

VU Research Portal

Europese kaders voor reguleren van detailhandel

Botman, Marleen

published in

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Botman, M. (2019). Europese kaders voor reguleren van detailhandel: De hypothese van Jan getoetst. In P. Huisman, R. Neerhof, & F. van Ommeren (Eds.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap: Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma* (pp. 253-263). Stichting Instituut voor Bouwrecht.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap

Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma

Onder redactie van:
mr. dr. P.J. (Pim) Huisman
prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof
prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren

Eerste druk



's-Gravenhage - 2019

Europese kaders voor het reguleren van detailhandel

De hypothese van Jan getoetst

Mr. dr. M.R. (Marleen) Botman

1 Inleiding

Zeer goede herinneringen heb ik aan de colleges die ik als student bij Jan volgde en aan onze samenwerking in de jaren dat ik op de VU werkzaam was. Dankbaar ben ik Jan voor zijn inzichten, weerspiegelingen en analyses die hij met mij deelde tijdens de lunch of de koffie. Onze gesprekken wisselden van dagelijkse besommingen tot nieuwe inzichten op het recht en het geven van onderwijs. Jan kenmerkt zich door een brede interesse en kan zich vastbijten in het doorgronden van een nieuwe materie of cijfermatige analyse. Een mooi voorbeeld is ‘*Het geschil als spel*’ waarin hij de wetenschappelijke empirische cyclus modelleert voor de rechtswetenschap. De cyclus bestaat uit vijf fasen: (1) Observatie (2) Inductie: het formuleren van hypothesen (3) Deductie: het poneren van een toetsbare voorspelling (4) Toetsing van de hypothesen aan de voorspelling en tot slot (5) Evaluatie: de evaluatie van de uitkomsten van de toetsing. In deze bedrage gebruik ik deze cyclus om de visie van Jan op de invloed van het Europese recht op de ruimtelijke ordening onder de loep te nemen. Dit onderwerp is niet alleen het punt waarop onze expertisegebieden elkaar kruisen¹, maar is bovendien zeer actueel.²

De observatie en hypothese van Jan

Over de invloed van de Europese regels over de interne markt op de ruimtelijke ordening is Jan enigszins sceptisch; voor de regulering van detailhandel is uitsluitend van belang of sprake is van een goede ruimtelijke ordening. Dit kan (of: mag) niet worden geraakt door het Unierecht. Je zou dus kunnen zeggen dat de hypothese van Jan is: de Europese economische vrijheden kunnen geen invloed hebben op de ruimtelijke ordening in Nederland. Als deze hypothese wordt gevolgd, zou dit betekenen dat het Unierecht geen invloed heeft op het bepalen van de locatie, de omvang of het maximum aantal hotels, supermarkten, strandtenten, fietswinkels, windmolens of b&b's.

1 Zie E. Steyger, J. Struiksma en M.R. Botman, *Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn*, 30 maart 2015, rapport in opdracht van het Minister van Infrastructuur en Milieu.

2 Deze bijdrage is afgesloten op 31 maart 2019. Een bewerkte versie van deze bijdrage is verschenen in *Tijdschrift voor Omgevingsrecht*: M.R. Botman en D.S.P. Roelands-Fransen, 'De uitwerking van de Dienstenrichtlijn in het Nederlandse stelsel van ruimtelijke ordening', *TO* 2019/2.

De hypothese van Jan getoetst

In deze bijdrage toets ik deze hypothese aan de hand van het veelbesproken arrest van het Hof van Justitie op 30 januari 2018 in de zaak *Appingedam* en de nationale rechtspraak volgend op dit arrest. Het gaat om ongeveer vijftien uitspraken. Is het juist dat de economische vrijheden geen invloed kunnen hebben op de nationale ruimtelijke ordening? De beantwoording spits ik toe op de vrijheid van vestiging en de Europese Dienstenrichtlijn 2006/123/EG, omdat de regulering van detailhandel hier het meest - doch niet uitsluitend - tot uitdrukking komt.³

Hieronder volgt eerst een korte introductie van de vrijheid van vestiging, de Dienstenrichtlijn en de zaak *Appingedam* in relatie tot ruimtelijke voorschriften. Vervolgens analyseer ik de rechtspraak die in Nederland na dit arrest is geweest. Tot slot volgt de evaluatie van de hypothese.

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 artikel 49 van het Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en geeft aan bedrijven en Unieburgers het recht om zich in een andere lidstaat te vestigen.⁴ 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.⁵ 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.⁶ De gedachte dat een dergelijke regeling is onttrokken aan de regels van het vrij verkeer omdat het hier gaat om ruimtelijke ordening en niet om economische ordening, gaat dus niet op.

3 Andere economische vrijheden zijn de vrijheid van dienstverlening (56 VWEU), vrij verkeer van kapitaal (63 VWEU) en het vrij verkeer van goederen (28-29 VWEU).

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

5 Het fundament voor deze vaste rechtspraak is gelegd in het arrest in de zaak C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, (Gebhard).

6 C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje).

2.2 De Dienstenrichtlijn

Vallen ruimtelijke voorschriften onder de Dienstenrichtlijn?

In de Europese Dienstenrichtlijn zijn de voorwaarden voor nationale vestigingseisen nader geconcretiseerd en gespecificeerd.⁷ 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 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.⁸ Deze lijn van de Afdeling sluit in feite naadloos aan bij de visie en hypothese van Jan.

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.⁹ 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.¹⁰ De Grote Kamer van Hof oordeelde dat de richtlijn wel degelijk van toepassing is op (ruimtelijke) voorschriften die regelen in welke geografische zones detailhandel zich kan vestigen, ook al zijn zij gericht op het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum. Dergelijke voorschriften richten zich op 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 bevolkings spreiding 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 wor-

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

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

9 C-360/16 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Appingedam/Visser Vastgoed B.V. en Amersfoort/X BV*).

10 Zie hierover de verschillende bijdragen in het *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018/1.

den in de rechtspraak van het Hof wel territoriale of kwantitatieve eisen genoemd. In *Attanasio*¹¹ werd de opening van nieuwe tankstations langs autowegen bijvoorbeeld afhankelijk gesteld van de naleving van minimumafstanden tot andere, reeds bestaande, stations. In de zaak *Itevelesa*¹² 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.¹³

Kwantitatieve en territoriale beperkingen maken ook een belangrijk onderdeel uit van de Dienstenrichtlijn; artikel 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 artikel 15 Dienstenrichtlijn, met als gevolg dat de regeling aan de in dit artikel opgenomen voorwaarden moet worden getoetst (zie paragraaf 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. 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 artikel 15 aangemerkt.¹⁴ In de zaak *Forepark* betrof het de provinciale Verordening ruimte van de provincie Zuid-Holland op grond waarvan de mogelijkheden voor de vestiging van (perifere) detailhandel werden beperkt.¹⁵ De rechtbank Amsterdam merkte de mogelijkheid tot een binnenplanse afwijkingmogelijkheid voor het vergroten van één supermarkt tot 1000m² aan als kwantitatieve beperking in de zin van artikel 15.¹⁶ In de zaak *Maastricht* ging het om beperking van de omvang van het nevenassortiment van een detailhandelsbedrijf in automaterialen.¹⁷

11 C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133 (*Attanasio*).

12 C-168/14, ECLI:EU:C:2015:685 (*Grupo Itevelesa*).

13 C-570/07 en C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (*Perez en Gomez*).

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

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

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

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

2.5 Ook 'bagatelperking' 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 vrijetijdskleding en in elektrische fietsen.¹⁸ De gemeenteraad betoogde dat hier sprake was van een 'bagatelperking' die hierdoor niet onder de Dienstenrichtlijn viel; 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; artikel 15 ziet niet alleen op de toegang tot de activiteiten zelf, maar ook tot de uitoefening daarvan. Onder deze bepaling vallen dus niet allen 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 artikel 15 Dienstenrichtlijn worden getoetst.

2.6 Wanneer is een ruimtelijk voorschrift aan het Unierecht onttrokken?

Het voorgaande laat onverlet dat niet alle ruimtelijke voorschriften als belemmering kunnen worden aangemerkt. De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland¹⁹ 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 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 artikel 15 van de Dienstenrichtlijn en 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. 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 beoogd 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 niet ziet specifiek op verhuurders richt, maar gericht is tot een ieder die

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

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

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 zij 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 brancheringssystemen. 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 artikel 49 VWEU te worden getoetst. Overigens komen deze 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.

Voor zover ruimtelijke voorschriften zich niet specifiek richten op ondernemingen, zijn zij evenwel aan de economische vrijheden onttrokken. Het stellen van algemene ruimtelijke voorschriften wordt derhalve - in lijn met de hypothese van Jan - niet geraakt door deze vrijheden.

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 deze 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) noodzakelijk zijn om een dwingende reden van algemeen belang, (3) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (4) evenredig zijn, dat wil zeggen dat de eis niet verder gaat dan nodig is om het doel te bereiken en dat doel niet met een andere, minder beperkende, maatregel kan worden bereikt. Deze voorwaarden zijn ook neergelegd in artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn.²⁰ Artikel 15 van de Dienstenrichtlijn is bij de

²⁰ De codificatie van de rechtspraak strookt niet volledig met de rechtspraak. In het arrest *CMRVO* heeft het Hof evenwel duidelijk gemaakt dat het niettemin gaat om dezelfde voorwaarden als bedoeld in de rechtspraak (HvJ EU 1 maart 2018, C-297/16, ECLI:EU:C:2018:141).

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 laat ik hier onbesproken. De overige voorwaarden bespreek ik hieronder afzonderlijk. 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 dat de doelstellingen van ruimtelijke ordening een dwingende reden 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 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 en het behoud van een voldoende voorzieningenniveau voor de inwoners van de gemeente. Daarbij kan van belang zijn dat sprake is van ligging in of nabij een krimpregio.²¹ Ook het bewerkstelligen van een grotere diversiteit in het aanbod aan winkels en het tegengaan van een monocultuur kan strekken tot bescherming van het stedelijk milieu.²²

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 omgaat is dat kan worden vastgesteld dat sprake is van ruimtelijke motieven en niet van economische motieven.²³ Bescherming van bestaande bedrijven kan nimmer een reden vormen een om een beperking te rechtvaardigen. Op dit punt vallen het Unierecht en het ruimtelijke ordeningsrecht overigens samen; ook daar zijn economische motieven uit den boze.

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).²⁴ In de tweede plaats is vereist dat de regeling effectief de doelen bereikt.

Het blijkt niet eenvoudig om aan deze twee voorwaarden 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 voldaan. Een voorbeeld waarin het consistentievereiste wordt toegepast, is de eerdergenoemde uitspraak van de Afdeling van 27 maart 2019 betreffende Verordening ruimte 2013 van de provincie Zuid-Holland.²⁵ Op grond van deze verordening was slechts de verkoop van bepaalde limitatief opgesomde goede-

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

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

23 Zie ook: artikel 1.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening.

24 Bijvoorbeeld C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer Handelsgesellschaft mbH) en C-341/08 ECLI:EU:C:2010:4 (Domnica Petersen).

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

ren 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 surfplanken en piano's in de periferie toe, terwijl kajaks en orgels in bestaande centra mochten worden aangeboden, zonder dat inzichtelijk was dat de verkoop van laatstgenoemde goederen een wezenlijk ander effect op de stadscentra zou hebben dan de verkoop van de eerstgenoemde goederen. De betreffende bepaling diende dan ook integraal buiten toepassing te worden gelaten volgens strijd met artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn.

Bewijslast ligt op regulerende overheid

In het kader van het vereiste van effectiviteit verdient de bewijslast bijzondere aandacht. Het is, aldus de Afdeling, aan de regulerende overheid om de ingenomen stelling over de effectiviteit van de maatregel te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens.²⁶ In *Appingedam* en een drietal uitspraken op 19 december 2018 heeft de Afdeling richting gegeven over de vroeg hoe dit moet worden geconcretiseerd. In deze zaken oordeelt de Afdeling dat sprake dient te zijn van een analyse van de geschiktheid van de maatregel en van specifieke gegevens ter onderbouwing van het betoog over de geschiktheid van de getroffen maatregel. Het is niet voldoende dat het bestuur zich ter onderbouwing van een brancheringsregeling alleen op algemene ervaringsregels beroept. Het bestuur 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 kan onderzoek naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau, of gegevens ontleend aan koopstromenonderzoek, 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 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 International Bike Groep een omgevingsvergunning was geweigerd.²⁷ International Bike Group betoogde in beroep dat de planregel die uitsluitend perifere detailhandel toeliet in strijd was met artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn. Het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan was echter onherroepelijk. In een dergelijke situatie ligt het volgens de Afdeling op de weg van de onderneming om nader te onderbouwen waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn. De enkele stelling dat het bestuursorgaan onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel geschikt zijn om het beoogde doel te bewerkstelligen, volstaat niet.

26 De Afdeling baseert zich daarbij met name op de arresten in de zaak C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje), en de zaak C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776 (Deutsche Parkinson Vereinigung).

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

Voor ondernemingen is het dus zaak om tijdig tegen het bestemmingsplan op te komen en bovendien voldoende concreet aan te voeren op welke punten de weigering van een omgevingsvergunning in strijd is met de Dienstenrichtlijn.

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.²⁸

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.²⁹

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 be-

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

29 De Afdeling verwijst hiertoe naar het arrest van het Hof van 13 juni 2018, Deutscher Naturschutzring, ECLI:EU:C:2018:433, punt 49.

oordelen 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 hiervan 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 richtinggevende uitspraken van de Afdeling op 19 december 2018. Het ligt in de lijn der verwachting dat dit op korte termijn gestroomlijnd zal worden.

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

Een derde en 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 zijn gegevens om te beoordelen of is voldaan aan de evenredigheidstoets.

De bewijslast is, zo volgt ook uit het arrest *The Scotch Whisky Association e.a.*³⁰, 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.

Een interessant punt is de verhouding van de evenredigheidstoets in het kader van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn ten opzichte van artikel 3:4, lid 2, Awb en het vereiste

30 C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845, (Scotch Whisky Association), punt 55.

van evenwichtigheid, oftewel de afweging van de aan individuele rechten veroorzaakte schade en de daartegenover staande voordelen in het algemeen belang. Deze toets is 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 artikel 3:4, tweede lid, van de 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.

De beoordeling in het kader van artikel 3:4 lid 2 Awb lijkt dus ruimer dan de toets in het licht van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn. Andersom: het Unierecht biedt ruimte voor de nationale evenredigheidsbeginsel, dat aldus een aanvullende werking heeft op de evenredigheidsbeginsel in het licht van het vrij verkeer.

4 Evaluatie: De hypothese van Jan getoetst

In deze bijdrage is de hypothese van Jan dat de regels van de interne markt niet van invloed zijn op het ruimtelijke ordeningsrecht, getoetst aan de hand van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Appingedam* en nationale rechtspraak van na dit arrest. Hoe dient deze hypothese te worden geëvalueerd?

De analyse maakt duidelijk dat de blote hypothese dat de regels op de interne markt niet van invloed zijn op het ruimtelijke ordeningsrecht, als zodanig niet juist is. Uit *Appingedam* en de nationale rechtspraak volgt dat de mogelijkheid om vestiging van detailhandel te reguleren aan Europese grenzen is gebonden. Bij het vaststellen van ruimtelijke voorschriften dienen deze kaders in acht te worden genomen. De Dienstenrichtlijn 2006/123/EG vormt daarbij een belangrijke pijler.

Daar staat tegenover dat algemene ruimtelijke voorschriften die niet (specifiek) gericht zijn op regulering van economische activiteiten, onttrokken zijn aan de economische vrijheden en hierdoor dus niet worden geraakt. Ook laat het Unierecht de lidstaten betrekkelijk vrij in de wijze waarop zij de ruimtelijke omgeving vormgeven. Daarnaast is van belang dat als de regulering van vestiging daadwerkelijk is ingegeven door ruimtelijke motieven, dit geoorloofd kan zijn. De crux zit hem vooral in de vraag of kan worden bewezen of het betrokken voorschrift - al dan niet als onderdeel van een pakket aan maatregelen - doet wat het belooft: bijdragen aan een goede ruimtelijke ordening. Als hieraan is voldaan raakt het Unierecht de kern van het ruimtelijke ordeningsrecht niet. Vanuit dit meer genuanceerde perspectief, is de hypothese van Jan juist.