

Artikel

De uitwerking van de Dienstenrichtlijn in het Nederlandse stelsel van ruimtelijke ordening

Mr. dr. M.R. (Marleen) Botman en mr. D.S.P. (Daniëlle) Roelands-Fransen*

1 Inleiding

34

Door middel van ruimtelijke voorschriften wordt de vestiging van aanbieders van economische activiteiten gereguleerd. Gedacht kan worden aan het bepalen van de locatie, de omvang of het maximumaantal hotels, supermarkten, strandtenten, fietsenwinkels, windmolens of B&B's. Hoewel deze eisen uitsluitend zijn toegestaan vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening, zijn zij niet aan de regels van het Unierecht onttrokken. Het arrest Appingedam¹ van het Hof van Justitie en recente uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) hebben onderstreept dat ook ruimtelijke voorschriften die economische activiteiten reguleren in overeenstemming moeten zijn met de regels van het vrij verkeer, meer specifiek de vrijheid van vestiging en de Europese Dienstenrichtlijn 2006/123/EG. Uit de jurisprudentie die het afgelopen jaar is verschenen, kan inmiddels een duidelijke lijn worden gedestilleerd over de manier waarop de toets aan de Dienstenrichtlijn kan worden ingebed in de nationale omgevingsrechtelijke kaders.²

In deze bijdrage analyseren wij, aan de hand van deze actuele rechtspraak, de Europese kaders voor het omgevingsrecht. Welke voorwaarden stelt het Europese recht en hoe kan worden gewaarborgd dat deze in acht worden genomen bij het vaststellen van voorschriften in bestemmingsplannen, rijksinpassingsplannen, provinciale verordeningen, of bij het al dan niet verlenen van omgevingsvergunningen en het geven van reactieve aanwijzingen? Daarbij gaan wij in het bijzonder in op de vraag in hoeverre ruimtelijke voorschriften de vestiging van detailhandel kunnen reguleren door middel van brancheringsregelingen. De zaak Appingedam had namelijk betrekking op een brancheringsregeling voor de vestiging van detailhandel.

De opbouw is als volgt. Het artikel begint met een uiteenzetting van de toets die de Dienstenrichtlijn met zich brengt, ingekleurd door de jurisprudentie die reeds is verschenen. Vervolgens wordt nader ingezoomd op de vraag welke onderbouwing nu is vereist in het kader van een ruimtelijk besluit dat op enigerlei wijze een beperking oplegt aan de mogelijkheid voor detailhandel. Daarbij wordt ook ingegaan op de vraag of ons huidige planologische systeem voldoende is ingericht op de Dienstenrichtlijn. Tot slot wordt alvast een doorkijkje gemaakt naar de toets aan de Dienstenrichtlijn onder het systeem van de Omgevingswet.

* Mr. dr. M.R. Botman is advocaat bij Pels Rijcken te Den Haag, gespecialiseerd in het Europese recht, en als onderzoeker verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Mr. D.S.P. Roelands-Fransen is advocaat en partner bij Pels Rijcken te Den Haag, gespecialiseerd in het omgevingsrecht.

1. Dit betreft het arrest HvJ EU 30 januari 2018, gevoegde zaken C-360/16 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (Appingedam/Visser Vastgoed B.V. en Amersfoort/X BV), dat wij in dit artikel aanduiden met 'Appingedam'.
2. Dit artikel is afgerond op 1 juni 2019.

2 Het vrij verkeer en de Dienstenrichtlijn in relatie tot ruimtelijke voorschriften

2.1 De vrijheid van vestiging

De vrijheid van vestiging is neergelegd in art. 49 van het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie (VWEU) en geeft aan bedrijven en Unieburgers het recht om zich in een andere lidstaat te vestigen.³ Het recht verbiedt niet alleen iedere (indirecte) discriminatie op grond van nationaliteit, maar verzet zich bovendien tegen *elke* nationale maatregel die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk kan maken.⁴ Om te bepalen of van een dergelijke belemmering sprake is, moet volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie worden gekeken naar het *effect* van de nationale regeling. De kwalificatie van de maatregel of de geadresseerde is niet van belang. Dit maakt dat ook ruimtelijke voorschriften de vrijheid van vestiging kunnen beïnvloeden. Een goed voorbeeld hiervan is het arrest Commissie/Spanje uit 2011, waarin het ging om een regeling die zag op de ligging en de omvang van hypermarkten.⁵ Kortom, een ruimtelijk voorschrift is niet onttrokken aan de regels van het vrij verkeer omdat dit is ingegeven door motieven die zien op de ruimtelijke ordening en niet op de economische ordening.

2.2 De Dienstenrichtlijn

Ruimtelijke voorschriften vallen onder de Dienstenrichtlijn. In de Europese Dienstenrichtlijn zijn de voorwaarden voor nationale vestigingseisen nader geconcretiseerd en gespecificeerd.⁶ Hoofdstuk III van deze richtlijn bepaalt onder welke strikte voorwaarden de lidstaten een vergunningplicht of bepaalde eisen mogen opleggen aan dienstverleners die zich op hun grondgebied willen vestigen. Lange tijd bestond er onduidelijkheid over de exacte reikwijdte van deze bepalingen. Een van de discussiepunten was of de Dienstenrichtlijn van toepassing was op ruimtelijke voorschriften. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling was dit niet het geval, omdat deze voorschriften waren ingegeven door ruimtelijke motieven en derhalve niet specifiek golden of van invloed waren voor dienstverrichters.⁷

In de zaak Appingedam volgde de Afdeling deze lijn echter niet, maar legde zij prejudiciële vragen voor aan

het Hof van Justitie over het toepassingsbereik van de richtlijn. In deze zaak stond een bestemmingsplanregel centraal die de vestiging van niet-volumineuze detailhandel verbood in een geografische zone buiten het stadscentrum.⁸ Concreet had dit tot gevolg dat Bristol zich niet kon vestigen aan het Woonplein, dat gelegen is in de periferie van Appingedam.

In het arrest van 30 januari 2018 heeft het Hof de vragen van de Afdeling op heldere wijze beantwoord.⁹ De Grote Kamer van het Hof oordeelde dat de richtlijn wel degelijk van toepassing is op (ruimtelijke) voorschriften die regelen in welke geografische zones detailhandel is toegestaan, ook al zijn zij gericht op het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum. Dergelijke voorschriften richten zich tot bedrijven die zich in die geografische gebieden willen ontwikkelen, en niet tot personen die handelen als particulier. Het Hof bepaalde bovendien dat de richtlijn ook van toepassing is op detailhandel, zoals supermarkten, fietsenwinkels, tuincentra en kleding- of schoenenwinkels. Tot slot omvat de richtlijn volgens het Hof ook zuiver interne situaties, waardoor ook Nederlandse bedrijven of onderdanen zich op de richtlijn kunnen beroepen als zij zich binnen Nederland willen vestigen. Kortom, de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn is zeer ruim. Ruimtelijke voorschriften die de vestiging van detailhandel reguleren, moeten aan de eisen in de richtlijn voldoen.

2.3 Territoriale en kwantitatieve eisen: een extra beperking

Eisen die de vestiging van ondernemingen afhankelijk stellen van geografische kenmerken, bevolkingsdichtheid of bevolkingsspreiding vormen een extra beperking van de vrijheid van vestiging. Zij beperken het totaal aantal dienstverrichters en belemmeren daarmee nieuwe marktdeelnemers bij hun toegang tot de markt. Dergelijke eisen worden in de rechtspraak van het Hof wel territoriale of kwantitatieve eisen genoemd. In Attanasio¹⁰ werd de opening van nieuwe tankstations langs autowegen bijvoorbeeld afhankelijk gesteld van de naleving van minimumafstanden tot andere, reeds bestaande, stations. In de zaak Itevelesa¹¹ werd het aantal vergunningen voor de vestiging van stations voor de technische controle van voertuigen afhankelijk gesteld van een ruimtelijk spreidingsplan, op grond waarvan er een minimale afstand gold tussen de keuringsstations en een maximaal marktaandeel. In Gomez en Perez werd de vestiging van een apotheek afhankelijk gesteld van de bevolkingsomvang in een bepaalde regio.¹²

Kwantitatieve en territoriale beperkingen maken ook een belangrijk onderdeel uit van de Dienstenrichtlijn;

3. Het recht van vestiging komt toe aan zowel natuurlijke personen als vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Unie hebben (art. 54 VWEU).

4. Het fundament voor deze vaste rechtspraak is gelegd in HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (Gebhard).

5. HvJ EU 24 maart 2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje).

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

7. Bijv. ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3234; hierover Botman 2015, p. 408-412.

8. HvJ EU 30 januari 2018, gevoegde zaken C-360/16 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (Appingedam/Visser Vastgoed B.V. en Amersfoort/X BV).

9. Zie hierover de verschillende bijdragen in TO 2018, afl. 1.

10. HvJ EU 11 maart 2010, zaak C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133 (Attanasio).

11. HvJ EU 15 oktober 2015, zaak C-168/14, ECLI:EU:C:2015:685 (Grupo Itevelesa).

12. HvJ EU 1 juni 2010, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (Perez en Gomez).

art. 15 lid 2 onder a merkt territoriale en kwantitatieve beperkingen aan als verdachte eisen, met name eisen ‘in de vorm van beperkingen op basis van de bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverrichters’.

2.4 Een brancheringsregeling is een territoriale of kwantitatieve beperking

De zaak Appingedam heeft geleerd dat een brancheringsregeling een territoriale beperking is in de zin van art. 15 Dienstenrichtlijn, met als gevolg dat de regeling aan de in dit artikel opgenomen voorwaarden moet worden getoetst (zie par. 3).

De nationale rechtspraak van na dit arrest maakt duidelijk dat kwantitatieve en territoriale beperkingen in Nederland op grote schaal voorkomen. De Afdeling kwalificeerde in de zaak Amsterdam Cheese Company het verbod in een voorbereidingsbesluit om het gebruik van gronden of bouwwerken te wijzigen naar vormen van detailhandel die zich richten op dagjesmensen of toeristen, als een territoriale beperking.¹³ Als gevolg van dit verbod kon de Amsterdam Cheese Company in het door haar beoogde pand in de binnenstad van Amsterdam geen kaaswinkel meer exploiteren. In de zaak Twello werd het gemeentelijk beleid gericht op het concentreren van detailhandel in het centrumgebied van Twello als territoriale beperking in de zin van art. 15 Dienstenrichtlijn aangemerkt.¹⁴ In de zaken Forepark en Decathlon betrof het de provinciale Verordening ruimte van de provincie Zuid-Holland op grond waarvan de mogelijkheden voor de vestiging van (perifere) detailhandel buiten het centrum werden beperkt.¹⁵ De Rechtbank Amsterdam merkte de mogelijkheid tot een binnenplanse afwijking voor het vergroten van één supermarkt tot 1000 m² aan als kwantitatieve beperking in de zin van art. 15 Dienstenrichtlijn.¹⁶ In de zaak Maastricht ging het om beperking van de omvang van het nevenassortiment van een detailhandelsbedrijf in automaterialen.¹⁷ In de uitspraak Varkensstraat ging het om een brancheringsmaatregel die de hoeveelheid avond- en nachthoreca in de Varkensstraat in Arnhem wilde verminderen.¹⁸

Uit een uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland volgt dat ook in beleidsregels brancheringsregelingen kunnen zijn opgenomen. In casu was sprake van een structuurvisie die weliswaar enkel het bestuursorgaan bindt, maar niettemin tot gevolg heeft dat vestiging van detailhandel op een bepaalde plaats niet gewenst is en ook niet zal worden toegestaan.¹⁹

Hoewel een brancheringsregeling uiteindelijk het aantal ondernemingen dat zich kan vestigen op een specifieke locatie beperkt, is dit naar de huidige stand van de rechtspraak geen besluit waarbij schaarse rechten wor-

den toebedeeld.²⁰ Dit betekent dat hierop de specifieke eisen die gelden voor de verdeling van schaarse rechten niet van toepassing zijn. Zoals hieronder zal blijken, geldt daarentegen wel een zware bewijslast. Door extra eisen te stellen aan de onderbouwing van de belemmering wordt als het ware tegemoetgekomen aan de beperking die een brancheringsregeling tot gevolg heeft voor het aantal bedrijven dat zich kan vestigen.

2.5 Ook ‘bagatelbeperking’ valt onder Dienstenrichtlijn

Ook voorschriften die slechts een geringe beperking voor de vrijheid van vestiging tot gevolg hebben, kunnen kwantitatieve of territoriale beperkingen vormen. In de uitspraak Schijndel van 19 december 2018 was sprake van een brancheringsregeling waardoor appellante, die een tuincentrum dreef, beperkt werd in de omvang van het nevenassortiment, onder meer in de verkoop van vrijetijdskleding en elektrische fietsen.²¹ De gemeenteraad betoogde dat hier sprake was van een ‘bagatelbeperking’, die niet onder de Dienstenrichtlijn valt; de brancheringsregeling stond immers niet in de weg aan voortzetting van de bestaande vestiging van appellante in Schijndel. Hooguit werd appellante beperkt in de mogelijkheden om haar formule uit te breiden, omdat een – geringe – beperking wordt gesteld aan de verkoop van goederen die geen onderdeel uitmaken van de branche waartoe appellante behoort. Het betrof zagezegd een beperking van de extra’s en niet van de vestiging zelf. De Afdeling ging niet mee in dit betoog; art. 15 Dienstenrichtlijn ziet niet alleen op de toegang tot de activiteiten zelf, maar ook tot de uitoefening daarvan. Onder deze bepaling vallen dus niet alleen eisen die de vestiging zelf uitsluiten, maar ook eisen aan de uitoefening van deelactiviteiten binnen zo’n vestiging. Ook een brancheringsregeling met geringe gevolgen voor de vrijheid van vestiging moet dus aan art. 15 Dienstenrichtlijn worden getoetst.

2.6 Wanneer is een nationaal ruimtelijk voorschrift aan Unierecht onttrokken?

Het voorgaande laat onverlet dat niet alle ruimtelijke voorschriften als belemmering kunnen worden aangemerkt. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland²² oordeelde dat het verbod om recreatiewoningen te gebruiken voor huisvesting van arbeidsmigranten en expats geen beperking vormde voor een bedrijf dat huisvesting aan arbeidsmigranten en expats bood. De in het bestemmingsplan geregelde aanwijzing van een gebied voor ‘Recreatie’ was op dezelfde wijze van toepassing op dienstverrichters als op natuurlijke personen die als particulier handelen. De aanwijzingen regelen niet specifiek de toegang tot een activiteit in verband met diensten en zijn daar ook niet specifiek van invloed op, maar moeten

13. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173.

14. Rb. Gelderland 6 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2864.

15. ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964.

16. Rb. Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7494.

17. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195 en ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196.

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

19. Rb. Noord-Nederland 20 mei 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2237.

20. Zie conclusie van A-G Widdershoven van 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (Zeewolde). Zie Rb. Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7494. Zie voor de uitzondering ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611 enz.

21. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196.

22. Rb. Zeeland-West-Brabant 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:5947.

door de dienstverrichters in acht worden genomen in de uitoefening van hun economische activiteit, op dezelfde wijze als door personen die handelen als particulier. Het betoog dat het verbod in strijd was met art. 15 Dienstenrichtlijn en dat derhalve niet handhavend mocht worden opgetreden, slaagde dan ook niet. Eenzelfde redenering volgt de Afdeling in de uitspraak van 13 maart 2019 over de afwijzing van een ligplaatsvergunning van een woonboot die werd verhuurd.²³ De rechtbank had geoordeeld dat vanwege deze verhuur sprake was van een dienst en de Dienstenrichtlijn van toepassing was. De Afdeling zag dit anders. Een (algemeen) ligplaatsverbod voor een bepaald gebied is gericht op de ordening te water. Met het verbod wordt regulering beoogd van de fysieke verschijnselen om tot een bepaalde ordening te komen, gelet op relevante belangen, zoals doorvaart, veiligheid en milieu. Hieruit volgt dat het onderliggende ligplaatsverbod zich niet specifiek op verhuurders richt, maar gericht is tot eenieder die met een (woon)boot een ligplaats wil innemen. Zo'n ligplaatsverbod geldt in de regel niet alleen voor dienstverrichters bij de uitoefening van hun economische activiteiten, maar ook voor personen die handelen als particulier. Een algemeen ligplaatsverbod is in beginsel dan ook geen beperking van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en van het vrije verkeer van diensten tussen de lidstaten, omdat dit niet de toegang tot een activiteit in verband met diensten specifiek regelt of daarop specifiek van invloed is.

Uit deze uitspraken volgt dat als een ruimtelijk voorschrift de iure en de facto algemeen van toepassing is en dus op gelijke wijze moet worden nageleefd door particulieren als door ondernemingen, er geen sprake is van een beperking. De maatregel hoeft in dat geval niet aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst.

2.7 Tussenconclusie

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat ruimtelijke voorschriften die de vestiging van detailhandel reguleren onder het bereik van de Dienstenrichtlijn vallen en derhalve aan de richtlijn moeten worden getoetst. Daarbij gaat het in het bijzonder om brancheringsregelingen. Als de voorschriften (tevens) betrekking hebben op vestiging van ondernemingen die buiten de richtlijn vallen, dienen ze (ook) rechtstreeks aan de vrijheid van vestiging onder art. 49 VWEU te worden getoetst. Overigens komen de criteria op dit punt materieel met elkaar overeen.

Indien de rechter concludeert dat een ruimtelijk voorschrift strijdig is met het Unierecht, kan dit tot gevolg hebben dat het voorschrift buiten toepassing moet worden gelaten. De omstandigheid dat een besluit is uitgezonderd van bezwaar of beroep staat de mogelijkheid van een exceptieve toets niet in de weg. Dat laat de toets van de provinciale Verordening Ruimte van Zuid-Holland zien in de uitspraak rondom het bestemmingsplan 'Forepark-A4-A12'.²⁴

Voor zover ruimtelijke voorschriften zich niet specifiek richten op ondernemingen, zijn zij evenwel aan de eisen rondom economische vrijheden onttrokken. Het stellen van algemene ruimtelijke voorschriften wordt derhalve niet geraakt door deze vrijheden. De praktijk laat evenwel zien dat deze uitzonderings situatie niet vaak aan de orde zal zijn.

3 Onder welke voorwaarden is regulering van detailhandel toelaatbaar?

De constatering dat een ruimtelijk voorschrift een (territoriale of kwantitatieve) beperking vormt van de vrijheid van vestiging, maakt niet dat dit ontoelaatbaar is. Volgens rechtspraak van het Hof is een beperking geoorloofd als aan vier voorwaarden is voldaan. De maatregel moet (1) non-discriminatoir zijn, (2) gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang, (3) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en mag (4) niet verder gaan dan nodig is om het doel te bereiken, en dat doel kan niet met een andere, minder beperkende, maatregel worden bereikt. Deze voorwaarden zijn ook neergelegd in art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Art. 15 Dienstenrichtlijn is bij de implementatie van de richtlijn niet omgezet in onze nationale wet- en regelgeving, maar een onderneming kan zich niettemin rechtstreeks op deze bepaling beroepen. De bepaling is immers, aldus het Hof in Appingedam, onvoorwaardelijk geformuleerd.

De voorwaarde dat een maatregel non-discriminatoir moet zijn, leidt in de praktijk niet of nauwelijks tot problemen en laten wij hier onbesproken. De overige voorwaarden worden hieronder afzonderlijk besproken. Wat houden deze voorwaarden in en hoe kan worden gewaarborgd dat hieraan wordt voldaan?

3.1 Noodzakelijkheid: dwingende reden van algemeen belang

Het is al lange tijd rechtspraak van het Hof van Justitie dat de doelstellingen van ruimtelijke ordening een dwingende reden van algemeen belang opleveren, die een beperkende maatregel noodzakelijk kunnen maken. Uit Appingedam volgt dat het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied, in het belang van het stedelijk milieu, eveneens dwingende redenen van algemeen belang vormen die een territoriale beperking kunnen rechtvaardigen. Gedacht kan worden aan voorschriften die streven naar zorgvuldig ruimtegebruik, bereikbaarheid, bundeling en de leefbaarheid van kleine stadskernen of naar het behoud van een voldoende voorzieningniveau voor de inwoners van de gemeente. Daarbij kan van belang zijn dat sprake is van ligging in of nabij een krimpregio.²⁵ Ook het bewerkstelligen van een gro-

23. ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:810.

24. ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964.

25. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195.

tere diversiteit in het aanbod aan winkels en het tegengaan van een monocultuur kunnen strekken tot bescherming van het stedelijk milieu.²⁶

In zoverre laat het Unierecht de lidstaten vrij om de beschikbare ruimte en fysieke leefomgeving naar eigen inzicht in te vullen. Waar het in de kern om gaat, is dat kan worden vastgesteld dat sprake is van ruimtelijke motieven en niet van economische motieven.²⁷ Bescherming van bestaande bedrijven kan nimmer een reden vormen om een beperking te rechtvaardigen. Op dit punt vallen het Unierecht en het ruimtelijke-orde-ningsrecht overigens samen; ook daar zijn economische motieven uit den boze.

De Afdeling maakt in de jurisprudentie een duidelijk onderscheid tussen het noodzakelijkheidsvereiste waar-bij onderbouwd moet worden welk doel de rechtvaardiging van een brancheringsregeling dient enerzijds en het geschiktheidsvereiste – als onderdeel van de evenredig-hedstoets – anderzijds, waarbij centraal staat of de doelen met de brancheringsregeling daadwerkelijk worden gediend.²⁸

3.2 Geschiktheid

Een kwantitatieve of territoriale beperking zoals een brancheringsregeling moet tevens geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken. Hiervoor is in de eerste plaats vereist dat het doel op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd (het consistentievereiste).²⁹ In de tweede plaats is vereist dat de regeling effectief de doelen bereikt.

Het blijkt niet eenvoudig om aan deze twee voorwaar-den te voldoen. In het merendeel van de uitspraken die volgen op Appingedam is het bestuur er niet in geslaagd de rechter ervan te overtuigen dat aan deze eisen is vol-daan. Een voorbeeld waarin het consistentievereiste wordt toegepast, is de eerdergenoemde uitspraak van de Afdeling van 27 maart 2019 betreffende de Verordening Ruimte 2013 van de provincie Zuid-Holland.³⁰ Op grond van deze verordening was slechts de verkoop van bepaalde limitatief opgesomde goederen buiten de bestaande winkelconcentraties toegestaan. Het college van gedeputeerde staten had niet inzichtelijk gemaakt waarom precies deze branches waren uitgezonderd. De verordening stond de verkoop van bijvoorbeeld surf-planken en piano's in de periferie toe, waaruit de Afde-ling de conclusie trekt dat kajaks en orgels in bestaande centra moeten worden aangeboden, zonder dat inzichtelijk is dat de verkoop van laatstgenoemde goede-ren een wezenlijk ander effect op de stadscentra zou hebben dan de verkoop van eerstgenoemde goederen. De betreffende bepaling diende dan ook integraal buiten toepassing te worden gelaten wegens strijd met art. 15 lid 3 onder c Dienstenrichtlijn.

26. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173.

27. Zie ook art. 1.1.2 Bro.

28. ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965, r.o. 17.6.

29. Bijv. HvJ EG 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer Handelsge-sellschaft mbH) en HvJ EU 12 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:4 (Domini-ca Petersen).

30. ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964; zie ook ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965.

• *Bewijslast ligt op regulerende overheid*

In het kader van het vereiste van effectiviteit verdient de bewijslast bijzondere aandacht. Het is, aldus de Afde-ling, aan de regulerende overheid om de ingenomen stelling over de effectiviteit van de maatregel te onder-bouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens.³¹ In Appingedam en een drietal uitspraken van 19 december 2018 heeft de Afdeling richtinggeven-de oordelen gegeven ten aanzien van de vraag hoe dit moet worden geconcretiseerd. In deze zaken oordeelt de Afdeling dat er sprake dient te zijn van een analyse van de geschiktheid van de maatregel en van specifieke gege-vens ter onderbouwing van het betoog over de geschik-heid van de getroffen maatregel. Het is niet voldoende dat het bevoegd gezag zich ter onderbouwing van een brancheringsregeling op algemene ervaringsregels beroept. Het bevoegd gezag dient onderzoeksgegevens of andere gegevens te overleggen waarmee de gestelde gevolgen van vestigingsmogelijkheden in het perifere gebied op de samenstelling van het winkelaanbod en de leegstand in het centrum aannemelijk worden gemaakt. Daarbij kunnen onderzoek naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau, of gegevens ontleend aan koopstromen-onderzoek, voor zover deze onderzoeken toepasbaar zijn op de specifieke situatie in de betrokken gemeente, in ogenschouw worden genomen. Bij het ontbreken van specifieke gegevens kan niet worden beoordeeld of het bevoegd gezag redelijkerwijs heeft kunnen concluderen dat de betreffende maatregel geschikt en evenredig is.

• *Bewijslast omgevingsvergunning versus bewijslast bestemmingsplan*

Voor de omvang van de bewijslast is van belang of het gaat om de vaststelling van een bestemmingsplan dan wel een weigering van een omgevingsvergunning op grond van een afwijking hiervan. Op 24 oktober 2018 deed de Afdeling uitspraak in een zaak waarin aan Inter-national Bike Group een omgevingsvergunning was geweigerd.³² International Bike Group betoogde in beroep dat de planregel die uitsluitend perifere detail-handel toeliet op de beoogde locatie in strijd was met art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Het besluit tot vaststel-ling van het bestemmingsplan was echter onherroepelij-k. In een dergelijke situatie ligt het volgens de Afde-ling op de weg van de onderneming om nader te onder-bouwen waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel in strijd zijn met de Diensten-richtlijn. De enkele stelling dat het bestuursorgaan onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de in de planre-gels neergelegde eisen over perifere detailhandel geschikt zijn om het beoogde doel te bewerkstelligen, volstaat niet.

Uit deze uitspraak kan dus worden afgeleid dat op belanghebbenden een zwaardere bewijslast rust wanneer geprobeerd wordt om via een exceptieve toets te onder-

31. De Afdeling baseert zich daarbij met name op HvJ EU 24 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje) en HvJ EU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:776 (Deutsche Parkinson Vereinigung).

32. ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471.

bouwen dat een besluit tot weigering van een afwijking van het bestemmingsplan in strijd is met de Dienstenrichtlijn in vergelijking tot de situatie dat wordt onderbouwd dat een bestemmingsplanregel zelf in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Voor ondernemingen die als gevolg van een bestemmingsplan worden beknot in mogelijkheden tot vestiging van detailhandel is het dus zaak om tijdig tegen het bestemmingsplan op te komen en bovendien voldoende concreet aan te voeren op welke punten de planregel in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Zolang een bestemmingsplan regels rondom vestiging van detailhandel kent die binnen het verzorgingsgebied van ondernemingen van toepassing zijn, kunnen algemene grieven tegen dergelijke brancheringsregelingen naar ons idee niet op een gebrek aan belanghebbendheid stuiten.

- *Bewijslast bij bagatelbeperkingen: geen salamitactiek*

Een interessante vraag is hoe met de bewijslast moet worden omgegaan bij ‘bagatelbeperkingen’, zoals het beperken van de omvang van de verkoop van nevenassortiment. Het is moeilijk om aan te tonen dat de verkoop van branchevreemd assortiment door één enkele detailhandelszaak zal leiden tot leegstand van het gehele centrum, dan wel anderszins tot een verslechtering van het woon-, leef- en ondernemersklimaat. Dit was dan ook punt van discussie in de zaken Maastricht en Schijndel, waarin respectievelijk een bedrijf in automaterialen en een tuincentrum werden beperkt in de verkoop van branchevreemde goederen.³³

Ook bij een dergelijke geringe beperking blijft gelden dat de geschiktheid moet worden aangetoond door middel van een analyse met specifieke gegevens. De maatregel hoeft echter niet noodzakelijkerwijs zelfstandig deze doelstelling te kunnen verwezenlijken: een maatregel slaagt al voor de evenredigheidstoets indien hij kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling.³⁴

Het is dus niet zo dat aannemelijk moet worden gemaakt dat iedere afzonderlijke beperking op zichzelf tot een gunstig leefklimaat in het centrum leidt en leegstand voorkomt, of omgekeerd dat het loslaten van deze beperking op zichzelf tot een ongunstig leefklimaat in het centrum en leegstand in het centrum leidt. Zou dit wel worden verlangd, dan zijn de nagestreefde doelen eenvoudig te ondermijnen; als vele geringe beperkingen de toets aan de Dienstenrichtlijn niet kunnen doorstaan omdat zij (ieder voor zich) het beoogde doel niet kunnen verwezenlijken, dan staat dit er uiteindelijk aan in de weg dat het beoogde doel kan worden bereikt. Een dergelijke salamitactiek acht de Afdeling niet geoorloofd.

Naast de focus op de geringe beperking dient er dus tevens oog te zijn voor het grotere geheel. Een beperking kan en mag een onderdeel zijn van een breder pakket aan maatregelen die gezamenlijk moeten leiden tot het beoogde doel. In dat geval dient wel aannemelijk te

worden gemaakt dat de beperking een zinvolle bijdrage levert aan het bereiken van de nagestreefde doelen, dat wil zeggen dat er een voldoende verband moet zijn tussen het onderdeel en het hele pakket. Daarbij is het niet voldoende dat de beperking aan de doelen kan bijdragen. Bij de beoordeling of hieraan is voldaan, gelden drie stappen.

Om vast te kunnen stellen of de beperking een zinvolle bijdrage levert aan het pakket aan maatregelen, zal eerst een analyse moeten worden gemaakt van het effect van het pakket aan maatregelen in zijn geheel (stap 1). Bij die analyse moeten ook de effecten worden betrokken van de branchering die op andere locaties binnen de gemeente wordt toegepast. Zonder zo’n analyse van het hele pakket is er immers geen kader om te beoordelen of het bestreden onderdeel van de branchering een zinvolle bijdrage levert aan het pakket aan brancheringsmaatregelen.

Vervolgens zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat de geringe beperking zelf een zinvolle bijdrage levert aan het totale pakket aan maatregelen (stap 2). Voor deze analyse gelden minder hoge eisen dan voor de analyse van de effectiviteit van het hele pakket. De bijdrage van (onderdelen van) een brancheringsregeling leent zich naar haar aard immers minder voor een analyse dan de effecten van de maatregelen tezamen. De analyse mag zich daarom richten op de bijdrage die de beperking levert aan het bereiken van de doelen die worden nagestreefd met het pakket aan brancheringsmaatregelen.

Daarmee is de onderbouwing nog niet af. Er dient tevens te worden nagegaan of de onderzoeken naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau ook toepasbaar zijn op de specifieke situatie in de betrokken gemeente (stap 3). Hiertoe zal moeten worden gemotiveerd en zo nodig met nader onderzoek onderbouwd dat de betrokken situatie niet zo bijzonder of afwijkend is dat die toepasbaarheid zich niet voordoet. Zo mag er niet van worden uitgegaan dat een algemeen onderzoek over de effectiviteit van bepaalde maatregelen voor krimpregio’s ook van toepassing is op de betrokken regio. Op basis van een nadere motivering kan worden beoordeeld of de regeling een zinvolle bijdrage levert aan het pakket aan maatregelen.

In de zaken Schijndel en Maastricht concludeerde de Afdeling dat aan deze laatste stap niet was voldaan.

Overigens moet worden opgemerkt dat de bewijslast (vooralsnog) niet altijd op eenzelfde (strengere) wijze wordt toegepast. Dit kan voor een deel worden verklaard doordat, afgaande op de datum van publicatie, de diverse uitspraken elkaar hebben gekruist. Bovendien dateert een groot aantal van vóór de drie richtinggevende uitspraken van de Afdeling op 19 december 2018. Met de twee uitspraken van 27 maart 2019 heeft de Afdeling de toets aan de Dienstenrichtlijn gestroomlijnd

33. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195 (Maastricht); ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196 (Schijndel).

34. De Afdeling verwijst hiertoe naar HvJ EU 13 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:433 (Deutscher Naturschutzring), punt 49.

en een duidelijk kader geboden voor de verschillende onderdelen die moeten worden getoetst.³⁵

3.3 Niet verder dan nodig; geen andere, minder beperkende maatregelen

Een laatste vereiste is dat een beperkende maatregel niet verder gaat dan nodig is en er geen andere, minder beperkende maatregelen beschikbaar zijn waarmee het beoogde doel kan worden bereikt. Ook dit dient te worden onderbouwd aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Dit maakt dat als de gegevens ontbreken in het kader van de geschiktheid, er eveneens onvoldoende gegevens zijn om te beoordelen of is voldaan aan deze voorwaarde.

De bewijslast is, zo volgt ook uit het arrest *The Scotch Whisky Association e.a.*,³⁶ echter niet zo zwaar dat de bevoegde nationale autoriteiten positief moeten aantonen dat het legitieme doel dat wordt nagestreefd niet met andere denkbare maatregelen kan worden bereikt onder dezelfde omstandigheden.

3.4 Verhouding evenredigheidsvereiste en belangenafweging in concrete geval

Een interessant punt is de verhouding van de evenredigheidstoets in het kader van art. 15 Dienstenrichtlijn ten opzichte van art. 3:4 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en het vereiste van evenwichtigheid, oftewel de afweging van de aan individuele rechten veroorzaakte schade en de daartegenover staande voordelen in het algemeen belang.³⁷ Deze toets blijkt namelijk niet hetzelfde. Zo kwam de Afdeling in eerdergenoemde zaak *Cheese Company* tot de conclusie dat het verbod als zodanig een gerechtvaardigde en evenredige beperking was van het vrij verrichten van diensten. Deze algemene conclusie liet, aldus de Afdeling, echter onverlet dat het verbod in een concrete situatie onevenredig kan zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen als bedoeld in art. 3:4 lid 2 Awb. Gelet hierop beoordeelde de Afdeling vervolgens alsnog of, in het kader van de exceptieve toetsing bezien, het college het verbod in dit specifieke geval in redelijkheid ten grondslag had kunnen leggen aan de opgelegde last onder bestuursdwang. Deze vraag werd negatief beantwoord vanwege de specifieke omstandigheden van het geval.

De beoordeling in het kader van art. 3:4 lid 2 Awb lijkt dus ruimer dan de toets in het licht van art. 15 Dienstenrichtlijn. Het Europese evenredigheidsvereiste in de context van het vrij verkeer ziet primair op de vraag of de belemmering als zodanig (in abstracto) evenredig is.³⁸ Andersom: het Unierecht biedt ruimte voor

het nationale evenredigheidsbeginsel, dat aldus een aanvullende werking heeft op het evenredigheidsbeginsel in het licht van het vrij verkeer.

4 Lessen voor de praktijk

De hierboven besproken uitspraken tonen dat veel brancheringsregels struikelen over de toets aan het evenredigheidsbeginsel. In ons ruimtelijke denken vinden velen het inmiddels niet meer dan logisch dat grootschalige detailhandel op een perifere locatie is gevestigd en dagelijkse detailhandel geconcentreerd aanwezig is in centrumgebieden. Indien en voor zover typisch ruimtelijke argumenten aan een dergelijke locatiekeuze ten grondslag liggen, zoals de bereikbaarheid en parkeergelegenheid direct voor de deur, is onze verwachting dat de toets aan de Dienstenrichtlijn weinig verschil teweeg zal brengen in de onderbouwing voor die branchering. De Dienstenrichtlijn zal met name merkbare effecten hebben voor brancheringsregelingen waar de noodzaak met name wordt ingegeven door die meer algemene dwingende reden van algemeen belang: de bescherming van het stedelijk milieu. In een situatie waarin een centrumgebied veelvuldig kampt met leegstand, zal echter makkelijker onderbouwd kunnen worden dat een brancheringsregeling die detailhandel buiten het centrumgebied verbiedt, bijdraagt aan de bescherming van het stedelijk milieu dan in een situatie dat van leegstand niet of nauwelijks sprake is. Daarmee lijkt niet ondenkbaar dat met inachtneming van de huidige informatie waarover beschikt kan worden – koopstroomonderzoeken, gegevens *Locatus*, enzovoort – de robuustheid van een toets aan de Dienstenrichtlijn conjunctuurgevoelig wordt.

Tegelijkertijd voorzien de beschikbare data, zoals koopstroomonderzoeken, vooral in data over de vraag waar klanten vandaan komen, wat de leegstand is in centrumgebieden, en wat voor soort functies waar zijn gevestigd. Daarmee lijkt een brancheringsregel veelal reactief te zijn ingegeven. Voor een toets aan de Dienstenrichtlijn lijkt echter het ‘waarom’ van een brancheringsregeling aan belang te winnen: waarom heeft een beperking een bepaald effect? Wij zien een belangrijke opgave dan wel uitdaging om dit ‘waarom’ meer aan kracht te laten winnen. Met het ‘waarom’ wordt een bepaald ideaalbeeld vooropgesteld en wordt beleid geformuleerd om dat ideaalbeeld te verwezenlijken. Daarbij spelen juist gemeentespecifieke aandachtspunten ter bescherming van dat stedelijk milieu een belangrijke rol; die vormen immers de rechtvaardiging voor bepaalde keuzes. Wij menen daarom dat (in de eerste plaats) gemeenten er verstandig aan doen om – kijkend naar de lokale situatie – het functioneren van het stedelijk milieu te monitoren en op basis daarvan bepaalde keuzes te maken. Als die keuzes vervolgens tot een brancheringsregeling leiden, dan is onze verwachting dat de onderbouwing daarvoor eenvoudiger de toets aan de Dienstenrichtlijn zal doorstaan. Het is immers van belang dat de doelstellingen nauw-

35. ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964 en ECLI:NL:RVS:2019:965.

36. HvJ EU 23 december 2015, zaak C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 (*Scotch Whisky Association e.a.*), punt 55.

37. Dit is overigens geen nieuwe discussie, zie bijv. J. Gerards, *Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

38. Dit kan anders zijn als het gaat om bestraffende sancties die gevolgen hebben voor de uitoefening van verkeersvrijheden (zie HvJ EG 7 juni 2007, zaak C-156/04, ECLI:EU:C:2007:316 (*Commissie/Griekenland*)).

keurig worden gekozen, omdat dit de maatstaf is voor de vraag of de maatregel geschikt is om dit doel te bereiken.

5 Dienstenrichtlijn onder de Omgevingswet

Op dit moment is beoogd om de Omgevingswet per 1 januari 2021 in werking te laten treden. Op dat moment verandert het systeem van het bedrijven van ruimtelijke ordening. Onder de Omgevingswet dient te worden voorzien in een goede fysieke leefomgeving, welk adagium een meer integrale aanpak van beleidsthema's vergt. De vraag is of, en zo ja, welke wijzigingen de Omgevingswet teweegbrengt voor de toets aan de Dienstenrichtlijn. Wij voorzien twee wezenlijke verschillen ten opzichte van het huidige systeem:

1. Toets Dienstenrichtlijn verschuift van plan naar vergunning

Onder de Omgevingswet komt het primaat te liggen bij het omgevingsplan. Dat betekent dat gemeenten primair aan zet zijn met het stellen van kaders waarbinnen ontwikkelingen kunnen plaatsvinden. Tegelijkertijd vormen die kaders niet meer dan een uitnodiging om met concrete plannen te komen. Waar ons huidige stelsel onder de Wet ruimtelijke ordening (Wro) uitgaat van toelatingsplanologie, bieden de kaders in de toekomst veel meer flexibiliteit. Zolang die kaders een beperking in de vrije vestiging van diensten met zich brengen, zal een toets aan de Dienstenrichtlijn uiteraard moeten blijven plaatsvinden. Vanwege de beoogde globaliteit en flexibiliteit van de kaders in een omgevingsplan rijst echter de vraag of in dezelfde mate als nu het geval is brancheringsregelingen zullen worden opgenomen in het omgevingsplan. Niet ondenkbaar is dat de toets aan de Dienstenrichtlijn veel meer dan nu zal plaatsvinden in het kader van de concrete aanvraag om een omgevingsvergunning (zogenoemde omgevingsplanactiviteit). Onder die omstandigheid neemt het belang van een coherent pakket aan maatregelen voor het bereiken van een bepaald doel, zoals hierboven besproken, toe. Onderbouwd zal moeten worden dat iedere afzonderlijke beperking – in de vorm van bijvoorbeeld een weigering van een omgevingsvergunning – dan bijdraagt aan het doel dat wordt vastgesteld.

2. Goede fysieke leefomgeving biedt ruimere rechtvaardigingsmogelijkheden voor branchering

In de tweede plaats geldt dat onder de Omgevingswet een goede ruimtelijke ordening niet langer het criterium vormt. Plannen en projecten moeten voorzien in een goede fysieke leefomgeving. Dat betekent dat zaken zoals gezondheid, klimaatadaptatie en milieu ook een rol kunnen gaan spelen in de integrale afweging over de vormgeving van het stedelijk milieu. Gezondheid en milieu kunnen op zichzelf dwingende redenen van algemeen belang

vormen die branchering rechtvaardigen, wel geldt in dat geval dat de maatregel in dat licht moet worden beoordeeld. Hierboven gaven wij reeds aan dat wij een rol weggelegd zien voor gemeenten om het functioneren van het stedelijk milieu te monitoren en aan de hand daarvan beleidsmatige keuzes te maken. Met de verbrede reikwijdte van de Omgevingswet kunnen die keuzes vanuit andere invalshoeken worden ingestoken dan puur vanuit de goede ruimtelijke ordening.

Ter illustratie denken wij aan de situatie dat een brancheringsregeling voor dagelijkse goederen in het centrumgebied voortkomt uit een wens om zo veel mogelijk inwoners uit oogpunt van gezondheid uit de auto te krijgen en in plaats daarvan op de fiets of lopend. Voor een vergroting van de slagingskans van dat beleidsdoel is dan wel van belang om ervoor te zorgen dat de dagelijkse boodschappen gedaan kunnen worden op fiets- of loopafstand. Dit zou dan dus de rechtvaardiging voor die brancheringsregeling kunnen vormen.

Wij kunnen ons voorstellen dat met de bestemmingsplannen verbrede reikwijdte, die op dit moment al in de maak zijn of zijn aangemeld op grond van art. 7c van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet, geëxperimenteerd wordt met een dergelijke insteek van de toets aan de Dienstenrichtlijn.

6 Conclusie

De jurisprudentie die zich inmiddels heeft gevormd, maakt duidelijk dat een verzwaarde motiveringsplicht geldt bij het ordenen van functies die een dienst vormen in de zin van de Dienstenrichtlijn. Op basis van jurisprudentie kan de beoordeling van de criteria uit de Dienstenrichtlijn waaraan moet worden voldaan om de toets te doorstaan, schematisch worden weergegeven. Het verdient aanbeveling om het volgende schema te volgen:

1. Een brancheringsregel mag niet discrimineren.
2. Een brancheringsregeling moet noodzakelijk zijn om een dwingende reden van algemeen belang, zoals een goede ruimtelijke ordening.
3. Een brancheringsregel moet evenredig zijn, waarbij de volgende subcriteria van belang zijn:
 - geschikt;
 - coherent en systematisch;
 - effectief om nagestreefde doel te bereiken;
 - niet verder dan nodig: geen andere minder beperkende maatregelen.

Daarmee is niet gezegd dat het altijd makkelijk zal zijn om te beargumenteren dat aan alle criteria wordt voldaan. Zo mogelijk zal de brancheringsregeling dan ook moeten worden onderbouwd met actuele gegevens, rapporten en analyses. Het strekt eveneens tot aanbeveling om in de toets lokale omstandigheden zo veel mogelijk een plek te geven. De rechtvaardiging voor een beper-

king van de vrijheid van het vestigen van detailhandel zal veelal zijn gelegen in specifieke omstandigheden. Dit brengt ons inziens met zich dat brancheringsregelingen niet langer als een doel op zich kunnen worden gezien, maar als resultante van een beleidsmatige keuze tot behoud of versterking van het stedelijk leefmilieu. Met die insteek vormt de Dienstenrichtlijn een hulpmiddel bij het maken van die beleidsmatige keuze en zeker geen showstopper!