard van de feiten daadwerkelijk een gevaar opleveren voor het soort vergunning dat wordt aangevraagd. Mijns inziens getuigt namelijk niet iedere boete van ‘slecht levensgedrag’. Het veronderstellen daarvan zou immers behelzen dat geen mens fouten mag maken, nooit onoplettend mag zijn, geen verkeerde inschattingen mag maken, en bovendien in allerlei vergunningsprocedures hetzelfde argument tegengeworpen krijgt. De strafrechtjurist in mij zou het bestuursorgaan voor een dergelijk vergaande opvatting van ‘slecht levensgedrag’ willen behoeden, en is dan ook kritisch tegenover de paraplubegrippen van strafbare feiten in beleidsregels. Gelukkig kunnen gemeenten zelf een meer zinvolle betekenis aan de open norm geven, door de aard van het betreffende feit te koppelen met de aard van de aangevraagde vergunning. In zoverre zouden gemeenten kunnen werken met risicoprofielen, hetgeen ten aanzien van de VOG ook gebeurt. Zodoende is het leveren van maatwerk mogelijk, waarbij het zwaarwegende algemeen belang wordt afgewogen tegen het eveneens zwaarwegende belang van de vergunningaanvrager, hetgeen eveneens in lijn is met het Unierecht en de rechtspraak van het HvJ EU.²⁵²

5.4 Tussenconclusie

Om het vrij verkeer van diensten te laten floreren, en de spanning tussen art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet en art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn weg te nemen, kunnen verschillende maatregelen in verschillende bestuurslagen worden genomen. Zo zou de wetgever art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet in het geheel moeten schrappen, wegens strijdigheid van het nationale recht met het Unierecht. Zolang de wetgever dat nog niet heeft gedaan, zou de ABRvS indringender moeten toetsen aan de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn, zoals het Unierechtelijk evenredigheids- en rechtszekerheidsbeginsel. Een bijkomend voordeel is dat naar verwachting meer maatwerk zou kunnen worden geleverd aan de rechtszoekende. Dat betekent concreet dat de ABRvS zou afwijken van haar huidige jurisprudentielijn, en meer in de voetsporen zou treden van de voorzieningenrechtvaarders van de rechtbanken Midden-Nederland en Amsterdam. Tot slot zou het bestuursorgaan zich moeten beraadslagen over de vraag of een enkele politiemutatie of een enkel feit op de justitiële documentatie de conclusie zou moeten kunnen rechtvaardigen dat sprake is van ‘slecht levensgedrag’, om welke reden

²⁵² Zie voor de bespreking daarvan hoofdstuk 2.

een alcoholwetvergunning wordt geweigerd. Naar mijn mening is het essentieel dat het algemeen belang niet altijd automatisch voorop paradeert, maar ook wordt afgewogen tegen de concrete belangen van individuele dienstverleners. Op die manier kan de Nederlandse vergunningsvoorwaarde in lijn worden gebracht met het Unierecht, met de uitleg daarvan door het HvJ EU, en met de aan art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn ten grondslag liggende Unierechtelijke rechtsbeginselen.

6 Conclusie

Het Nederlandse bestuursrecht is allesbehalve een rustig bezit. Zo zijn naar aanleiding van de Toeslagenaffaire de discussies rond maatwerk en responsiviteit van het Nederlandse bestuursrecht in een versneld tempo verder op gang gekomen. Ook de Europeanisering van het Nederlandse bestuursrecht maakt dat het Nederlandse bestuursrecht zich snel ontwikkelt.²⁵³ Tel daarbij op de daarmee verweven discussie over de intensiteit van rechterlijke toetsing, en de rol van rechtsbeginselen (zoals het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel),²⁵⁴ en het plaatje van het Nederlandse bestuursrecht wordt al vrij snel ingewikkeld. Relevant en actueel is dan ook de onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat, nu deze onderzoeksvraag raakt aan de thema's zoals ik die hier zojuist heb benoemd. Het gaat immers om de vraag:

“In hoeverre is het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet, in overeenstemming met art. 10 Dienstenrichtlijn, met het oog op de criteria die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie omtrent art. 10 Dienstenrichtlijn, en de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 Dienstenrichtlijn?”

Hoewel deze onderzoeksvraag op het eerste oog wellicht zou doen vermoeden dat het gaat om een zeer specifieke situatie (art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet in het licht van art. 10 Dienstenrichtlijn), moet niet worden vergeten dat lidstaten verplicht zijn om de bepalingen van de Dienstenrichtlijn te implementeren ten aanzien van het te bereiken resultaat, en de richtlijn bovendien een zeer brede reikwijdte heeft.²⁵⁵ Het is echter nog maar de vraag of de implementatie in alle gevallen op een juiste wijze geschiedt, en of nationale rechters ook in voldoende mate optreden als ware zij Unierechters indien dat niet het geval is. Bovendien is de vraag van belang wát deze ‘als Unierechter optredende rechters’ toetsen, maar ook: hoe? Hoe intensief wordt er getoetst?

Om de onderzoeksvraag en de daaruit voortvloeiende deelvragen te kunnen beantwoorden, is het juridisch kader van art. 10 Dienstenrichtlijn geduid. Hoewel art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn niet is geïmplementeerd in de Dienstenwet, kan de vergunningaanvrager zich desondanks direct beroepen op deze bepaling. Dat heeft tot gevolg dat ook Nederlandse vergunningstelsels kunnen worden getoetst aan het Europese recht en de criteria die voortvloeien uit de rechtspraak van het HvJ EU. De bestudering van de rechtspraak van het HvJ over art. 10 Dienstenrichtlijn leert dat het Hof indringend toetst aan de

²⁵³ Van den Brink e.a. 2017, hoofdstuk 8, p. 469-476.

²⁵⁴ Zie in dit kader Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 241-254; Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 181-188.

²⁵⁵ Zie met betrekking tot de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn: Drahtmann, *NTB* 2016/17, p. 148.

Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de criteria van art. 10 Dienstenrichtlijn, waaronder het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel en het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel.²⁵⁶ Opvallend daarbij is de indringende toets van het HvJ EU aan de evenredigheid. Deze indringende toets behelst een drietrapstoets, waarbij het Hof oog houdt voor het algemeen belang achter het invoeren van bepaalde vergunningsvoorwaarden. Zo toetst het Hof of de norm noodzakelijk, geschikt en evenredig *stricto sensu* is.²⁵⁷ Ten aanzien van het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel is opvallend dat het Hof discretionaire bevoegdheden in de voorwaarden voor vergunningverlening in de lidstaten ontoelaatbaar acht, omdat die bevoegdheden ruimte bieden voor willekeur en rechtsonzekerheid.²⁵⁸

Wanneer de Nederlandse vergunningsvoorwaarde ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet langs de lat van art. 10 Dienstenrichtlijn wordt gelegd, dient mijns inziens te worden geconcludeerd dat art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet niet aan de eisen kan voldoen die het HvJ EU aan art. 10 lid 1 en 2 Dienstenrichtlijn stelt, en zo ook niet aan de daaraan ten grondslag liggende Unierechtelijke rechtsbeginselen. Uit de vaste jurisprudentielijn van de ABRvS volgt immers dat het bestuursorgaan zeer veel discretionaire ruimte toekomt om invulling te geven aan art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet, nu de wetgever dat heeft nagelaten. Dat lijkt mij in strijd met hetgeen het HvJ EU heeft geoordeeld over het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel.²⁵⁹

Toch heeft de ABRvS een vaste koers ingezet, waaruit blijkt dat het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ toelaatbaar is onder art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn. De wijze waarop de ABRvS tot dat antwoord komt, is daarbij zeer relevant. De ABRvS hanteert immers een terughoudende toets van de toepassing van het criterium ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ door het bestuursorgaan. Deze terughoudende toetsing is wat mij betreft niet op zijn plaats, nu art. 10 lid 2 onder meer de codificatie behelst van de meer indringende Unierechtelijk evenredigheidstoets.²⁶⁰ Onder verwijzing naar rechtspraak van het HvJ EU hanteren de voorzieningenrechters van de rechtbank Midden-Nederland en de rechtbank Amsterdam echter een meer indringende toets,²⁶¹ die de rechter eveneens in staat stelt meer maatwerk te leveren. Dat is wat mij betreft de juiste weg, en vergt een exceptieve toetsing van het criterium door de ABRvS aan de onderliggende Unierechtelijke rechtsbeginselen. Deze exceptieve toetsing zal naar mijn verwachting het gevolg hebben dat de vergunningsvoorwaarde ‘niet in enig opzicht van slecht levensgedrag’ als zodanig ontoelaatbaar zou zijn in het licht van art. 10 Dienstenrichtlijn. Het is voor de dienstverlener immers volledig onduidelijk welke feiten in de

²⁵⁶ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

²⁵⁷ Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 183.

²⁵⁸ HvJ EG 23 februari 1995, ECLI:EU:C:1995:54, C-358/93 & C-416/93 (*Bordessa e.a.*).

²⁵⁹ HvJ EG 23 februari 1995, ECLI:EU:C:1995:54, C-358/93 & C-416/93 (*Bordessa e.a.*).

²⁶⁰ Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 245-246.

²⁶¹ Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217; Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070.

beoordeling van slecht levensgedrag worden betrokken, hoe oud die feiten zijn, hoe die worden afgewogen, en welke conclusies daaruit kunnen worden getrokken.

Wat mij betreft zou het voorgaande tot gevolg moeten hebben dat de wetgever art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet zou moeten schrappen, wegens strijdigheid van het nationale recht met het Unierecht. Toch is het, zolang de wetgever dit nalaat, niet mijn bedoeling dat de ABRvS achterover leunt en haar jurisprudentielijn in stand houdt. Naar mijn mening moet de ABRvS in dat geval indringender toetsen aan de Unierechtelijke rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn, zoals het Unierechtelijk evenredigheids- en rechtszekerheidsbeginsel. Een bijkomend voordeel is dat naar verwachting meer maatwerk zou kunnen worden geleverd aan de rechtszoekende, zoals de voorzieningenrechters van de rechtbanken Midden-Nederland en Amsterdam al lieten zien. Toch zou deze last ook niet volledig bij de ABRvS moeten komen te liggen, nu ook een belangrijke taak aan het bestuursorgaan toekomt om maatwerk te verlenen in de vergunningprocedure ten opzichte van de aanvrager van de vergunning. Dat is mijns inziens slechts mogelijk als de concrete belangen van individuele dienstverleners in iedere procedure opnieuw worden afgewogen tegen het algemene belang van de openbare orde & veiligheid. Een koppeling tussen een onherroepelijk vastgesteld strafbaar feit en de beoogde alcoholwetvergunning is daartoe noodzakelijk, zodat wordt voorkomen dat een vergunning automatisch wordt geweigerd op grond van een feitelijk onjuiste politiemutatatie, of een strafbaar feit op de justitiële documentatie dat niets met het leidinggeven in een horecaonderneming te maken heeft.

Tot slot verdient opmerking dat het bestuursorgaan naar verwachting zal dweilen met de kraan open, totdat de wetgever en de ABRvS op het puntje van hun stoel gaan zitten en de vergunningsvoorwaarde ex art. 8 lid 1 sub b Alcoholwet in strijd met art. 10 Dienstenrichtlijn verklaren. Met de conclusie van advocaten-generaal Widdershoven & Wattel in de hand, waaruit lijkt te volgen dat de toepassing van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel ten aanzien van bestuurlijke maatregelen veelal aangewezen is,²⁶² is mijn hoop daar in ieder geval op gevestigd.

²⁶² Raad van State, 'Aanbeveling aan bestuursrechter: pas rechterlijke evenredigheidstoets aan', *raadvanstate.nl* 7 juli 2021; ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G Widdershoven & Wattel), 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3.

Bronnenlijst

Literatuur

Aarts & Heusden, van, *NTB 2020/72*

J.C.A. Aarts & L.A. van Heusden, 'Exceptieve toetsing: over de operationalisering van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *NTB 2020/72*, afl. 4, p. 181-188.

Backes, *NTB 2009/40*

Ch. W. Backes, 'Much ado about nothing of het begin van een nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NTB 2009/40*, afl. 10, p. 40-44.

Barkhuysen & Ouden, den, *NJB 2020/954*

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB 2020/954*, afl. 15, p. 1042-1053.

Berg, van den & Moorsel, van, *Gst. 2021/11*

A. van den Berg & L. van Moorsel, 'Het criterium 'slecht levensgedrag' uit de Algemene Plaatselijke Verordening en de Dienstenrichtlijn', *Gst. 2021/11*, afl. 7518, p. 73-76.

Botman 2016, *SEW 2016/5*

M.R. Botman, 'Rechtspraak Dienstenrichtlijn: de stand van zaken', *SEW 2016/5*, p. 192-207.

Botman 2015

M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland*, diss. VU, Den Haag: BJu 2015.

Brink, van den, e.a. 2017

J.E. van den Brink, W. den Ouden, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, & J.H. Jans, 'Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, vierde druk.

Buijze 2011, *NtEr 2011/7*

A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', *NtEr* september 2011, nr. 7, p. 240-248.

Drahmann, *Gst.* 2016/13

A. Drahmann, 'De gevolgen van de Dienstenrichtlijn op vergunningverlening: de zaken Trijber en Harmsen', *Gst.* 2016/13, p. 68-75.

Drahmann, *NTB* 2016/17

A. Drahmann, 'De werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn in Nederland: is aanvullende implementatie wenselijk?', *NTB* 2016/17, afl. 5, p. 143-151.

Eijsbouts e.a. 2015

W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal, L.A.J. Senden (red.), *Europees Recht – Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2015.

Hessel, *Gst.* 2007/41

B. Hessel, 'Gemeenten en de Dienstenrichtlijn(2)', *Gst.* 2007/41, p. 1-7.

Hessel, *Gst.* 2007/28

B. Hessel, 'Gemeenten en de Dienstenrichtlijn(1)', *Gst.* 2007/28, p. 28-33.

Ortlep 2011

R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (Recht en Praktijk nr. SB4) (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011.

Prechal & Widdershoven 2017

S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, vierde druk.

Scheltema, *NTB* 2019/24

M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, p. 246-253.

Steyger, *NTB* 2008(1)

E. Steyger, 'De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2008(1), p. 1-10.

Tridimas 2006

T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford EC Law Library 2006.

Weber, NTB 2015/24

T. Weber, 'Vijf jaar Dienstenrichtlijn in de praktijk: hoe dienstig kunnen we het maken?', *NTB* 2015/24, afl. 6, p. 182-188.

Weeren, van, 2019

M. van Weeren, *De strijd om schaarse vergunningen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Widdershoven, NTB 2018/30

R. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', *NTB* 2018/30, afl. 5, p. 188-190.

Widdershoven & Zanten, van, 2021

R.J.G.M. Widdershoven & M. van Zanten, 'De olievlekwerking van de Dienstenrichtlijn: naar een evenredigheidsbeginsel à l'Européenne?', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vrienden- bundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Jurisprudentie

HvJ EU 22 september 2020, ECLI:EU:C:2020:743, C-724/18 (*Cali Apartments*).

HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:463, C-206/19 (*KOB*).

HvJ EU 26 september 2018, ECLI:EU:C:2018:771, C-137/17 (*Van Gennepe*).

HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, C-360/15, C-31/16 (*Visser Vastgoed Beleggingen*).

HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641, C-340/14 & C-341/14 (*Trijber en Harmsen*).

HvJ EU 3 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2408, C-315/13 (*De Clercq e.a.*).

HvJ EU 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:517, C-57/12 (*Femarbel*).

HvJ EU 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:288 (*Libert*).

HvJ EU 10 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:283, C-357/10, C-358/10 & C-359/10 (*Duomo e.a.*).

HvJ EG 13 september 2007, ECLI:EU:C:2007:508 (*Commissie t. Italië*).

HvJ EG 11 april 2000, ECLI:EU:C:2000:199, C-51/96 & C-191/97 (*De Liege*).

HvJ EG 10 mei 1995, ECLI:EU:C:1995:126, C-384-93 (*Alpine Investments*).

HvJ EG 23 februari 1995, ECLI:EU:C:1995:54, C-358/93 & C-416/93 (*Bordessa e.a.*).

HvJ EG 4 oktober 1991, ECLI:EU:C:1991:378, C-159/90 (*Grogan*).

HvJ EG 13 november 1990, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*).

HvJ EG 31 januari 1984, ECLI:EU:C:1984:35 (*Luisi en Carbone*).

ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G Widdershoven & Wattel), 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3.

ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3082, AB 2021/60 m.nt. R. Ortlep & W.S. Zorg.

ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2167.

ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2168.

ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2169.

ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2174, BR 2020/94, m.nt. M. Buitenhuis & S. Elbertsen; JG 2020/35 m.nt B. van der Vorm; Gst. 2021/14 m.nt. Redactie.

ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, m.nt. W.S. Zorg & Z. Farafonow.

ABRvS 19 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1931, m.nt. C.M.M. van Mil.

ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1262.

ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1099.

ABRvS 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:35, AB 2019/342, m.nt. A. Drahmman.

ABRvS 2 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:13.

ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4277.

ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3474.

ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2251, *Gst.* 2018/21, m.nt. M. van Rooij.

ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:484.

ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:377, *Gst.* 2016/70, m.nt. C.W.M. van Alphen.

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

ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, *AB* 2015/13, m.nt. A. Drahmman.

ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952.

ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8312, *AB* 2010/70, m.nt. F.R. Vermeer.

ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831.

ARRvS 17 december 1982, ECLI:NL:RVS:1982:AM6979, *AB* 1983, 315, m.nt. J.H. van der Veen.

RvS 12 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB0715, *Gst* 2001/7141, 2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

Rb. Noord-Nederland 8 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2294.

Rb. Noord-Holland 3 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1051.

Rb. Zeeland-West-Brabant 2 december 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6004.

Rb. Den Haag 25 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9302.

Rb. Amsterdam 3 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4070.

Rb. Rotterdam 20 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2155.

Rb. Gelderland 17 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5476.

Rb. Midden-Nederland 14 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6217, *Gst.* 2019/66, m.nt. W.P. Adriaanse.

Rb. Rotterdam 8 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4465.

Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5502.

Rb. Midden-Nederland 21 april 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2048.

Rb. Midden-Nederland 10 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1323.

Rb. Overijssel 29 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5190.

Rb. Noord-Holland 3 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3729.

Rb. Gelderland 30 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6239.

Rb. Midden-Nederland 23 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1559.

Rb. Oost-Brabant 3 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:442.

Rb. Rotterdam 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8487.

Rb. Alkmaar 14 december 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG7934.

Rb. Maastricht 20 januari 2000, ECLI:NL:RBMAA:2000:AA4934.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2019/20, 35 337, nr. 2.

Kamerstukken II 2019/20, 35 337, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 2.

Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1997/98, 25 969, nr. 3 (MvT)

Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 2.

Overige bronnen

‘De toepassing van de dienstenrichtlijn in vier recente uitspraken’, europadecentraal.nl 11 februari 2019.

E. van Buuren & L. Hollmann, ‘Raad van State oordeelt: vergunningsvoorwaarde slecht levensgedrag is niet in strijd met de Dienstenrichtlijn’, europadecentraal.nl 18 september 2020.

E. Buuren & L. Hollmann, ‘Uitspraak Hof van Justitie: vergunningsplicht voor verhuurders bij kortstondig verhuur in overeenstemming met de Dienstenrichtlijn’, europadecentraal.nl 26 september 2020.

‘Hoogste bestuursrechter: de invulling van het criterium ‘slecht levensgedrag’ is niet in strijd met de (Europese) Dienstenrichtlijn’, labre.nl 21 september 2020.

‘Horecavergunning en slecht levensgedrag’, Blenheim.nl, te raadplegen via <https://www.blenheim.nl/bestuursrecht/horecavergunning-en-slecht-levensgedrag>.

Kenniscentrum Europa Decentraal, *Rechtspraak over de toepassing van de Europese Dienstenrichtlijn. Een handleiding voor decentrale overheden*, europadecentraal.nl 2020.

O. Kwast (Wetgevingswerken), *Handreiking voor gemeenten. Schaarse vergunningen*, Vereniging voor Nederlandse Gemeenten 2018, te raadplegen via: https://vng.nl/sites/default/files/publicaties/2018/handreiking_schaarse_vergunningen.pdf.

Raad van State, ‘Aanbeveling aan bestuursrechter: pas rechterlijke evenredigheidstoets aan’, *raadvanstate.nl* 7 juli 2021.

Raad van State, ‘Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over rechterlijke toetsing evenredigheid’, *Raadvanstate.nl* 3 februari 2021.

R. Kramer, 'Slecht levensgedrag: onduidelijke maatstaf voor horecabedrijven', Blenheim.nl, te raadplegen via <https://www.blenheim.nl/blog/slecht-levensgedrag-onduidelijke-maatstaf-voor-horecabedrijven>.

'Transparantie-eisen en de horecaverunningen: de toenemende invloed van de Dienstenrichtlijn', stibbe.com 28 juni 2019.

'Vergunningstelsels en de Dienstenrichtlijn: hoe duidelijk en transparant moeten de vergunningsvoorwaarden zijn?', stibbe.com 29 september 2020.

Z. Kruiver & R. de Vries, 'Slecht levensgedrag, definitief oordeel in zicht?', catchlegal.com 29 mei 2020.