

Artikel

Het VU-rapport over de vestiging van detailhandel en verdragsvrijheden: beschouwing & opinie

Mr. G.H.J. (Gijs) Heutink*

1 Inleiding

Begin dit jaar is door de minister van Infrastructuur en Milieu (hierna: IenM) aan de Vrije Universiteit van Amsterdam (hierna: VU) gevraagd een rapport uit te brengen om inzicht te krijgen in de wijze waarop een deel van ons nationale orderingsbestel – te weten de vergunningstelsels die zien op de vestigingsmogelijkheden voor detailhandel – functioneert en zich verhoudt met een goede ruimtelijke ordening en met het Unierecht. Het rapport – ‘Vestiging van detailhandel: de toepassing van verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn’ van prof. mr. J. Struiksma, prof. mr. E. Steyger en mr. M.R. Botman – heeft in maart van dit jaar het licht gezien. In deze bijdrage wordt het rapport op hoofdlijnen tegen het licht gehouden en worden de conclusies samengevat en op onderdelen voorzien van commentaar en opinie. Tot slot wordt een voorschot genomen op het vervolg en de vraag tot welke acties het rapport de minister aanleiding zou kunnen of moeten geven.

Uit de inleiding van het VU-rapport citeer ik het volgende:

‘Dit onderzoek is opgezet naar aanleiding van het feit dat het Ministerie van Infrastructuur en Milieu inzicht wil krijgen in het beleid en de (on)geschreven regels die gemeenten in Nederland hanteren bij de

beoordeling van het al dan niet toelaten van detailhandel, de informatie die van de aanvrager van een vergunning om zich te vestigen wordt verlangd, de rol van het distributie planologisch onderzoek (hierna ook: dpo), de vraag of advies ingewonnen wordt van adviescommissies en de onderwerpen die naast een goede ruimtelijke ordening nog meer een rol spelen bij de besluitvorming over de aanvraag.’

1.1 Achtergronden

Een vraag van enig belang is wat de aanleiding is geweest om dit onderzoek op te dragen. Een van de redenen is in de aanhef van het VU-rapport al aangegeven: inzicht in de werking van ons vergunningstelsel voor de toelating van nieuwe detailhandel. Een tweede motief is eruit te destilleren, en lijkt gezien de onderzoeksvragen die in paragraaf 1.2 van het onderzoek zijn opgesomd ook de aanleiding te zijn voor de opbouw van het rapport: het eerste deel daarvan bestaat uit een verhandeling over de Europese wet- en regelgeving op het gebied van de vrijheid van vestiging van detailhandel en de daarvoor relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU of Hof van Justitie). Het tweede deel bevat een korte uitleg van ons nationale orderingsbestel en de positie van detailhandel daarin, gevolgd door vijf casus die zonder uitzondering zien op grootschalige detailhandelsinitiatieven (de outlet in Zevenaar, Decathlon-vestigingen in Schiedam en Arnhem, een Hornbach-bouwmarkt in Ressen bij Nijmegen, een Toys“R”Us in Groningen en een reactieve aanwijzing van gedeputeerde staten (hierna: GS) in de gemeente Lansingerland). Het gaat steeds om zaken waarin een wezenlijk deel van de besluitvorming samenhangt met algemene regels in provinciale

* Mr. G.H.J. (Gijs) Heutink is partner in de maatschap Gijs Heutink Advocaten te Amsterdam.

verordeningen die de vestiging van nieuwe detailhandel beperken, en gevallen waarin die initiatieven – door zienswijzen of reactieve aanwijzingen van GS of besluiten van GS om ontheffingen ex art. 4.1a van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) te weigeren – ook dreigen te sneuvelen of ernstig worden bemoeilijkt. Met name de regels ex art. 4.1 Wro in de verordeningen van de provincies Gelderland, Zuid-Holland en Groningen liggen in de vuurlinie.¹

De opdracht om de toepassing van algemene regels in provinciale verordeningen in deze casus (waarop in een aantal gevallen nog niet door de bestuursrechter is beslist² en die deels nog niet in beroep aanhangig zijn) mede te toetsen aan het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en aan de Dienstenrichtlijn lijkt te indiceren dat er op departementaal niveau vragen zijn over de houdbaarheid van sommige beleidsregels, algemene regels of algemene maatregelen van bestuur (AMvB's) in ons bestel in verhouding met vrijheden uit het VWEU en de voorschriften en verboden die op dat punt voortvloeien uit de verdragsbepalingen en uit Europese richtlijnen, de Dienstenrichtlijn in het bijzonder.³ Niet valt uit te sluiten dat naast het verkrijgen van inzicht in die verhoudingen met de opdracht voor het VU-rapport ook is beoogd een aanzet te geven tot sanering van economische elementen in ons nationale ordeningsbestel, en dat lijkt mij een loffelijk en toe te juichen initiatief.⁴ Het gaat er immers niet alleen om in het reine te blijven met het Unierecht, en nog minder om tegemoet te komen aan gemor uit Brussel of de dreiging van inbreukprocedures. Aan de orde is de overheidstaak om een *level playing field* voor alle deelnemers op de dynamische markt van de stedelijke diensten en voorzieningen detailhandel en horeca te bewaken. Dat is tenslotte van oudsher een kernwaarde in de Nederlandse

economie en een noodzaak om de markt aan de aanbodzijde te saneren en te innoveren.⁵

1.2 De Kamerbrief over innovatie van 20 juli 2015

Betrekkelijk heet van de naald is in dit verband de brief van 20 juli 2015 van minister Kamp aan de Kamer – 'De toekomstbestendigheid van wet- en regelgeving in relatie tot technologische ontwikkelingen en nieuwe verdienmodellen' – waarin het belang van regulering, vernieuwing en een gelijk speelveld met zoveel woorden aan de orde wordt gesteld.⁶ De minister schrijft onder meer:

'Het kabinet zal bij de evaluatie van de Drank en Horecawet in 2016 verkennen of bestaande belemmeringen voor het combineren van detailhandel en horeca, waaronder mengvormen waarbij men ook alcohol wil schenken, kunnen worden weggenomen. De belangen van volksgezondheid, openbare orde en veiligheid zullen hierbij als uitgangspunt dienen. (...) Het bieden van ruimte aan vernieuwing en innovatie zal in de praktijk een andere benadering vergen. Een benadering waarbij we kiezen voor een toekomstbestendige wet- en regelgeving door minder te redeneren vanuit risico's en gevestigde belangen, maar meer aandacht te hebben voor de kansen van nieuwe technologische ontwikkelingen zonder onnodig afbreuk te doen aan publieke belangen en waarden. Zo kunnen we voorop lopen in het ruimte bieden aan nieuwe innovaties en bieden we consumenten en ondernemers de kans te profiteren van nieuwe verdienmodellen.'⁷

1.3 Ruimte, economie en Unierechtelijke vrijheden

Dat er vanuit de Europese Commissie kritische geluiden zijn te horen over tendensen tot economische regulering in onze ruimtelijke regelgeving is allerm minst onbekend (Nederland is vanzelfsprekend ook niet de enige lidstaat die het op dat punt wel eens te verduren krijgt, zoals we bij de behandeling hierna van de zaak van de Commissie

1. 55. Voor een algemeen inzicht in de instructieregels van art. 4.1 en 4.1a Wro zie het zeer lezenswaardige proefschrift van 9 januari 2015 van Daan Korsse over Hoofdstuk 4 van de Wro – 'Ruimtelijke ordening op niveau' – Bouwrecht Monografie nr. 37, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015. Zie ook de bijdrage van Hans Koolen 'Instructieregels in de provinciale verordening: overspelen de provincies hun ruimtelijk ordeningshand?' in TBR 2015/109. Zie ook de bijdrage van H. Koolen, Instructieregels in de provinciale verordening: overspelen de provincies hun ruimtelijk ordeningshand?, TBR 2015/109.

2. M.u.v. Lansingerland: ABRvS 8 oktober 2014, 201309388/1/R4, ECLI:NL:RVS:2014:3602, TBR 2015/42 m.nt. G.H.J. Heutink.

3. Richtlijn 2006/123/EG.

4. Ook een oproep daartoe in hoofdstuk 7 van G.H.J. Heutink, Nieuw licht op detailhandelsbeperkingen, duurzame ontworping en goede ruimtelijke ordening in rechtspraak en regelgeving, Gst. (2010) 7338, nr. 62, waarin is vermeld: 'Een operatie stofkam van provinciale, regionale en gemeentelijke planwetgeving en beleidsregels (die eisen bevatten voor vergunningstelsels) waarbij een zuivering plaatsvindt van alle eisen met economische doelstellingen en motieven met herijking van de (uiterst beperkte) mate waarin duurzame ontworping in het vergunningstelsel nog een rol mag en kan spelen, zou daaraan zeer bijdragen.'

5. Over de historie van kernwaarden in de Nederlandse economie een vrijpostige aanrader buiten de juridische bibliotheek: R. Shorto, A History of the World's Most Liberal City, New York: Doubleday 2013, met de stelling dat vrijheid en gelijkheid (*liberalism and egalitarianism*) bij uitstek Nederlandse producten zijn, zie o.m. p. 128 e.v. Zijn dat dan ook ingrediënten die we nu terugzien als *level playing field*, het gelijkwaardigheidsbeginsel en *disruptive innovation*? Shorto refereert in dat verband aan Schumpeters theorie van creatieve destructie (*creative Zerstörung*) uit 'Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung' (1911) als mogelijk theoretisch model waarmee de stormachtige economische ontwikkeling van de Lage Landen ten tijde van de Gouden Eeuw kan worden verklaard.

6. Kamerstukken II 2014/15, 33 009, nr. 10 – de brief van de minister van Economische Zaken van 20 juli 2015 aan de Kamer: 'onder de toekomstbestendigheid van wet- en regelgeving in relatie tot technologische ontwikkelingen en nieuwe verdienmodellen'. Een aanloop voor het scheppen van ruimte in wet- en regelgeving voor innovatieve ontwikkelingen in o.m. horeca en retail. Het gelijkwaardigheidsbeginsel, het *level playing field* en *disruptive innovations* krijgen in de brief een prominente plaats toebedeeld, net als de noodzakelijke herziening van wetgeving om innovatie in retail en horeca te faciliteren.

7. Kamerstukken II 2014/15, 33 009, nr. 10, p. 7 en 9.

tegen het Koninkrijk Spanje⁸ te zien zullen krijgen). Het eertijds met economisch ruimtelijk tromgeroffel ingevoerde art. 3.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) – de bepaling die het opnemen van brancheregels voor detailhandel in bestemmingsplannen mogelijk maakt⁹ – kon rekenen op kritische noten vanuit de Brusselse burelen. Dat akkefietje is eertijds opgelost door de invoering van art. 1.1.2 Bro, een bepaling die als ronkend tegenwicht van de economische grondslag in art. 3.1.2 Bro moest dienen met een deemoedige bevestiging dat ruimtelijke besluiten niet in strijd mogen zijn met art. 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn.¹⁰

Dat is een vanzelfsprekendheid, maar dat zien we vaker. Want ook de introductie van de actuele regionale behoefte in art. 3.1.6 lid 2 Bro (trede 1 van de ladder voor duurzame verstedelijking) leidde in Brussel – en in de literatuur hier te lande niet minder – tot gefronste wenkbrauwen. Dat behoeftebegrip in samenhang met een vergunningeis leek toch wel erg veel op een economische eis van de soort die in art. 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn – het verbod op *economic needs & tests* – uitdrukkelijk niet is toegestaan. Ook dat gemor uit Brussel heeft geleid tot een ingreep met een enigszins cosmetisch karakter – vergelijkbaar met het pas de deux van art. 3.1.2 en 1.1.2 Bro – te weten de invoering van art. 3.1.6 lid 4 Bro, waarin staat dat aan de voorschriften uit de Dienstenrichtlijn gevolg moet worden gegeven als de richtlijn van toepassing is.¹¹

Welnu, voldoende controverse over de retailagenda, en dan is nog niet genoemd dat de opvatting van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling), dat detailhandel niet kan worden gekwalificeerd als een dienst (in de zin van de Dienstenrichtlijn)

– ik kom er hierna op terug bij de behandeling van de uitspraak van de Afdeling van 25 juni 2014 (Veldhoven Zonderwijk)¹² – diametraal staat op het standpunt van de Europese Commissie. De wetgevende maatregelen die ik hierboven heb aangestipt buiten beschouwing latend, blijft het linksom of rechtsom een opdracht van de minister – en kennelijk ook een zorg – om ons orderingsbestel in woord en daad te vrijwaren van economische smetten en regulering van concurrentie, en ervoor te zorgen dat vergunningstelsels voldoen aan de eisen van vrij verkeer en vrije vestiging uit het Unierecht. Dat is onmiskenbaar de drijfveer geweest achter de opdracht aan Struiksma, Steyger en Botman. Inzicht in de werking van de relevante wet- en regelgeving van de centrale wetgever, maar evenzeer inzicht in de werking van de (volgens de Unierechtelijke definities tot vergunningstelsels te rekenen¹³) plan- en beleidsregels op provinciaal en gemeentelijk niveau. Bestemmingsplannen, detailhandelsbeleidsregels en algemene regels in provinciale verordeningen met branche- en assortimentsbepalingen en soms een keur van eisen en regels die de vrije vestiging van detailhandel kunnen hinderen, en daarmee zonder omhaal kunnen worden beschouwd als beperkingen van de vrije vestiging. Zulke beperkingen zijn niet toelaatbaar, tenzij ze kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang ter bescherming van het milieu en het stedelijk milieu. Daarmee is de cirkel tussen het Unierecht en ons nationale orderingsbestel rond, en dat is ook waartoe het inzicht uit het VU-rapport zal moeten leiden: de inbreuk op de vrije vestiging van detailhandel door beperkingen in vergunningstelsels – vestigingsbeperkingen voortvloeiend uit de algemene regels van provinciale verordeningen daaronder begrepen – is alleen gerechtvaardigd als die beperkingen voortkomen uit dwingende redenen van algemeen belang. Als dat oogmerk aan een beperkende regeling ten grondslag ligt, zal bovendien moeten worden vastgesteld of toepassing van de regeling in het concrete geval evenredig, noodzakelijk en geschikt is. In onze nationale context gaat het dan om beperkingen of eisen die berusten op een goede ruimtelijke ordening en die als instrument ter bereiking van ruimtelijke doelstellingen (op rijks-, provinciaal of gemeentelijk niveau) doelmatig en evenredig zijn.

2 De opbouw van het rapport

Het rapport is opgebouwd uit twee delen, te weten het Unierechtelijke deel I (Steyger & Botman) en het op het nationale bestel georiënteerde deel II van Struiksma. Ik

8. HvJ EU 24 maart 2011, C-400/08 (Commissie/Spanje), TBR 2011/85 m.nt. I.L. Haverkate.
9. Besluit van 21 april 2008, Stb. 145. Voor een uitwerking van het fenomeen economisering van het ruimtelijk vergunningstelsel, zie G.H.J. Heutink, *Branchering in de detailhandel* en art. 3.1.2 lid 2 Bro, Gst. (2009) 7319, nr. 61.
10. Besluit van 24 november 2009 (art. VIII) – Aanpassingsbesluit Dienstenrichtlijn, ingevoerd op 2 december 2009, Stb. 2009, 500. Zie voor de uitwerking van de connectie tussen art. 1.1.2 en 3.1.2 Bro: Gst. (2009) 7338, nr. 62, t.a.p., par. 6.2. In de NvT Bro (Stb. 2008, 145) is met zoveel woorden vermeld dat het instrument van art. 3.1.2 Bro is bedoeld '(...) ter bevordering van de ruimtelijk economische kwaliteit' (NvT, t.a.p., onder 3.2.2 sub b). In de NvT van 2009 is genoteerd dat die grondslag met het oog op de uitgangspunten van de Dienstenrichtlijn moet '(...) worden aangescherpt' (blad 10 (art. VIII), Stb. 2009, 500) en dat art. 1.1.2 Bro vereist – vergelijkbaar met art. 3.1.6 lid 4 Bro in het licht van de eerder ingevoerde trede 1 – dat ruimtelijke besluiten moeten voldoen aan de eisen van de Dienstenrichtlijn, respectievelijk dat onderzoek naar de actuele regionale behoefte slechts tot doel mag hebben of de '(...) vestiging van een dienst in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening' (Stb. 2014, 174, art. II).
11. Dat is eigenlijk nog eenvoudiger van receptuur dan Jan van Oosten schreef in het blog van Stibbe: 'Onnodige wijziging ladder duurzame verstedelijking, omdat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op detailhandel' (27 januari 2014), ook al omdat lid 4 in het geheel niet rept over detailhandel, maar enkel over diensten. Iets waar menigeen bij de aankondiging van de wijziging van de AMvB overheen heeft gelezen, ook ik – met een conclusie die tegenovergesteld was aan die van Jan van Oosten – in mijn noot onder Ekkersrijt III in TBR 2014/122 (ABRVs 5 maart 2014, 2012303469/1/R3).

12. ABRVs 25 juni 2014, 201307133/1/A1, TBR 2014/133 m.nt. I.L. Haverkate en J. van Oosten.
13. Zie bijv. de definitie van vergunningstelsel in art. 4 sub 6 Dienstenrichtlijn, dat het geheel van regels, eisen en voorwaarden uit hoofde van bestuursrechtelijke bepalingen dat een beperking inhoudt tot het vergunningstelsel rekent. Het gaat mitsdien om alle wettelijke bepalingen en alle uitwerkingen daarvan in bedingen of eisen in algemeen verbindende voorschriften, besluiten van algemene strekking en beschikkingen.

loop de delen hierna in volgorde door. In deel I komt het Europees wettelijk kader voor de vestiging van detailhandel aan de orde, met name in het licht van de vrije vestiging en het vrije verkeer tussen lidstaten. De Dienstenrichtlijn komt aan de orde, de vrijheid van vestiging ex art. 49 VWEU en de vraag naar de eis van het grensoverschrijdend karakter. Deel II komt daarna aan de orde, en zet op hoofdlijnen in op de regeling van de ruimtelijke ordening in Nederland aangaande (ruimtelijk detailhandelsbeleid, de rol van een goede ruimtelijke ordening, de ladder voor duurzame verstedelijking) de bevoegdheden van gemeenten en provincies en een vijftal casusposities waarin planregels en regels in provinciale verordeningen en beleid bij de vestiging van detailhandel aan de orde worden gesteld.

Deel I van het VU-onderzoek bevat een tweetal beschouwingen van belang. De eerste is dat het uitgangspunt dat de Afdeling heeft geformuleerd over de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op de activiteit detailhandel naar het oordeel van Steyger en Botman voor juist moet worden gehouden.¹⁴ De tweede is dat het voor de beoordeling van Unierechtelijke houdbaarheid van vergunningstelsels (besluiten van algemene strekking, algemeen verbindende voorschriften en beschikkingen daaronder begrepen) niet zoveel uitmaakt of de Dienstenrichtlijn van toepassing is of niet, omdat het toetsingskader van de grondslag van die richtlijn evengoed in art. 57 als in art. 49 VWEU is terug te vinden. Het gaat om het verbieden van beperkingen van de vrijheid van vestiging, ongeacht de vraag of die vestiging ziet op een dienst of op de distributie van goederen. De eerste observatie schreeuwt – ook al is de pragmatische route haar te laten liggen en door te stomen naar de betekenis van art. 49 VWEU voor de vestiging van detailhandel – om aandacht. Ik trap daarom af met een aantal observaties over de vraag of detailhandel nu wel of niet valt onder de Dienstenrichtlijn, en wat de onderzoekers daarover in hun rapportage hebben gemeld.

2.1 Detailhandel & Dienstenrichtlijn

De schrijvers komen stapsgewijs tot de conclusie dat detailhandel niet als een dienst valt aan te merken. Allereerst is de activiteit detailhandel gecategoriseerd als de distributie van goederen of de verkoop van goederen. Vervolgens wordt vastgesteld dat de Dienstenrichtlijn niet op die activiteit van toepassing is. Vanuit kennistheoretisch oogpunt is daar geen speld tussen te krijgen, en toch is in de literatuur met kracht van argumenten verdedigd dat detailhandel wel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn valt. Ik tracht hier – zonder er al te veel woorden aan vuil te maken – de verschillende benaderingen te determineren, omdat ik vind dat de discussie over het onderwerp noch met het standpunt van de Afdeling (onder meer in Veldhoven Zonderwijk, zie

noot 12), noch met de visie van de Europese Commissie als afgedaan kan worden beschouwd. Naar mijn overtuiging – en ik volg daarbij gaarne de notitie in het VU-rapport dat het Hof van Justitie zich niet heeft uitgesproken over de vraag of detailhandel nu wel of geen dienst in de zin van de richtlijn is – is het aan de Afdeling om die vraag prejudicieel aan het Hof van Justitie voor te leggen, en ik volg daarbij gaarne de stellingen van Hessel en Botman tijdens de jaarvergadering van de VAR en de NVER van 13 maart 2015.¹⁵ In elk geval is er al lange tijd sprake van stevige controverses over dit vraagstuk. Ik laat er kort een aantal de revue passeren.

2.1.1 Controverses over de reikwijdte van de richtlijn

Eerst maar eens een voorbeeld uit de controverses in de literatuur. Steyger en Botman stellen de verschillen in interpretaties over de reikwijdte van de richtlijn ten aanzien van detailhandel op grond van de bewoordingen van de overwegingen van de richtlijn aan de orde. In overweging 76 van de richtlijn is vermeld:

‘De richtlijn heeft geen betrekking op de toepassing van de artikelen 28 tot en met 30 van het Verdrag over het vrij verkeer van goederen. De beperkingen die als gevolg van de bepaling over het vrij verrichten van diensten verboden zijn, betreffen eisen met betrekking tot de toegang of de uitoefening van dienstenactiviteiten en niet eisen ten aanzien van de goederen zelf.’

De bewoordingen van die overweging hebben geleid tot haaks op elkaar staande conclusies over de vraag of de verkoop van een goed kan worden aangemerkt als een dienst in de zin van art. 4 van de Dienstenrichtlijn. Hessel concludeert op grond van overweging 76 dat de distributie van goederen valt onder de werking van de richtlijn, Barnard concludeert het tegenovergestelde.¹⁶

De Europese Commissie heeft een heldere opvatting op dit punt, en vindt dat buiten kijf staat dat detailhandel een dienst is. Men zie onder meer het European Retail Action Plan (ERAP) van 31 januari 2013 en het *Handboek implementatie Dienstenrichtlijn 2007*¹⁷ ook aangehaald door Steyger en Botman (voetnoot 69). Op grond van de verwijzingen in het Bro (art. 1.1.2 en 3.1.6 lid 4) en bijvoorbeeld de opbouw van de Dienstenwet lijkt het standpunt verdedigbaar dat de minister ertoe neigt detailhandel te beschouwen als een dienst, of tenminste

14. Zie p. 36, t.a.p. In voetnoot 80 van het VU-rapport is gerefereerd aan ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2613, AB 2012/337 m.nt. Botman en ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2857, en in voetnoot 83 aan ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3645, r.o. 4.1 en ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3688, r.o. 4.1.

15. Zie het verslag van T.W.A. Weber in NTB 2015/24, par. 2.2 en 6. De opinie van Hessel (par. 6) is dat detailhandel een dienst is – zie ook noot 16 – en dat het op zijn minst op de weg van de Afdeling ligt om daarover een vraag aan het Hof te stellen. Botman (par. 2.2) poneert dat ook, en meent in elk geval dat ruimtelijke voorschriften onder de werking van de Dienstenrichtlijn vallen, ‘(...) tenminste voor zover ze een beperking vormen’ (waarmee is bedoeld op beperkingen van de vrijheid van vestiging).

16. De voetnoten 73 t/m 75 van het VU-rapport: B. Hessel, Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (1), Gst. (2007) 7296, p. 113-125 en C. Barnard, Unravelling the Services Directive, Common Market Law Review (45) 2008, afl. 2, p. 323-394, p. 344-345.

17. Zie <www.ec.europa.eu> en de noten van Haverkate en Van Oosten onder Veldhoven Zonderwijk, t.a.p., TBR 2014/133.

als een activiteit die onder de werking van de Dienstenrichtlijn valt.

De Afdeling is een radicaal andere mening toegedaan. Zij vindt – zo langzamerhand categoriaal, er is al een keur van branches en soorten winkels de revue gepasseerd – dat detailhandel geen dienst is, pregnant neergelegd in de uitspraak inzake Veldhoven Zonderwijk.¹⁸

2.1.2 De opvatting van de Afdeling nader beschouwd:

Burmanjer en de zaak Veldhoven Zonderwijk

De motivering van dat oordeel is in de loop van een paar jaar van kleur verschoten: de eerdere verwijzingen naar overweging 9 van de Dienstenrichtlijn hebben plaatsgemaakt voor de overwegingen van het Hof van Justitie in de Burmanjer-uitspraak.¹⁹ Het is voor een goed begrip van de discussie en de bruikbaarheid van de overwegingen van de Afdeling bij besluitvorming rond planregels van belang het Burmanjer-criterium toe te lichten, mede omdat het Burmanjer-criterium een centrale rol speelt in de al aangehaalde uitspraak Veldhoven Zonderwijk. Botman beargumenteert in haar noten onder de – in het VU-rapport aangehaalde – Afdelingsuitspraken van 25 juli en 26 september 2012 dat uit Burmanjer voortvloeit dat de verkoop van goederen naar het oordeel van het Hof van Justitie niet is aan te merken als dienst in de zin van art. 57 VWEU.²⁰ Dat is te volgen, maar naar ik meen wel een stap verder dan wat het Hof van Justitie heeft overwogen, te weten dat in elk concreet geval zal moeten worden vastgesteld of het aspect dat als dienst kan worden gekenmerkt ‘(...) al dan niet een aspect is dat volledig ondergeschikt is aan de elementen die verband houden met het vrije verkeer van goederen’.²¹ Burmanjer ziet op de betekenis van onder meer art. 57 VWEU (art. 49 EG (oud) – het vrije verkeer van diensten) naar aanleiding van een opgelegde boete voor ambulante handel in tijdschriftabonnementen in België zonder een daartoe strekkende machtiging. Het Hof van Justitie overweegt onder de punten 33 en 34:

‘Wat in de derde plaats de toepasselijkheid van artikel 49 EG betreft, zij opgemerkt dat, zoals uit punt 21 van dit arrest reeds blijkt, de nationale regeling ambulante verkoop betrekking heeft op de voorwaarden voor het op de markt brengen van een bepaald soort goederen. Volgens de rechtspraak van het Hof valt een dergelijke regeling in beginsel onder de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, en niet onder die inzake het vrij verrichten van diensten (zie in die zin arrest *Boscher*, reeds aangehaald, punten 8-10). Het kan echter niet worden uit-

gesloten dat de verkoop van een product vergezeld kan gaan van een activiteit die een aantal aspecten van een “dienst” in zich heeft. Deze omstandigheid kan op zich echter niet volstaan om een economische handeling als de ambulante verkoop die in het hoofdgeding aan de orde is, aan te merken als “dienstverrichting” in de zin van artikel 49 EG. In elk concreet geval moet immers worden vastgesteld of deze dienst al dan niet een aspect is dat volledig ondergeschikt is aan de elementen die verband houden met het vrije verkeer van goederen (...).’

De portee van Burmanjer is van schitterende eenvoud: een activiteit – zo overweegt het Hof van Justitie – kan zijn samengesteld uit meerdere en verschillend te kwalificeren aspecten (bijvoorbeeld de combinatie van de verkoop en distributie van goederen en de gedeeltelijke bewerking daarvan). In zo’n geval moet – voor de vraag of de activiteit een dienst is in de zin van het VWEU – worden gedetermineerd welk aspect van de activiteit is aan te merken als dienst, en of dat aspect al of niet ‘(...) volledig ondergeschikt’ is aan de elementen die verband houden met het vrije verkeer van goederen. In dat geval is – *easy as pie* – geen sprake van een dienst. Is wel sprake van volledige ondergeschiktheid, dan is wel sprake van een dienst. Dat het ambulant uitventen van abonnementen op de kade van Oostende onder vigeur van dat criterium geen dienst is, lijkt me helder, maar het gaat wel ver de dynamiek en diversiteit van detailhandel met het dienstgehalte van die activiteit over één kam te scheren. Ik denk ook niet dat het Hof van Justitie dat heeft bedoeld.

2.1.3 Het Burmanjer-criterium als ruimtelijk ordeningsinstrument

Er is – daargelaten de vraag of Burmanjer dwingend tot de conclusie moet leiden dat detailhandel geen dienst is – een tweetal redenen waarom deze doctrine voor de ordeningspraktijk een moeizame verworvenheid is. De eerste reden is dat het Burmanjer-criterium een afweging vergt in het concrete geval aan de hand van een beoordeling van de concrete activiteit – of zoals het Hof van Justitie het formuleert:

‘In elk concreet geval moet immers worden vastgesteld of deze dienst al dan niet een aspect is dat volledig ondergeschikt is aan de elementen die verband houden met het vrije verkeer van goederen.’

De aard van die afweging heeft als consequentie dat zij in de regel ofwel achteraf moet worden gemaakt, ofwel dat de afweging – wanneer zij vooraf wordt gemaakt – zal kunnen leiden tot beperkingen die uit een oogpunt van vrije vestiging of uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening niet naar behoren zijn te motiveren en die ruimte voor innovatie en marktdynamiek uitsluiten.

De tweede reden is dat het criterium – gegeven de beperkingen die voortvloeien uit de eerste reden – een kansloos ruimtelijk instrument oplevert. Er is binnen ons ordeningsbestel – en dat is vanuit ons systeem van

18. Een uitspraak die ik maatgevend acht voor de bevestiging van de doctrine van de Afdeling op dit punt. Voor meer controverse in de literatuur verwijs ik naar de o.m. in noot 12 genoemde annotaties vanuit een geheel verschillende benadering van Jan van Oosten en Iskander Haverkate in TBR 2014/133. Aan de uitspraak is ook aandacht besteed in A. Franken & G.H.J. Heutink, *De ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd* (Deel A), TBR 2014/128 met verwijzingen en vindplaatsen voor de diverse in de literatuur ingenomen standpunten.

19. HvJ EU 26 mei 2005, C-20/03, Jur. 2005, p. I-4133 (Burmanjer).

20. AB 2012/337, t.a.p.: punten 6 en 7 van de noot van Botman.

21. Burmanjer, punt 34. Zie Franken & Heutink 2014, par. 1.4.1.

normstelling en rechtszekerheid maar goed ook – geen bestuursorgaan of overheid adequaat ingericht op beoordeling achteraf anders dan door bestuursdwang of handhaving (evenzeer instrumenten die een normstelling vooraf vereisen). In een praktisch voorbeeld: als de raad bij de vaststelling van een bestemmingsplan waarin de bestemming detailhandel een plaats krijgt op voorhand wil weten of hij wel of niet moet toetsen aan de eisen en verboden in de Dienstenrichtlijn, kan dat alleen door de betreffende detailhandelsbestemming te beperken tot detailhandel die niet (of juist wel) kwalificeert als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn. Dat zou – zoveel is wel duidelijk – een ruimtelijk gedrocht opleveren waar met weinig moeite een flink gat in zou kunnen worden geschoten.

Ik werp daarnaast de vraag op waar op deze schuivende panelen of dit hellende vlak plaats is voor bijvoorbeeld innovatieve detailhandelsconcepten – zie de Kamerbrief van minister Kamp – waarbij de bewerking van producten (bijvoorbeeld in de food retail) een steeds grotere rol inneemt? Is de slager of visboer die behalve vis of verpakt vlees ook meeneemaaltijden prepareert en aanbiedt nu dienstverrichter, goederendistributeur of allebei? Moet – al of niet ondergeschikte – horeca in een detailhandelsvestiging als horeca (en dus al dienst²²) of als detailhandel worden beoordeeld? Men bedenke hier dat een van de meest effectieve en snelle innovaties in de retail samenhangt met het vervagen van de grens tussen detailhandel en horeca: producten uit de schappen worden steeds meer in de winkel geprepareerd en soms ook gegeten, het dienstgehalte – zo dat in een winkel al niet in hoge mate wordt bepaald door een keur van activiteiten van de winkelier die allermindst als distributie van goederen kan worden aangemerkt (inkoop, samenstelling van assortimenten, services, productinformatie, installatie) – wordt steeds hoger.

22. Voor horeca – waarover aan het Hof prejudiciële vragen zijn gesteld in de zaak *Josemans* (de coffeeshophouder in Maastricht die geen buitenlanders mocht bedienen, zaak C-137/09) – is de afweging van het Hof dat de activiteit van de coffeeshophouder moet worden aangemerkt als horeca-activiteit en als een dienst. Het Hof overweegt: '(...) de verkoop van alcoholvrije dranken en eetwaren in coffeeshops (is) aan te merken als een horeca-activiteit die wordt gekenmerkt door een reeks van elementen en handelingen, waarin de diensten zwaarder wegen dan de levering van het goed zelf (zie naar analogie arrest van 10 maart 2005, *Hermann*, C-491/03, *Jurispr. blz. I-2025*, punt 27).' Het gaat ook hier om het criterium dat kort nadien in *Burmanjer* is toegepast. De vraag is – mede met het oog op alle innovaties in de retail- en horecamarkt – of het verschil tussen die twee activiteiten nu zo radicaal is dat de een wel en de ander niet onder het bereik van de Dienstenrichtlijn zou moeten vallen. Dat klemt temeer omdat te verwachten valt dat het verschil zal vervagen. Maar ook in de zaak *Veldhoven Zonderwijk* had de Afdeling met kracht van argumenten kunnen overwegen dat de verkoop van dranken en eetwaren is aan te merken als een activiteit die wordt gekenmerkt door een reeks van elementen en handelingen, waarin de diensten zwaarder wegen dan de levering van het goed zelf (vrij naar punt 49 uit de zaak C-137/09, en het daar naar analogie aangehaalde arrest van 10 maart 2005, *Hermann*, C-491/03, *Jur. 2005*, p. I-2025, punt 27). Er is niet zonder meer gezegd dat het oordeel van de Afdeling niet juist is, maar het is wel duidelijk dat het gaat om een dissidentie op Europees niveau die leidt tot pragmatische onregelmatigheden in de werkbaarheid van ons orderingsbestel.

2.1.4 Conclusie: prejudiciële vraag?

Met de – onder meer door minister Kamp gesignaleerde – innovaties in de retailindustrie is er meen ik alle aanleiding nog eens goed te kijken naar de vraag of detailhandel nu wel of niet moet worden aangemerkt als een dienst. In het VU-rapport wordt op goede gronden opgemerkt dat het Hof van Justitie vooralsnog – ook met *Burmanjer* – geen uitspraak heeft gedaan waarin is uitgesloten dat detailhandel is aan te merken als een dienst. Op p. 35 van het VU-rapport is vermeld:

'Kortom, over de vraag of de verkoop van een goed een dienstverrichting is in de zin van de richtlijn bestaat vooralsnog geen zekerheid. Het Hof van Justitie heeft zich hierover nog niet uitgelaten. Ons inziens moet het er vooralsnog voor worden gehouden dat het begrip dienst in het kader van de Dienstenrichtlijn niet tevens de verkoop van goederen omvat. Zoals gezegd verwijst artikel 4, onder 1, Drl uitdrukkelijk naar artikel 50 van het EG-Verdrag, thans artikel 57 VWEU. Uit de toelichting van de Commissie bij het eerste voorstel van de richtlijn volgt eveneens dat bij de uitleg van dit begrip moet worden aangesloten bij de rechtspraak van het Hof van Justitie.'

Die visie wordt – zo vervolgen Steyger en Botman – bevestigd in de zaak *HvJ EU C-351/12 (OSA)*, waarin het Hof van Justitie heeft overwogen dat het begrip dienst in de zin van de richtlijn '(...) samenvalt met het begrip dat wordt bedoeld in het huidige artikel 57 VWEU'. Die signalering berust op het feit dat de enkele distributie van goederen niet als een dienst kwalificeert, maar gaat voorbij aan de vraag of detailhandel zich beperkt tot de activiteit distributie van goederen. Ik denk dat er aanleiding is voor een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, zoals dat eertijds ook in de kwestie *Josemans* (zie noot 22) is gedaan voor de activiteit van een coffeeshop. Als de Afdeling zo'n vraag overbodig vindt,²³ lijkt mij de weg van een heroverweging van het oordeel of detailhandel een dienst is aangewezen.

2.2 De vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) en goede ruimtelijke ordening (art. 3.1 Wro)

Dat brengt ons bij een tweede beschouwing of vaststelling in het VU-onderzoek. Ik kan daarover – voortbordurend op de uitvoerige bevindingen in paragraaf 2.1 – betrekkelijk kort zijn. Ik verwijs allereerst naar hetgeen

23. Dat kan, zie o.m. het dictum in de *Burmanjer*-zaak, waarin is opgenomen: 'Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of, gelet op de omstandigheden van het hoofdgeding, door de toepassing van het nationale recht wordt gewaarborgd dat die regeling zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten, alsmede, wanneer dit niet het geval mocht zijn, om vast te stellen of de betrokken regeling gerechtvaardigd wordt door een doel van algemeen belang in de zin die de rechtspraak van het Hof aan dit begrip geeft en of zij evenredig is aan dat doel.' De kennelijke gedachte van de Afdeling om geen prejudiciële vraag te stellen in bijv. de zaak *Veldhoven Zonderwijk* staat zo bezien natuurlijk wel in een wat merkwaardige verhouding tot het feit dat de casus *Josemans* wel aanleiding tot zo'n vraag aan het Hof heeft gegeven.

in kort bestek is weergegeven in de inleiding van Struiksma van deel II van het rapport: daaruit valt met instemming veel te citeren. Ik doe dat niet en raad u ten zeerste aan het discours zelf te lezen. Ik wijs dan met name op de uiteenzetting in hoofdstuk 11 en de behandeling van de onderzoeksvragen op p. 56 e.v. (rondom de analyse van de casus, hoofdstuk 13). Ik zal mij in deze opinie richten op de inleidende opmerking van Struiksma, te weten:

‘Uit deel I van dit rapport vloeit voort dat de Nederlandse ruimtelijkeordeningspraktijk om in ruimtelijke plannen eisen te stellen aan de vestiging van detailhandel zowel door het VWEU als de Dienstenrichtlijn begrensd is. Dit is uitsluitend toegestaan indien dit gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang en bovendien is voldaan aan de evenredigheidstoets. In het nu volgende deel II bezien we of het systeem van het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht en de uitvoering daarvan, in overeenstemming zijn met deze begrenzings. Gelet op de onderzoeksopzet ligt daarbij de focus op de vraag of sprake is van economische vestigingseisen.’

Ik maak – de onderdelen van het onderzoek in samenhang beziend – twee opmerkingen vooraf over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, die een betrekkelijk belang heeft. Die betrekkelijkheid is ook terug te lezen in de behandeling van de casusposities in hoofdstuk 13, en wel omdat het voor de beoordeling van de vraag of binnen de kaders van het Unierecht wordt gehandeld niet van belang is of detailhandel wel of niet onder het bereik van de Dienstenrichtlijn valt. Of het nu gaat om art. 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn of art. 49 VWEU, aan de orde zijn dezelfde grondslagen.²⁴

2.2.1 *Dwingende redenen van algemeen belang en goede ruimtelijke ordening*

De eerste opmerking in dit verband is dat de eisen en verboden die krachtens de Dienstenrichtlijn gelden voor vergunningstelsels hun oorsprong en hun oorzaak hebben in fundamentele rechten die in het VWEU zijn neergelegd. Tot die rechten behoort het recht op vrije vestiging dat is neergelegd in art. 49 VWEU. In essentie is het verbod op beperkingen van de vrijheid van vestiging zoals dat is neergelegd in art. 49 VWEU – en de uitwerking daarvan door het HvJ EU – niet verschillend van het samenstel van eisen en verboden dat ten aanzien van het vrije verkeer en de vrije vestiging van diensten is neergelegd in de Dienstenrichtlijn. Het maakt daarom niet zoveel uit of we beperkingen van de vrije vestiging in vergunningstelsels toetsen aan de Dienstenrichtlijn of aan de eisen die voortvloeien uit art. 49 VWEU. De

tweede opmerking vloeit voort uit het feit dat beperkingen van de vrijheid van vestiging – zoals Struiksma aan geeft – alleen toelaatbaar zijn als ze worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.

Aan dat begrip – dwingende redenen van algemeen belang – is vorm gegeven door het Hof van Justitie, dat de bescherming van het milieu en het stedelijk milieu als een algemeen belang beschouwt waarvan de bescherming een beperking van de vrijheid van vestiging – mits evenredig, geschikt en noodzakelijk (ik kom daarop terug) – kan rechtvaardigen. Planningseisen – dat wil zeggen: vergunningstelsels voor een goede ruimtelijke ordening – vallen onder deze rechtvaardigingsgrond. Eisen van een goede ruimtelijke ordening – zoals die in ons bestel voortvloeien uit art. 3.1 Wro – mogen de vrijheid van vestiging beperken mits ze zich als planningseisen kwalificeren, en mits ze geschikt, evenredig en noodzakelijk zijn om de beoogde ruimtelijke doelstellingen te bereiken. We vinden deze systematiek terug bij de toepassing van art. 49 VWEU (zoals onder meer zal blijken uit de behandeling van de zaak van de Commissie tegen het Koninkrijk Spanje in het VU-rapport²⁵), en ook, voor zover van belang – en geabstraheerd van het dienstbegrip –, in de al besproken overweging 9 en art. 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn.²⁶ In ons ordeningsbestel hanteren we voor dat begrip in wezen dezelfde eisen als in het Unierecht: de eisen van een goede ruimtelijke ordening van art. 3.1 Wro (de eis van een ruimtelijke motivering van besluiten en het verbod van economische ordening) zijn de Nederlandse pendant van de Unierechtelijke planningseisen die voortvloeit uit dwingende redenen van algemeen belang, ter bescherming van het milieu en het stedelijk milieu.

Die observaties leiden tot een eenvoudige premisse: waar ons ruimtelijk vergunningstelsel resulteert in beperkingen van de vrije vestiging (een vergunningstelsel is a priori een beperking van de vrije vestiging), zal die beperking moeten worden gerechtvaardigd door een goede ruimtelijke ordening. Het moet gaan om beperkingen die ruimtelijk kunnen worden gemotiveerd, die voortvloeien uit dwingende redenen van algemeen belang, ter bescherming van het milieu en het stedelijk milieu en die voor het bereiken van het ruimtelijke doel geschikt, evenredig en noodzakelijk zijn.

24. Eén onderscheid van belang is de werking van de Dienstenrichtlijn in zuiver interne situaties en de werking van art. 49 VWEU, waar het gaat om de voorwaarde van het grensoverschrijdende element. Steyger en Botman besteden daar aandacht aan in hoofdstuk 9. Ik laat het onderwerp hier rusten omdat de eis van grensoverschrijdendheid in de casuïstiek naar mijn oordeel niet normatief kan en mag zijn voor de Unierechtelijke eisen ter zake van de inrichting en beoordeling van vergunningstelsels in een lidstaat.

25. VU-rapport, deel I, p. 14 e.v. HvJ EU 24 maart 2011, zaak C-400/08, TBR 2011/85 m.nt. I.L. Haverkate, BR 2011/92 m.nt. G. Aarts.

26. Waarin is vastgelegd dat het verbod op economische planning niet geldt voor ‘(...) planningseisen waarmee geen economische doelen worden nagestreefd, maar die voortkomen uit dwingende redenen van algemeen belang’ (art. 14 lid 5 Dienstenrichtlijn). In overweging 40 worden dwingende redenen van algemeen belang gedefinieerd: ‘redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie, waaronder de volgende gronden (...) bescherming van het milieu en het stedelijk milieu (...). Deze richtlijn is derhalve niet van toepassing op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw (...)’

2.2.2 Commissie/Spanje: C-400/08. Geschiktheid, evenredigheid & noodzakelijkheid

In het VU-rapport wordt de zaak Commissie/Spanje aan de orde gesteld, waarin de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld dat Spaanse voorschriften voor de vestiging van grote winkelbedrijven in Catalonië niet verenigbaar waren met de vrijheid van vestiging. De gewraakte regelgeving daarover – een met een verordening vergelijkbare regel voor de autonome regio – bevatte voorschriften om grote winkelbedrijven uitsluitend te vestigen buiten de geconsolideerde bebouwde kom van een beperkt aantal gemeenten en beperkingen ten aanzien van de verkoopoppervlakte in elk gebied en in elke gemeente. Het Koninkrijk Spanje heeft aangevoerd dat de betreffende bepalingen bedoeld zijn ter verwezenlijking van de daarmee nagestreefde doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming. Spanje heeft gesteld dat met de regeling onder meer vervuilen van autoritten zouden worden vermeden, dat stedelijk verval zou worden tegengegaan, dat een milieuvriendelijk stedelijk model zou worden behouden en dat het bouwen van nieuwe wegen kon worden voorkomen omdat de beperkingen in de regeling zouden leiden tot vestiging van grote winkelbedrijven in gebieden met hoge bevolkingsconcentraties, waar de vraag het grootst is en waar bereikbaarheid met het openbaar vervoer kon worden gewaarborgd. In het VU-rapport wordt over deze zaak – die maatgevend is voor de werking van de vrijheid van vestiging ex art. 49 VWEU – het volgende gezegd:

‘Volgens de Commissie was de werkelijke bedoeling de kleine handelaren te beschermen. Het ging hier in de eerste plaats om de regeling die zag op de ligging en de omvang van de grote winkelbedrijven, zoals hypermarkten (r.o. 77-85). Op grond van het nationale recht gold er een verbod voor grote winkelbedrijven om zich te vestigen buiten de bebouwde kom van een enkele gemeenten. (...) Het Hof stelde vast dat door deze regeling zowel de ligging als de omvang van de hypermarkten werd beperkt.’

Ten aanzien van de doelstellingen van de aangevallen regeling oordeelde het Hof van Justitie wel dat de in de regeling vervatte beperkingen van de vrijheid van vestiging op zichzelf geschikt zijn om de aangevoerde doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming te bereiken. Vergelijkbare overwegingen zijn terug te vinden in uitspraken van de Afdeling over provinciale verordeningen, bijvoorbeeld de Verordening ruimte (VR) van de provincie Zuid-Holland,²⁷ maar van belang is dat met die vaststelling of overweging de toets maar ten dele is voltooid. Naast de doelstelling moet immers

27. Vgl. ook de overwegingen aangaande de toelichting van GS over de doelstellingen van de VR in ABRvS 8 oktober 2014, 201309388/1/R4 (Lansingerland), r.o. 29.1 en 29.2. De Afdeling geeft GS een steuntje in de rug door te bevestigen dat zij het tegengaan van onaanvaardbare leegstand en de bescherming van de ruimtelijke kwaliteit van de (in de VR aangewezen) bestaande perifere opvanglocaties in zijn algemeenheid beschouwt als belangen van ruimtelijke ordening.

worden aangetoond of de regeling waarmee is beoogd de doelstelling te bereiken voor dat doel evenredig, noodzakelijk en geschikt is.

In het VU-rapport wordt toegelicht wat die uitwerking inhoudt (p. 15):

‘De oprichting en de uitbreiding van een hypermarkt was uitgesloten in gebieden waar voor 2009 overaanbod werd verwacht. Dit gold voor 37 van de 41 gebieden in Catalonië. In de overige vier gebieden mocht de hypermarktgroei voor 2009 niet meer dan 9% van de geraamde uitgaven voor supermarktartikelen en 7% van de geraamde uitgaven voor huiswarenartikelen vertegenwoordigen. Tenslotte bleek dat voor de vier gebieden de maximale oppervlakte was beperkt tot 23 667 m², verdeeld over zes gemeenten.’

In punt 73 van de uitspraak overweegt het Hof van Justitie: ‘Volgens vaste rechtspraak kunnen beperkingen van de vrijheid van vestiging die zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing zijn, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang (...)’,²⁸ en we hebben al kunnen zien dat zulke dwingende redenen in deze zaak door Spanje aan de regeling ten grondslag zijn gelegd. Maar er moet nog worden voldaan aan ‘(...) de voorwaarde dat zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (arresten van 10 maart 2009, Hartlauer, C-169/07, Jurispr. blz. I-1721, punt 44, en 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, Jurispr. blz. I-4171, punt 25, en arrest Blanco Pérez en Chao Gómez, reeds aangehaald, punt 61)’,²⁹

Die evenredigheid, geschiktheid en noodzakelijkheid zijn – zoals hiervoor al is toegelicht – evenzeer voor besluitvorming in ons nationale orderingsbestel vereisten.³⁰ Het Hof van Justitie concretiseert die vereisten als volgt (punt 83):

‘In dergelijke omstandigheden dient een lidstaat bij de door hem aangevoerde redenen ter rechtvaardiging van een afwijking van het beginsel van de vrijheid van vestiging een analyse te voegen van de geschiktheid en evenredigheid van de door hem

28. Om welke belangen het gaat of kan gaan, is aangestipt in par. 2.2 van deze bijdrage, het Hof werkt de belangen in deze zaak uit in r.o. 74: milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming behoren daartoe. Het Hof vervolgt: ‘Zuiver economische doelstellingen kunnen daarentegen geen dwingende reden van algemeen belang vormen (zie in die zin met name arrest van 15 april 2010, CIBA, C-96/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).’

29. Punt 73, t.a.p.

30. Zie Commissie/Spanje, t.a.p., punt 83. De opbouw van de eisen in de overwegingen is terug te voeren op HvJ EU 20 februari 2001, C-205/99 (Analir), punten 35 t/m 38: de strekking van die overwegingen is dat een vergunningstelsel alleen gerechtvaardigd is als het noodzakelijk is, en geschikt en evenredig in verhouding tot het beoogde doel (in dier voege dat hetzelfde niet kan worden bereikt met maatregelen die het vrije verkeer minder beperken).

genomen beperkende maatregel, en moet hij zijn beoog met nauwkeurige gegevens staven (zie arrest van 22 december 2008, Commissie/Oostenrijk, C-161/07, Jurispr. blz. I-10671, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).’

2.3 Algemene regels in provinciale verordeningen: de casusposities

De eis van een nauwkeurige onderbouwing van de geschiktheid, de evenredigheid en de noodzaak van de regeling om het beoogde ruimtelijke doel te bereiken is gesteld in samenhang met art. 10 lid 2 van een bijlage bij de aangevallen Catalaanse regeling, waarin: ‘(...) *vergroting van het commerciële aanbod* in de vorm van hypermarkten was *uitgesloten* in gebieden waar voor 2009 een *overaanbod* werd verwacht’ (curs. GH). Het in de Spaanse zaak aangevallen Decreto is een regeling van de soort die we ook in het Nederlandse vergunningstelsel kunnen aantreffen, en voorbeelden daarvan zijn onder meer te vinden in de casus waarvan het ministerie van IenM de onderzoekers van de VU heeft gevraagd te rapporteren. Ik neem niet alle voorbeelden door, daarvoor verwijs ik graag naar deel II van het rapport, maar het is wel nuttig bij wijze van explicatie een van de verordeningen die in de casus een rol spelen bij de kop te pakken. Mijn oog valt daarbij op de meest genoemde regeling, die we ook al een aantal keren in Afdelingsuitspraken hebben zien figureren, te weten de provinciale verordening van de provincie Zuid-Holland (VR 2014). Steyger en Botman rapporteren (p. 15):

‘(...) hoewel met het oog op de ruimtelijke ordening en milieubescherming wel beperkingen mogen worden gesteld aan het gebied waar een winkel zich vestigt en de omvang van de vloeroppervlakte van de winkel, moet de regeling daadwerkelijk evenredig zijn, dat wil zeggen geschikt zijn om de beoogde doelstelling te bereiken. Als het gaat om zeer specifieke regels, zoals een bepaald marktaandeel dat de winkel maximaal mag vertegenwoordigen, wordt verlangd dat dit ook zeer nauwkeurig wordt onderbouwd.’

Wat betekenen deze uitgangspunten van het Hof van Justitie in het algemeen voor ruimtelijke besluiten die de detailhandel betreffen, en in het bijzonder de VR 2014? De regeling in de VR die we in deze discussie terugzien en die Struiksma uitwerkt in deel II van het onderzoek is te vinden in art. 2.1.4 VR, en stelt – net als de Catalaanse regeling – in het concrete geval beperkingen aan de vestiging van grootschalige winkelbedrijven buiten bestaande centra. Art. 2.1.4 lid 1 VR bepaalt – kort gezegd – allereerst dat een bestemmingsplan uitsluitend voorziet in nieuwe detailhandel op bestaande concentraties en winkelgebieden. Dan wordt een opvallende uitzondering gemaakt in art. 2.1.4 lid 3 VR:

‘nieuwe detailhandel is ook toegestaan buiten de centra, maar die uitzondering kent beperkingen die zijn neergelegd in een limitatieve lijst van assortimenten, branches en voorschriften ten aanzien van de maat-

voering en metrages. Het mag alleen maar gaan om kleinschalige detailhandel en grootschalige detailhandel in de branches auto’s, boten, caravans, motoren, scooters, zwembaden, buiten-speelapparatuur, fitnessapparatuur, piano’s, surfplanken, tenten, grove bouwmaterialen, landbouwwerktuigen en brand- en explosiegevaarlijke goederen. Tot slot geldt de uitzondering grootschalige meubelbedrijven met een omvang van minimaal 1.000 m² bruto vloeroppervlak, inclusief in ondergeschikte mate een assortiment woninginrichting en stoffering, en detailhandel in keukens, badkamers, vloerbedekking, parket, zonwering en jacuzzi’s voor zover de ontwikkeling plaatsvindt binnen de bedrijventerreinen met PDV-locaties waarvan de plaats geometrisch is bepaald en verbeeld op “Kaart 2 Detailhandel”, en tuincentra of bouwmarkten met een omvang van minimaal 1.000 m² bruto vloeroppervlak.’

2.3.1 Provinciale ruimtelijke doelstelling, geschikte regels en nauwkeurige gegevens

De Afdeling heeft het oogmerk van de VR – GS bepleit doorgaans dat de beperkingen zijn ingegeven door bevordering van de ruimtelijke kwaliteit en de bereikbaarheid van de voorzieningen, het voorkomen van leegstand en de bescherming van leefbaarheid van de bestaande centra – in meerdere uitspraken gesanctioneerd als doelstellingen met een ruimtelijk karakter.³¹ Dat lijkt mij niet zonder meer aanvechtbaar en ik laat het oogmerk hier verder rusten. Belangrijk is vast te stellen dat de VR vestigingsbeperkingen voor winkelbedrijven inhoudt. Dat zou – wanneer de overwegingen van het Hof van Justitie ten aanzien van art. 49 VWEU worden gevolgd – leiden tot twee vragen.

De eerste vraag is of door het bevoegd gezag (provinciale staten) voldoende nauwkeurige gegevens zijn aangedragen om de beperkingen naar noodzaak, geschiktheid en evenredigheid te rechtvaardigen. De tweede vraag zal in het concrete geval van toepassing van de algemene regel moeten worden beantwoord. Dat had misschien gekund bij de beoordeling van de reactieve aanwijzing in de al vaker genoemde Lansingerland-zaak (casuspositie 5, p. 79), maar die zaak is helaas blijven hangen bij een oordeel over de ruimtelijke doelstelling, er zijn geen beroepsgronden over de evenredigheid, de noodzaak en de geschiktheid aan de orde gekomen. De uitspraak lezend, krijg ik de indruk dat zo’n onderbouwing om die elementen nauwkeurig aan te tonen er niet is geweest, en niet valt uit te sluiten dat de zaak een andere wending zou hebben kunnen krijgen als die eis aan de orde zou zijn gekomen. Op grond van de overwegingen op dit punt in uitspraken van het Hof van Justitie is niet onaannemelijk dat aan het bevoegd gezag de eis zou zijn gesteld dat het bij de redenen ter rechtvaardiging van een afwijking van het beginsel van de vrijheid van vestiging een concrete analyse had moeten voegen van de

31. Zie o.m. Lansingerland, noot 27. De kwestie daar is ook door Struiksma behandeld in deel II van het VU-rapport, p. 79 (casus 5).

geschiktheid en evenredigheid van de toegepaste beperkende maatregel, en dat met nauwkeurige gegevens had moeten staven.³² Het gaat er dus om dat de reactieve aanwijzing gepaard hoort te gaan met een onderzoek waarin de effectiviteit van het besluit ter bereiking van de doelstelling wordt bewezen. Aan zo'n eis zijn we in Nederland niet gewend, maar het zal er een keer van moeten komen.

3 Slotopmerking

Ik kom tot de conclusie dat het VU-rapport een goede aanzet is – en ook behoort te vormen – om met meer precisie en onderbouwd rekenwerk vergunningstelsels in te richten en besluiten voor te bereiden. Een aantal regels, voorschriften en besluiten verdient daarbij – niet altijd ten positieve – aandacht. De Afdeling kan bijdragen aan een sanering van ongeschikte, niet-noodzakelijke of onevenredige regels en eisen in het systeem. Daarvoor bestaat concreet ruimte omdat de problematiek van art. 49 VWEU in samenhang met de evenredigheid, noodzakelijkheid en geschiktheid van regels inmiddels bij de Afdeling ter beoordeling voorligt (zie de casusposities in deel II van het VU-rapport). Struiksma licht bij de behandeling van onderzoeksvragen toe dat ook in gevallen waarin er geen directe aanleiding is om aan te nemen dat sprake is van economische doelstellingen, de eis geldt dat nadere onderbouwing van provinciale bepalingen nodig is in het licht van de Europeesrechtelijke eisen.

Daarmee legt hij de vinger op de zere plek: het probleem schuilt er niet in de doelstelling van een regeling of een besluit te laten passen in de eisen van een goede ruimtelijke ordening en te laten berusten op dwingende redenen ter bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, maar in het creëren van een uitwerking in voorwaarden en eisen die *angemessen* zijn en doelmatig. Niet in de toelichting en de overwegingen van de regeling zit de finesse, maar in de effectiviteit van de regels.

32. Het Hof verwijst daarbij naar zijn arrest van 22 december 2008, Commissie/Oostenrijk, C-161/07, Jur. 2008, p. I-10671, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak.