



HANDREIKING

**DIENSTENRICHTLIJN
EN RUIMTELIJKE ORDENING**

2019

Deze handreiking wordt u aangeboden door:
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Ministerie van Economische zaken en Klimaat

10 oktober 2019

Online publicatie beschikbaar via www.infomil.nl/dienstenrichtlijn

Handreiking Dienstenrichtlijn en ruimtelijke ordening

Inhoud

Voorwoord 3

HOOFDSTUK 1	De Dienstenrichtlijn, ruimtelijke ordening en detailhandelsbeleid 5
1.1	Achtergrond en doelstelling Dienstenrichtlijn 5
1.2	Het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht en het detailhandelsbeleid 9
1.3	De invloed van het Arrest Appingedam/Visser Vastgoed Beleggingen BV 14
HOOFDSTUK 2	De toetsing van ruimtelijke voorschriften aan de Dienstenrichtlijn 17
2.1	Inleiding 17
2.2	Welke ruimtelijke voorschriften? 18
2.3	Toetsing aan artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn 21
HOOFDSTUK 3	Risico-inventarisatie Dienstenrichtlijn en bestemmingsplannen 29
3.1	Inleiding 29
3.2	Stappenplan risico-inventarisatie 29
3.3	Acties naar aanleiding van de inventarisatie 30
HOOFDSTUK 4	Dienstenrichtlijn en ruimtelijke voorschriften: hoe pakken we dat aan? 33
4.1	Inleiding 33
4.2	Het vereiste van noodzakelijkheid 33
4.3	Het vereiste van evenredigheid 34
4.4	Een plan van aanpak voor de onderbouwing 35
HOOFDSTUK 5	De rol van de provincie 45
5.1	Inleiding 45
5.2	De rol van provincies bij ruimtelijk detailhandelsbeleid 45
5.3	De invloed van de Dienstenrichtlijn op provinciaal detailhandelsbeleid 46
5.4	Provinciale beperkingen en de Dienstenrichtlijn: hoe pakken we dat aan? 47
5.5	Provincies kunnen gemeenten ondersteunen bij rechtvaardiging detailhandelsbeleid 49
HOOFDSTUK 6	Wat verandert er met de komst van de Omgevingswet? 51
BIJLAGE 1	Overzicht relevante rechtspraak 53
BIJLAGE 2	Begrippenlijst 54
BIJLAGE 3	Vraag en antwoord – veelgestelde vragen over de Dienstenrichtlijn 56

Voorwoord

Overheden in Nederland voeren beleid over de vestiging van detailhandel dat doorwerkt in ruimtelijke voorschriften. Zo kunnen ruimtelijke voorschriften de mogelijkheden van dienstverrichters beperken om zich te vestigen en/of hun activiteiten te verrichten. Daarmee ontstaat spanning tussen de ruimtelijke ordening en de op Europees niveau vastgestelde regels inzake het vrij verkeer van diensten en/of de vrijheid van vestiging, meer in het bijzonder de normen van de Dienstenrichtlijn. In de afgelopen jaren heeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU, in het bijzonder het arrest over het geschil tussen Appingedam en Visser Vastgoed Beleggingen BV,¹ en de daarop volgende rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, duidelijkheid gecreëerd over de eisen die de Dienstenrichtlijn stelt aan dergelijke ruimtelijke voorschriften. Dit is de belangrijkste reden om deze handreiking op te stellen. Daarbij ligt de nadruk op de wijze waarop ruimtelijke voorschriften aan de Dienstenrichtlijn moeten worden getoetst.

Deze handreiking biedt inzicht in de achtergrond en de doelstelling van de Dienstenrichtlijn, het Nederlandse detailhandelsvestigingsbeleid en tevens in de omgevingsrechtelijke kaders waarin ruimtelijke voorschriften zullen moeten worden getoetst aan de Europeesrechtelijke voorwaarden. Daarbij speelt een weergave van de rechtspraak een grote rol, onder meer omdat daarmee voor overheden inzichtelijk kan worden welke risico's kleven aan het stellen van ruimtelijke voorschriften over economische activiteiten (diensten) in het licht van de Dienstenrichtlijn.

Velen leverden een bijdrage aan de totstandkoming van deze handreiking. [Rho adviseurs](#), [Bureau Stedelijke Planning](#), [Locatus](#) en [Droogh Trommelen en Partners](#) werkten samen met het [Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties](#), het [Ministerie van Economische Zaken en Klimaat](#), het [IPO](#), de [VNG](#), de [Retailagenda](#), [Stichting detailhandelsfonds](#) en [Europa Decentraal](#). Aan allen die hebben bijgedragen, is dank verschuldigd.

Het is de bedoeling van de opstellers van de handreiking dat deze, zo goed als dat gaat, up-to-date blijft. Suggesties en opmerkingen zijn daarom welkom. Wij ontvangen deze graag via dienstenrichtlijn@minbzk.nl.

1 HvJ EU 30 januari 2018, gevoegde zaken C-360/16 en C-31/16, [ECLI:EU:C:2018:44](#) (Appingedam/Visser Vastgoed Beleggingen BV en Amersfoort/ X BV).



1

De Dienstenrichtlijn, ruimtelijke ordening en detailhandelsbeleid

De in 2006 vastgestelde [Dienstenrichtlijn](#) was lange tijd niet direct relevant voor het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht. Daarin is nadrukkelijk verandering gekomen door recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU over de interpretatie van de bepalingen van de Dienstenrichtlijn. In dit inleidende hoofdstuk komen de achtergrond en de doelstelling van deze richtlijn kort aan de orde (par. 1.1) en wordt beschreven op welke wijze de komst van de Dienstenrichtlijn aanvankelijk nauwelijks leidde tot aanpassing van wet- en regelgeving op het terrein van de ruimtelijke ordening (par. 1.2). Vervolgens zal de impact van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU besproken worden (par. 1.3). Hoofdstuk 2 gaat specifiek in op de beoordeling van ruimtelijke regels in verband met de normstelling in de Dienstenrichtlijn.

1.1 Achtergrond en doelstelling Dienstenrichtlijn

In het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wordt de interne Europese markt beschreven als een ruimte zonder binnengrenzen, waarin vrij verkeer van kapitaal, personen, goederen en diensten is gewaarborgd. Vrije vestiging van dienstenactiviteiten zonder beperkingen is een belangrijke component van het streven naar de interne markt. Om de werking van die interne markt – en de concurrentie – te bevorderen, zijn meerdere Europese richtlijnen uitgebracht. De ‘Richtlijn betreffende diensten op de interne markt’, de Dienstenrichtlijn, is er daar één van en is onder andere van belang voor de vrijheid van vestiging, die is verankerd in [artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de EU](#). De Dienstenrichtlijn (Drl) dateert van 28 december 2006 ([2006/123/EG](#)) en moest binnen 3 jaar zijn geïmplementeerd. In Nederland is de Dienstenrichtlijn omgezet door de introductie van de [Dienstenwet](#).

De Dienstenrichtlijn neemt als uitgangspunt dat diensten een bijzonder belangrijke economische sector zijn. In de meeste lidstaten zijn diensten goed voor ongeveer 70% van het Bruto Nationaal Product en de werkgelegenheid. Concurrentie op de Europese dienstenmarkt wordt beschouwd als een belangrijke voorwaarde voor het bevorderen van de groei van de economie en de werkgelegenheid. De Dienstenrichtlijn geeft juridische kaders om die concurrentie te bevorderen en om belemmeringen voor een vrij dienstenverkeer tussen de lidstaten weg te nemen.

DOEL

Het doel van de Dienstenrichtlijn is om belemmerende regelgeving, administratieve lasten en hoge kosten voor dienstverleners weg te nemen of te verminderen. Als onderdeel daarvan bevat de Dienstenrichtlijn regels die van toepassing zijn op overheden bij het formuleren van eisen en het vormgeven van vergunningsstelsels die van invloed zijn op de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit.

BREDE REIKWIJDE

Voor ieder algemeen verbindend voorschrift, beleidsregel of vergunningstelsel dient te worden nagegaan of deze betrekking heeft op de toegang tot of de uitoefening van een dienst die onder de Dienstenrichtlijn valt.

De essentie van de Dienstenrichtlijn is vooral het waarborgen van een vrij verkeer van diensten tussen de Europese Lidstaten en vrije vestiging van diensten van de ene in de andere lidstaat. Bouwondernemingen, organisatoren van evenementen, horeca-exploitanten en vele andere dienstverleners kunnen door de Dienstenrichtlijn gemakkelijker dan voorheen overal in de EU aan de slag om hun diensten over de grens aan te bieden of zich daar te vestigen. Voorheen was het voor hen ingewikkeld en omslachtig om in Nederland of in andere EU-lidstaten hun diensten te kunnen verrichten. In beginsel is de Dienstenrichtlijn van toepassing op alle diensten die daarvan niet uitdrukkelijk zijn uitgesloten. De dienstenactiviteiten waar de richtlijn betrekking op heeft, vormen een diverse en voortdurend veranderende verzameling van activiteiten die zowel zakelijke diensten als consumentendiensten betreffen. De nationale regels die invloed hebben op de toegang tot en het uitoefenen van deze diensten moeten voldoen aan de Dienstenrichtlijn.

Conformiteit met de Dienstenrichtlijn is geen eenmalige inzet, maar vereist dat gemeenten en provincies (en overige overheidslichamen) zich constant bewust zijn van de eisen die de Dienstenrichtlijn stelt aan regulering van dienstverlening. Tegelijkertijd is de interpretatie van de Dienstenrichtlijn aan verandering onderhevig. Het Hof van Justitie heeft de afgelopen tien jaar regelmatig uitspraken gedaan over de toepassing van de dienstenrichtlijn, soms met verrassende conclusies tot gevolg, zoals in het geschil over het bestemmingsplan 'Stad Appingedam'.

Voor ieder algemeen verbindend voorschrift, beleidsregel of vergunningstelsel dient te worden nagegaan of deze betrekking heeft op de toegang tot of de uitoefening van een dienst die onder de Dienstenrichtlijn valt. Dat zal snel het geval zijn, omdat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op alle diensten van dienstverrichters (natuurlijke personen of rechtspersonen) die in een lidstaat zijn gevestigd, tenzij deze zijn uitgezonderd van de richtlijn in een limitatieve opsomming.¹ Het begrip 'dienst' is breed en omvat elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Dat betekent kort gezegd dat de Dienstenrichtlijn een enorm brede reikwijdte heeft.² Zo is al geruime tijd duidelijk dat de regering ervan uit gaat dat eisen in ruimtelijke voorschriften, zoals in bestemmingsplannen, die zien op de toegang tot of uitoefening van dienstverlening, zoals eisen

- 1 Zie art. 2 lid 1 Dienstenrichtlijn, waarin worden vermeld niet-economische diensten van algemeen belang, financiële diensten (zoals bankdiensten, kredietverstrekking, verzekeringen, pensioenen etc.), elektronische communicatiediensten, diensten op het gebied van vervoer, diensten van uitzendbedrijven, diensten van gezondheidszorg, audiovisuele diensten, gokactiviteiten, activiteiten in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag (politie, brandweer etc.), sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in nood, particuliere beveiligingsdiensten en de diensten van notarissen en deurwaarders.
- 2 Zie o.a. de niet-limitatieve opsomming in overweging 33 van de richtlijn.

met betrekking tot horeca, terrasvergunningen etc., beoordeeld moeten worden in het licht van de Dienstenrichtlijn. Wat houdt dat in?

De bepalingen van hoofdstuk III (de artikelen 9 tot en met 15) van de Dienstenrichtlijn zijn van toepassing op de vestiging en niet op grensoverschrijdende dienstverrichting, want daarover gaat hoofdstuk IV van de Dienstenrichtlijn. Hoofdstuk III betreft het vestigen van een dienstverrichter, waarbij het niet uitmaakt of deze een nieuw bedrijf wil oprichten of dat een bestaand bedrijf een nieuwe vestiging wil openen of uitbreiden. Evenmin is relevant of de dienstverrichter uit een andere EU-lidstaat komt of dat een Nederlandse dienstverrichter zich in Nederland wil vestigen. De Dienstenrichtlijn stelt in Hoofdstuk III randvoorwaarden aan zowel 'eisen' als aan 'vergunningstelsels'. Dat betekent dat alle eisen en vergunningstelsels moeten voldoen aan de bepalingen uit de richtlijn. Aan de begrippen 'eis' en 'vergunningstelsel' wordt een ruime interpretatie gegeven. Duidelijk is evenwel dat ruimtelijke voorschriften in de vorm van een bestemmingsplan (of een provinciale verordening) moeten worden beschouwd als 'eisen' in de zin van artikel 4, aanhef en onder 7 en art. 14, aanhef en onder 5 Dienstenrichtlijn. Planregels kunnen niet worden gekwalificeerd als een 'vergunningstelsel' als bedoeld in artikel 4, aanhef en onder 6 en artikel 9 en 10 Dienstenrichtlijn. Aangenomen wordt dat de omgevingsvergunning voor gebruiken van gronden of bouwwerken in afwijking van het bestemmingsplan (art. 2.1 lid 1 onder c van de [Wet algemene bepalingen omgevingsrecht](#)) evenmin te beschouwen is als vergunning



in de zin van de Dienstenrichtlijn, omdat met dat vergunningstelsel niet is bedoeld om een beslissing te nemen over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit (waar art. 4, aanhef en onder 6 jo. art. 14, aanhef en onder 5 Dienstenrichtlijn op ziet).

Het begrip ‘eis’ omvat in ieder geval algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.³ Elk algemeen verbindend voorschrift en elke beleidsregel kan de uitoefening van of de toegang tot een dienstenactiviteit beperken. Daarom stelt de Dienstenrichtlijn voorwaarden aan de eisen die overheden kunnen stellen aan de vestiging van dienstverleners. In artikel 14 van de Dienstenrichtlijn is een lijst opgenomen met eisen die lidstaten absoluut niet mogen opleggen betreffende de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. Met name de onder 5 genoemde verboden eisen zijn relevant voor deze handreiking:

De toepassing per geval van economische criteria, waarbij de verlening van de vergunning afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of marktvraag bestaat, van een beoordeling van de mogelijke of feitelijke economische gevolgen van de activiteit of van een beoordeling van de geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instantie vastgestelde doelen van de economische planning; dit verbod heeft geen betrekking op planningseisen waarmee geen economische doelen worden nagestreefd, maar die voortkomen uit dwingende redenen van algemeen belang.

Naast de verboden eisen van artikel 14 kent de Dienstenrichtlijn een limitatieve opsomming van eisen die volgens artikel 15 van de richtlijn beoordeeld moeten worden. Voor deze handreiking is met name de onder a genoemde eis relevant:

Kwantitatieve of territoriale beperkingen, met name beperkingen op basis van de bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverleners.⁴

Dat betekent dat deze beperkingen in beginsel verboden zijn, maar dat ze gerechtvaardigd kunnen zijn, mits gemotiveerd wordt dat is voldaan aan de in artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn opgenomen voorwaarden. Dat houdt in dat dwingende redenen van algemeen belang een beperking van de beoogde vrijheid van vestiging kunnen rechtvaardigen. Tot de dwingende redenen van algemeen belang behoren onder meer de bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van de stedelijke en rurale ruimtelijke ordening (zie overweging 40 en artikel 4, aanhef en onder 8 van de Dienstenrichtlijn). Daarin kan dus recht-

3 Zie art. 4, aanhef en onder 7 Dienstenrichtlijn.

4 De in ruimtelijk voorschriften gebruikte brancheringsregels en oppervlaktecriteria moeten - sinds het arrest van het Hof van Justitie van de EU inzake Appingedam - als zodanige beperkingen worden beschouwd.

vaardiging worden gevonden voor het stellen van eisen en het opzetten van vergunningenstelsels. Aan een beroep op deze dwingende redenen van algemeen belang om een beperking te rechtvaardigen, zijn echter wel voorwaarden verbonden. Kort gezegd komen die erop neer dat beperkingen aan het vrij verkeer, zoals het stellen van bepaalde eisen of het instellen van een vergunningsstelsel, alleen gerechtvaardigd is als die voldoen aan:

- a het verbod van discriminatie.** De eisen mogen geen direct of indirect onderscheid maken naar nationaliteit of statutaire vestigingsplaats;
- b de voorwaarde van noodzakelijkheid.** De eisen moeten gerechtvaardigd zijn vanwege dwingende redenen van algemeen belang;
- c de voorwaarde van evenredigheid.** De eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefte doel te bereiken, ze mogen niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken en het doel kan niet met minder vergaande beperkingen bereikt worden.

Overheden dienen bepaalde maatregelen die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen conform artikel 15 lid 7 en artikel 39, lid 5 jo. artikel 16 Dienstenrichtlijn te notificeren. Sinds het arrest inzake Appingedam/Visser Vastgoed Beleggingen BV bestaat er onduidelijkheid over de exacte reikwijdte van de notificatieverplichting. Het kabinet is hierover in dialoog met de Europese Commissie. Het kabinet acht het notificeren van individuele bestemmingsplannen onwenselijk.

De Europese Commissie heeft in haar voorstel voor een specifieke Notificatierichtlijn (COM(2016) 821) wijzigingen voorgesteld ten aanzien van zowel het moment als de wijze waarop moet worden genotificeerd. Over de wenselijkheid van die door de Notificatierichtlijn voorgestelde wijzigingen bestaat in Brussel nog geen overeenstemming en hierover wordt nog overleg gevoerd tussen de lidstaten en de Europese Commissie. De richtlijn is dus niet vastgesteld.

1.2 Het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht en het detailhandelsbeleid

De voor de doelstellingen van de EU zo belangrijke vrije toegang tot en vrije uitoefening van diensten staat niet geheel los van het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht. Deze paragraaf behandelt niet alleen de vraag welke invloed de introductie van de Dienstenrichtlijn heeft gehad op dat rechtsgebied, maar schetst ook kort het detailhandelsbeleid van Nederlandse overheden en de wijze waarop die het ruimtelijk ordeningsrecht gebruiken om – op grond van ruimtelijk relevante argumenten – uitvoering te geven aan dat beleid.

1.2.1 Dienstenrichtlijn en Wet ruimtelijke ordening

Uitgangspunt van het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht, dat voornamelijk is neergelegd in de [Wet ruimtelijke ordening](#) (Wro) en aanverwante wetten, is dat de aan de overheid ten behoeve van de ruimtelijke ordening toegekende instrumenten worden gebruikt met het oog op een goede ruimtelijke ordening (vgl. art. 3.1 Wro). Dat uitgangspunt is door de regering bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn ook benadrukt door invoering van artikel 1.1.2 van het [Besluit ruimtelijke ordening](#) (Bro). Die bepaling stelt buiten twijfel dat aan het gebruik van de instrumenten uit de Wro (o.a. bestemmingsplannen, beheersverordeningen en (omgevings)vergunningen om af te wijken van het geldende ruimtelijke regime) steeds ruimtelijke ordeningsmotieven ten grondslag moeten liggen. Doel daarvan is zeker te stellen dat geen strijdigheid ontstaat met artikel 14, aanhef en onder 5 van de Dienstenrichtlijn, omdat uit artikel 1.1.2 Bro volgt dat de toegang tot en het uitoefenen van diensten niet primair afhankelijk kan worden gesteld van de toepassing per geval van economische criteria, bijvoorbeeld het vereiste dat wordt bewezen dat er een economische behoefte of een marktvraag is.

De door de Wro genormeerde instrumenten van ruimtelijke ordening, waaronder het bestemmingsplan, kunnen in Nederland dus niet primair worden gebruikt voor het nastreven van economische doelen, bijvoorbeeld het reguleren van concurrentieverhoudingen. Dat laat onverlet dat ruimtelijke voorschriften invloed (kunnen) hebben op economische activiteiten, zoals de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten. Artikel 3.2.1 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) benadrukt dat het stellen van regels over de branchering van detailhandel en horeca in bestemmingsplannen en andere ruimtelijke besluiten is toegestaan. Overheden kunnen in hun ruimtelijke voorschriften dus eisen stellen over de vestiging van bepaalde branches van detailhandel en horeca. Dergelijke eisen zullen echter steeds primair moeten worden onderbouwd en gemotiveerd aan de hand van overwegingen van ruimtelijke kwaliteit en kunnen niet louter gesteld worden om economische doelen na te streven. Met ruimtelijke voorschriften zullen overheden uitdrukking kunnen en willen geven aan hun detailhandels(vestigings)beleid.

1.2.2 Nederlands detailhandelsbeleid

Nederland kent al sinds 1973 een detailhandelsvestigingsbeleid, dat mede tot uitdrukking komt in de ruimtelijke ordening. Op basis van planologische en economische argumenten formuleerde de Rijksoverheid destijds regels om de vestiging van winkels buiten bestaande centrumgebieden zoveel mogelijk tegen te gaan. In het beleid voor perifere detailhandel – het zogenoemde PDV-beleid – werd vastgelegd dat alleen branches met een complementaire functie ten opzichte van de bestaande centrumgebieden zich daarbuiten mochten vestigen. Deze branches waren in eerste instantie beperkt tot de handel in brand- en explosiegevaarlijke stoffen, de handel als ondergeschikte nevenacti-



viteit van industrie of ambacht en de handel in volumineuze goederen zoals auto's, boten, caravans, landbouwwerktuigen en grove bouwmaterialen. In 1984 kwamen daar de grootschalige woonzaken, bouwmarkten en tuincentra bij. Vanaf 1993 werd het PDV-beleid aangevuld met beleidsregels voor Grootschalige detailhandel – het GDV-beleid – dat op specifieke locaties buiten bestaande centrumgebieden de vestiging mogelijk maakte van grootschalige units. Daarbij konden gemeenten in hun planologische documenten beperkingen aangeven, zoals een oppervlaktecriterium van (bijvoorbeeld) ten minste 1.500 m² bvo.

In 2004 werd het Rijksbeleid voor detailhandelsvestiging gedecentraliseerd naar provincies en gemeenten. Daarbij gaf het Rijk twee uitgangspunten mee: er moesten regionale detailhandelsvisies worden gemaakt en nieuwe vestigingslocaties voor detailhandel mochten niet ten koste gaan van bestaande detailhandelsstructuren in wijkwinkelcentra en binnensteden. De provincies hebben vervolgens via het Interprovinciaal Overleg (IPO) een aantal richtlijnen vastgelegd die merendeels een voortzetting inhielden van het voormalige Rijksbeleid. Deze IPO-richtlijnen

zijn door de provincies vertaald in een detailhandelsvestigingsbeleid voor het eigen grondgebied. In de afgelopen jaren is het winkelareaal buiten de zogenoemde centrumgebieden sterk toegenomen. De regelgeving voor vestigingsbeperkingen kwam regelmatig onder druk te staan. Toch hebben provincies zich ook teweergesteld tegen de ontwikkeling van grootschalige nieuwe centra, outletcentra en dergelijke; ze spelen daarmee een belangrijke rol zijn in het detailhandelsvestigingsbeleid.

Tegen deze achtergrond van een historisch ontwikkeld, decennia bestaand en overwegend breed gedragen regulering van detailhandelsvestigingen, zijn naast provincies ook de gemeenten gewend daarover in hun planologische documenten beleid te formuleren. Dat beleid is vervolgens vertaald in algemeen verbindende voorschriften in zowel provinciale verordeningen als bestemmingsplannen.

Bindende ruimtelijke voorschriften over detailhandel betreffen doorgaans vormen van brancheregulering (het uitsluiten of maximeren van branches) en nadere eisen aan de detailhandelsvestiging zelf (zoals een oppervlaktecriterium). De eisen hebben overwegend betrekking op detailhandelsvestigingen buiten de bestaande centrumgebieden, zoals locaties voor grootschalige detailhandel of themacentra. De argumentatie voor invoering van dergelijke ruimtelijke voorschriften ziet in het algemeen op de bescherming van de bestaande winkelstructuren, het behoud van de aantrekkelijkheid van centrumgebieden en het voorkomen van leegstand in die gebieden. Deze argumentatie wordt veelal in algemene zin geformuleerd en moet ingevolge de Wet ruimtelijke ordening (ook) zijn gebaseerd op overwegingen van ruimtelijke kwaliteit.

1.2.3 Ruimtelijke ordening: branchebeperkingen en oppervlaktecriteria in de oude situatie

Zowel regels over de toelaatbaarheid van detailhandelsvestigingen die zijn gerelateerd aan de branche waartoe zij behoren en/of het assortiment dat wordt aangeboden, als regels die eisen stellen aan de detailhandelsvestiging zelf (oppervlaktecriteria), moeten op grond van het Nederlandse recht dus worden gebaseerd op een uit een oogpunt van goede ruimtelijke ordening relevant onderscheid. Dergelijke regels werden en worden gebaseerd op legio verschillende ruimtelijk relevante argumenten, zoals:

- Woon- en leefklimaat: leefbare steden en dorpen, vitale centra voor consumenten, ondernemers en eigenaren, uitgebreid en divers voorzieningenniveau, combinatiebezoeken, tegengaan leegstand en verloedering.
- Duurzaam ruimtegebruik: flexibiliteit van ruimtegebruik, intensief ruimtegebruik, functiemenging, dubbelgebruik, behoud van open ruimte, landschappelijke kwaliteit.
- Ruimtelijke kwaliteit: stedenbouwkundige verschijningsvorm, investeringsniveau, behoud en versterking cultuurhistorische structuur, openbare ruimte.

- Mobiliteit: bereikbaarheid, voorzieningen in de nabijheid van de woonomgeving, centrale goed ontsloten locaties, beperken van het aantal en de lengte van verkeersbewegingen, parkeren, knooppunt openbaar vervoer, bevoorradings.
- Behoeft: actuele en toekomstige programmatische behoefte, aansluiting bij verzorgingsfunctie van stad of dorp, benodigd draagvlak t.o.v. aanwezig draagvlak.
- Veiligheid en overlast: brand- of explosiegevaarlijke stoffen, verkeersveiligheid, geur- en geluidsoverlast.

Een bekend en voor deze handreiking relevant voorbeeld uit de jurisprudentie van een dergelijke regeling is een bestemmingsplan dat detailhandel in volumineuze goederen toestaat op een bedrijventerrein dat perifeer is gelegen en daarnaast regelt dat detailhandel in niet-volumineuze goederen op dat terrein niet is toegestaan.⁵ Daarover overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak in 2015 als volgt:

‘Zoals reeds eerder overwogen (vergelijk de uitspraak van 6 juni 2012, zaak nr. 201103851/1/T1/R1) acht de Afdeling het onderscheid tussen perifere en andere vormen van detailhandel in zijn algemeenheid niet onredelijk, omdat de ruimtelijke effecten van perifere detailhandel verschillen van de ruimtelijke effecten van andere vormen van detailhandel, omdat voor perifere detailhandel veelal meer ruimte nodig is dan voor andere vormen van detailhandel.’⁶

Er werden in het verleden dus geen hoge eisen gesteld aan de onderbouwing en motivering van de voorwaarde dat aan regels over de branchering een ruimtelijk relevant belang ten grondslag dient te liggen. Het streven om de vestiging van reguliere (niet-volumineuze) detailhandel op perifere bedrijventerreinen tegen te gaan om zodoende de leefbaarheid van het centrum te waarborgen (en leegstand aldaar tegen te gaan), achtte de Afdeling bestuursrechtspraak niet snel onredelijk. Ook was (en is) in de rechtspraak volstrekt duidelijk dat het streven naar een aanvaardbaar woon-, leef- en ondernemersklimaat ruimtelijk relevant is en dat leegstand tot aantasting daarvan kan leiden.⁷

Zowel de overheden die op basis van hun detailhandels(vestigings) beleid ruimtelijke voorschriften vaststelden (o.a. branchebeperkingen en oppervlaktecriteria) als de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over dergelijke voorschriften, rekenen echter buiten de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn. Daarin heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU inzake het bestemmingsplan ‘Stad Appingedam’ verandering gebracht.

5 ABRvS 20 september 2006, [ECLI:NL:RVS:2006:AY8505](#).

6 ABRvS 18 februari 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:430](#).

7 ABRvS 4 februari 2015, [ECLI:RVS:2015:251](#).

1.3 De invloed van het Arrest Appingedam/ Visser Vastgoed Beleggingen BV

In juni 2013 heeft de gemeenteraad van Appingedam het bestemmingsplan ‘Stad Appingedam’ vastgesteld. Daarin zijn onder meer branchebeperkingen opgenomen voor het Woonplein, een winkelgebied met grote units voor omvangrijke detailhandel zoals meubels, keukens en bouwmaterialen. De gemeenteraad wil met deze branchebeperkingen het centrum van Appingedam aantrekkelijk houden door een zo compleet mogelijk aanbod van branches en het voorkomen van leegstand in het centrum.

De mogelijke vestiging van een schoenenzaak op het Woonplein was de aanleiding voor zes jaar procederen. De eigenaar van het pand waar de schoenenzaak zich wilde vestigen ging in beroep tegen het bestemmingsplan. Tot dat moment had de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geoordeeld dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing was op ruimtelijke voorschriften over detailhandel. In deze zaak stelde de hoogste bestuursrechter echter zogenoemde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.⁸ Daarbij was ook de vraag aan de orde of in het geval van detailhandel in goederen kan worden gesproken over een dienst en of de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn ook van toepassing zijn in zuiver nationale geschillen. Na op 18 mei 2017 kennis te hebben genomen van de Conclusie van de Advocaat-Generaal Szpunar,⁹ beantwoordde het Europese Hof¹⁰ op 30 januari 2018 de vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Die beantwoording leidde op 20 juni 2018 tot een tussenuitspraak van de hoogste Nederlandse bestuursrechter¹¹ en vervolgens tot een definitieve uitspraak op 24 juli 2019 over de vraag of de branchebeperkingen (en oppervlaktecriteria) in het bestemmingsplan, die verhinderden dat de schoenenzaak zich aan het Woonplein zou kunnen vestigen, in overeenstemming waren met de Dienstenrichtlijn.¹²

De uitspraken komen erop neer dat de gemeenteraad van Appingedam de schoenenzaak van het Woonplein mag weren, onder de voorwaarde dat de motivering en onderbouwing daarvoor in het bestemmingsplan voldoet aan de daaraan door de Dienstenrichtlijn gestelde voorwaarden. Op basis van een nieuwe onderbouwing is de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in deze zaak akkoord gegaan met het weren van de schoenenzaak c.q. winkels in de branchegroep mode en luxeartikelen, waaronder schoenenzaken vallen. De casus Appingedam heeft een aanscherping opgeleverd van de wijze waarop de Diensten-

8 ABRvS 13 januari 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:75](#).

9 HvJ EU (A-G) 18 mei 2017, [ECLI:EU:C:2017:397](#).

10 HvJ EU 30 januari 2018, [ECLI:EU:C:2018:44](#).

11 ABRvS 20 juni 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:2062](#).

12 ABRvS 24 juli 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2569](#).

richtlijn moet worden begrepen binnen de ruimtelijke ordening. Zo is nu helder dat:

- **detailhandel in goederen** behoort tot de dienstverleningsactiviteiten waar de Dienstenrichtlijn betrekking op heeft;
- een in ruimtelijke voorschriften opgenomen **brancheringsregeling (of oppervlaktemaatregel)** een eis is in de zin van artikel 15 lid 2 onder a van de Dienstenrichtlijn (een territoriale of kwantitatieve beperking);
- alle bepalingen die gaan over vrijheid van vestiging van diensten van de ene in de andere lidstaat, ook van toepassing zijn op de situatie waarin alle aspecten **binnen één lidstaat** aan de orde zijn;
- **de noodzakelijkheid en de evenredigheid** van eventuele beperkingen van vestigingsmogelijkheden voor elke specifieke situatie moeten worden **onderbouwd en aangetoond**, waarbij wordt aangetekend dat een bestemmingsregeling in het algemeen geen discriminerende bepalingen bevat (art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn).

De gevolgen voor de Nederlandse ruimtelijke ordening van de heldere antwoorden die het Hof van Justitie van de EU heeft gegeven, worden in hoofdstuk 2 besproken aan de hand van de tot op heden gewezen rechtspraak (1 oktober 2019).



2

De toetsing van ruimtelijke voorschriften aan de Dienstenrichtlijn

2.1 Inleiding

BEPERKENDE EISEN

Bij distributieplanologische marktanalyses die worden uitgevoerd om te beoordelen of ontwikkelingen leiden tot aantasting van de leefbaarheid in het stadscentrum, is duidelijk dat hier niet alleen economische doelen, maar ook ruimtelijke doelen worden nagestreefd.

Een maximumoppervlaktemaat voor een supermarkt van 1.750 m² bvo, die alleen maar is overgenomen uit een distributieplanologische marktanalyse, heeft uitsluitend een economisch doel. Dat is niet toegestaan. Als dit maximum wordt opgenomen bijvoorbeeld ter voorkoming van een parkeertekort, dan is een ruimtelijk motief aanwezig en voldoet de oppervlaktebegrenzing aan de Dienstenrichtlijn.

Het resultaat van de juridische procedures inzake het bestemmingsplan ‘Stad Appingedam’ in verband met de normstelling in de Dienstenrichtlijn, is dat ruimtelijke voorschriften onder de Dienstenrichtlijn vallen indien deze de toegang tot of het uitoefenen van een dienstenactiviteit reguleren, zoals een brancheringsregeling en/of een regeling over oppervlaktecriteria ten aanzien van detailhandel in goederen. Deze laatste moeten worden beschouwd als een territoriale of kwantitatieve beperking in de zin van artikel 15 lid 2 onder a Dienstenrichtlijn.¹³ Dergelijke ruimtelijke voorschriften voor dienstenactiviteiten moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn.

Voor in ruimtelijke voorschriften opgenomen beperkingen kunnen onder de Dienstenrichtlijn twee verschillende regimes gelden. Het eerste regime is neergelegd in artikel 14, aanhef en onder 5 Dienstenrichtlijn. Elke eis die een beperking inhoudt en waarmee uitsluitend economische doelen worden nagestreefd, is simpelweg verboden. Gelet op artikel 1.1.2 Bro geldt in het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht al de voorwaarde dat met ruimtelijke voorschriften geen economische doelen kunnen worden nagestreefd. Er moeten derhalve ruimtelijke motieven aanwezig zijn. Uit de rechtspraak blijkt dat het verbod van artikel 14 Dienstenrichtlijn niet geldt, indien in de onderbouwing en de motivering van de brancheringsregeling wordt gewezen op ruimtelijke belangen die daaraan ten grondslag hebben gelegen of indien wordt toegelicht dat aan de regeling geen economische doelen ten grondslag liggen.¹⁴

Relevanter is het tweede in de Dienstenrichtlijn opgenomen regime, dat is neergelegd in artikel 15 lid 3. Die bepaling luidt als volgt:

- 13 Ook als de eis volgt of blijkt uit een (omgevings)vergunning voor het handelen in strijd met het geldende planologische regime, is sprake van een eis in de zin van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn.
- 14 ABRvS 27 maart 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:965](#) (r.o. 16.6).

‘De lidstaten controleren of de in lid 2 bedoelde eisen aan de volgende voorwaarden voldoen:

- a) discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;*
- b) noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;*
- c) evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.’*

De eisen waaruit een beperking voortvloeit voor het vestigen of het uitoefenen van een dienstenactiviteit, waaronder detailhandel in goederen (par. 2.2), moeten dus aan een evaluatie worden onderworpen (par. 2.3). De rechtspraak naar aanleiding van het arrest inzake Appingedam ziet met name op de interpretatie van de drie in artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn neergelegde voorwaarden.¹⁵ Hoewel deze rechtspraak nog in ontwikkeling is, geven de uitspraken een goed beeld van de wijze waarop de toetsing van beperkingen voor detailhandel in ruimtelijke voorschriften aan de Dienstenrichtlijn door de Afdeling bestuursrechtspraak plaatsvindt. De inhoud van die rechtspraak wordt hierna besproken en is gebaseerd op de rechtspraak tot 1 oktober 2019.

2.2 Welke ruimtelijke voorschriften?

2.2.1 Alleen voorschriften die de dienstenactiviteit specifiek reguleren of specifiek beïnvloeden

Uit Overweging 9 van de Dienstenrichtlijn volgt dat de richtlijn niet van toepassing is op eisen die ‘de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit op dezelfde wijze in acht dienen te nemen als natuurlijke personen die als particulier handelen.’ Hieruit moet geconcludeerd worden dat dergelijke ruimtelijke voorschriften onttrokken zijn aan de werking van de Dienstenrichtlijn. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat het in een bestemmingsplan opgenomen verbod om recreatiewoningen te gebruiken voor de huisvesting van arbeidsmigranten geen beperking vormde voor het bedrijf dat die woningen wenste te verhuren.¹⁶ Het betreffende voorschrift regelt niet specifiek de dienstenactiviteit en is daarop niet specifiek van invloed. Datzelfde concludeerde de Afdeling bestuursrechtspraak ten aanzien van een – overigens in een gemeentelijke verordening opgenomen – verbod op het innemen van een ligplaats

15 Zie bijlage 1 voor een overzicht van alle relevante uitspraken over de beoordeling van ruimtelijke voorschriften aan de normen van de Dienstenrichtlijn.

16 Vzng. Rb. Zeeland-West-Brabant 19 oktober 2018, [ECLI:NL:RBZWB:2018:5947](#).

met een woonschip.¹⁷ Dat algemene voorschrift regelt of beïnvloedt evenmin specifiek de beoogde dienstenactiviteit (in dit geval de verhuur van het woonschip). Er is met andere woorden geen sprake van een beperking indien een voorschrift niet specifiek de dienstenactiviteit regelt of beïnvloedt en dat voorschrift op gelijke wijze moet worden nageleefd door particulieren en ondernemingen.

Iedere verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking die specifiek aan de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten wordt gesteld, valt onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Dat betreft dus zeker beperkingen die de vestiging zelf uitsluiten en ook beperkingen die de uitoefening van de dienstenactiviteit betreffen, zoals regelingen over branchering, nevenassortiment en oppervlakte. Dat een branche zich wel in het centrum kan vestigen is niet relevant voor de toetsing van bijvoorbeeld een branchebeperking buiten het centrum. Het bestemmingsplan van de gemeente Appingedam bevat een brancheringsregeling, waarin specifiek bepaalde gebieden worden aangewezen voor het uitoefenen van bepaalde dienstenactiviteiten en die daarmee specifiek een aantal personen raakt. Een dergelijke brancheringsregeling is volgens het Hof van Justitie van de EU een territoriale (of kwantitatieve) beperking in de zin van artikel 15 lid 2 onder a van de Dienstenrichtlijn.

2.2.2 Niet alleen ruimtelijke voorschriften in bestemmingsplannen

Hoewel veel aandacht uitgaat naar de in gemeentelijke bestemmingsplannen opgenomen brancheringsregelingen, is de problematiek niet beperkt tot het gemeentelijke bestuurlijke niveau of het instrument van het bestemmingsplan. Zo blijkt weliswaar uit de rechtspraak dat de meeste uitspraken beperkingen van de uitoefening van dienstenactiviteiten betreffen in bestemmingsplannen, maar zijn de normen van de Dienstenrichtlijn evenzeer van invloed als die beperkingen zijn opgenomen in voorbereidingsbesluiten of in een provinciale verordening (ruimte).¹⁸ Voor alle ruimtelijke voorschriften waaruit een beperking voortvloeit voor de vrije toegang tot en de vrije uitoefening van dienstenactiviteiten, zal de rechtvaardiging voor het vaststellen daarvan moeten worden gemotiveerd en onderbouwd door het bestuur (aan de hand van een analyse met specifieke gegevens). Opgemerkt zij nog dat soms rechtstreeks beroep mogelijk is tegen het ruimtelijk voorschrift waarin de beperking is opgenomen (o.a. het bestemmingsplan) en dat

17 ABRvS 13 maart 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:810](#), onder verwijzing naar HvJ EU 30 januari 2018, [ECLI:EU:C:2018:44](#) (punten 121-123).

18 ABRvS 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4195](#) (tussenuitspraak Maastricht); ABRvS 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4196](#) (tussenuitspraak Schijndel); ABRvS 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4173](#) (Amsterdam); ABRvS 27 maart 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:965](#) (tussenuitspraak Zuid-Holland); ABRvS 17 april 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:1262](#) (Arnhem); ABRvS 24 juli 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2569](#) (Appingedam); ABRvS 28 augustus 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2939](#) (Súdwest-Fryslân); ABRvS 25 september 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:3269](#) (Franekeeradeel, thans Waadhoeke)

in andere gevallen de vraag naar de rechtvaardiging van een ruimtelijk voorschrift enkel aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd in een beroep tegen een appellabel besluit dat wordt genormeerd door de ruimtelijke regeling waarin de beperking is opgenomen (o.a. de provinciale verordening). In het kader van de procedure tegen de verlening of de afwijzing van een aanvraag voor een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan, kan de bestuursrechter de brancheringsregeling in het (onherroepelijke) bestemmingsplan toetsen.¹⁹

2.2.3 Ook voorschriften die slechts een geringe beperking inhouden

Uit de rechtspraak blijkt dat ook ruimtelijke voorschriften die slechts een geringe beperking betekenen voor de toegang tot of het uitoefenen van dienstenactiviteiten, een territoriale of kwantitatieve beperking kunnen zijn in de zin van artikel 15 lid 2 onder a Dienstenrichtlijn. In de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 19 december 2018 betrof het geschil een brancheringsregeling die was opgenomen in een bestemmingsplan van de gemeenteraad van Schijndel. Door die regeling werd een tuincentrum beperkt in de omvang van het neven-

19 Zie o.a. ABRvS 24 oktober 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:3471](#). In dat geval rust de bewijslast om aannemelijk te maken dat de brancheringsregeling niet voldoet aan de in artikel 15 lid 3 Drl vermelde voorwaarden, overigens primair op de aanvrager.



assortiment (elektrische fietsen en vrijetijdskleding). De gemeenteraad stelde tevergeefs dat sprake zou zijn van een bagatelbeperking waarop de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is. De uitspraak maakt duidelijk dat artikel 15 Dienstenrichtlijn niet alleen ziet op de toegang tot de dienstenactiviteiten zelf (de vestiging), maar ook op de uitoefening van (deel)activiteiten binnen die vestiging die slechts een geringe beperking inhouden.²⁰

2.3 Toetsing aan artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn

De drie in artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn opgesomde voorwaarden op grond waarvan brancheringsregelingen (als eis die een beperking inhoudt van de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten) en oppervlaktemaatregelen kunnen worden gerechtvaardigd, zijn cumulatief bedoeld. Aan alle drie voorwaarden moet zijn voldaan.

TAAL

In het Amsterdamse voorbereidingsbesluit was het gebruik van de Engelse taal als voertaal weliswaar als indicatie van een toeristenwinkel, maar niet in het gebruikswijzigingsverbod als criterium opgenomen. Zodoende voldeed het voorbereidingsbesluit aan de in artikel 15 lid 3 onder a Dienstenrichtlijn gestelde voorwaarde.

2.3.1 Stap 1: geen discriminatie

In de in de rechtspraak beoordeelde brancheringsregelingen en/of oppervlaktecriteria in bestemmingsplannen en andere ruimtelijke voorschriften wordt geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, naar de plaats van hun statutaire zetel gemaakt. Het is niet verwonderlijk dat deze voorwaarde daarom geen grote problemen oplevert en dat in de door de rechter beoordeelde geschillen doorgaans overeenstemming bestond dat de beperkingen voldoen aan het discriminatieverbod. Voorschriften in ruimtelijke besluiten gelden voor eenieder en maken geen onderscheid dat kan leiden tot strijd met het discriminatieverbod.

2.3.2 Stap 2: noodzakelijk

De eis dat de beperking noodzakelijk moet zijn, houdt in dat voor die beperking een 'dwingende reden van algemeen belang' bestaat, zoals bedoeld in artikel 4, aanhef en onder 8 Dienstenrichtlijn. Het betreft de redenen die het Hof van Justitie van de EU als zodanig heeft aangemerkt, waaronder de in die bepaling opgesomde belangen, waartoe in elk geval ook 'de bescherming van het milieu en het stedelijk milieu' behoort. In de rechtspraak zijn varianten en verfijningen van dat belang aanvaard:

- behoud en bevorderen van aantrekkelijkheid, leefbaarheid, mix aan winkels, vitaliteit en waardering van het centrum en van een voldoende voorzieningenniveau en aanvaardbaar woon- en leefklimaat;
- streven naar zorgvuldig ruimtegebruik, bereikbaarheid en concentratie van functies;
- voorkomen of tegengaan van leegstand, monocultuur van winkels en voorzieningen, eenzijdig aanbod van stedelijke functies en openbare ordeproblemen of het risico hierop.

20 ABRvS 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4196](#).

Deze redenen zijn in de rechtspraak aanvaard ter rechtvaardiging van een territoriale (of kwantitatieve) beperking in een ruimtelijk voorschrift. De onderbouwing en motivering van de noodzakelijkheid van een beperking hoeft minder uitvoerig te zijn dan die voor de evenredigheid.

2.3.3 Stap 3: evenredigheid

De derde voorwaarde waaraan moet worden voldaan om een beperking te rechtvaardigen, is het vereiste van evenredigheid. Dit Europese evenredigheidsvereiste ziet in dit verband primair op de vraag of de beperking in meer abstracte zin evenredig is. Bedacht moet worden dat het vereiste niet gelijk is aan of steeds dezelfde uitkomst zal hebben als de toetsing van ruimtelijke besluiten aan het in artikel 3:4 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht gecodificeerde evenredigheidsbeginsel.²¹ Dit nationale evenredigheidsvereiste blijft naast de hier beschreven toets gewoon gelden. Bij de beoordeling of aan de Europeesrechtelijke voorwaarde is voldaan, spelen twee hoofdvragen, die in de volgende paragrafen aan de orde komen:

- **Is de (territoriale of kwantitatieve) beperking geschikt om het daarmee beoogde doel te bereiken?** Deze vraag valt uiteen in a) de vraag of de regeling coherent en systematisch wordt toegepast (consistentievereiste) en b) de vraag of de regeling effectief het beoogde doel bereikt.
- **Gaat de beperking niet verder dan nodig is?** Hiertoe behoort ook de tweede vraag of er geen andere, minder beperkende maatregelen zijn om hetzelfde doel te bereiken.

Is de beperking geschikt om het beoogde doel te bereiken?

De rechtspraak volgt – in samenhang bezien – een vast stramien bij de beoordeling of een regeling geschikt is. In de meeste zaken is de ingevoerde (brancherings)regeling slechts aan enkele van de hierna genoemde aspecten getoetst en lopen de beoordelingsaspecten in elkaar over. Om het vaststellen van een dergelijke regeling te rechtvaardigen, kunnen in de onderbouwing van de betreffende ruimtelijke voorschriften alle aspecten systematisch worden bezien en afzonderlijk worden behandeld. Een dergelijke aanpak kan de eenduidigheid van de te verrichten onderzoeken en de gewenste helderheid in de rechtspraak versterken. In algemene zin worden brancherings- en oppervlakterege-lingen geschikt geacht om de daarmee beoogde doelen te bereiken als de regelingen nader worden onderbouwd met ruimtelijke motieven.

STAPPENPLAN

Een in ruimtelijke voorschriften opgenomen brancheringsregeling/oppervlaktemaatregel:

- 1) Mag niet discrimineren
- 2) Moet noodzakelijk zijn om een dwingende reden van algemeen belang (o.a. de bescherming van het milieu en het stedelijk milieu)
- 3) Moet evenredig zijn
 - Geschikt: coherent en systematisch nastreven beoogde doel
 - Geschikt: bereikt het beoogde doel effectief
 - Proportioneel: gaat niet verder dan nodig

21 Zo bleek in ABRvS 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4173](#) (Amsterdam) dat een verbod op nieuwe toeristenwinkels weliswaar een evenredige beperking betrof van het vrij verrichten van diensten en kon worden gerechtvaardigd (art. 15 lid 3 Drl), maar was daartegen handhavend optreden door het bestuur desalniettemin kennelijk onevenredig, gelet op de nadelige gevolgen van het verbod.

Wordt het beoogde doel coherent en systematisch nagestreefd?

Bij dit consistentievereiste gaat het erom dat de regelgever, de gemeenteraad in het geval van een bestemmingsplan, de beoogde doelen op een samenhangende en systematische wijze nastreeft en voor gelijke gevallen gelijke beperkingen stelt. Dit luistert in de rechtspraak erg nauw. Verschillen tussen situaties, zoals dat een bedrijf een regionale of juist een bovenregionale functie heeft, of het door een bedrijf aangeboden nevenassortiment aansluit bij het hoofdassortiment of juist niet en of locaties vergelijkbaar zijn of juist niet, kunnen al voldoende zijn om het maken van een onderscheid in de beperkingen te rechtvaardigen.

Consistentievereiste: limitatieve opsommingen?

In de rechtspraak is één zaak bekend waarin een limitatieve opsomming niet voldeed aan het coherentievereiste. Op grond van de in een provinciale verordening opgenomen beperking was slechts de verkoop van bepaalde opgesomde goederen (o.a. surfplanken en piano's) buiten bestaande winkelconcentraties toegestaan. De toelichting kon echter niet verduidelijken waarom verkoop van surfplanken en piano's in de periferie wordt toegestaan, terwijl kajaks en orgels in bestaande centra moeten worden aangeboden; niet inzichtelijk werd dat die verkoop een wezenlijk ander effect op de stadscentra zal hebben. Het gevaar dat een limitatieve opsomming niet voldoet aan het consistentievereiste, zou mogelijk kunnen worden weggenomen door aan de opsomming toe te voegen: 'detailhandel die zich uit oogpunt van ruimtelijke ordening niet onderscheidt van de hiervoor genoemde detailhandel'. Overigens wordt aanbevolen om limitatieve lijsten te vermijden omdat deze relatief snel verouderd kunnen raken en bovendien dynamiek in de detailhandel in de weg kunnen staan.

Consistentievereiste: precedentwerking (hypocrisietest)?

In de rechtspraak wordt duidelijk dat argumenten om voor één specifieke situatie een uitzondering te maken op een brancheringsregeling doorgaans worden afgewezen. De redenering van de overheden is dat als een uitzondering zou worden gemaakt, een vergelijkbare, later ingediende aanvraag niet kan worden afgewezen. Een dergelijke handelwijze zou afbreuk kunnen doen aan de eis dat het met de brancheringsregeling beoogde doel op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd (hypocrisietest).

Consistentievereiste: wijziging beleid?

De rechtspraak laat zien dat een correctie, aanscherping of wijziging van beleid waarmee het beoogde doel coherent en systematisch wordt nagestreefd, onder voorwaarden mogelijk is. In een uitspraak waarin door St. Antoniusplein Vastgoed B.V. werd betoogd dat de gemeenteraad van Súdwest-Fryslân niet voldeed aan het consistentievereiste omdat de regeling in het nieuwe bestemmingsplan afwijkt van die in de oudere plannen van dezelfde gemeenteraad, overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak als volgt:

‘De Afdeling begrijpt het verweer van de raad aldus dat hij in wezen erkent dat voormelde plannen niet stroken met zijn huidige beleid. Anders dan St. Antoniusplein Vastgoed B.V. lijkt te stellen, kan hieruit nog niet worden afgeleid dat de raad zijn huidige beleid niet coherent en systematisch nastreeft. Dit vereiste staat immers op zichzelf niet in de weg aan een correctie, aanscherping of andere wijziging van het beleid.’

Voor de intentie om het beleid te wijzigen dient wel een concrete indicatie te bestaan ten tijde van het vaststellen van de brancheringsregeling. Een voornemen om voor de locaties waarop de oudere plannen gelden voorbereidingsbesluiten te nemen teneinde de beleidswijziging door te zetten, welk voornemen later ook in besluitvorming werd omgezet, bleek voldoende om de veronderstelde strijdigheid met het consistentievereiste te ondervangen. Tevens is het beleid waarin diverse ontwikkelingen in onderlinge samenhang worden voorzien, zoals verplaatsingen van supermarkten en het behoud van de aantrekkelijkheid van het centrumgebied, van betekenis voor het voldoen aan het vereiste van coherent en systematisch handelen.

Bereikt de beperking het beoogde doel effectief?

Inleiding

Om een beperking te rechtvaardigen, dient de beperking het beoogde doel effectief te (kunnen) bereiken. Alvorens in te gaan op de wijze waarop het onderzoek naar de effectiviteit van een beperking kan worden vormgegeven, is het goed te bedenken welke partij verantwoordelijk is voor dat onderzoek. Met andere woorden: welke partij draagt de bewijslast? De rechtspraak wijst uit dat in beginsel de regulerende overheid de effectiviteit van de in de ruimtelijke voorschriften vastgestelde beperking dient te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Er dient sprake te zijn van een analyse van de geschiktheid van de beperking en van specifieke gegevens ter onderbouwing daarvan, zodat een beroep op algemene ervaringsregels niet volstaat. Gedacht moet worden aan onderzoeksgegevens of andere gegevens waarmee aannemelijk kan worden gemaakt dat de vestigingsmogelijkheden in het perifere gebied van invloed zijn op de samenstelling van het winkelaanbod en de leegstand in het centrumgebied. Ook landelijk, provinciaal of lokaal onderzoek naar de effectiviteit van brancheringsregelingen of gegevens van koopstroomonderzoeken, voor zover toepasbaar op het voor de betreffende beperking relevante gebied, kunnen daarbij relevant zijn.

Uit de rechtspraak blijkt evenwel ook dat een andere verdeling van de bewijslast geldt in het geval een aanvraag is gedaan voor een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan en deze door het bestuur wordt afgewezen/geweigerd. Stelt een aanvrager dat een in een onherroepelijke bestemmingsplan vastgestelde brancheringsregeling in strijd is met artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn, terwijl die

ONDERBOUWING

De regulerende overheid dient de effectiviteit van de in de ruimtelijke voorschriften opgenomen beperking te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens

ONDERBOUWING DOOR AANVRAGER

Stelt een aanvrager dat een in een onherroepelijke bestemmingsplan vastgestelde brancheringsregeling in strijd is met artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn, terwijl die regeling ten grondslag ligt aan de afwijzing van de aanvraag, dan is het aan de aanvrager om nader te onderbouwen waarom die beperkingen in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn.

regeling ten grondslag ligt aan de afwijzing van de aanvraag, dan is het aan de aanvrager om nader te onderbouwen waarom die beperkingen in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn. De enkele stelling dat het bestuur onvoldoende heeft gemotiveerd dat de beperkingen geschikt zijn om de beoogde doelen te bereiken, volstaat niet. Een onderbouwing van een initiatiefnemer moet gedegen en goed uitgewerkt zijn.²² De gemeente zal naar verwachting in procedures steeds ook zelf moeten beoordelen of een beperking voldoet aan de Dienstenrichtlijn.

Het onderzoek naar de effectiviteit

Het onderzoek naar de effectiviteit van een beperking kan worden vormgegeven door de volgende twee stappen uit te werken aan de hand van een analyse met specifieke gegevens.

- 1 De eerste stap bestaat uit een onderbouwing gebaseerd op onderzoek naar de effectiviteit van in ruimtelijke voorschriften opgenomen brancheringsregelingen in het algemeen: op landelijk, provinciaal of lokaal niveau. Een voorbeeld hiervan is een koopstromenonderzoek. Op basis daarvan kan de regulerende overheid, bijvoorbeeld de gemeenteraad in het geval een bestemmingsplan wordt vastgesteld, concluderen dat een beperking in het algemeen effectief is voor het bereiken van de nagestreefde doelen.
- 2 De tweede stap bestaat uit het aantonen dat de algemene onderzoeken toepasbaar zijn op de specifieke, lokale situatie. De regulerende overheid onderbouwt dan, eventueel met nader onderzoek, dat de specifieke situatie niet zo bijzonder of afwijkend is dat die onderzoeken niet van toepassing zijn.

Ervaringen uit Appingedam

Voor het beoordelen van de effectiviteit van de brancheringsregeling in het algemeen is ten behoeve van de onderbouwing van het bestemmingsplan 'Stad Appingedam' zelfstandig onderzoek verricht. Op basis van de zogenoemde 'Wet van Hotelling' (die inhoudt dat winkels hun marktgebied en daarmee hun omzet vergroten door zich centraal in het marktgebied te vestigen), het vaststellen van algemene parameters voor de vitaliteit van een winkelgebied, de mate waarin die parameters worden beïnvloed door de brancheringsregeling en een passantenonderzoek, werd geconcludeerd dat de branches 'Mode & Luxe' en 'Supermarkten' van belang zijn voor de vitaliteit van een winkelgebied. Indicatoren daarvoor zijn de huurprijs van winkelpanden, het aantal passanten, vloerproductiviteit, consumentenwaardering, bezoekduur en bezoekfrequentie, de mate van leegstand en het risico op leegstand. Voor stap 2 is onder meer gebruik gemaakt van argumenten die zien op de ligging van Appingedam ten opzichte van andere kernen en de toepassing van de 'Wet van Hotelling'. Het bewijs zag ook op lokale

22 ABRvS 24 juli 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2569](#) (Appingedam); ABRvS 28 augustus 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2939](#) (Súdwest-Fryslân); ABRvS 25 september 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:3269](#) (Franekeradeel, thans Waadhoeke).

leegstand, het feit dat sprake is van een krimpregio, de situering van de branches die van belang zijn voor de vitaliteit van een winkelgebied, de huurprijzen in het centrum en in het perifeer gebied en de verwachte effecten als de brancheringregeling zou worden losgelaten.

Zelfstandig bijdragen of zinvolle bijdragen aan beoogde doel

Een beperking slaagt voor de evenredigheidstoets indien de beperking kan bijdragen aan de verwezenlijking van de doelen. Het is nadrukkelijk noodzakelijk dat de beperking deze doelen zelfstandig kan verwezenlijken. Het is niet eenvoudig om aan te tonen dat een (zeer) geringe beperking effectief bijdraagt aan het voorkomen van leegstand in het centrumgebied of tot een verslechtering van het woon-, leef-, en ondernemersklimaat. De rechtspraak heeft duidelijk gemaakt dat de geschiktheid van een (zeer) geringe beperking ook aannemelijk moet worden gemaakt aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Evenzeer is echter uit de rechtspraak af te leiden dat een dergelijke beperking niet noodzakelijkerwijs zelfstandig het beoogde doel moet kunnen verwezenlijken, maar dat de beperking ook evenredig kan zijn indien die kan bijdragen aan het bereiken van het beoogde doel.²³ Een salamitactiek, waarbij vele geringe (bagatel)beperkingen de toets aan de Dienstenrichtlijn niet kunnen doorstaan omdat zij niet elk zelfstandig het beoogde doel kunnen bereiken, wordt op deze manier tegengegaan. Anders zouden herhaaldelijk verzoeken kunnen worden gedaan – ook door verschillende exploitanten – voor het toestaan van geringe uitzonderingen op de brancheringsregeling die elk apart weliswaar niet in de weg staan van het bereiken van de nagestreefde doelen, maar er gezamenlijk uiteindelijk voor zorgen dat de doelen niet worden bereikt.

Beperkingen met een nuancering

Een beperking kan ook effectief zijn als de regeling nuanceringen op de beperking bevat. Bijvoorbeeld de beperking dat winkels buiten de binnenstad groter moeten zijn dan 500 m² is op zichzelf een effectieve regeling voor bescherming van de binnenstad waar juist de kleinere winkels zijn gevestigd. De regeling is ook effectief als buiten de binnenstad een beperkt aantal kleinere winkels wordt toegestaan.

Beperking als onderdeel van een breder pakket maatregelen

Een beperking kan en mag een onderdeel zijn van een breder pakket aan maatregelen. De analyse met specifieke gegevens mag zich richten op de bijdrage die de beperking levert aan het bereiken van de doelen van het totale pakket aan maatregelen. Niet voldoende is dat de beperking aan de doelen kan bijdragen. Aannemelijk moet zijn dat de beperking een zinvolle bijdrage levert, dat er voldoende verband bestaat tussen de beperking en het brede pakket van andere maatregelen.

23 Zie met name ABRvS 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4195](#) (Maastricht) en [ECLI:NL:RVS:2018:4196](#) (Schijndel), in welke geschillen detailhandel in branchevreemde goederen werd beperkt door de ruimtelijke voorschriften.

In het onderzoek naar bijvoorbeeld een onderdeel van een pakket aan brancheringsmaatregelen zal eerst een analyse moeten worden gemaakt van het effect van het gehele pakket. Daarbij moeten ook de effecten worden betrokken van de branchering die op andere locaties binnen de gemeente wordt toegepast. Voor de analyse of het specifieke onderdeel een zinvolle bijdrage levert aan het totale pakket, gelden minder hoge eisen dan voor de analyse van de effectiviteit van het pakket. De raad kan vervolgens redelijkerwijs beoordelen of de beperking geschikt is om het daarmee beoogde doel te bereiken. Een uitsterfregeling gericht op beperking van nachthoreca is eveneens een geschikte regeling om het doel van beperking van overlast te voorkomen.

2.3.3.2 Gaat de beperking niet verder dan nodig is en zijn er geen minder beperkende maatregelen?

Bij dit aspect van de toets of een brancheringsregeling een gerechtvaardigde beperking vormt op de vrije toegang tot of de vrije uitoefening van dienstenactiviteiten, moet aannemelijk zijn dat de beperking proportioneel is. De brancheringsmaatregel mag niet verder gaan dan nodig is om het beoogde doel te bereiken en bovendien moet duidelijk zijn dat dat doel niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. In de rechtspraak is uitgemaakt dat de bewijslast voor de regulerende overheid niet zo zwaar is; aannemelijk moet worden gemaakt dat het beoogde doel niet met andere denkbare maatregelen kan worden bereikt.

Wat zouden minder beperkende maatregelen kunnen zijn? Uit de rechtspraak blijkt dat flankerende maatregelen niet hetzelfde gewenste effect hebben als bijvoorbeeld een brancherings- of oppervlaktemaatregel. Revitalisering van het centrum, gratis parkeren, stimuleringsmaatregelen voor versterking van de aantrekkelijkheid van het centrum en binnenstadsmanagement zijn als flankerende maatregelen weliswaar zinvol om het beoogde doel te bereiken, maar tot op heden worden ze blijkens de rechtspraak niet gezien als minder beperkende maatregel die hetzelfde resultaat zouden kunnen bereiken.





Risico-inventarisatie Dienstenrichtlijn en bestemmingsplannen

3.1 Inleiding

Elke gemeente in Nederland heeft het grondgebied belegd met bestemmingsplannen waarin onder andere regels zijn opgenomen voor de toegang tot en de uitoefening van detailhandel (brancheringsregelingen en/of oppervlaktecriteria). Hierbij is veelal geen rekening gehouden met de normstelling in de Dienstenrichtlijn, zoals die hiervoor uiteen is gezet. In de Nederlandse praktijk werd er immers niet van uitgegaan dat de Dienstenrichtlijn zou moeten worden toegepast op ruimtelijke voorschriften in bestemmingsplannen die de detailhandel reguleren en mogelijk beperken. Nu dat anders blijkt te liggen, kan blijken dat potentiële risico's zijn gelegen in de eventuele strijdigheid van onherroepelijke bestemmingsplannen met de Dienstenrichtlijn.

Voor het bepalen van die risico's is een Stappenplan opgesteld, als onderdeel van de Risico-Inventarisatie Dienstenrichtlijn. Deze publicatie is een gezamenlijk product van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, het ministerie van Economische Zaken en Klimaat, het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en is tot stand gekomen in juni 2019. Zie hiervoor: www.retailland.nl/dienstenrichtlijn. Het stappenplan om de risico's te inventariseren en weg te nemen, is in dit hoofdstuk aan de orde.

3.2 Stappenplan risico-inventarisatie

Samengevat dienen bij de risico-inventarisatie de onderstaande stappen te worden doorlopen.

1 Waar maakt een bestemming detailhandel mogelijk?

Inventarisatie van de bestemmingen die detailhandel mogelijk maken, zoals de bestemmingen Centrum, Detailhandel en Gemengd, of bedrijfsbestemmingen.

2 Zijn er vestigingsbeperkingen opgenomen?

Inventarisatie of binnen deze bestemmingen vestigingsbeperkingen zijn toegevoegd.

- Als dat niet het geval is, is er geen risico op strijdigheid met de Dienstenrichtlijn.
- Als dat wel het geval is, kan sprake zijn van een potentieel risico op strijdigheid met de Dienstenrichtlijn en moeten ook de volgende twee stappen worden doorlopen.

3 Zijn de vestigingsbeperkingen gemotiveerd?

Voor de situaties waarin potentiële risico's van strijdigheid met de Dienstenrichtlijn bestaan, moet worden onderzocht of vanuit beleidskaders een motivering voor de vestigingsbeperkingen beschikbaar is of dat een aanvullende motivering is vereist.

4 Voldoet de motivering aan de eisen van de Dienstenrichtlijn?

Daarnaast moet worden beoordeeld of de vestigingsbeperking zelf én de motivering voldoen aan de eisen die artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn stelt. Het gaat daarbij uiteraard om alle elementen die in Hoofdstuk 2 aan de orde waren, maar met name om de voorwaarden inzake de noodzakelijkheid en evenredigheid van de beperkingen.

3.3 Acties naar aanleiding van de inventarisatie

Na het doorlopen van het Stappenplan risico-inventarisatie Dienstenrichtlijn zal helder zijn:

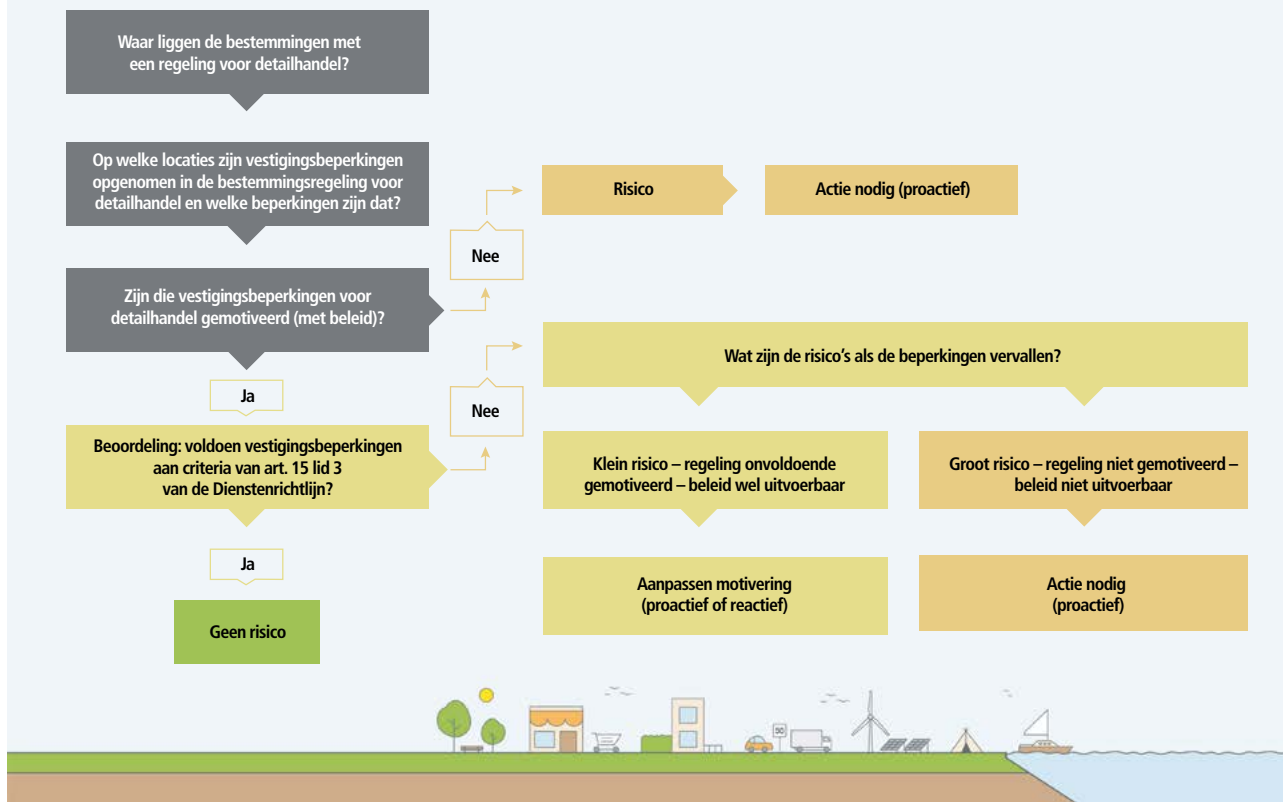
- dat het bestemmingsplan voldoet aan de motiveringscriteria. Dan is geen verdere actie vereist, of
- dat de in het bestemmingsplan of een beleidsdocument opgenomen motivering moet worden aangescherpt, of
- dat het bestemmingsplan noch de motivering voldoen aan de eisen van de Dienstenrichtlijn, zodat een aanvulling op het bestemmingsplan noodzakelijk is.

Bij het signaleren van eventuele risico's is het van belang om steeds de volgende vragen te stellen:

- Wat gaat er mis als een vestigingsbeperking voor detailhandel vervalt?
- Is het waarschijnlijk dat op korte termijn ongewenste ontwikkelingen zullen plaatsvinden?

Als er een probleem ontstaat en de markt benut mogelijk dit 'gaatje', dan is actie vereist, zoals aanpassing van de vestigingsbeperking, een aanvullende motivering of een voorbereidingsbesluit. Dit wordt in het vervolg van deze handreiking verder uitgewerkt.

Risico-inventarisatie Dienstenrichtlijn



Schematische weergave van de risico-inventarisatie dienstenrichtlijn



4

Dienstenrichtlijn en ruimtelijke voorschriften: hoe pakken we dat aan?

4.1 Inleiding

Het zonder meer loslaten van vestigingsbeperkingen buiten de centrumgebieden brengt grote risico's met zich mee voor de aantrekkelijkheid en de leefbaarheid van centrumgebieden. Het voeren van beleid en het vaststellen van daarbij behorende ruimtelijke voorschriften die voldoen aan de Dienstenrichtlijn, vereist echter extra onderbouwing, naast de al geldende bestuurlijke lasten bij het opstellen van ruimtelijke voorschriften, in het bijzonder bestemmingsplannen. Het betekent hoe dan ook dat aan de zorgvuldigheid waarmee ruimtelijke afwegingen worden gemaakt in ruimtelijke plannen en overheidsbesluiten hogere eisen zullen worden gesteld, met name aan de onderbouwing van die afwegingen.

Het is verstandig om in ieder geval de stappen van de in hoofdstuk 3 behandelde Risico-inventarisatie Dienstenrichtlijn te doorlopen en te bepalen welke acties op korte of langere termijn nodig zijn. Brancheringsregels en andere vestigingsbeperkingen blijven mogelijk, maar nieuw is dat de Dienstenrichtlijn vereist dat een strenge principiële toetsing plaatsvindt aan artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Het vereist nieuwe manieren van het reguleren van detailhandel én andere manieren van onderzoek, beleidsonderbouwing en vastlegging van beleid. Ook is een consistente en systematische handelwijze vereist, gericht op het bereiken van het met de beperking beoogde doel.

De Dienstenrichtlijn biedt de mogelijkheid om beperkingen te formuleren van de algemene vestigingsvrijheid, maar daarbij is sprake van een aantal voorwaarden of eisen (zie hoofdstuk 2). Omdat aan de eis van het verbod van discriminatie doorgaans voldaan zal zijn, blijkt het in de meeste situaties primair te gaan om de vereisten van noodzakelijkheid van de vestigingsbeperkingen en de evenredigheid ervan. Hierna zullen handvatten worden geformuleerd voor het onderbouwen hiervan.

4.2 Het vereiste van noodzakelijkheid

Het noodzakelijkheidsvereiste gaat over de vraag of de in een ruimtelijk voorschrift vastgelegde beperking van de vrije toegang tot het uitoefenen van dienstenactiviteiten, zoals detailhandel in goederen,

gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang. De in hoofdstuk 2 weergegeven stand van de jurisprudentie geeft een actueel beeld van de uitwerking daarvan.

In algemene zin kan gesteld worden dat de vestigingsbeperkingen die het Nederlandse detailhandelsbeleid kenmerken, hebben bijgedragen aan een fijnmazige en relatief goed functionerende detailhandelsstructuur met aantrekkelijke en leefbare centra. Centrumgebieden met een zo compleet mogelijk aanbod van branches zijn in het algemeen aantrekkelijker voor de consument, kennen grotere koopstromen, een lagere leegstand en een beperkter leegstandsrisico dan centra met een suboptimaal branche-aanbod. Andersom gesteld: centrumgebieden die concurrentie ondervinden van locaties buiten de centrumgebieden, kampen vaker met lagere koopstromen en hogere leegstand(srisico's).

Een vergelijking van de Nederlandse detailhandelsstructuur met die van België – waar de beleidsvoering meer ruimte liet en pas recent een kentering gaande is – kan dat illustreren. Zo is het aandeel centrum-branches dat buiten de centrumgebieden is gevestigd, in Nederland substantieel lager dan in België en blijkt uit onderzoek van Locatus naar winkelleegstand in Nederland en België dat leegstand zich in België, sterker dan in Nederland, manifesteert in de centrumgebieden. Overigens geven prognoses voor de ontwikkeling van de detailhandel ook meer in het algemeen aan dat het totale fysieke areaal naar verwachting gaat krimpen. De krimp wordt niet alleen veroorzaakt door de groei van internetaankopen, maar ook door de vergrijzing, die tot afnemende bestedingen per hoofd van de bevolking leidt. Tegen deze achtergrond is een zorgvuldig vormgegeven en effectief gemeentelijk beleid van grote waarde. Het noodzakelijkheidsvereiste kan langs deze algemene lijnen – een aantrekkelijk en leefbaar centrum met een zo compleet mogelijk brancheaanbod; het voorkomen van leegstand – en met een specifieke vertaling in lokale data een onderbouwde vertaling krijgen in het gemeentelijk beleid.

4.3 Het vereiste van evenredigheid

Het onderbouwen van het evenredigheidsvereiste is complexer dan van het noodzakelijkheidsvereiste, omdat het evenredigheidsvereiste een verdere vertaling krijgt in de eisen over de beperkingen van de toegang tot en het uitoefenen van detailhandel. In hoofdstuk 2 is de actuele stand van de rechtspraak weergegeven. De volgende aspecten zijn van belang:

- Is de beperking geschikt om het beoogde doel te bereiken?
 - de beperking wordt coherent en systematisch toegepast;
 - de beperking bereikt het beoogde doel effectief.

- Gaat de beperking niet verder dan nodig is?
 - de beperking is proportioneel; er is bovendien geen andere, minder vergaande beperking mogelijk om eenzelfde effect te bereiken.

Voor het onderbouwen van een beperking is het van wezenlijk belang dat in beeld wordt gebracht wat er gebeurt als die beperking in de ruimtelijke voorschriften is opgenomen of als die juist ontbreekt. Beoordeeld moet worden of de beoogde doelen kunnen worden bereikt of niet. Daarvoor kunnen verschillende bronnen worden benut. Naast het in beeld brengen van de actuele situatie is het belangrijk ontwikkelingen in beeld te brengen aan de hand van tijdreeksen. Dan kan evenwichtig en diepgaand de evenredigheid van een beperking worden geanalyseerd en onderbouwd.

4.4 Een plan van aanpak voor de onderbouwing

Hierna wordt een stramien voor het analyseren en onderbouwen van maatregelen voorgesteld dat in de volgende paragrafen wordt besproken. Gebruik van dit stramien voor de onderbouwing van beleid en ruimtelijke voorschriften kan behulpzaam zijn bij het voldoen aan de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn:

- Actuele situatie en beleidskaders
- Noodzakelijkheid: het beoogde doel van de (voorgenomen) beperking(en)
- Evenredigheid
 - De geschiktheid van de beperking (pakketbenadering)
 - Coherent en systematisch (hypocrisietest en salamitactiek)
 - Niet verder dan nodig
 - Geen andere minder beperkende maatregelen mogelijk om hetzelfde effect te bereiken

4.4.1 Actuele situatie en (vigerende) beleidskaders

Het vertrekpunt van een onderbouwing wordt gevormd door de actuele situatie van de verzorgingsstructuur en de vigerende beleidskaders. Inzicht kan worden verstrekt in de verzorgingsstructuur, het beleid, het functioneren, de ontwikkelingen in vraag- en aanbodverhoudingen en de behoefte aan winkelmeters. Dit geeft de kracht én de kwetsbaarheid weer van de detailhandelsstructuur in het algemeen en specifieke aankoopplaatsen in het bijzonder. Daarmee wordt de basis gelegd voor het doel (en de geschiktheid) van de (voorgenomen) maatregel of het pakket aan maatregelen (zie volgende punten). Het gaat hierbij ook om het in beeld brengen van ontwikkelingen en/of het analyseren van tijdreeksen.

4.4.2 Noodzakelijkheid: het beoogde doel van de (voorgenomen) beperking

De noodzakelijkheid of het doel van een vestigingsbeperking moet worden aangetoond door te wijzen op een 'dwingende reden van algemeen belang'. Artikel 4, aanhef en onder 8 van de Dienstenrichtlijn stelt onder meer dat in ieder geval 'de bescherming van het milieu en het stedelijk milieu' moet worden beschouwd als een dergelijke reden. Daarbij is het van belang om aan te sluiten bij de actuele situatie en bij vigerende beleidskaders (zie par. 4.4.1). Een voorbeeld hiervan is het bevorderen van de aantrekkelijkheid van het centrum om de leefbaarheid te behouden en op die manier leegstand in het centrum te voorkomen. Dit doen gemeenten vaak ter bescherming van het stedelijk milieu in het kader van een goede ruimtelijke ordening. Deze noodzakelijkheid zal in veel kernen en gemeenten in Nederland aan de orde zijn.

4.4.3 Evenredigheid

a De geschiktheid van de beperking

Is de (voorgenomen) beperking geschikt en effectief om het beoogde doel te bereiken? Hier ligt een directe relatie met het beoogde doel (zie par. 4.4.2).

Onderbouwing aan de hand van specifieke (onderzoeks)gegevens

De effectiviteit van de beperking in de vorm van een brancheringsregeling of oppervlaktecriteria dient onderbouwd te worden aan de hand van een analyse met specifieke, op de betreffende situatie betrekking hebbende gegevens. Die gegevens zullen de volgende elementen kennen:

- Koopstroomgegevens, in het bijzonder over:
 - (ontwikkeling van) koopkrachtbinding en -toevloeiing,
 - de behoefte aan detailhandelsmeters (distributieve berekening),
 - het oordeel van de consument, en
 - de vloerproductiviteit (omzet per vierkante meter winkelvloeroppervlak).
- In het verlengde hiervan ook:
 - leegstand en leegstandsontwikkeling, zowel in percentage verkooppunten als winkelvloeroppervlak en het risico op leegstand (Retail Risk Index)
 - (ontwikkeling) passantenaantallen (indien beschikbaar)
 - (ontwikkeling) huurniveaus (indien beschikbaar)

De beschikbaarheid van koopstroomgegevens en andere gegevens die het functioneren van het gemeentelijk winkelareaal illustreren, is van groot belang. In de Voortgangsrapportage Retailagenda 2018-2019 (juni 2019) is het voornemen opgenomen om betrouwbare en vergelijkbare koopstroomgegevens per provincie te verzamelen, zodat deze op landelijk niveau met elkaar kunnen worden vergeleken.

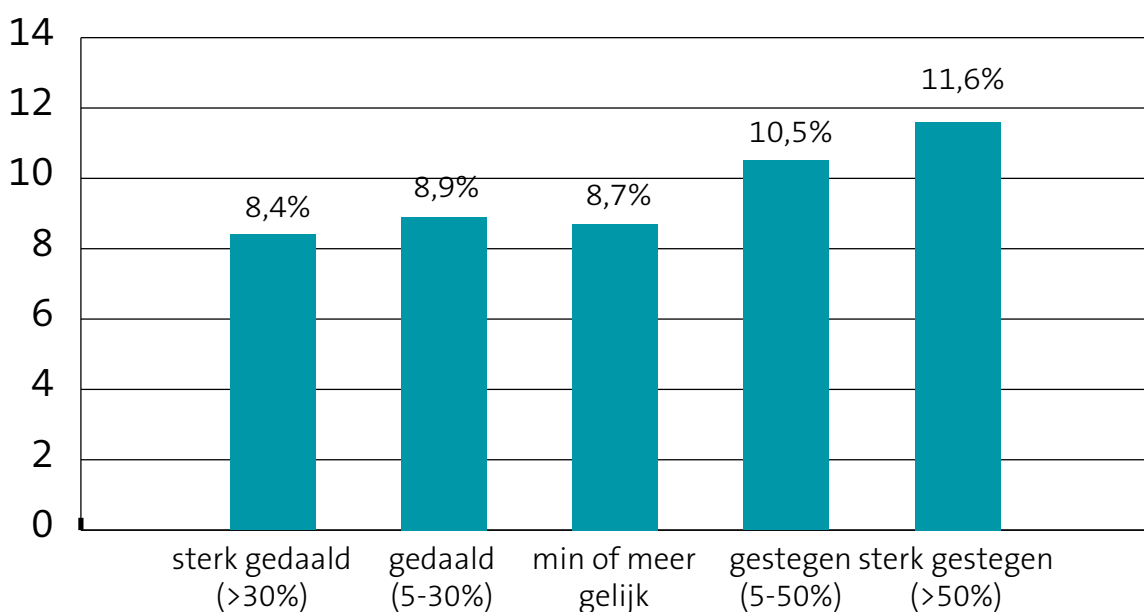
Onderbouwing effectiviteit: algemeen en specifiek

De rechtspraak, onder meer in de geschillen over ruimtelijke voorschriften in de gemeenten Appingedam, Maastricht, Schijndel en Súdwest-Fryslân, geeft aan dat de vastgestelde beperking zowel in het algemeen effectief moet zijn, als ook dat de conclusie over de effectiviteit van de beperking toepasbaar moet zijn in de specifieke, lokale situatie. Er zijn dus twee opeenvolgende stappen.

- ➔ Is de beperking **in het algemeen effectief**? Beoordeel dit op basis van resultaten van onderzoek naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau, of gegevens ontleend aan koopstromenonderzoek.
- ➔ In hoeverre is het resultaat van het onderzoek onder 1 **toepasbaar op de specifieke situatie**? Onderbouw met de onderzoeken – eventueel aangevuld met nader onderzoek – dat de specifieke situatie in de gemeente niet zo bijzonder of afwijkend is dat de toepasbaarheid van de algemene effectiviteit van de beperking zich niet voordoet.

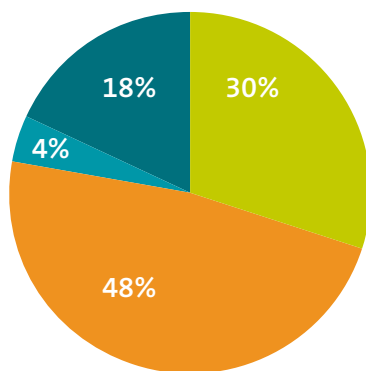
De procedure inzake het bestemmingsplan ‘Stad Appingedam’ biedt twee voorbeelden van de onderbouwing van algemene en specifieke effectiviteit. Deze zijn te vinden in de ‘Nadere motivering branchering-beperking bestemmingsplan Stad Appingedam’, waarmee de gemeenteraad van Appingedam op 18 december 2018 heeft ingestemd en welke door de Afdeling bestuursrechtspraak uiteindelijk als een voldoende onderbouwing werd beschouwd van de in het bestemmingsplan opgenomen beperking. Allereerst blijkt er een duidelijke relatie te zijn tussen het leegstandspercentage in centrumgebieden en de ontwikkeling van het winkelareaal buiten centrumgebieden: meer winkelmeters buiten de centrumgebieden dragen bij aan hogere leegstand in de centrumgebieden. De essentie van de casus Appingedam is voorts dat verschillende factoren zijn onderzocht, zoals de aanwezigheid van specifieke branches, passantenaantallen en leegstand.

Leegstandspercentage in centrumgebieden (n=148) 2005-219. Bron: Locatus 2005 en 2019, bewerking: Bureau Stedelijke Planning

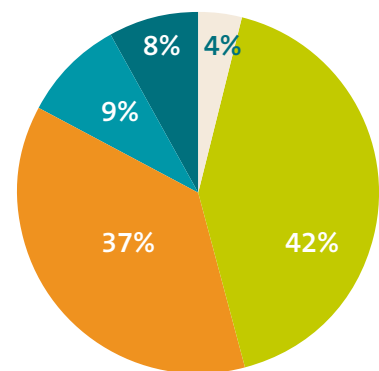


Vervolgens is het leegstandsrisico voor panden in het centrum van Appingedam vergeleken met een groep van referentiecentra. Daaruit worden de significante hogere leegstandsrisico's in Appingedam zichtbaar, hetgeen extra onderbouwing geeft aan het gevoerde vestigingsbeleid van de gemeente.

Centrum Appingedam



Centrum referentie



Retail risk index panden
centrum Appingedam versus
referentiecentra.
Bron: Locatus 2019, bewerking
Bureau Stedelijke Planning

De Retail Risk Index brengt het risicoprofiel van winkels en winkelgebieden in kaart. De indexen worden gebaseerd op vier indicatoren: pandindex, straatindex, branche-index en vraag & aanbodindex. Op basis van deze indicatoren wordt een gewogen gemiddelde berekend: de RRI. Hierin wordt een schaalverdeling toegepast van 'zeer beperkt risico' tot 'zeer hoog risico'. In het geschil in de gemeente Súdwest-Fryslân is het effect van het wel of niet opnemen van een oppervlaktegrens van 500 m² beoordeeld aan de hand van ontwikkelingen die met gebruikmaking van de RRI voor opeenvolgende periodes in beeld zijn gebracht.

Onderbouwing volgens pakketbenadering

In de rechtspraak inzake de ruimtelijke voorschriften in Maastricht en Schijndel oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat het toevoegen van een branchebeperking op een specifieke plek past in het totale pakket, omdat op andere locaties in Maastricht en Schijndel ook branchebeperkingen worden opgelegd. De Afdeling stelde dat naast het onderbouwen van de effectiviteit van het brede pakket aan brancheringsregelingen ook aannemelijk moet worden gemaakt dat een specifiek onderdeel van het brede pakket (dus de branchebeperkingen op een specifieke locatie) bijdraagt aan het behalen van het beoogde doel. De hoogste bestuursrechter stelt aan het aannemelijk maken van de effectiviteit van de specifieke beperking minder hoge eisen dan voor het hele pakket aan brancheringsregelingen.

b Coherent en systematisch beleid (hypocrisietest)

Handelt de gemeente coherent en systematisch om het nagestreefde doel te bereiken? Deze hypocrisietest houdt in dat het beoogde doel coherent en systematisch wordt nagestreefd (vgl. de rechtspraak over de geschillen in Maastricht, Schijndel, Appingedam en Súdwest-Fryslân). Het gaat om het coherent en systematisch uitvoeren van het (detailhandels)beleid, zowel door middel van a) de juridisch-planologische vertaling en vastlegging van dat beleid in ruimtelijke voorschriften zoals het bestemmingsplan, als door middel van b) de algehele uitvoering van het beleid.

Systematische en coherente toepassing van de beperkende maatregelen vereist dat de gemeente in de juridisch- planologische vertaling en in het formuleren en uitvoeren van het beleid als geheel steeds hetzelfde doel nastreeft op vergelijkbare locaties en dus ook dezelfde of soortgelijke beperkingen vaststelt. Omdat niet alle gemeenten op dit moment voor deze zogenoemde hypocrisietest zullen slagen, kan het doorlopen van het Stappenplan Risico-Inventarisatie Dienstenrichtlijn (zie hoofdstuk 3) behulpzaam zijn om de al dan niet aanwezige inconsistentie in de eigen beleidsvoering en regelgeving op te sporen. De uitspraak inzake het geschil in Súdwest-Fryslân laat overigens zien dat dit vereiste nog ruimte laat voor het introduceren van nieuw (detailhandelsvestigings)beleid, indien concrete stappen zijn gezet om de consistentie te bewaken, bijvoorbeeld door een voorbereidingsbesluit te nemen voor de gronden waarop verouderde regelingen van toepassing zijn.

Het vereiste van systematisch en coherent handelen werkt ook een andere kant op. De Afdeling bestuursrechtspraak kan zich vinden in de argumentatie dat ‘losse’ initiatieven ten aanzien van (kleine) brancheverbreding op termijn leiden tot een ondermijning van het behalen van de gestelde doelen (bijvoorbeeld het beschermen van het centrum en de leefbaarheid). Dit staat ook wel bekend als de ‘salamitactiek’, die dus niet toegepast kan worden. In de uitspraken over de geschillen in Maastricht, Schijndel en Appingedam is nadrukkelijk gesteld dat, gelet op het consistentievereiste, de gemeente zelfs bij een enkele, eerste afwijking ook eventuele vervolgaanvragen alvast in beschouwing mag nemen. Om die reden bleef de afwijzing van de eerste afwijkingsverzoeken bij de Afdeling bestuursrechtspraak in stand.

Kortom, een juiste toepassing van de Dienstenrichtlijn vergt ook een kritische doorlichting van de uitvoering van (detailhandels)beleid.

c Niet verder dan nodig**d Geen minder beperkende maatregel**

Gaat de maatregel niet verder dan nodig om het nagestreefde doel te bereiken? Zijn er (aantoonbaar) geen andere, minder beperkende maatregelen mogelijk? Deze vraag kan positief worden beantwoord als op basis van een analyse van specifieke gegevens aannemelijk is dat de beperkende maatregel in de ruimtelijke voorschriften niet verder

gaat dan nodig en dat er geen andere, minder beperkende maatregelen zijn waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt (proportionaliteit). De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in verschillende uitspraken geconstateerd dat alternatieve maatregelen ontoereikend zijn gebleken om eenzelfde effect te bewerkstelligen, zodat de beperking niet verder ging dan nodig. De brancheringsregeling in het bestemmingsplan 'Stad Appingedam' en de beperking van de zware nachtelijke horeca in Arnhem zijn zodoende als evenredig aangemerkt.

Uit de rechtspraak komt naar voren dat flankerende maatregelen op zichzelf onvoldoende zijn. Aangeraden wordt om in ieder geval nut en noodzaak van de vestigingsbeperking aan te tonen en daarnaast aan te geven welke andere maatregelen het gemeentebestuur al neemt naast de vestigingsbeperking(en). Daarbij kan gedacht worden aan:

- juridische maatregelen, zoals in de sfeer van APV en overlast;
- ontwikkeling van projecten ter versterking van een centrumgebied;
- fysieke ingrepen in de openbare ruimte, verkeers- en parkeermaatregelen, organisatorisch en marketing en promotie, zoals citymarketing, centrummanagement, online en offline promotie en acquisitie;

Het kan ook van belang zijn om in te gaan op

- keuzes om gemotiveerd bepaalde maatregelen niet te treffen, zoals een leegstandsverordening;
- voornemens van nieuwe maatregelen die het gemeentebestuur gaat treffen;
- de vraag of deze maatregelen in de plaats zouden kunnen komen van de vestigingsbeperking, zodanig dat eenzelfde effect wordt bereikt.

4.5 Samenvatting en conclusie

De juiste toepassing van de Dienstenrichtlijn vereist – naast het in acht nemen van het discriminatieverbod – dat wordt nagegaan of een beperking van de toegang tot of de uitoefening van detailhandel in goederen noodzakelijk en evenredig is. Is dat niet het geval, dan moet de beperking vervallen. Een beoordeling van de consequenties kan leiden tot de conclusie dat de beperking overbodig is/was of dat het mogelijk is om het doel te bereiken met een andersoortige beperking die wel kan voldoen aan de voorwaarden van artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Iedere beperking vergt ten opzichte van hetgeen gebruikelijk was, een extra onderbouwing en vastlegging in beleid en ruimtelijke voorschriften, zoals een bestemmingsplan, naast alle andere vereisten voor een zorgvuldige voorbereiding en een deugdelijke motivering van die voorschriften.

Ruimtelijk beleid of ruimtelijke voorschriften waarin beperkingen zijn neergelegd voor dienstenactiviteiten (detailhandel in goederen) die

voldoen aan de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn, bevatten in de onderbouwing in ieder geval de volgende drie bestandsdelen:

- een schets van de actuele situatie en beleidskaders,
- een beschrijving van het beoogde doel van de (voorgenomen) beperking of het pakket aan beperkende maatregelen (noodzakelijkheid), en
- een onderbouwing van de evenredigheid.

De Dienstenrichtlijn noopt tot het coherent en systematisch uitvoeren van (detailhandels)beleid (hypocrisietest), zowel a) in de vertaling en vastlegging van dat beleid in ruimtelijke voorschriften zoals het bestemmingsplan als b) in de algehele uitvoering van het beleid. Het wordt aangeraden om het gevoerde (detailhandels)beleid duidelijk in het beleid op te nemen, zowel nu, als straks in de op grond van de Omgevingswet op te stellen omgevingsvisie.

Het voldoen van het (detailhandels)beleid – en de daarop gebaseerde ruimtelijke voorschriften in bestemmingsplannen – aan de Dienstenrichtlijn vergt de nodige tijd en inzet van capaciteit, kennis en middelen. In de tussentijd kan worden voorkomen dat grote problemen ontstaan door:

- de risico's te inventariseren en op basis daarvan gericht (tijdig, en ook in de tijd) te handelen. Het Stappenplan Risico-Inventarisatie Dienstenrichtlijn, zoals besproken in hoofdstuk 3, vormt hiervoor de leidraad.
- zo nodig een voorbereidingsbesluit te nemen. Een voorbereidingsbesluit is een jaar geldig, daarna zal een nieuw (ontwerp)bestemmingsplan de beschermende werking over moeten nemen. Meestal is het opnemen van een gebruiksverbod in een voorbereidingsbesluit nodig; dan moet voor het overnemen van de beschermende werking een kortere tijd voor planvaststelling in acht worden genomen.
- in bestemmingsplannen met branchebeperkingen geen gebruik te maken van limitatieve opsommingen. Gedetailleerde, limitatieve lijsten kunnen snel in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn, zo bleek in de uitspraak over de provinciale verordening ruimte in Zuid-Holland. In ieder geval is het raadzaam om aan de lijst toe te voegen detailhandel in goederen 'die zich uit oogpunt van ruimtelijke ordening niet onderscheidt van de detailhandel in goederen zoals opgenomen in de lijst'²⁴. Het is echter beter dat wordt beoordeeld of en welke beperkingen noodzakelijk en evenredig zijn en daarbij ook de keuze voor het laten vervallen van de beperking nadrukkelijk in de overwegingen mee te nemen. Er is altijd de plicht om een degelijke afweging te maken en een beperking van een onderbouwing te voorzien.

24 Vgl. de voorziening in zoek.officiëlebezoekingen.nl/stb-2015-454.html.

Wat levert dit alles op voor de praktijk? In de casus over bestemmingsplan 'Stad Appingedam' bleek het mogelijk om de beperking van vestigingsmogelijkheden voor 'mode & luxe' buiten de centrumgebieden te onderbouwen teneinde te voldoen aan de Dienstenrichtlijn. Of en in welke mate dat ook mogelijk is voor andere vestigingsbeperkingen, oppervlaktecriteria en in andere situaties, zal moeten blijken. Op basis van rechtspraak en de beschikbare onderzoeksgegevens ontstaat een eerste indruk van de vestigingsbeperkende maatregelen waarvoor al dan niet een onderbouwing en motivering te geven is. In het onderstaande schema is het resultaat weergegeven. Opmerking verdient daarbij dat elke onderbouwing om de ruimtelijke voorschriften in overeenstemming te brengen met de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn, maatwerk vergt. Bovendien zijn steeds uitzonderingen mogelijk; zo kon de gemeente Amsterdam nieuwe toeristenwinkels weren, terwijl sprake is van een assortimentsbeperking.²⁵

De eventueel vereiste nieuwe en/of aanvullende onderbouwing van de in een ruimtelijk voorschrift opgenomen (vestigings)beperking om aan de Dienstenrichtlijn te voldoen, kan op het eerste gezicht als een noodzakelijk kwaad worden gezien. Het biedt echter ook de mogelijkheid om (de uitvoering van) het (detailhandels)beleid en de vastgestelde en nieuwe (vestigings)beperkende maatregelen te beoordelen. Dit kan de vitaliteit van de verzorgingsstructuur ten goede komen. Regulerende overheden worden uitgedaagd om het volledige pakket aan maatregelen te beschouwen op noodzakelijkheid en evenredigheid. Dit kan aanleiding vormen om:

- onnodige vestigingsbeperkingen te schrappen, zoals maatregelen die geen effect sorteren en de dynamiek in de detailhandel frustreren;
- andere maatregelen, inclusief vestigingsbeperkingen, die juist wel effect sorteren, aan te passen of aan te scherpen en in ieder geval van een passende onderbouwing te voorzien.

Daarmee kan een coherent en systematisch (detailhandels)beleid bereikt worden. Een effectief beleid met een juiste vertaling in regelgeving. Op die manier kunnen beleid en regelgeving duidelijkheid scheppen en daarmee gewenste investeringen uitlokken en ongewenste ontwikkelingen voorkomen. Een goed recept voor een vitale verzorgingsstructuur.

25 Zie ABRvS 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4173](#).

DE VESTIGINGSBEPERKING	TE MOTIVEREN?
• Branchebeperking voor de branchegroepen Dagelijks en Mode & Luxe²⁶ buiten de centrumgebieden. • Oppervlaktebeperkingen met een ruimtelijk motief. Voor deze brancheringregelingen geldt in algemene zin dat deze effectief zijn. De noodzakelijkheid en evenredigheid moeten wel worden aangetoond.	VERMOEDELIJK WEL
• Branchebeperking PDV+/GDV (hoofdbranches sport & spel, bruin- & witgoed, plant & dier, auto & fiets en detailhandel overig) buiten de centrumgebieden. Sterk situatie- en branchespecifiek	TWIJFELGEVAL
• Maximum aantal vestigingen van een bepaalde (hoofd)branche (binnen de vigerende detailhandelsbestemming en metrage). • Assortimentsbeperkingen (die verder gaat dan de vigerende bestemming en branchering). • Oppervlaktemaxima per vestigingspunt van een bepaalde (hoofd)branche zonder ruimtelijk motief. • Oppervlakteminimum per vestigingspunt buiten de centrumgebieden zonder ruimtelijk motief. Aan dit soort vestigingsbeperkingen, zowel in centrumgebieden als buiten de centrumgebieden, liggen economische motieven ten grondslag als geen ruimtelijk motief is gegeven en zijn daarom zonder ruimtelijke motivering niet te onderbouwen.	VERMOEDELIJK NIET

²⁶ Dit zijn typische centrumbranches. Dit geldt voor de branchegroepen Dagelijks en Mode & Luxe, alle onderliggende hoofdbranche en alle branches, met uitzondering van de branche Antiek (Antiek is overigens in metrage een relatief kleine branche).



5

De rol van de provincie

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn de consequenties van de Dienstenrichtlijn voor ruimtelijke voorschriften (branchebeperkingen en/of oppervlaktecriteria) inzake detailhandel in goederen besproken. Daarbij is veel aandacht besteed aan de rol van de gemeente(raad) bij het vaststellen van bestemmingsplannen. Ook de provinciale bestuursorganen hebben echter een rol in de ruimtelijke ordening en het detailhandelsbeleid. De Dienstenrichtlijn heeft daarom ook invloed op de wijze waarop provincies beleid kunnen vormgeven, hoe zij kunnen sturen en hoe zij hun beleid moeten onderbouwen. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de relatie tussen provinciaal detailhandelsbeleid en de Europese Dienstenrichtlijn. Achtereenvolgens komen de volgende vragen aan de orde. Wat is de rol van provincies bij ruimtelijk detailhandelsbeleid? Wat is de invloed van de Dienstenrichtlijn op provinciaal detailhandelsbeleid? Hoe kunnen provincies binnen de context van de Dienstenrichtlijn ruimtelijk detailhandelsbeleid voeren? Hoe kunnen provincies gemeenten ondersteunen om te voldoen aan de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn in het geval dat detailhandelsbeleid tot uitdrukking komt in ruimtelijke voorschriften?

5.2 De rol van provincies bij ruimtelijk detailhandelsbeleid

Met de decentralisatie van het ruimtelijke detailhandelsbeleid door het Rijk in 2004 zijn gemeenten en provincies samen verantwoordelijk geworden voor dit beleid. De provincie richt zich primair op de behartiging van provinciale ruimtelijke belangen, waaronder kunnen vallen de hoofdlijnen en algemene kaders van het detailhandelsbeleid en de afstemming van ruimtelijke ontwikkelingen met een bovenlokale (gemeentegrens-overschrijdende) invloed. Provincies zijn daarbij vrij hun beleid naar eigen inzicht vorm te geven. In de praktijk verschilt detailhandelsbeleid daarmee tussen provincies, zij het dat veel provincies in meer of mindere mate de beleidslijn van de Rijksoverheid van voor 2004 hebben voortgezet (zie ook par. 1.2).

Provinciaal ruimtelijk detailhandelsbeleid is vaak (ten minste) gericht op versterking van de hoofdwinkelstructuur en -centra in de provincie, met als doel het behouden van leefbare steden en dorpen met vitale

centra en het voorkomen van leegstand. Het biedt minimale kaders waar gemeenten aan moeten voldoen. De sturing door provincies neemt verschillende vormen aan, zoals:

- Geen provinciale visie of doelstellingen formuleren, de verantwoordelijkheid ligt volledig bij gemeenten en/of regio's (geen sturing).
- Alleen in algemene bewoordingen in beleid aangeven waar de provincie waarde aan hecht, zonder regels op te leggen, en daarmee de verantwoordelijkheid voor uitvoering bij gemeenten en/of regio's leggen.
- Het vaststellen van een provinciale hoofdwinkelstructuur, de ontwikkelmogelijkheden van de betreffende centra schetsen, concentratie daarin stimuleren, en bepalen in welke mate afgeweken mag worden van deze regels.
- Het concreet benoemen van een versterkings- of saneringsdoelstelling per regio of gemeente en daarbij al dan niet voorzien in ondersteunend instrumentarium.

Provincies kunnen dus inhoudelijk en procedureel een passieve of een actieve rol aannemen in ruimtelijk detailhandelsbeleid. Indien een provincie de keuze maakt voor een zekere mate van sturing, dan zal daarbij een combinatie gebruikt moeten worden van een beleidsdocument, doorgaans in de vorm van een structuurvisie in de zin van art. 2.2 Wro (bijvoorbeeld een omgevingsvisie) of een provinciale beleidsnotitie (detailhandelsvisie) en een verordening om bij het beleid passende algemene regels vast te stellen, in de vorm van een provinciale verordening ruimte (art. 4.1 Wro).

5.3 De invloed van de Dienstenrichtlijn op provinciaal detailhandelsbeleid

Zoals in eerdere hoofdstukken is toegelicht, valt detailhandel in goederen onder de Dienstenrichtlijn. Veel provincies hebben ruimtelijke regels (beperkingen) met betrekking tot detailhandel geformuleerd in provinciale verordeningen, veelal genaamd 'verordening ruimte' of 'omgevingsverordening'. Doorgaans zijn de normen in deze verordeningen gericht tot de bestemmingsplanwetgever – de gemeenteraad – en dus niet tot de dienstenuitvoerder. Provinciaal detailhandelsbeleid bestaat veelal uit één of enkele basisprincipes, waarbij het uitgangspunt is om winkels in centra van steden en dorpen te concentreren, aangevuld met uitzonderingen voor perifere locaties. Veelal worden op die perifere locaties alleen specifieke detailhandelsbranches toegestaan (en andere dus uitgesloten) of dienen winkels op die locaties te voldoen aan minimale oppervlaktelimiten.

Onder de Dienstenrichtlijn is het nog steeds mogelijk te kiezen voor het opnemen van algemene basisprincipes in het ruimtelijk detailhandelsbeleid, en voor uitzonderingen en beperkingen daarop, maar al die

keuzes dienen meer dan voorheen gedegen afgewogen, onderbouwd en gemotiveerd te worden, zoals dat is beschreven in hoofdstuk 2 en hoofdstuk 4. Uitgangspunt blijft dat provincies veel vrijheid hebben en houden in de mate waarin zij ruimtelijk detailhandelsbeleid willen en kunnen voeren. In het kader van de Dienstenrichtlijn, en dan met name de daarin opgenomen vereisten van noodzakelijkheid en evenredigheid, dient steeds de vraag gesteld te worden met welk doel de beperkingen zijn gesteld.

5.4 Provinciale beperkingen en de Dienstenrichtlijn: hoe pakken we dat aan?

De volgende vragen kunnen behulpzaam zijn bij de analyse of de provinciale beperkingen voldoen aan de eisen die daaraan in de Dienstenrichtlijn worden gesteld.

- Wat is het doel dat de provincie met de basisprincipes in het beleid nastreeft?
- Kan aangetoond worden dat de basisprincipes daadwerkelijk een bijdrage leveren aan het bereiken van het doel van de provincie?
- Waarom wordt detailhandel ruimtelijk geclusterd in centrumgebieden?
- Waarom wordt een eventuele centrumhiërarchie of detailhandelsstructuur nagestreefd?
- Waarom gelden eventuele uitzonderingen voor perifere locaties?
- Waarom worden specifieke branches of maatvoeringen in de periferie toegestaan en worden andere branches of maatvoeringen op die locaties beperkt?
- Maken de beperkende maatregelen deel uit van een coherent en systematisch beleid?
- Hoe dragen beperkingen concreet bij aan het geformuleerde beleidsdoel?
- Kan het doel ook met andere, minder beperkende, maatregelen worden bereikt?

Een visie vormt de basis voor beleidsprincipes en -regels

Provinciaal ruimtelijk detailhandelsbeleid dat voldoet aan de eisen van de Dienstenrichtlijn bestaat uit een duidelijk doel (visie) met bijbehorende gemotiveerde ruimtelijke keuzes en daarbij passende ruimtelijke voorschriften, die doorgaans een beperking inhouden van de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten in de zin van artikel 15 lid 2 onder a Dienstenrichtlijn. Afhankelijk van het beoogde doel (visie) zijn geschikte ruimtelijke belangen die gemeenten en provincies behartigen in de ruimtelijke ordening onder andere woon- en leefklimaat, duurzaam ruimtegebruik, ruimtelijke kwaliteit, mobiliteit, veiligheid en overlast, zoals ook hiervoor al aan de orde was (par. 1.2). Zo kan gemotiveerd worden dat de provincie als provinciaal doel streeft naar leefbare steden en dorpen met vitale centra en zo weinig mogelijk leeg-

stand. Dat beleidsdoel kan aanleiding zijn voor een beleidsregel (of een algemeen verbindend voorschrift) teneinde winkels te concentreren in de centra van steden en dorpen en om verspreid liggend winkelaanbod te voorkomen. De beperking die een dergelijke beleidsregel met zich brengt dient gerechtvaardigd te worden in het licht van artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Daartoe moet de beleidsregel worden onderbouwd met een analyse op basis van specifieke gegevens. Er moet inzichtelijk worden gemaakt waarom deze beleidsregel bijdraagt aan het nagestreefde doel, bijvoorbeeld door met data te onderbouwen dat concentratie van aanbod leidt tot een hoger voorzieningenniveau of dat het loslaten van concentratie leidt tot meer leegstand in centra.

Ook afwijking van algemene beleidsprincipes behoeft motivering, maar wel een minder zware

Ook eventuele afwijkingen van een in een provincie gehanteerde algemeen beleidsprincipe dienen te worden gemotiveerd. In veel gevallen zal de bewijslast minder zwaar zijn voor de afwijking dan de bewijslast voor de invoering van het algemene principe. Als bijvoorbeeld in algemene zin is onderbouwd dat concentratie van detailhandel in centra een bijdrage levert aan het hogere beleidsdoel, dan is de bewijslast lager voor specifieke beleidsregels die specifieke (groepen) winkels een uitzonderingspositie geven. Naar de huidige inzichten kan in zo'n situatie worden volstaan met het motiveren waarom voor specifieke (groepen) winkels een uitzondering wordt gemaakt. Er hoeft niet gemotiveerd te worden waarom voor alle andere (groepen) winkels géén uitzondering wordt gemaakt. Er is ten slotte al gemotiveerd dat concentratie in algemene zin een bijdrage levert aan het hoofddoel.

Uitzonderingen moeten uitzonderingen zijn

Om algemeen beleid overeind te houden, is het van groot belang dat uitzonderingen ook daadwerkelijk uitzonderingen zijn. Daarvoor dienen uitzonderingen specifiek gemaakt te worden en dient te worden gemotiveerd wat de specifieke eigenschappen van een winkel of een groep winkels zijn die de uitzonderingspositie rechtvaardigen. Beleidsregels en de motivering daarvan dienen vervolgens goed op elkaar aan te sluiten: de motivering dient dus zodanig specifiek te zijn dat die de uitzonderingsgroep goed beschrijft én de beleidsregels dienen zodanig ruim omschreven te zijn dat alle gevallen die passen binnen de specifieke motivering ook binnen de betreffende beleidsregel vallen.

Conclusie: zorg dat er een sluitend verhaal ligt

Provincies die ruimtelijk detailhandelsbeleid willen voeren, dienen rekening te houden met de eisen van de Dienstenrichtlijn. Simpel gezegd houdt dit in dat keuzes die worden gemaakt en beleidsregels die worden opgesteld goed gemotiveerd moeten worden; niet alleen maar met een plausibel verhaal, maar met een plausibel verhaal dat zoveel mogelijk met data wordt onderbouwd.



5.5 Provincies kunnen gemeenten ondersteunen bij rechtvaardiging detailhandelsbeleid

Provincies kunnen gemeenten ondersteunen door zelf beleid te voeren dat voldoet aan de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn. Daarmee creëren provincies een kapstok waaraan gemeenten hun eigen beleid kunnen ophangen. Sommige keuzes op hoofdlijnen hoeven dan door de gemeenten niet meer uitvoerig onderbouwd te worden (er zal hoogstens moeten worden aangetoond dat de situatie in de betreffende gemeente niet zodanig afwijkend is dat de algemene onderbouwing van de provincie niet op die gemeente van toepassing zou zijn).

Daarnaast kunnen provincies gemeenten ondersteunen door hen te voorzien van data die nodig kunnen zijn bij het onderbouwen van de geschiktheid en de effectiviteit van het (gemeentelijke) detailhandelsbeleid dat doorwerkt in ruimtelijke voorschriften. Het gaat dan bijvoorbeeld over:

- **Koopstromenonderzoek:** onderzoek naar het ruimtelijke koopgedrag van consumenten. Dit onderzoek is van belang voor behoefte-onderzoeken. Provincies kunnen zorgen dat koopstromenonderzoek ten minste op het niveau van individuele gemeenten beschikbaar is.
- **Kengetallen** voor ruimtelijk-economisch onderzoek: andere belangrijke input voor behoefte-onderzoeken betreft uniforme omzetkenngetallen. Sinds de opheffing van het Hoofdbedrijfsschap Detailhandel in 2012 worden deze kengetallen opgesteld door een selecte groep van marktpartijen. Het belang van deze kengetallen voor ruimtelijk-economisch onderzoek is echter zo groot (al het onderzoek voor en naar ruimtelijk detailhandelsbeleid, waaronder koopstromenonderzoek leunt op deze cijfers), dat (de financiering van) het opstellen van deze kengetallen niet aan marktpartijen overgelaten zou moeten worden. Overheden (van de Rijksoverheid tot aan gemeenten) kunnen hierin verantwoordelijkheid nemen.
- **Kennisoverdracht:** provincies kunnen gemeenten van kennis voorzien over de Dienstenrichtlijn en de implicaties daarvan voor ruimtelijk detailhandelsbeleid. Ze kunnen gemeenten met elkaar in contact brengen en zo de overdracht van kennis en ervaring faciliteren.

Ten slotte kunnen provincies middelen ter beschikking stellen, bijvoorbeeld via een stimulerings-/subsidieregeling voor gedegen onderzoek, visie- en beleidsvorming. Als gemeenten lokaal sanerings- en versterkingsplannen moeten maken, al dan niet als uitwerking van provinciaal detailhandelsbeleid, dan vraagt dat om beleidskeuzes. Voor die beleidskeuzes zijn goede onderzoeken, visie- en beleidsvorming essentieel. Zonder die gedegen onderbouwing is detailhandelsbeleid van gemeenten kwetsbaar in het kader van de Dienstenrichtlijn. Provincies kunnen gemeenten ondersteunen, zowel met advies als met middelen, om te komen tot goede onderzoeken, visie- en beleidsvorming. Pas daarna kan ook effectief uitvoering worden gegeven aan beleidskeuzes.

6

Wat verandert er met de komst van de Omgevingswet?

Dit hoofdstuk behandelt kort de vraag in hoeverre de invoering van de Omgevingswet (Ow), waarvan de inwerkingtreding is voorzien in 2021, invloed zal hebben op hetgeen in de voorgaande hoofdstukken aan de orde is gesteld (de invloed van de Dienstenrichtlijn op Nederlandse ruimtelijke voorschriften waarin beperkingen zijn gelegen voor de toegang tot en het uitoefenen van dienstenactiviteiten). Duidelijk is dat de Omgevingswet de Wet ruimtelijke ordening (Wro) en een groot aantal andere wettelijke regelingen, waaronder ook de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo), zal vervangen.

De Omgevingswet bundelt de wetgeving en de regels voor onder meer ruimte, bouwen, infrastructuur, milieu, natuur en water. Daarmee vormt de wet de basis voor een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving. Tot de werkingssfeer van de wet behoren in elk geval ook de ruimtelijke voorschriften die in de voorgaande hoofdstukken aan de orde waren. De Omgevingswet geeft instrumenten voor het beheer en de ontwikkeling van de leefomgeving, om de balans te waarborgen tussen het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving, met het oog op een duurzame ontwikkeling. Meer informatie over de Omgevingswet is te vinden op de websites www.omgevingswetportaal.nl en www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl.

In de voorgaande hoofdstukken is gewag gemaakt van de instrumenten die de Wet ruimtelijke ordening en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht aan gemeenten en provincies biedt om detailhandelsbeleid te voeren door middel van het invoeren van ruimtelijke voorschriften die een beperking inhouden van de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten, zoals onder meer de detailhandel in goederen. Relevant voor het detailhandels(vestigings)beleid zijn de ruimtelijke structuurvisies (beleidsdocumenten), het gemeentelijke bestemmingsplan (met ruimtelijke voorschriften die dienstenverrichters kunnen binden), de omgevingsvergunning voor het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met het geldende planologische regime (art. 2.1 lid 1 sub c Wabo) en de provinciale verordening in de zin van artikel 4.1 Wro. Kort gesteld worden deze instrumenten vervangen door de omgevingsvisie, het omgevingsplan, de omgevingsvergunning (voor een omgevingsplanactiviteit) en de provinciale omgevingsverordening op basis van de Omgevingswet.

Uitgangspunt van de Omgevingswet is – net als onder de Wet ruimtelijke ordening – dat taken en bevoegdheden in beginsel bij de gemeente liggen, maar dat ook de provincie en het Rijk onder voorwaarden taken en bevoegdheden hebben ('decentraal, tenzij'). Dat maakt het gemeentelijke omgevingsplan tot een centraal instrument onder de Omgevingswet. Een voor deze handreiking relevante wijziging is dat de Omgevingswet, en daarmee als uitgangspunt ook de daarin opgenomen instrumenten, ziet op de gehele fysieke leefomgeving en niet alleen op de ruimtelijke ordening. Dat geldt dus in beginsel ook voor de omgevingsvisie als beleidsdocument, voor het gemeentelijke omgevingsplan en voor de provinciale omgevingsverordening. Kortom, omgevingsplannen zijn breder dan de huidige bestemmingsplannen, omdat ze gaan over de gehele fysieke leefomgeving, niet alleen over ruimtelijke ordening. Dat brengt ook mee dat regels over de fysieke leefomgeving uit gemeentelijke verordeningen op zullen gaan in omgevingsplannen. De in de Dienstenrichtlijn gestelde voorwaarden voor gerechtvaardigde beperkingen zullen, net als voor bestemmingsplannen, gelden voor omgevingsplannen. Als in het omgevingsplan territoriale of kwantitatieve beperkingen voor de vestiging van detailhandel worden opgenomen, zal dus voldaan moeten worden aan de eisen van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid. Door de bredere reikwijdte van het omgevingsplan zullen echter meer motieven een rol kunnen spelen bij het antwoord op de vraag of een brancheringsregeling aan die eisen voldoet, bijvoorbeeld het waarborgen van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving. Daarbij blijft uiteraard staan dat argumenten van concurrentiebeperking geen rol mogen spelen.²⁷

27 Zie hierover de toelichting bij artikel 5.1a van het Besluit kwaliteit leefomgeving zoals dat wordt gewijzigd door het Invoeringsbesluit Omgevingsbesluit, bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, nr. 118, p. 459.

1

Bijlage 1 Overzicht relevante rechtspraak

ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75	(verwijzingsuitspraak Appingedam)
HvJ EU (A-G) 18 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:397	(conclusie A-G Appingedam)
HvJEU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44	(arrest HvJ EU Appingedam)
ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062	(tussenuitspraak Appingedam)
ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471	(Tilburg)
ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195	(Maastricht)
ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196	(Schijndel)
ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173	(Amsterdam)
ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:263	(Amsterdam)
ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965	(Decathlon Zuid-Holland)
ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569	(einduitspraak Appingedam)
ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2939	(Súdwest-Fryslân)
ABRvS 25 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3269	(Waadhoeke)

2

Bijlage 2 Begrippenlijst

- Centrumgebieden** Tot de centrumgebieden behoren alle centrale winkelgebieden, van dorpscentra tot de binnensteden, en alle ondersteunende winkelgebieden, de buurt-, wijk- en stadsdeelcentra.
- Centrumbranches** Tot de centrumbranches behoren alle door Locatus gedefinieerde branches waarvan het winkelverkoopvloeroppervlak (wvo) voor meer dan 52% aanwezig is in centrumgebieden. Door het aandeel wvo centrumgebieden van het totaal wvo winkelgebieden te bepalen is de grenswaarde 52% gesteld.
- Dwingende redenen van algemeen belang (artikel 4, onder 8, Dienstenrichtlijn)** Redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie; waaronder de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid, staatsveiligheid, volksgezondheid, handhaving van het financiële evenwicht van het sociale-zekerheidsstelsel, bescherming van consumenten, afnemers van diensten en werknemers, eerlijkheid van handelstransacties, fraudebestrijding, bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, diergezondheid, intellectuele eigendom, behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en doelstellingen van het sociaal beleid en het cultuurbeleid;
- GDV-beleid** Het beleid inzake grootschalige detailhandel
- Leegstand** Een unit/verkooppunt/pand met een commerciële bestemming, zonder dat daar een functie is gevestigd. Een leegstaand pand kan in het verleden een winkel zijn geweest, maar ook een andere functie hebben gehad (zoals bijvoorbeeld een ambacht, horeca of dienstverlening). Ook bij eventuele invulling van het pand kunnen naast een winkel ook andere functies gevestigd worden.
- PDV-beleid** Het beleid inzake perifere detailhandel

Voorwaarden artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn

Discriminatieverbod	De eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel.
Noodzakelijkheid	De eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang.
Evenredigheid	De eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken, ze mogen niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken en het doel kan niet met minder vergaande beperkingen bereikt worden.



Bijlage 3

Vraag en antwoord veelgestelde vragen over de Dienstenrichtlijn

VRAAG Vallen terrasvergunningen onder de Dienstenrichtlijn?

ANTWOORD Ja, een terrasvergunning is een dienstenvergunning waarop de Dienstenrichtlijn van toepassing is. Een dienst is elke economische activiteit, anders dan in loondienst, welke gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Het verkopen van goederen (bijvoorbeeld de verkoop van een flesje cola) op een terras is een economische activiteit die tegen een vergoeding geschiedt. Het exploiteren van een terras is daarmee een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn (artikel 4 onder 1 Dienstenrichtlijn).

VRAAG Is de Dienstenrichtlijn van toepassing op standplaatsvergunningen voor de verkoop van etenswaren?

ANTWOORD Er werd lang aangenomen dat de Dienstenrichtlijn is niet van toepassing op de verkoop van goederen. Sinds het arrest Appingedam/Visser Vastgoed Beleggingen BV is echter duidelijk dat detailhandel in goederen in bepaalde gevallen onder de regels van de Dienstenrichtlijn kan vallen. De vraag is dus of er in het specifieke geval sprake is van detailhandel in goederen.

Hoewel nog moet worden afgewacht in welke gevallen de verkoop van etenswaren wel of niet onder de Dienstenrichtlijn valt, kunt u er nu al voor kiezen uw beleid aan te passen. Bij een standplaatsvergunning kan er namelijk zowel sprake zijn van een vergunning voor een standplaats voor het verkopen van goederen als voor het verlenen van diensten. Het onderscheid tussen een standplaats voor het verkopen van goederen of voor het verlenen van diensten zou echter kunnen leiden tot rechtsongelijkheid. Dit omdat de verkoper van een goed vanuit een standplaats niet, maar de verlener van een dienst vanuit een standplaats wel onder de Dienstenrichtlijn zou vallen. Daarom is in de model-APV van de VNG gekozen om geen onderscheid te maken tussen verkoop van producten en dienstverlening voor wat betreft de gronden om een vergunning te weigeren.

VRAAG Welke eisen stelt de Dienstenrichtlijn aan schaarse vergunningen?

ANTWOORD Bij schaarse vergunningen is het aantal (potentiele) aanvragen groter dan het aantal beschikbare vergunningen. De Dienstenrichtlijn bevat bijzondere eisen voor de verlening van schaarse vergunningen. Daarbij maakt de richtlijn een onderscheid tussen schaarse vergunningen om dwingende redenen van algemeen belang (beleidsmatige schaarse vergunningen) en schaarse vergunningen vanwege de schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden (natuurlijk schaarse vergunningen).

Voor beleidsmatige schaarse vergunningen bepaalt de Dienstenrichtlijn dat deze een beperkte geldigheidsduur moeten hebben (artikel 11 Dienstenrichtlijn) en gelden de eisen van gelijkheid, transparantie en onpartijdigheid (artikel 10 en 13 van de Dienstenrichtlijn).

Voor natuurlijke schaarse vergunningen zijn de regels terug te vinden in artikel 12 van de Dienstenrichtlijn. De selectie uit de gegadigden moet worden gemaakt volgens een selectieprocedure die alle waarborgen biedt voor onpartijdigheid en transparantie met een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.

VRAAG Hoe kan reële mededinging worden geboden indien sprake is van een schaarse vergunning?

ANTWOORD Als sprake is van een schaarse vergunning dan moet aan potentiële gegadigden ruimte worden geboden om naar de beschikbare vergunning mee te dingen (beginsel van gelijke behandeling). Om dit te realiseren moeten overheden 'een passende mate van openbaarheid' garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdeelprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Dit betekent dat een doelmatig verdelingsbeleid dient te worden gekozen dat vooraf op een adequate manier bekend wordt gemaakt. De verdelingscriteria voor de schaarse vergunning dienen duidelijk, precies en ondubbelzinnig te zijn geformuleerd en moeten gelijkelijk worden toegepast op alle aanvragen.

Voorbeelden van verdelingsmechanismen zijn: loting, veiling, aanbesteding, administratieve selectie na een vergelijkende toets (tender) en verlenen op volgorde van binnenkomst.

VRAAG Is branchering ten aanzien van standplaatsen (verkoop van goederen /leveren van diensten) aan te merken als economische ordening?

ANTWOORD Uitzonderingen op de regels van de interne markt zijn sommige gevallen toegestaan als daarmee een niet-economisch, publiek belang wordt gediend. Dat geldt ook voor de toepassing van de Dienstenrichtlijn. Brancheringsregelingen zijn in dit verband ‘verdacht’, maar niet per definitie verboden. Het ligt namelijk voor de hand dat er sprake is van kwantitatieve of territoriale beperkingen. Dat zijn eisen die gekoppeld zijn aan het volume van het aanbod van bepaalde dienstverlening of de locatie waar dat aanbod mag plaatsvinden. Zulke beperkingen zijn toegestaan als:

- de eisen geen direct of indirect onderscheid maken naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel (discriminatieverbod);
- de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang (noodzakelijkheid);
- en de eisen geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken (evenredigheid).

Eén van de voorwaarden is dus dat de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit wordt gerechtvaardigd door een zogeheten ‘dwingende reden van algemeen belang’. U moet in dat verband denken aan: openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid, etc. Als bijvoorbeeld de bescherming van het stedelijk milieu een territoriale beperking rechtvaardigt, dan is een brancheringsregeling toegestaan (zie: Visser Vastgoed Beleggingen BV, r.o. 134-135). Wordt de betreffende brancheringsregeling daarentegen ingegeven door overwegingen en ingezet als een instrument voor economische ordening, dan is deze in strijd met de Dienstenrichtlijn en dus niet toegestaan.

VRAAG Is de Dienstenrichtlijn van toepassing op al bestaande vergunningen of geldt dit alleen voor nieuwe vergunningen?

ANTWOORD De Dienstenrichtlijn is ook van toepassing op van voor of op het moment van inwerkingtreding van de Dienstenrichtlijn geldende vergunningen en vergunningstelsels. Lidstaten waren tijdens de implementatie van de Dienstenrichtlijn verplicht de vergunningstelsels te 'screenen' en zo nodig aan te passen om aan de richtlijn te voldoen. De Dienstenrichtlijn is dus van toepassing op vergunningen die reeds zijn verleend en binnen het toepassingsbereik van de richtlijn vallen. Dit heeft onder andere tot gevolg dat voor schaarse vergunningen die voor bepaalde tijd zijn verleend alsnog een termijn moet worden bepaald.

