

Artikel

Detailhandel en de provinciale verordening: grenzen overschreden?!

Mr. H. (Hans) Koolen*

1 Inleiding

Op grond van art. 4.1 lid 1 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) kunnen bij of krachtens provinciale verordening regels worden gesteld omtrent de inhoud van bestemmingsplannen, beheersverordeningen en omgevingsvergunningen waarbij van het bestemmingsplan of de beheersverordening wordt afgeweken. Deze algemene regels staan ook bekend als instructieregels.

Deze bijdrage gaat in op één specifieke instructieregel in de Verordening ruimte 2014 van de provincie Zuid-Holland (hierna: Verordening ruimte of VR), te weten art. 2.1.4 VR. Deze regel ziet op de vestigingsmogelijkheden van detailhandel in Zuid-Holland. De hoofdregel in (het huidige) art. 2.1.4 lid 1 VR luidt kort gezegd dat nieuwe detailhandel alleen in de centra van steden, dorpen en wijken (hierna: de centra) mag worden gevestigd. Art. 2.1.4 lid 3 sub a VR bepaalt dat de daar in een lijst opgenomen detailhandel in afwijking van deze hoofdregel buiten de centra is toegelaten. Die lijst luidde vóór 2 december 2015 als volgt: 'detailhandel in auto's, boten, caravans, motoren, scooters, zwembaden, buitenspeelapparatuur, fitnessapparatuur, piano's, surfplanken, tenten, grove bouwmaterialen, landbouwwerktuigen en brand- en explosiegevaarlijke goederen'.

Art. 2.1.4 VR staat al enige tijd in de belangstelling. Het is onderwerp van een aantal procedures bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) over reactieve aanwijzingen ex art. 3.8 lid 6 Wro en de weigering van een ontheffing ex art. 4.1a

Wro. De regeling staat ook in de belangstelling in verband met de vraag hoe dit artikel zich verhoudt tot de eisen van het Unierecht,¹ de vraag of het voortvloeit uit dwingende redenen van algemeen belang, de vraag of het geschikt, evenredig en noodzakelijk is om ruimtelijke doelstellingen te bereiken, en tot slot de vraag of het kan worden geacht ruimtelijke en provinciaal noodzakelijke belangen te dienen.²

Mede met het oog op die vragen heeft de Kroon een deel van de regeling bij besluit van 21 november 2015 geschorst en een voorlopige voorziening getroffen.³ Die voorziening heeft ertoe gestrekt dat de Kroon aan de hiervoor genoemde limitatieve lijst als voorlopige maatregel een element heeft toegevoegd, en wel dat ook buiten de centra is toegelaten: '(...) detailhandel die zich uit oogpunt van ruimtelijke ordening niet onderscheidt van de hiervoor [met name in de limitatieve lijst; toevoeging HK] genoemde detailhandel'. De Kroon heeft bij zijn besluit onder meer overwogen dat '(...) op basis van een eerste onderzoek voorshands aannemelijk [is; toevoeging HK] geworden dat het hierboven genoemde limitatieve karakter zich niet verdraagt met een goede ruimtelijke ordening en er bovendien gereede twijfel is of de vestigingsbeperkingen voortvloeiend uit de VR kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en als dat zo is of de beperkingen in concrete gevallen geschikt, evenredig en noodzakelijk zijn'.⁴ Van 17 juni 2016 tot en met 15 juli 2016 heeft het Ontwerp Actualisering 2016 van de Verordening ruimte ter

137

* Mr. H. Koolen is advocaat bij de maatschap Gijs Heutink Advocaten te Amsterdam.

1. G.H.J. Heutink, Het VU-rapport over de vestiging van detailhandel en verdragsvrijheden: beschouwing & opinie, TO 2015, afl. 3, p. 103-112.
2. Zie o.a. D. Korse, Ruimtelijke ordening op niveau (Bouwrecht Monografieën, nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015; H. Koolen, Instructieregels in de provinciale verordening: overspelen de provincies hun ruimtelijke ordeningshand?, TBR 2015/109.
3. Stb. 2015, 454.
4. Zie Stb. 2015, 454.

inzage gelegen. Onderdeel daarvan is een aanpassing van art. 2.1.4 VR. Omdat deze wijziging consequenties kan hebben voor de dagelijkse (detailhandel)praktijk, wordt in deze bijdrage onderzocht aan welke nationale en Europese wet- en regelgeving instructieregels zouden moeten voldoen en of de beoogde wijziging van art. 2.1.4 VR al dan niet in overeenstemming is met deze wet- en regelgeving. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat deze bijdrage zich beperkt tot een bespreking van het derde lid van art. 2.1.4 VR, de andere artikelliden worden (grotendeels) buiten beschouwing gelaten. Hierbij wordt nog opgemerkt dat ook in andere provinciale verordeningen instructieregels ten aanzien van de (nieuw)vestiging van detailhandel zijn opgenomen. Zo bevatten onder andere art. 5 van de Provinciale Ruimtelijke Verordening van de provincie Noord-Holland, art. 4.5 van het Ontwerp Provinciale Ruimtelijke Verordening 2013 Provincie Utrecht, art. 4.4 van de Verordening ruimte 2014 van de provincie Noord-Brabant, art. 2.3.3.2 van de Omgevingsverordening Gelderland en art. 2.4.2 van de Omgevingsverordening Overijssel soortgelijke regels ten aanzien van (volumineuze) detailhandel. De bevindingen in deze bijdrage zijn (in meer of mindere mate) ook op deze instructieregels van toepassing.

Hierna zal eerst het relevante nationale en Europese wettelijke kader worden geschetst (par. 2). Vervolgens wordt kort ingegaan op het huidige art. 2.1.4 lid 3 VR (par. 3), waarna de beoogde wijziging van dit artikellid wordt behandeld (par. 4). Aansluitend volgt een analyse van deze wijziging vanuit het nationale en Europese wettelijke kader (par. 5). De bijdrage wordt afgesloten met enkele concluderende opmerkingen (par. 6).

2 Wettelijk kader

2.1 Nationaal kader

De kernbepaling van de provinciale verordening is art. 4.1 Wro. Als gezegd geeft dit artikel de provincie de bevoegdheid om bij of krachtens provinciale verordening regels te stellen voor bestemmingsplannen, beheersverordeningen (hierna gezamenlijk: bestemmingsplan) en omgevingsvergunningen waarbij van het bestemmingsplan wordt afgeweken.⁵

Het artikel is volgens de parlementaire geschiedenis een van de instrumenten die zijn ingevoerd om de provincie behulpzaam te zijn bij het sturen op onderdelen van het provinciaal beleid. Uitgangspunt voor de regels in de provinciale verordening is de goede ruimtelijke ordening van bovengemeentelijke aard die provinciale bemoeienis noodzakelijk maakt, aldus de wetgever.⁶ De keuze voor normstelling op provinciaal niveau kan aangewezen zijn in gevallen waarin een onderwerp gezien

de aard van de betrokken zaak of de schaal waarop een aangelegenheid moet worden geregeld niet op een doelmatige en doeltreffende wijze op een 'lager' niveau kan worden behartigd.⁷ Uit het voorgaande blijkt dat het belang van een instructieregel op grond van art. 4.1 Wro behoort te zien op situaties die – gezien de ruimtelijke belangen of ruimteclaims – cumulatief:

- betrekking hebben op een goede ruimtelijke ordening van bovengemeentelijke aard (provinciale belangen met het oog op een goede ruimtelijke ordening), én
- niet op een doelmatiger en doeltreffender wijze op een lager decentraal niveau kunnen worden behartigd (noodzakelijkheidsvereiste).

Beslissend hierbij is of de hogere bestuurslaag zich de behartiging van dat belang op provinciaal niveau heeft *mogen* aantrekken, omdat er aspecten aan de ruimtelijke normstelling hangen die niet op een doelmatige en doeltreffende wijze op een lager decentraal niveau kunnen worden behartigd.⁸ Het feit dat een hogere bestuurslaag een bepaald belang aan zich *mil* trekken door het voeren van een bepaald beleid is dus niet van (doorslaggevend) belang. Voor een nadere beschouwing over dit artikel wordt verwezen naar de reeds verschenen literatuur.⁹ Voor nu wordt opgemerkt dat instructieregels – en dus ook art. 2.1.4 VR – moeten zijn voorzien van een draagkrachtige motivering, waaruit moet blijken dat die regels geschikt, evenredig en noodzakelijk zijn voor de behartiging van een provinciaal belang met het oog op een goede provinciale ruimtelijke ordening.¹⁰ Dit betekent dat het aan de provincie is om aan te tonen dat het gebruik van de instructieregel ook daadwerkelijk gerechtvaardigd is.

2.2 Europees kader

Ook op Europees niveau zijn regels gesteld waaraan instructieregels zouden moeten voldoen. Hiermee wordt bedoeld op art. 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) over het recht van vrije vestiging en de Dienstenrichtlijn over (onder meer) de vrije vestiging van diensten.

2.2.1 Art. 49 VWEU

In art. 49 VWEU is de vrijheid van vestiging verankerd: beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat zijn verboden.

Beperkingen op deze vrijheid zijn alleen toelaatbaar als zij worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, waartoe ook het belang van een goede ruimtelijke ordening wordt begrepen. Blijkens jurisprudentie dienen de vestigingsbeperkingen geschikt, evenredig en noodzakelijk te zijn om de beoog-

5. Omgevingsvergunningen op grond van art. 2.12 lid 1 onderdeel a, onder 2° of 3°, Wabo. De verordening kan ook voorzien in regels voor de plantoelichting of onderbouwing van bestemmingsplannen of voornoemde omgevingsvergunningen.

6. Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 109.

7. Kamerstukken II 2004/05, 28 916, nr. 12, p. 52.

8. Korsche 2015, p. 74-75.

9. Korsche 2015; Koolen 2015.

10. Korsche 2015, p. 80-81.

de ruimtelijke doelstellingen te bereiken.¹¹ Bij de toepassing van art. 2.1.4 VR zal in verband met het voorgaande eerst moeten worden beoordeeld of deze instructieregel leidt tot een beperking van de vestigingsmogelijkheden voor bepaalde soorten detailhandel. Vervolgens moet worden beoordeeld of deze regel geschikt, evenredig en noodzakelijk is ter bereiking van de door de provincie met de regel in de Verordening ruimte beoogde ruimtelijke doelstellingen.

2.2.2 Dienstenrichtlijn

De Dienstenrichtlijn is een uitwerking van het recht van vrije vestiging voortvloeiend uit art. 49 VWEU, voor zover de vestiging van diensten in het geding is. De relevante bepalingen uit de Dienstenrichtlijn zijn in ons nationale stelsel niet geheel onbekend (zie art. 1.1.2 en 3.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro), in onderlinge samenhang, en art. 3.1.6 lid 4 Bro). Over de vraag of detailhandel valt onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn hebben velen zich het hoofd gebroken.¹² De Afdeling deed dat voorheen niet: zij vond tot voor kort zonder veel omhaal dat detailhandel geen dienst was in de zin van de richtlijn,¹³ maar er is sprake van enige kentering of ruimte voor heroverweging van dat standpunt.

De Afdeling heeft de in de literatuur al vaak geworpen handschoen (om daarover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie) opgenomen, zie de verwijzingsuitspraak in de kwestie Appingedam.¹⁴ Het is wachten op de uitspraak van het Hof ten aanzien van deze vragen.¹⁵

Ten aanzien van de betrekkelijkheid van de discussie rond de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn, de werking van art. 49 VWEU en de wisselwerking met het begrip goede ruimtelijke ordening in ons nationale orderingsbestel (art. 3.1 Wro) verwijs ik naar de opmerkingen van Heutink daarover.¹⁶

11. HvJ EU 24 maart 2011, C-400/08, TBR 2011/85 m.nt. I.L. Haverkate, BR 2011/92 m.nt. G. Aarts (Commissie/Spanje). Zie in het bijzonder punt 83. De opbouw van de eisen in de overwegingen is terug te voeren op HvJ EU 20 februari 2001, C-205/99 (Analir), punt 35 t/m 38: de strekking van die overwegingen is dat een vergunningstelsel (waartoe art. 2.1.4 VR behoort) 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).

12. Waaronder in alfabetische volgorde Botman, Ellerman, Haverkate, Hessel, Heutink, Van Oosten en Struiksmā. Voor een bloemlezing verwijs ik naar het notenapparaat van Heutink 2015. In het door Heutink besproken VU-rapport wordt door Botman een lans gebroken om de vraag of detailhandel nu wel of niet onder de reikwijdte van de richtlijn valt aan het Hof voor te leggen.

13. ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2286, TBR 2014, 133 m.nt. I.L. Haverkate en J. van Oosten (Veldhoven Zonderwijk).

14. ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, NJB 2016/313, JOM 2016/75, JG 2016/14 m.nt. Barkhuysen en Swagemakers, Gst. 2016/39 m.nt. Hessel, SEW 2016, afl. 4, p. 176, TBR 2016/40 m.nt. De Vries. De zaak dient bij het Hof onder nummer C-31/16. Zie voor de handschoen o.m. Heutink 2015, par. 2.1.4.

15. Zie ook J.J. van der Gouw & M.J.W. Timmer, Detailhandel – een dienst die geen dienst mag heten?, TO 2016, afl. 3, p. 71-78, waarin zij ingaan op de relatie tussen de Dienstenrichtlijn en de ruimtelijke ordening.

16. Heutink 2015.

2.3 Tussenconclusies

Uit het bovenstaande blijkt dat het toepassingsbereik van een instructieregel als bedoeld in art. 4.1 Wro zowel door nationale als door Europese wet- en regelgeving wordt beheerst. Er is strikt genomen sprake van twee afzonderlijke wettelijke stelsels, maar een materieel onderscheid tussen het nationale en Europese stelsel is naar mijn mening niet te maken of behoort niet te worden gemaakt. Uit beide stelsels vloeit voort dat een instructieregel in overeenstemming moet zijn met een goede (provinciale) ruimtelijke ordening en dat die regel in concrete gevallen geschikt, evenredig en noodzakelijk moet zijn om de doelstellingen voor een goede (provinciale) ruimtelijke ordening te bereiken. Of dat nu wordt gekwalificeerd als een goede ruimtelijke ordening in de zin van art. 3.1 Wro, als de voorwaarde dat het behoort te gaan om planningeisen (in de zin van art. 14 Dienstenrichtlijn), of dat alleen dwingende eisen van algemeen belang een beperking van de vrije vestiging kunnen rechtvaardigen (de werking van art. 49 VWEU in – onder meer – de meergenoemde zaak Commissie vs. Spanje (C-400/08)), maakt eigenlijk niet veel uit. Het zijn vlaggen die dezelfde lading dekken, en die erop neerkomen dat beperkingen van de vrije vestiging uitsluitend kunnen worden gerechtvaardigd door geschikte, evenredige en noodzakelijke eisen ter realisering of bescherming van een goede ruimtelijke ordening.

3 Huidig art. 2.1.4 lid 3 VR

Nu kort het nationale en Europese wettelijke kader van instructieregels als bedoeld in art. 4.1 Wro is geschetst, wordt hierna ingegaan op art. 2.1.4 lid 3 VR. Als gezegd bevat dit artikel(lid) instructieregels ten aanzien van de vestiging van nieuwe detailhandel buiten de centra.¹⁷ Indien nieuwe detailhandel mogelijk wordt gemaakt via een bestemmingsplan of een omgevingsvergunning waarbij van het bestemmingsplan wordt afgeweken, moet deze ontwikkeling worden getoetst aan en in overeenstemming zijn met dit artikel. Omdat het toepassingsbereik van dit artikel onlangs (op 2 december 2015) is gewijzigd, zal een onderscheid gemaakt worden tussen de mogelijkheden tot vestiging van detailhandel buiten de centra voor en na deze datum.

Tot 2 december 2015 bestond art. 2.1.4 lid 3 VR uit een limitatieve lijst van soorten detailhandel die zich buiten

17. De begrippen 'centra' en 'winkelconcentratie' zijn niet nader gedefinieerd in de regels van de Verordening ruimte. Uit de toelichting op art. 2.1.4 VR blijkt evenwel dat nieuwe detailhandel primair gevestigd moet worden binnen of direct aansluitend aan de bestaande winkelconcentraties/winkelgebieden en in de centra van steden, dorpen en wijken. Deze winkelgebieden/winkelconcentraties zijn benoemd en gecategoriseerd in het Programma ruimte. De winkelconcentraties zijn niet begrensd in de verordening. Nieuwe detailhandel kan ook worden gevestigd in een nieuwe woonwijk, voor zover het gaat om winkels die zijn gericht op de bewoners van die wijk. De bestaande situatie is uitgangspunt voor de begrenzing van het winkelgebied in het bestemmingsplan. In art. 1.2 lid 3 VR is bepaald wat kan worden verstaan onder de bestaande situatie.

de centra mocht vestigen.¹⁸ Indien een bepaalde vorm van detailhandel niet op deze lijst voorkwam, was vestiging hiervan niet toegestaan.

Verscheidene (internationale) detailhandelsondernemingen werden hierdoor ernstig belemmerd in hun vestigingsmogelijkheden. Zij konden zich immers niet of zeer moeilijk vestigen in de periferie van steden, dorpen en wijken, terwijl dat vanwege de omvang van de winkelconcepten de enige denkbare locatie was om die winkelformules te realiseren. Onder meer door Decathlon – een grote Franse sportwinkelketen – is gesteld dat de vestigingsbeperkingen voortvloeiend uit art. 2.1.4 lid 3 VR in strijd moesten worden geacht met art. 4.1 Wro en art. 49 VWEU. Om deze reden is de Kroon verzocht art. 2.1.4 lid 3 VR te vernietigen wegens strijd met het recht.

Naar aanleiding van dat verzoek is art. 2.1.4 lid 3 sub a VR bij besluit van 21 november 2015 geschorst tot 1 april 2016.¹⁹ Uit de toelichting op het schorsingsbesluit blijkt dat op basis van een eerste onderzoek voorshands aannemelijk is geworden dat het limitatieve karakter van art. 2.1.4 lid 3 VR zich niet verdraagt met een goede ruimtelijke ordening als bedoeld in art. 4.1 Wro. Bovendien is er twijfel of de vestigingsbeperkingen voortvloeiend uit de VR kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en, als dat zo is, of de beperkingen in concrete gevallen geschikt, evenredig en noodzakelijk zijn (lees: in strijd zijn met art. 34 VWEU).

Om ongewenste gevolgen te voorkomen is tevens besloten om voor de duur van de schorsing een voorziening te treffen, waardoor art. 2.1.4 lid 3 sub a VR als volgt is komen te luiden:

‘detailhandel in auto’s, boten, caravans, motoren, scooters, zwembaden, buitenspeelapparatuur, fitnessapparatuur, piano’s, surfplanken, tenten, grove bouwmaterialen, landbouwwerktuigen, brand- en explosiegevaarlijke goederen en detailhandel die zich uit oogpunt van ruimtelijke ordening niet onderscheidt van de hiervoor genoemde detailhandel’. (curs. HK)

Vergelijkt men de tekst van de voorziening met de toelichting op het besluit, dan moet worden geconstateerd dat de tekst minder indringende gevolgen heeft dan bij lezing van de bewoordingen van de toelichting zou kun-

nen worden verwacht: de voorziening zelf heeft immers enkel tot gevolg dat ook detailhandel is toegelaten die zich uit een oogpunt van ruimtelijke ordening niet onderscheidt van de detailhandel die in de lijst is genoemd. Nog steeds een lijst, en een onverminderde beperking van de vrije vestiging op basis van producten. Het is en blijft gissen naar de achterliggende gedachte van het verschil tussen de tekst van de voorziening en de toelichting op het besluit.

Omdat het niet mogelijk is gebleken vóór 1 april 2016 een beslissing te nemen op het verzoek om vernietiging, is bij besluit van 18 maart 2016 besloten om de schorsing te verlengen tot 1 december 2016.²⁰

4 Beoogde wijziging art. 2.1.4 lid 3 VR

Als gezegd heeft van 17 juni 2016 tot en met 15 juli 2016 de Actualisatie ter inzage gelegen, waarmee (onder andere) beoogd wordt art. 2.1.4 lid 3 VR aan te passen. Beoogd is dat art. 2.1.4 lid 3 sub a VR als volgt komt te luiden:

‘Lid 3 Uitzonderingen buiten de centra

Het eerste lid is niet van toepassing op een bestemmingsplan dat voorziet in de volgende nieuwe detailhandel:

a. detailhandel in goederen die qua aard of omvang van de aangeboden goederen niet of niet goed inpasbaar is in de centra:

1. detailhandel in brand- en explosiegevaarlijke goederen;
2. detailhandel in volumineuze goederen [curs. HK];²¹
3. meubelbedrijven met een omvang van minimaal 1000 m² brutovloeroppervlak, inclusief in ondergeschikte mate een assortiment woninginrichting en stoffering, alsmede detailhandel in de volumineuze woongoederen: keukens, badkamers, vloeren, 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”;
4. tuincentra²² met een omvang van minimaal 1000 m² brutovloeroppervlak; en

18. Buiten de centra mochten de volgende soorten detailhandel zich vestigen: detailhandel in auto’s, boten, caravans, motoren, scooters, zwembaden, buitenspeelapparatuur, fitnessapparatuur, piano’s, surfplanken, tenten, grove bouwmaterialen, landbouwwerktuigen en brand- en explosiegevaarlijke goederen; meerdere soorten kleinschalige detailhandel; ondergeschikte detailhandel in ter plaatse vervaardigde goederen bij een productiebedrijf; grootschalige meubelbedrijven met een omvang van minimaal 1000 m² brutovloeroppervlak, 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; tuincentra met een omvang van minimaal 1000 m² brutovloeroppervlak en bouwmarkten met een omvang van minimaal 1000 m² brutovloeroppervlak.

19. Stb. 2015, 454.

20. Stb. 2016, 109.

21. Onder detailhandel in volumineuze goederen wordt in dit geval verstaan: detailhandel waarbij het hoofdassortiment bestaat uit omvangrijke goederen waarvoor een grote uitstallingsruimte nodig is, zoals auto’s, boten en caravans (beoogd art. 1.1 VR).

22. Onder een tuincentrum wordt verstaan: detailhandelsvestiging waarvan het hoofdassortiment bestaat uit boomkwekerijproducten, planten, bloembollen, bloemen, attributen voor de inrichting en het onderhoud van tuinen, balkons en terrassen waaronder tuinmeubilair, alsmede de daarbij benodigde hulpmaterialen (beoogd art. 1.1 VR).

5. bouwmarkten²³ met een omvang van minimaal 1000 m² brutovloeroppervlak.⁷

De provincie hanteert hierbij het zogenoemde inpasbaarheids criterium: detailhandel die vanwege de aard of de omvang van de goederen in ruimtelijke zin niet of niet goed inpasbaar is in de centra en die niet essentieel is voor de kwaliteit van de centra mag zich buiten de centra vestigen.²⁴ Wat opvalt is dat in de voorgenomen lijst meerdere soorten detailhandel zijn opgenomen (zoals bouwmarkten en tuincentra) die in grote mate goederen verkopen die qua aard of omvang goed inpasbaar zijn in de centra. Men kan zich afvragen waarom deze soorten detailhandel toch in de lijst zijn opgenomen.

5 Analyse beoogde wijziging art. 2.1.4 lid 3 VR

Beoogd zou moeten zijn met bovenstaande wijziging de instructieregel zodanig aan te passen dat in alle opzichten sprake is van overeenstemming met een goede (provinciale) ruimtelijke ordening en dat de regel in concrete gevallen ook geschikt, evenredig en noodzakelijk is ter bereiking van de ruimtelijke doelen (in overeenstemming met art. 4.1 Wro en art. 49 VWEU). De vraag is of dat gaat lukken met de beoogde wijziging van art. 2.1.4 lid 3 VR. Daartoe wordt de beoogde wijziging geanalyseerd vanuit achtereenvolgens het nationale en Europese wettelijke kader.

5.1 Nationaal kader

Het gewijzigde art. 2.1.4 lid 3 VR moet voldoen aan de voorwaarden van art. 4.1 Wro. Met behulp van de in paragraaf 2.1 gehanteerde toetsingsmaatstaf kan worden beoordeeld of dit het geval is. Nog eenmaal de gezichtspunten:

1. De provincie moet aangeven dat haar belang betrekking heeft op het bereiken van een goede ruimtelijke ordening.
2. Er moet worden gemotiveerd dat het belang een provinciaal belang heeft.
3. Er moet inzichtelijk worden gemaakt dat de instructieregel noodzakelijk is met het oog op het bovengemeentelijk belang dat aan die regel ten grondslag ligt.

5.1.1 Het bereiken van een goede ruimtelijke ordening

Allereerst het belang en het bereiken van een goede ruimtelijke ordening. Uit de toelichting op het beoogde art. 2.1.4 VR blijkt dat het provinciale detailhandelsbeleid er enerzijds op gericht is om de ruimtelijke detailhandelsstructuur zo veel als mogelijk te versterken en de beschikbaarheid en bereikbaarheid van detailhandels-

voorzieningen te garanderen. Anderzijds wordt de dynamiek in de detailhandel bevorderd vanwege het grote economische belang van deze sector. De provincie Zuid-Holland wil alle ruimte geven aan deze dynamiek, maar dan wel binnen de bestaande centra. In het ruimtelijk beleid voor detailhandel geldt daarom als uitgangspunt dat nieuwe detailhandelsontwikkelingen plaatsvinden binnen of aansluitend aan de bestaande winkelconcentraties in de centra van steden, dorpen en wijken. Buiten de centra kan alleen ruimte worden geboden aan specifieke branches van detailhandel ('perifere detailhandel'). Het gaat dan om detailhandel die vanwege de aard of de omvang van de goederen in ruimtelijke zin niet of niet goed inpasbaar is in de centra en die niet essentieel is voor de kwaliteit van de centra.

Tot zover het provinciale detailhandelsbeleid. Naar mijn mening vloeit uit dit beleid voort dat het belang dat de provincie nastreeft betrekking heeft op het bereiken van een goede ruimtelijke ordening. Het verband tussen voornoemde beleidsdoelstellingen en de vestiging van nieuwe detailhandel is immers duidelijk aanwezig. Deze beleidsdoelstellingen bevatten ruimtelijke aspecten waarmee een goede ruimtelijke ordening wordt nagestreefd.

5.1.2 Het provinciale karakter

Vervolgens de kwestie van het provinciale karakter van dit belang. Er moet worden gemotiveerd om welke aspecten het gaat en waarom die aspecten de schaal van de lager gelegen overheidsniveaus overstijgen. Doorslaggevend hierbij moet zijn of de provincie de behartiging van het belang aan heeft mogen trekken, omdat er aspecten kleven aan de ruimtelijke normstelling waarvan in redelijkheid kan worden gesteld dat deze op bovengemeentelijk niveau beter kunnen worden overzien.²⁵

Als gezegd voorziet het provinciale detailhandelsbeleid in het versterken van de ruimtelijke detailhandelsstructuur, het garanderen van de beschikbaarheid en bereikbaarheid van detailhandelsvoorzieningen en het versterken van de dynamiek in de detailhandel. Men kan zich afvragen of deze belangen (in alle gevallen) zijn aan te merken als belangen waarvan in redelijkheid kan worden gesteld dat zij de schaal van de lager gelegen overheidsniveaus (lees: gemeenten) overstijgen, en of zij op bovengemeentelijk niveau beter kunnen worden overzien. Dit hangt samen met het feit dat (1) op voorhand niet kan worden gesteld dat alle detailhandelsontwikkelingen gemeentegrensoverschrijdende effecten hebben, (2) de betrokken gemeenten en ondernemers veel beter kunnen overzien welke effecten een dergelijke ontwikkeling zal hebben op de eigen gemeente of het eigen bedrijf, en (3) er genoeg (andere) (procedurele) waarborgen in het leven zijn geroepen om deze belangen te beschermen.

Een voorbeeld. In de gemeente X wil een projectontwikkelaar nieuwe detailhandel vestigen aan de rand van de gemeente, met een omvang van 1500 m². Op deze locatie geldt momenteel een bedrijfsbestemming, zodat een

23. Onder een bouwmarkt wordt verstaan: detailhandelsvestiging waarvan het hoofdassortiment bestaat uit bouwmaterialen, alsmede materialen die voor het verrichten van bouw- en verbouwwerkzaamheden nodig zijn (beoogd art. 1.1 VR).

24. Zie ook de toelichting op dit artikellid.

25. Korsse 2015, p. 74-77.

nieuw bestemmingsplan moet worden vastgesteld of een omgevingsvergunning waarbij wordt afgeweken van het bestemmingsplan moet worden verleend. Het lokale bestuur staat positief tegenover het initiatief en start met de voorbereiding van een nieuw bestemmingsplan. Bij de voorbereiding van dit bestemmingsplan wordt op grond van art. 3.1.1 Bro eerst verplicht overleg gepleegd met de betrokken gemeenten (lees: de gemeenten die enig belang behartigen dat naar redelijke en geobjectiverde maatstaven in het geding is bij de daartoe noodzakelijke herziening van het bestemmingsplan). Hierna kan eenieder – waaronder de betrokken gemeente(n) – een zienswijze indienen tegen het ontwerpbestemmingsplan. Daarna kunnen belanghebbenden nog beroep instellen bij de Afdeling.

In bovenstaand voorbeeld kan op voorhand niet in redelijkheid worden betoogd dat de (nieuw)vestiging van detailhandel met een omvang van 1500 m² buiten de centra leidt tot ruimtelijke effecten die een gemeentegrensoverschrijdend karakter hebben. Bovendien kunnen de betrokken gemeenten en bedrijven naar mijn mening veel beter overzien welke (negatieve) effecten de ontwikkeling zal hebben op hun eigen gemeente of bedrijf. Hiernaast beschikken zij over meerdere (wettelijke) instrumenten om hun eigen belangen (afdoende) te beschermen. Van de hiervoor door de provincie nagestreefde belangen kan om deze redenen in redelijkheid worden gesteld dat zij op gemeentelijk niveau (voldoende) kunnen worden overzien: deze belangen hebben in dat geval geen provinciaal karakter.

Dit betekent niet dat de provincie zich helemaal niet meer mag bemoeien met de (nieuw)vestiging van detailhandel buiten de centra. Er zijn meerdere situaties denkbaar waarin naar mijn mening wel sprake is van belangen waarvan in redelijkheid kan worden gesteld dat zij op bovengemeentelijk niveau beter kunnen worden overzien. Ik doel hiermee – zonder limitatief te zijn – op de aspecten natuur en verkeer en vervoer. Indien een bepaalde ontwikkeling leidt tot mogelijke (negatieve) effecten op het provinciale verkeersnetwerk of een door de provincie aangewezen natuurgebied, dan mag de provincie zich hier (uiteraard) mee bemoeien, voor zover deze inmenging gestoeld is op de door de provincie nagestreefde, provinciale, doelstellingen. Hiertoe staan de provincie meerdere wettelijke instrumenten ter beschikking.

5.1.3 Noodzakelijkheid

Voor de volledigheid zal ook nog worden getoetst aan het derde gezichtspunt: de noodzakelijkheid van de instructieregel. De regel mag de ruimtelijke belangenafweging van de lagere overheidsniveaus (lees: gemeenten) alleen raken indien dit noodzakelijk, geschikt en evenredig is.

Bij deze toetsing moet in dit specifieke geval niet worden gekeken naar het derde, maar naar het eerste lid van art. 2.1.4 VR. Op grond van dit artikellid kan een bestemmingsplan uitsluitend voorzien in nieuwe detail-

handel op gronden binnen – kort gezegd – de centra.²⁶ Door het woord ‘uitsluitend’ is tevens een verbod ontstaan voor de vestiging van elke vorm van detailhandel buiten de centra. Zoals hiervoor beschreven, voorziet art. 2.1.4 lid 3 VR in een uitzondering op dit verbod, maar reguliere detailhandel valt hier niet onder.

Het is de vraag of de vestiging van nieuwe (reguliere) detailhandel buiten de centra op voorhand altijd (negatieve) gemeentegrensoverschrijdende effecten heeft, ongeacht de omvang van deze detailhandel. Naar mijn mening kan dat niet het geval zijn: op voorhand kan in redelijkheid niet worden betoogd dat elke nieuwe vestiging van (reguliere) detailhandel buiten de centra leidt tot ruimtelijke effecten die een gemeentegrensoverschrijdend karakter hebben.

Als gezegd wordt in de toelichting op art. 2.1.4 lid 3 VR aangegeven dat buiten de centra enkel plaats is voor perifere detailhandel, maar er wordt niet aangegeven welke ruimtelijke overwegingen hieraan ten grondslag liggen. Ook wordt op geen enkele wijze aangegeven op welke manier het ‘inpasbaarheid’-criterium bijdraagt aan het behalen van de provinciale beleidsdoelstellingen. Het provinciale karakter van de belangen die nagestreefd worden, zijn naar mijn mening niet terug te vinden in het beoogde art. 2.1.4 lid 3 VR.²⁷

In ieder geval kan worden geconstateerd dat het beoogde art. 2.1.4 lid 3 VR niet volledig gedragen kan worden door het belang dat daaraan ten grondslag ligt. De beperking van de decentrale beslissingsvrijheid staat in ieder geval niet in redelijke verhouding tot de beleidsdoelstellingen die het provinciale orgaan wil realiseren en is om deze reden in strijd met art. 4.1 Wro.

5.2 Europees kader

Eenzelfde conclusie kan – gezien de materiële gelijkens tussen het nationale en Europese wettelijke stelsel – worden getrokken ten aanzien van de strijd met art. 49 VWEU en de Dienstenrichtlijn.

Art. 2.1.4 lid 3 VR leidt tot een beperking van de vestigingsmogelijkheden voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat. Deze onderdanen – die een grootschalige detailhandelsontwikkeling willen realiseren buiten de centra – worden immers ernstig belemmerd in hun vestigingsmogelijkheden. Zoals hiervoor beschreven, is het beoogde art. 2.1.4 lid 3 VR naar mijn mening niet noodzakelijk, evenredig en geschikt ter bereiking van de door de provincie met de regel in de VR beoogde (ruimtelijke) doelstellingen op

26. Dit is het artikellid zoals opgenomen in de Actualisering. Nieuwe detailhandel is uitsluitend toegestaan op gronden:

- binnen of aansluitend aan een bestaande winkelconcentratie in de centra van steden, dorpen en wijken;
- binnen een nieuwe wijkgebonden winkelconcentratie in een nieuwe woonwijk;
- binnen een nieuwe goed bereikbare en centraal gelegen winkelconcentratie als gevolg van herallocatie.

27. Overigens is ook in de toelichting bij het huidige art. 2.1.4 lid 3 VR naar mijn mening niet terug te vinden welk provinciaal karakter kleeft aan de door de provincie nagestreefde belangen (het versterken van de detailhandelsstructuur, het garanderen van de beschikbaarheid en bereikbaarheid van de detailhandelsvoorzieningen en het bevorderen van de dynamiek in de detailhandel).

het gebied van detailhandel. Er is om deze reden ook sprake van strijd met de Dienstenrichtlijn.

6 Tot slot

Art. 2.1.4 VR staat al enige tijd in de belangstelling. Het is onderwerp van een aantal procedures bij de Afdeling en is gedeeltelijk geschorst door de Kroon.

Gezien (1) deze belangstelling en (2) de Actualisering van de Verordening ruimte is in deze bijdrage onderzocht aan welke nationale en Europese wet- en regelgeving instructieregels zouden moeten voldoen en of de beoogde wijziging van art. 2.1.4 VR al dan niet in overeenstemming is met deze wet- en regelgeving. Uit deze analyse blijkt dat men zich kan afvragen of de door de provincie nagestreefde belangen ten aanzien van detailhandel wel (in alle gevallen) zijn aan te merken als belangen waarvan in redelijkheid kan worden gesteld dat zij een gemeentegrensoverschrijdend effect hebben en of zij op bovengemeentelijk niveau beter kunnen worden overzien. Dit hangt samen met het feit dat (1) op voorhand niet kan worden gesteld dat alle detailhandelsontwikkelingen gemeentegrensoverschrijdende effecten hebben, (2) de betrokken gemeenten en ondernemers veel beter kunnen overzien welke effecten een dergelijke ontwikkeling zal hebben op de eigen gemeente of het eigen bedrijf, en (3) er genoeg (procedurele) waarborgen in het leven zijn geroepen om deze belangen te beschermen. Hiernaast volgt uit deze analyse dat het beoogde art. 2.1.4 lid 3 VR niet volledig gedragen kan worden door het belang dat daaraan ten grondslag ligt en naar mijn mening om deze reden in strijd is met art. 4.1 Wro. Als gezegd zijn deze bevindingen (in meer of mindere mate) ook van toepassing op soortgelijke instructieregels ten aanzien van de (nieuw)vestiging van detailhandel in andere provinciale verordeningen.

Tot slot nog het volgende. In algemene zin zou men zich kunnen afvragen of de huidige normstellende rol van de provincie op het gebied van detailhandel wel het meest effectief is. Zou een meer begeleidende en modererende rol van de provincie, als het gaat om bijvoorbeeld ontwikkelingen of stedelijke voorzieningen met een regionaal of subregionaal karakter of verzorgingsgebied, niet tot meer effectiviteit leiden? Deze modererende, onafhankelijke, rol tussen de betrokken gemeenten bij de afweging van ruimtelijke belangen in de voorbereiding van besluitvorming zou kunnen leiden tot meer ruimte voor het bereiken van maatwerkoplossingen, wat in dit soort gevallen doorgaans gewenst is.