

# Wat wordt de invloed van de zaak *Appingedam* op het omgevingsrecht?

*M en R* 2018/80



## 1. Inleiding

Op 30 januari 2018 wees het Hof van Justitie van de Europese Unie (“**Hof**”) een belangrijk arrest voor de ruimtelijke ordeningspraktijk over de toepassing van de Dienstenrichtlijn 2006 (Richtlijn 2006/123/EG) bij bestemmingsplannen met regels over detailhandel. Aanleiding voor het arrest waren prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“**Afdeling**”).<sup>2</sup> Het Hof oordeelde in zijn arrest – anders dan de vaste lijn van de Afdeling<sup>3</sup> – dat detailhandel in goederen een dienst is in de zin van de Dienstenrichtlijn en dat bestemmingsplanregels vallen binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Daarnaast is de Dienstenrichtlijn ook van toepassing op zuiver interne situaties. Dit heeft tot gevolg dat regels in een bestemmingsplan die een territoriale beperking stellen aan de vestiging van bepaalde type diensten, niet-discriminatoir, noodzakelijk en evenredig moeten zijn. Voor de beoordeling van een bestemmingsplan is in het geval dat het plan betrekking heeft op de vestigingsmogelijkheden van detailhandel, dus niet alleen de goede ruimtelijke ordening van belang, maar ook de voorwaarden die de Dienstenrichtlijn stelt.

Op 20 juni 2018 deed de Afdeling een tussenuitspraak in de zaak waarbij het besluit tot het vaststellen van het bestemmingsplan “Stad Appingedam” ter toetsing voorlag.<sup>4</sup> Na het arrest van het Hof oordeelt de Afdeling kort en krachtig:

“Niet langer is in geschil dat detailhandel is aan te merken als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn, dat hoofdstuk III van deze richtlijn van toepassing is op zuiver interne situaties en dat de betrokken brancheringsregeling is aan te merken als een eis die is gericht tot dienstverleners.”<sup>5</sup>

Bij de Afdeling lag alleen nog de vraag voor of de brancheringsregels uit het bestemmingsplan Stad Appingedam voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste en het evenredigheidsvereiste (artikel 15, derde lid, onder b en c, Dien-

stenrichtlijn) omdat niet in geschil was dat de brancheringsregeling niet in strijd is met het discriminatieverbod. Aan de voorwaarde van noodzakelijkheid is volgens de Afdeling voldaan. De brancheringsregels doorstaan echter (nog) niet de toets van de evenredigheid. Algemene ervaringsregels zijn onvoldoende als onderbouwing van de stelling dat het ontbreken van de brancheringsregels leidt tot een minder leefbaar centrumgebied met meer leegstand. Daarvoor is een analyse met specifieke gegevens nodig. De Afdeling draagt de raad dan ook op om binnen een half jaar het bestemmingsplan te voorzien van een dergelijke onderbouwing of de brancheringsregels uit het bestemmingsplan te halen. Nog geen definitief oordeel voor Appingedam dus, maar wel een duidelijke boodschap: brancheringsregels in een bestemmingsplan zijn toegestaan, maar moeten wel worden onderbouwd met onderzoeksgegevens of andere gegevens, maar niet uitsluitend met algemene ervaringsregels.

Er is al veel geschreven over de te verwachten impact van het arrest.<sup>6</sup> Verschillende auteurs voorspellen dat het *Appingedam*-arrest grote gevolgen heeft voor de ruimtelijke ordeningspraktijk.<sup>7</sup> Anderen menen juist dat de gevolgen van het arrest voor Nederland wel mee zouden kunnen vallen.<sup>8</sup> Wij zouden in dit artikel willen nagaan wat concreet nu de gevolgen voor de omgevingsrechtelijke praktijk zijn en geven daarbij ook een doorkijkje naar de Omgevingswet.

In paragraaf 2 gaan wij in op de casus *Appingedam*. In paragraaf 3 vatten wij het arrest van het Hof samen en in paragraaf 4 behandelen wij de uitspraak van de Afdeling. Paragraaf 5 gaat over de vraag of de bestaande norm van een “goede ruimtelijke ordening” al waarborgt dat bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen voldoen aan de criteria van de Dienstenrichtlijn. Ook besteden wij aandacht aan de gevolgen van de *Appingedam* uitspraak voor de Omgevingswet. Op basis van deze analyse komen wij tot de conclusie dat het *Appingedam*-arrest weliswaar noopt tot wijziging van de jurisprudentie van de Afdeling met betrekking tot de Dienstenrichtlijn, maar dat de daarmee geïntroduceerde norm niet veel afwijkt van de reeds bestaande norm van een goede ruimtelijke ordening en het

<sup>1</sup> Jan Reinier van Angeren en Sophie Ravelli zijn advocaten bij Stibbe.

<sup>2</sup> ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1561 en ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2857.

<sup>4</sup> ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062.

<sup>5</sup> Ibid. r.o. 8. Voor degenen die jarenlang hebben betoogd dat detailhandel is aan te merken als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn 2006, zal deze korte rechtsoverweging wel als een overwinning hebben gevoeld.

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld het themanummer gewijd aan het arrest Visser Vastgoed Beleggingen B.V. van het Hof van Justitie van de EU, *TO* 2018, afl. 1; J. van Oosten & A. Drahmann, ‘Europese dienstenrichtlijn ook van toepassing op regulering van detailhandel in bestemmingsplannen, mogelijk verzwarende motiveringslast’, *Bb* 2018/12. E. Steyger, ‘De reikwijdte van de Dienstenrichtlijn: het arrest Amersfoort en Visser’, *NtER* 2018/5.

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld: E. Drion, ‘Detailhandel is een dienst, een beslissing met verrassende consequenties’, *NJB* 2018/300; D.G.J. Sanderink, annotatie bij: HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, *JB* 2018/60.

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld T. Nijmeijer, ‘Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan. Over een ‘goede ruimtelijke ordening’ en de ‘twijfel aan de juistheid’-toets’, *TO* 2018/1 en J.H. Keinemans & P.R. van den Berghe, ‘Het Appingedam-arrest: een goede dienst of een total loss?’, *PB* 2018, afl. 2.

evenredigheidsbeginsel. Wel levert het *Appingedam*-arrest een zwaardere last op voor gemeenteraden bij de motivering van bestemmingsplannen.

## 2. De casus Appingedam

In Appingedam is een bestemmingsplan vastgesteld voor een zogeheten Woonplein: een winkelgebied met volumineuze detailhandel voor onder meer keukens, wooninrichting, fietsen, automobielen en automaterialen. Het vastgoedbedrijf Visser Vastgoed Beleggingen B.V., eigenaar van verschillende winkelpanden aan het Woonplein, wenst een van zijn winkelpanden te verhuren aan Bristol B.V., een keten van discount zelfbedieningszaken in schoenen en kleding. De raad van Appingedam stelt dat op grond van de planregels ter plaatse geen schoenen- en kledingwinkels gevestigd mogen worden, omdat slechts volumineuze detailhandel is toegestaan. Dit met het oog op het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in het binnenstedelijk gebied. Bij de Afdeling ligt vervolgens de vraag voor of de raad in strijd handelt met de Dienstenrichtlijn door alleen omvangrijke goederen toe te staan op het Woonplein.<sup>9</sup>

Omdat er twijfel bestaat bij de Afdeling over het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn formuleert zij in haar verwijzingsuitspraak van 13 januari 2016 prejudiciële vragen aan het Hof over de toepassing van de Dienstenrichtlijn op detailhandel en regels inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw. Samengevat formuleert de Afdeling de volgende vragen voor het Hof:

1. Is het begrip “dienst” uit de Dienstenrichtlijn van toepassing op detailhandel, dat bestaat uit de verkoop van goederen aan consumenten?
2. Zo ja, vallen voorschriften inzake ruimtelijke ordening, die ertoe strekken de leefbaarheid van het stadscentrum te behouden en leegstand tegen te gaan, onder de reikwijdte van de Richtlijn?
3. Zo ja, is in een geval zoals hier aan de orde sprake van een zuiver interne situatie (lees: geen grensoverschrijdende situatie) en is de Dienstenrichtlijn dan daarop van toepassing?
4. Is de Dienstenrichtlijn van toepassing, dan rijst de vraag of de ruimtelijke-ordeningsvoorschriften in deze zaak dan moeten worden aangemerkt als “eis” of als “vergunningstelsel” zoals bedoeld in de Dienstenrichtlijn?
5. Zijn de voorschriften in strijd met het inhoudelijke toetsingskader van de Europese Dienstenrichtlijn?
6. Mocht het antwoord op vraag 3 ontkennend zijn waardoor de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is, dan vraagt de Afdeling zich af of de algemene verdragsbepalingen voor het vrij verkeer gelden en aan de ruimtelijke-ordeningsvoorschriften van het bestemmingsplan in de weg staan.

<sup>9</sup> ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75.

De eerste drie vragen vormen de kern van de onderwerpen waarover de Afdeling duidelijkheid heeft gevraagd.

In eerdere jurisprudentie twijfelde de Afdeling kennelijk nog niet over de reikwijdte van het begrip “dienst”. In haar uitspraak van 25 juni 2014 oordeelde de Afdeling expliciet dat detailhandel geen dienst betreft in de zin van de Dienstenrichtlijn,<sup>10</sup> omdat detailhandel ziet op de verkoop van goederen aan consumenten en daarom onder het vrij verkeer van goederen valt. Het diensten aspect is – aldus de Afdeling – in dat geval volledig ondergeschikt aan het goederen aspect. In het geval dat een nationale maatregel zowel het vrije verkeer van goederen als de vrijheid van dienstverrichting beperkt, dan wordt de maatregel – zo redeneert de Afdeling – slechts onderzocht ten aanzien van één van de twee vrijheden, indien één van die vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden.<sup>11</sup>

Dat de Afdeling toch vragen heeft gesteld over het begrip dienst houdt vermoedelijk verband met het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn<sup>12</sup> en de Mededeling van de Commissie ‘Een Europees Actieplan inzake detailhandel’.<sup>13</sup> In het Handboek merkt de Europese Commissie detailhandel in goederen als dienst aan:

“Daarom moeten lidstaten zorgen dat de voorschriften van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op een breed scala van activiteiten die worden afgenomen door zowel ondernemingen als consumenten. Zo vallen onder meer, doch niet uitsluitend, de volgende diensten onder de richtlijn: de activiteiten van de meeste gereglementeerde beroepen (waaronder juridisch en fiscaal adviseurs, architecten, ingenieurs, accountants, taxateurs), ambachtslieden, diensten voor ondernemingen (waaronder kantooronderhoud, managementadviezen, organisatie van evenementen, incassodiensten, reclame- en wervingsdiensten), distributieverkoop (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten), diensten op het gebied van toerisme (waaronder diensten van reisbureaus) (...)” (onderstreping dzz.).

De Afdeling verwijst in haar verwijzingsuitspraak expliciet naar deze passage, waarbij zij overigens vermeldt dat het Handboek niet bindend is.<sup>14</sup> Ten aanzien van de Mededeling overweegt de Afdeling, dat hieruit kan worden afgeleid dat de Commissie zich op het standpunt stelt dat detailhandel

<sup>10</sup> ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2286. Zie voor literatuur over deze jurisprudentie: D. van der Meijden, annotatie bij: ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1298, *JBO* 2014/90 en I.L. Haverkate, annotatie bij: ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2286, *TBR* 2014/133.

<sup>11</sup> Dit wordt ook wel de ‘zwaartepuntanalyse’ genoemd. Zie in dit verband bijvoorbeeld M.H.S. Gijzen, ‘Het arrest Visser Vastgoed Beleggingen tegen gemeente Appingedam – enkele bespiegelingen van de agent’, *TO* 2018/1, p. 6. In het geval van detailhandel in goederen ligt het zwaartepunt bij het vrij verkeer van goederen, omdat het de consument primair te doen is om de aanschaf van het goed en niet om de dienst die daarmee samenhangt.

<sup>12</sup> Digitaal raadpleegbaar via: [www.publications.europa.eu](http://www.publications.europa.eu).

<sup>13</sup> *COM* (2013) 36.

<sup>14</sup> ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, r.o. 16.3.

in goederen binnen het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn valt.<sup>15</sup>

Een voorbeeld van een uitspraak waarin de Afdeling oordeelde dat de Dienstenrichtlijn specifiek bedoeld is voor dienstverrichting en dat detailhandel en regels inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw daar niet onder vallen is ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1298. In haar verwijzingsuitspraak verwijst de Afdeling ook naar deze jurisprudentie.

In de uitspraak van 16 april 2014 achtte de Afdeling overweging 9 van de Dienstenrichtlijn van belang, waarin is opgenomen dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op “voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw”. Hieruit leidt de Afdeling af dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op regels over branchering, omdat deze ruimtelijk relevant zijn.<sup>16</sup>

Over de toepasbaarheid van de Dienstenrichtlijn in zuiver interne situaties stelde de Afdeling eerder al prejudiciële vragen in de zaken *Trijber* en *Harmsen*, maar het Hof liet deze vraag onbeantwoord.<sup>17</sup> De Afdeling stelt de vraag opnieuw, omdat het haar nog niet duidelijk is wanneer sprake is van een zuiver interne situatie.<sup>18</sup> Zij wijst daarbij enerzijds op het arrest *Trijber* en *Harmsen*, waaruit volgt dat de enkele omstandigheid dat afnemers van de dienst afkomstig zouden kunnen zijn uit een andere lidstaat voldoende was om uit te gaan van een grensoverschrijdende situatie en anderzijds op een arrest van het Hof van 12 december 2013,<sup>19</sup> waaruit volgt dat daadwerkelijk aanwijzingen dienen te bestaan voor een grensoverschrijdende vestiging. In de *Appingedam*-zaak blijkt niet dat bedrijven uit andere lidstaten interesse hebben, zodat het Hof zich afvraagt of dit criterium maatgevend is.

### 3. Het Appingedam-arrest<sup>20</sup>

Het Hof stelt in het *Appingedam*-arrest vast dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op detailhandelsactiviteiten met betrekking tot kleding en schoenen. Het Hof hanteert een ruime interpretatie van het begrip “dienst”, onder meer

omdat de Dienstenrichtlijn beoogt belemmeringen weg te nemen voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging en een enge interpretatie de nuttige werking van de Dienstenrichtlijn zou kunnen ontnemen. In het concrete geval van *Appingedam* zien de planvoorschriften niet op de goederen zelf, maar op de activiteiten in verband met de verkoop van bepaalde goederen, zodat overweging 76 uit de Dienstenrichtlijn, die stelt dat de richtlijn geen betrekking heeft op het vrije verkeer van goederen, niet op de casus *Appingedam* van toepassing is.<sup>21</sup> Dit was in de zaak *Burmanjer* anders.<sup>22</sup> Die zaak ging over regelingen die zien op de voorwaarden voor het op de markt brengen van bepaalde soorten goederen, zoals ambulante verkoop, en hadden volgens het Hof betrekking op de goederen zelf en niet op de geografische plaats van de verkoop.<sup>23</sup>

Overigens vragen wij ons af of dit onderscheid in de praktijk altijd wel zo duidelijk te maken is. Een regel die voorwaarden verbindt aan het op de markt brengen van een bepaald soort goederen (het verbod van deur-tot-deurverkoop) op bepaalde locaties kan in de praktijk wel eens niet veel afwijken van een voorschrift dat voorwaarden verbindt aan de locatie van verkoop van een bepaald soort goederen. Wij kunnen ons dus voorstellen dat in de toekomst toch nog discussie ontstaat over de vraag of een bepaalde regel betrekking heeft op het goed zelf, zodat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is, of op de activiteit in verband met de verkoop van bepaalde goederen. Ook in de zaak *Burmanjer* was immers sprake van een beperking van de verkoop van bepaalde goederen.

Voorschriften van ruimtelijke ordening vallen volgens het Hof niet buiten de toepassing van de Dienstenrichtlijn. Met punt 9 van de preambule bij de Dienstenrichtlijn is bedoeld regels die niet specifiek de toegang tot de dienstenactiviteit regelen, maar door dienstverrichter in acht moeten worden genomen op dezelfde wijze als particulieren buiten de toepassing van de Dienstenrichtlijn te houden. Daarvan is geen sprake in de *Appingedam*-zaak. De brancheringsregel in *Appingedam* regelt wel de toegang tot de dienstenactiviteit, omdat het een voorschrift betreft dat is gericht tot personen die detailhandelsactiviteiten in een aangewezen gebied willen ontplooiën met uitsluiting van personen die handelen als particulier.

Over de interne werking van de Dienstenrichtlijn stelt het Hof dat het grensoverschrijdende element niet van belang is. Volgens het Hof is het noodzakelijk voor de nuttige werking van de Dienstenrichtlijn dat de werking zich niet beperkt tot wat volgt uit de bepalingen van het Uniewerkingsverdrag (“VWEU”) betreffende de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten. De Dienstenrichtlijn is dus ook op zuiver interne situaties van toepassing. Het Hof gaat nog een stapje verder dan in de zaken *Trijber* en *Harmsen*.<sup>24</sup> Uit dat arrest leiden wij af dat snel sprake is van een grens-

15 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, r.o. 16.4.

16 ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1298, r.o. 3.8. Ook de Hoge Raad heeft in een arrest van 5 juni 2015 prejudiciële vragen hierover gesteld aan het Hof: HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1467. Het betreft een belastingzaak over het heffen van leges. In r.o. 4.5.4. van het arrest overweegt de Hoge Raad: “Bovendien rijst de vraag wat de juridische betekenis is van deze overweging in de preambule, omdat de daarin vermelde begrenzing niet in de bewoordingen van de Dienstenrichtlijn zelf tot uitdrukking lijkt te zijn gebracht.”

17 HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641. Het Hof liet de vraag onbeantwoord, omdat in die zaken wel grensoverschrijdende elementen aanwezig waren. Burgers uit andere lidstaten konden volgens het Hof van de diensten van Amstelboats gebruikmaken. Bovendien vormden de Amsterdamse vergunningsvoorwaarden ook een belemmering voor dienstverleners uit andere lidstaten.

18 Zie over de achtergrond hiervan E. Steyger, ‘De reikwijdte van de Dienstenrichtlijn: het arrest *Amsersfoort en Visser*’, *NtER* 2018/5.

19 HvJ EU 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:820.

20 HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44.

21 *Idem*, r.o. 93.

22 HvJ EU 26 mei 2005, ECLI:EU:C:2005:307.

23 HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, r.o. 90.

24 HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, r.o. 99.

overschrijdende situatie, zodat de Dienstenrichtlijn in veel ogenschijnlijk interne situaties toch van toepassing is. Dit arrest biedt echter ook nog de kans voor gemeenten om aan de Dienstenrichtlijn te ontsnappen bij zuiver interne dienstverleners. Daar maakt het Hof met het *Appingedam*-arrest nu een einde aan, zoals de Afdeling in rechtsoverweging 8 van haar tussenuitspraak van 20 juni 2018 ook duidelijk onderkent.

Nu het Hof heeft vastgesteld dat in de *Appingedam* casus sprake is van een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn en de Dienstenrichtlijn ook op zuiver interne situaties van toepassing is, ligt de vraag voor of de planvoorschriften uit het bestemmingsplan van Appingedam moeten worden aangemerkt als 'eisen' of als 'vergunningenstelsel'. Eisen en vergunningenstelsels moeten namelijk voldoen aan verschillende voorwaarden van de Dienstenrichtlijn. De voorwaarden voor vergunningen staan in de artikelen 9-13 van de Dienstenrichtlijn. De artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn bevatten voorwaarden voor eisen.

In artikel 4 van de Dienstenrichtlijn zijn de begrippen gedefinieerd. Onder vergunningenstelsel wordt blijkens artikel 4, zesde lid, Dienstenrichtlijn verstaan:

“elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit.”

Volgens artikel 4, zevende lid, van de Dienstenrichtlijn wordt met 'eisen' bedoeld:

“elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten [...]”

Het Hof oordeelt dat een bestemmingsplan geen vergunningenstelsel is in de zin van de Dienstenrichtlijn. Dat is op zichzelf begrijpelijk, want – zoals het Hof ook opmerkt – wordt bij het vaststellen van een bestemmingsplan geen 'formeel besluit' genomen in het kader van stappen die de dienstverrichter daartoe had moeten nemen, zoals wel het geval is bij de vergunningverlening. Maar, zijn de bestemmingsplanregels dan wel eisen in de betekenis die de Dienstenrichtlijn hieraan geeft? Volgens de Afdeling – zo blijkt uit de verwijzingsuitspraak – was geen sprake van een eis, omdat in punt 9 van de preambule bij Dienstenrichtlijn staat dat deze alleen van toepassing is op eisen met betrekking tot de toegang of uitoefening van een dienstenactiviteit, zodat zijn uitgesloten eisen zoals “regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw”. Het Hof ziet dit anders en constateert dat bestemmingsplanregels als specifiek doel hebben om de geografische zones aan te wijzen waar bepaalde activiteiten in verband met detailhandel zich kunnen vestigen. Ze zijn daarmee enkel gericht tot personen die die activiteiten in die geografische gebieden willen gaan ontwikkelen,

met uitsluiting van personen die handelen als particulier. Punt 9 betekent volgens het Hof dat de Dienstenrichtlijn geen toepassing dient te vinden op eisen die niet kunnen worden geacht beperking van de vrijheid van vestiging te vormen omdat zij niet de toegang tot een activiteit in verband met diensten specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar door de dienstverrichters in acht moeten worden genomen in de uitoefening van hun economische activiteit, op dezelfde wijze als personen die handelen als particulier. Om die reden is sprake van een 'eis' in de zin van de Dienstenrichtlijn.<sup>25</sup>

Deze kwalificatie van het Hof roept de vraag op of dit voor een omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan anders is.<sup>26</sup> Het ligt voor de hand dat deze wel kwalificeert als een vergunningenstelsel in de zin van de Dienstenrichtlijn. Dat zou echter onwenselijk zijn, omdat de keuze van het instrument dan bepaalt op welke manier de Dienstenrichtlijn zou moeten worden toegepast. Het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan kunnen immers hetzelfde effect sorteren. Anderzijds omvat een omgevingsvergunning vaak niet alleen de activiteit afwijking van het bestemmingsplan, maar bijvoorbeeld ook de activiteit bouwen. Denkbaar is dan dat slechts het deel van de omgevingsvergunning dat gaat over de afwijking wordt gekwalificeerd als eis in de zin van de Dienstenrichtlijn. Een complicerende factor is dan wel, dat de bouwvergunning vaak tezamen met de omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan één omgevingsvergunning vormt. Per vergunningvoorschrift zou dan moeten worden bezien of sprake is van een eis of vergunningenstelsel. Dat komt ons onnodig complex voor.

Het gevolg van de kwalificatie van de bestemmingsplanregels van het bestemmingsplan Stad Appingedam als eisen in de zin van de Dienstenrichtlijn, is dat moet worden getoetst aan de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn. Artikel 14 bepaalt dat de lidstaten de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk mogen stellen van een aantal verboden eisen. Het gaat onder andere om discriminerende eisen die direct of indirect verband houden met de nationaliteit, of voor ondernemingen, met de plaats van de statutaire zetel. De eis zoals hier aan de orde, is geen verboden eis, aldus het Hof.<sup>27</sup> Daarnaast bevat artikel 15 Dienstenrichtlijn de “aan evaluatie onderworpen eisen”.

<sup>25</sup> Idem, r.o. 124.

<sup>26</sup> Zie in gelijke zin Nijmeijer 2018, p. 32 e.v. Nijmeijer wijst er eveneens op dat de conclusie van het Hof dat ambtshalve vastgestelde bestemmingsplanregels kwalificeren als eisen niet wil zeggen dat dit ook geldt voor het bestemmingsplan dat op verzoek is vastgesteld en de omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het bestemmingsplan. Volgens Nijmeijer verandert het feit dat het bestemmingsplan op verzoek is vastgesteld niets aan het rechtskarakter van het plan, aangezien het geen beschikking is in de zin van artikel 1:3 Awb. Voor de omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het bestemmingsplan acht Nijmeijer het van belang, dat niet de activiteit waarvoor de vergunning wordt verleend object is van de normering, maar de goede ruimtelijke ordening, net zoals een bestemmingsplan. Om die reden moeten volgens Nijmeijer de vergunningvoorschriften voor strijdig gebruik in gelijke zin kwalificeren als eisen in de zin van de Dienstenrichtlijn 2006.

<sup>27</sup> Idem, r.o. 127-128.

Lidstaten zijn verplicht na te gaan of dergelijk eisen worden gesteld en zo ja, of deze in overeenstemming zijn met de in lid 3 genoemde voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid. Het Hof bevestigt bovendien dat artikel 15 Dienstenrichtlijn rechtstreekse werking heeft en dus voor de nationale rechter kan worden ingeroepen. Dat is niet onbelangrijk, want artikel 15 is door de Nederlandse wetgever niet geïmplementeerd.

Vooruitlopend op het oordeel van de Afdeling, merkt het Hof op dat de met het bestemmingsplan Stad Appingedam beoogde doelen van behoud van leefbaarheid en voorkomen van leegstand als dwingende redenen van algemeen belang zijn aan te merken die een territoriale beperking zouden kunnen rechtvaardigen.<sup>28</sup>

#### 4. Oordeel van de Afdeling

Met het arrest van het Hof in de hand, neemt de Afdeling als uitgangspunt dat (i) detailhandel is aan te merken als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn; (ii) dat Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn van toepassing is op zuiver interne situaties; en (iii) dat de betrokken brancheringsregels zijn aan te merken als eisen die zijn gericht tot dienstverrichters. Bij de Afdeling is dus nog de vraag aan de orde of is voldaan aan de voorwaarden uit artikel 15, derde lid, Dienstenrichtlijn, in het bijzonder de noodzakelijkheid en de evenredigheid.<sup>29</sup>

Ten aanzien van het noodzakelijkheidsvereiste oordeelt de Afdeling dat hieraan is voldaan, omdat met de brancheringsregels wordt beoogd een aantrekkelijk centrum te bevorderen, om de leefbaarheid van het stadscentrum te behouden en leegstand in binnenstedelijk gebied te voorkomen. De Afdeling oordeelt dat de raad zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied noodzakelijk is voor de bescherming van het stedelijk milieu en een dwingende reden van algemeen belang vormen die branchering rechtvaardigt.<sup>30</sup> Het bestemmingsplan Stad Appingedam kan de noodzakelijkheidstoets dus doorstaan.

Over het vereiste van evenredigheid is de Afdeling kritischer. Evenredigheid houdt in dat een maatregel geschikt is en niet verder gaat dan nodig. De raad acht de brancheringsregels geschikt om leefbaarheid van het stadscentrum te behouden en leegstand in het binnenstedelijk gebied te voorkomen. Het ontbreken van die regels zou er immers voor zorgen dat in het centrum van Appingedam gevestigde of nog niet in Appingedam gevestigde detailhandel zich zou verplaatsen naar het Woonplein zodat leegstand ontstaat in het stadscentrum en een minder aantrekkelijke mix van winkels. Dit standpunt van de raad is niet gebaseerd op onderzoek, maar op “ervaringsregels”, zoals de Afdeling ze

noemt. Deze ervaringsregels zijn onvoldoende om te oordelen dat de brancheringsregels evenredig zijn. Hiervoor verwijst de Afdeling naar eerdere jurisprudentie van het Hof, waarin is geoordeeld dat rechtvaardigingsgronden gepaard moeten gaan met een onderzoek naar de geschiktheid en evenredigheid van de maatregel aan de hand van nauwkeurige statistische gegevens.<sup>31</sup> Een dergelijke analyse met specifieke gegevens ontbreekt in het geval van Appingedam. Over de vraag of het doel van de brancheringsregel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt kan door de Afdeling nog niet worden geoordeeld, omdat de geschiktheid van de maatregel niet is onderbouwd.

De brancheringsregels van het bestemmingsplan Stad Appingedam verdragen zich naar het oordeel van de Afdeling dus (nog) niet met de Dienstenrichtlijn. Dat kan de raad nog herstellen door binnen een half jaar alsnog een deugdelijke analyse met specifieke gegevens aan te leveren voor de huidige brancheringsregels of door aan de hand van een deugdelijke analyse met specifieke gegevens aan te tonen dat een andere minder beperkende maatregel wel voldoet aan artikel 15, derde lid, onder c, Dienstenrichtlijn. Een heldere opdracht voor de raad van Appingedam.

#### 5. Bestaande normen in een nieuw jasje?

##### 5.1 Inleiding

Hoewel het arrest van het Hof niet direct de deur sluit voor het opnemen van brancheringsregels in bestemmingsplannen, is wel duidelijk geworden dat de Afdeling haar koers heeft moeten wijzigen ten aanzien van de toepassing van de Dienstenrichtlijn. Activiteiten bestaande uit detailhandel in goederen vormen voor de toepassing van de Dienstenrichtlijn een dienst. Dit geldt dus ook voor de verkoop aan consumenten van goederen zoals schoenen en kleding. De oude lijn van de Afdeling, dat detailhandel in goederen geen dienst vormt in de zin van de Dienstenrichtlijn, is nu verleden tijd.<sup>32</sup> Bovendien is de Dienstenrichtlijn ook van toepassing in zuiver interne situaties. In de gevallen dat de Afdeling wordt geconfronteerd met bestemmingsplanregels, die betrekking hebben op detailhandel in goederen, dan vallen deze binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn en kunnen zij daarmee in strijd zijn.

Dat de Afdeling haar jurisprudentie op dit punt heeft moeten wijzigen, wil natuurlijk nog niet zeggen dat bestemmingsplanregels niet reeds door toepassing van bestaande normen voldoen aan de criteria van de Dienstenrichtlijn. Artikel 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening (“**Wro**”) bevat de norm van een goede ruimtelijke ordening en artikel 2.12, lid 1, onder a onder 3, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (“**Wabo**”) bevat die norm als door middel van het verlenen van een vergunning wordt afgeweken van een

28 Idem, r.o. 134 e.v.

29 Tussen partijen is immers niet in geschil dat de planregels niet in strijd zijn met het discriminatieverbod.

30 R.o. 11.2.

31 HvJ EU 23 december 2015, ECLI:EU:C:2015:845, punt 54 en 59 (*The Scotch Whisky Association e.a.*).

32 Zie bijvoorbeeld de eerder in dit artikel genoemde uitspraken: ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1298 en ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2286.

bestemmingsplan. Zowel voor het bestemmingsplan als voor de omgevingsvergunning voor met het bestemmingsplan strijdig gebruik geldt dus dat de daarin opgenomen regels, dan wel voorschriften, in lijn moeten zijn met de goede ruimtelijke ordening. In deze paragraaf bezien wij in hoeverre de toepassing van deze norm al met zich meebrengt dat bestemmingsplannen en vergunningvoorschriften voldoen aan de criteria uit de Dienstenrichtlijn.

De normen die uit de Dienstenrichtlijn voortvloeien zijn (i) het discriminatieverbod (artikel 15, derde lid, Dienstenrichtlijn); (ii) de noodzakelijkheid (dat wil zeggen de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende redenen van algemeen belang); en (iii) de evenredigheid.

Ook bezien wij wat voor de Omgevingswet de gevolgen kunnen zijn. De vergunningstelsels van artikel 9 Dienstenrichtlijn en de vergunningvoorwaarden van artikel 10 Dienstenrichtlijn zijn nu nog vaak in aparte gemeentelijke verordeningen geregeld, maar zullen onder de werking van de Omgevingswet vallen onder de reikwijdte van het omgevingsplan.

## 5.2 *Vallen de normen uit de Dienstenrichtlijn samen met de bestaande norm van een “goede ruimtelijke ordening”*

### 5.2.1 *Discriminatieverbod*

In het algemeen zal een norm in een bestemmingsplan die onderscheid maakt naar nationaliteit niet in overeenstemming worden geacht met een goede ruimtelijke ordening. Een dergelijk onderscheid zal niet snel ‘ruimtelijk relevant’ worden geacht. Op grond van artikel 3.1 van de Wro moet door de gemeenteraad een bestemmingsplan worden vastgesteld waarbij ten behoeve van de ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plangebied begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven. Planregels moeten dus *ruimtelijk relevant* zijn. In een beroepsprocedure tegen een bestemmingsplan toetst de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Het betreft dus een vrij terughoudende toets. En ook voor de omgevingsvergunning, die afwijkt van het bestemmingsplan, geldt de norm van een goede ruimtelijke ordening (artikel 2.12, eerste lid, onder a, 3°, Wabo). Deze norm brengt bijvoorbeeld met zich dat in planregels in beginsel geen onderscheid kan worden gemaakt tussen discountsupermarkten en fullservice supermarkten.<sup>33</sup> Uit deze jurisprudentie volgt dat branchering alleen is toegestaan als het ruimtelijk relevant is. Dat is niet het geval als er onderscheid wordt gemaakt tussen twee typen supermarkten, die een vergelijkbaar assortiment en een vergelijkbare ruimte- en parkeerbehoefte hebben. Ook los van dit voorbeeld zal een planregel of een vergunningvoorschrift die in overeenstemming is met een goede ruimtelijk ordening in

beginsel non-discriminatoir zijn. Planregels geven immers de gebruiksmogelijkheden weer en gelden voor iedereen.<sup>34</sup>

### 5.2.2 *Noodzakelijkheid*

Het criterium “noodzakelijkheid” in de Dienstenrichtlijn zou op zichzelf bezien verder kunnen gaan dan het criterium “een goede ruimtelijke ordening”. Een bepaalde bestemming of planregel kan op zichzelf bezien ruimtelijk relevant zijn en dus in overeenstemming zijn met een goede ruimtelijke ordening, maar dat betekent strikt genomen nog niet dat de planregel gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang. Uit de uitspraak van de Afdeling van 20 juni 2018 en het Hof volgt dat het criterium ruimtelijk relevant en noodzakelijk welhaast altijd samenvalt. Op zichzelf acht de Afdeling – in navolging van het Hof – een planregel die strekt tot het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied ter bescherming van het stedelijk milieu een dwingende reden van openbaar belang. Niet ter discussie staat dat het onderscheid tussen detailhandel en grootschalige of perifere detailhandel ruimtelijk relevant is en niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening. Uit de uitspraak van de Afdeling van 20 juni 2018 volgt dus dat in beginsel een planregel die in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening ook gerechtvaardigd is om een dwingende reden van openbaar belang.

### 5.2.3 *Evenredigheid*

Waar een duidelijk verschil is te merken is het criterium ‘evenredigheid’. Het onderscheid detailhandel en perifere detailhandel wordt van oudsher in de Nederlandse ruimtelijke ordeningspraktijk gemaakt en er zijn nagenoeg geen uitspraken waaruit volgt dat het maken van dit onderscheid onevenredig zou zijn. In de vaste formule die de Afdeling hanteert om haar toetsingsmaatstaf van bestemmingsplannen weer te geven, komt onevenredigheid ook niet voor als aparte toetsingsgrond. De Afdeling overweegt standaard:

“Bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet de raad bestemmingen aanwijzen en regels geven die de raad uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De raad heeft daarbij beleidsruimte en moet de betrokken belangen afwegen. De Afdeling beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan in overeenstemming is met het recht. De Afdeling stelt niet zelf vast of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, maar beoordeelt aan de hand van die gronden of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.”<sup>35</sup>

Overigens komt de evenredigheidstoets wel voor bij ander toetsing van andere open normen, zoals de toetsing van winningsplannen ingevolge de Mijnbouwwet.<sup>36</sup>

33 ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:6.

34 Zie ook Nijmeijer 2018.

35 Bijvoorbeeld ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2505.

36 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578.

Los van de standaardoverweging die de Afdeling hanteert menen wij dat de eis van een goede ruimtelijke ordening al met zich brengt dat een planregel of vergunningvoorschrift noodzakelijk moet zijn en evenredig. Eerder signaleerden wij al dat de Afdeling een administratieve verplichting in een bestemmingsplan ruimtelijk relevant achtte, omdat door de raad was gemotiveerd dat deze planregel noodzakelijk was om de nadelige gevolgen voor de omgeving tot een aanvaardbaar niveau te beperken.<sup>37</sup> Die planregel was nodig omdat de Afdeling eerder oordeelde dat raad niet heeft toegelicht op welke wijze is gegarandeerd dat voor het bedrijf of de bedrijven waarvoor het aantal vrachtwagentransporten wordt verlaagd voldoende vrachtwagentransporten overblijven voor een rendabele bedrijfsvoering.<sup>38</sup> Een administratieve verplichting kan die garantie wel geven. De planregel voldoet daarmee in elk geval aan het noodzakelijkheidsvereiste en wij zien niet in waarom de administratieve verplichting niet ook de toets van evenredigheid en non-discriminatie had kunnen doorstaan. Op het eerste gezicht gaat deze maatregel ook niet verder dan nodig, omdat niet valt in te zien hoe zonder de administratieve verplichting inzichtelijk kan worden gemaakt of er nog voldoende transporten over blijven. Er zijn daarnaast nog talloze andere voorbeelden van uitspraken waarin de Afdeling expliciet verwijst naar de noodzakelijkheid van een planregel bij toetsing aan de goede ruimtelijke ordening.<sup>39</sup>

Hoewel dus de normen non-discriminatie, noodzakelijkheid evenredigheid bestaande normen zijn die in het Nederlandse algemeen bestuursrecht en omgevingsrecht gelden en worden toegepast volgt uit de Afdelingsuitspraak inzake Stad Appingedam dat de wijze van toetsing van die normen indringender is dan in het Nederlandse omgevingsrecht. Hierop gaan wij hierna in.

### 5.3 Toetsing van de eis van evenredigheid

Uit het *Appingedam*-arrest van het Hof volgt dat het voor gemeenten bij uitzondering toelaatbaar is om territoriale beperkingen te stellen aan de vestiging van bepaalde type diensten. Het opleggen van dergelijke beperkingen moet wel worden gemotiveerd, want deze mogen niet-discriminatoire zijn en moeten noodzakelijk en evenredig zijn. Hoe indringend deze motivering door de bestuursrechter moet worden getoetst en hoe zwaar de motiveringslast is blijft echter in het *Appingedam*-arrest onbeantwoord. De Afdeling gaat daar in haar tussenuitspraak wel op in. Daaruit blijkt dat op gemeenteraden een verzwaarde motiveringsplicht rust als in een bestemmingsplan brancheringsregels zijn opgenomen. De Afdeling verwijst daarbij naar verschillende arresten van het Hof, waaronder het arrest van 19 oktober 2016,

*Deutsche Parkinson Vereinigung eV*, ECLI:EU:C:2016:776. Daarin overwoog het Hof als volgt:

“Een nationale rechterlijke instantie die onderzoekt of een nationale regeling gerechtvaardigd is [...], dient dan ook objectief – aan de hand van nauwkeurige statistische gegevens of met andere middelen – te onderzoeken of het door de betrokken lidstaat aangedragen bewijs redelijkerwijs kan leiden tot het oordeel dat de gekozen middelen geschikt zijn om de nagestreefde doelstellingen te bereiken, en of deze doelstellingen ook kunnen worden bereikt met maatregelen die het vrije verkeer van goederen minder beperken (zie in die zin arrest van 23 december 2015, *The Scotch Whisky Association e.a.*, [...] EU:C:2015:845, punt 59).”

Gelet op de systematiek van de Dienstenrichtlijn (belemmerende regelgeving is verboden, tenzij is voldaan aan de drietrapstoets) is dat ook begrijpelijk. Het is niet de rol van degene die zich op de Dienstenrichtlijn beroept, om aan te tonen dat niet is voldaan aan de eisen die daaruit voortvloeien. Het is aan de raad om te motiveren aan de hand van een grondige analyse, dat de planregels voldoen aan de Dienstenrichtlijn en een uitzondering kan worden gemaakt op de regel dat belemmerende regelgeving verboden is.

In een recente uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 24 november 2017 zien wij de verzwaarde motiveringsplicht niet terug.<sup>40</sup> Eiseres stelde dat een omgevingsvergunning vanwege het vestigingsbeleid in strijd was met de Dienstenrichtlijn. De rechtbank toetste terughoudend. Zij oordeelde dat eiseres niet aannemelijk had gemaakt dat het voorkomen van leegstand en het behoud van voldoende voorzieningen, geen dwingende reden van algemeen belang was. Na de uitspraak van de Afdeling van 20 juni 2018 menen wij dat de rechtbank zich er iets te gemakkelijk vanaf heeft gemaakt.

Hoe indringend de bestuursrechter vervolgens moet toetsen of de raad aan zijn motiveringsplicht heeft voldaan, blijkt uit de uitspraak van 20 juni jl. nog niet. Ook de door de Afdeling aangehaalde jurisprudentie van het Hof geeft daarvoor geen aanwijzingen. Wij zullen eerst moeten afwachten welk onderzoek de raad gaat verrichten en hoe de Afdeling dit onderzoek in de einduitspraak zal toetsen. Wel is duidelijk dat de toetsing van de evenredigheid verder gaat dan tot dusverre in de omgevingsrechtelijke praktijk gebruikelijk was.

In de eerste plaats omdat de Afdeling een relatie legt tussen evenredigheid en effectiviteit. De Afdeling leidt uit de door haar geciteerde rechtspraak af dat er een verband is tussen effectiviteit en evenredigheid. De Afdeling oordeelt:

“Uit de hiervoor genoemde rechtspraak van het Hof volgt dat het aan de regulerende overheid is, in dit geval aan

<sup>37</sup> Zie het blogbericht ‘Afdeling bestuursrechtspraak staat administratieve verplichtingen in planvoorschriften toe als deze ruimtelijk relevant zijn’, d.d. 24 oktober 2017, te raadplegen via [www.stibbeblog.nl](http://www.stibbeblog.nl) over ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2193.

<sup>38</sup> ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1354.

<sup>39</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:205; ABRvS 24 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1063; ABRvS 28 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU9460 en ABRvS 2 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP0367.

<sup>40</sup> Rb. Noord-Nederland 24 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4584.

de raad van de gemeente Appingedam, om de ingenomen stelling over de effectiviteit van de maatregel te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. De raad is daarin naar het oordeel van de Afdeling niet geslaagd.”

De verhouding tussen de effectiviteit van een planologische maatregel en evenredigheid is niet af te leiden uit artikel 3:4, tweede lid, Awb. De vraag of een planologische maatregel evenredig is in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, hangt in het Nederlands omgevingsrecht niet af van de vraag of de planregel effectief is. Integendeel: in algemene zin wordt de vraag of een planologische maatregel effectief is – met uitzondering van een voorwaardelijke verplichting –<sup>41</sup> als een handavingskwestie beschouwd die om een bestemmingsplanprocedure niet aan de orde kan komen.<sup>42</sup>

Het onderbouwen van de effectiviteit van een planregel is overigens nog niet zo makkelijk. Uit de uitspraak valt af te leiden dat de gemeenteraad niet kan volstaan met algemene ervaringsregels. De Afdeling eist dat de gemeenteraad andere onderzoeksgegevens of andere gegevens overlegt waarmee de gestelde gevolgen van vestigingsmogelijkheden ter plaatse en de leegstand in het centrum aannemelijk worden gemaakt. De Afdeling noemt in haar uitspraak ook de mogelijkheid van een koopstromenonderzoek. Juist bij koopstromenonderzoeken (in het jargon ook wel bekend staand als ‘distributie-planologische onderzoeken’) zijn er veel verschillen in uitkomsten. Die zijn namelijk afhankelijk van de gekozen uitgangspunten: wat is nog de relevante geografische omvang van het verzorgingsgebied (20 autominuten of 30 autominuten)? Welke koopkrachtbindingspercentages en koopkrachttoevoeiingspercentages uit welke jaren worden genomen? Op basis van welke jaren wordt het inwoneraantal bepaald en de bestedingen per hoofd van de bevolking? Hierover is heel wat discussie mogelijk en verschillende deskundigen zullen hierover anders oordelen. Wij zijn benieuwd hoe de Afdeling hiermee omgaat. Wat ons betreft is een indringender toets door de bestuursrechter wenselijk, omdat met het kiezen van verschillende uitgangspunten zeer afwijkende uitkomsten mogelijk zijn. Een gekozen uitgangspunt kan zo bepalend zijn voor de uitkomst dat, indien dat gekozen uitgangspunt niet indringend wordt getoetst de voor een betrokkene gewenste uitkomst nagenoeg altijd is te bereiken.

De Afdeling heeft al ervaring met het toetsen van onderzoeken waarbij koopstromen worden gebruikt in het kader van de ladder voor duurzame verstedelijking. In het kader van de ladder voor duurzame verstedelijking toetst de Afdeling dergelijke onderzoeken altijd terughoudend. In haar uitspraak van 16 maart 2016 oordeelde de Afdeling bijvoorbeeld dat zij geen oordeel gaf over de discussiepunten die de verschillende deskundigen verdeeld hielden, omdat de raad

in redelijkheid ervan kon uitgaan dat de voorziene bouwmarkt niet tot zodanige leegstand zal leiden dat daardoor een onaanvaardbare situatie zal ontstaan.<sup>43</sup> De Afdeling ging daarbij niet zelf na of een gekozen koopstroomcijfer juist was, maar toetste of de raad in redelijkheid van het onderzoek kon uitgaan.

Ook meer in het algemeen is het vaste jurisprudentie dat de Afdeling aan de besluitvorming ten grondslag gelegde deskundigenoordelen slechts terughoudend toetst. Een voorbeeld is een uitspraak van 14 november 2012, waarin de Afdeling expliciet overweegt dat “een deskundigenoordeel, dat door een bestuursorgaan aan de besluitvorming ten grondslag is gelegd, door de rechter slechts terughoudend kan worden getoetst. De maatstaf bij de te verrichten toetsing is niet de eigen waardering door de rechter van de nadelen van de planologische wijziging, maar de vraag of grond bestaat voor het oordeel dat het bestuursorgaan, gelet op de motivering van het advies, zich bij de besluitvorming niet in redelijkheid op dat deskundigenoordeel heeft kunnen baseren. Dit laat onverlet dat de besluitvorming dient te voldoen aan de eisen die door het recht aan de zorgvuldigheid en de motivering worden gesteld en dat de rechter de besluitvorming daaraan dient te toetsen”.<sup>44</sup> Deze overweging komt in verschillende uitspraken van de Afdeling terug.<sup>45</sup>

De vraag is of de Afdeling bij de toetsing van de onderzoeken die de raad nu moet gaan maken dezelfde maatstaf zal hanteren. Aanknopingspunten daarvoor, zijn er wel. Zo overweegt de Afdeling dat zij niet met onderzoeksgegevens “aannemelijk” heeft gemaakt dat leegstand in het centrum zal optreden. Ook overweegt de Afdeling dat bij gebreke van onderzoeksgegevens “de Afdeling thans niet [kan] beoordelen of de raad redelijkerwijs heeft kunnen concluderen dat de in het plan opgenomen brancheringsregeling geschikt is om de leefbaarheid van het stadscentrum te behouden en verdere leegstand in het binnenstedelijk gebied van Appingedam te voorkomen”. De woorden “aannemelijk maken” en “redelijkerwijze heeft kunnen concluderen” maken mogelijk dat de Afdeling de onderzoeken niet anders toetst dan de wijze waarop zij in het algemeen onderzoeken beoordeelt.

#### 5.4 Omgevingswet

In de meeste algemene plaatselijke verordeningen zijn bepalingen opgenomen die de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk maken van een vergunning. Bijvoorbeeld een standplaatsvergunning, ventvergunning of een vergunning voor het houden van een markt. Deze vergunningstelsels zijn nu opgenomen in gemeentelijke verordeningen, maar zullen bij de inwerkingtreding van de Omgevingswet deels worden opgenomen in het omgevingsplan.<sup>46</sup> Dat be-

41 ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4017.

42 Bijvoorbeeld ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:596.

43 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 23.3. Zie in gelijke zin ook: ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2855, r.o. 5.9-5.10 en ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1211, r.o. 53-54.

44 ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3052.

45 ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:176 en ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2850.

46 De marktvergunningen of standplaatsen worden mogelijk niet via het omgevingsplan geregeld (*Kamerstukken II 2014/15, 33962, 23, p. 55*).



tekent dat indien de gemeenteraad een omgevingsplan opstelt waarbij een vergunningstelsel in het leven wordt geroepen, hij de eisen uit artikel 9 en 10 Dienstenrichtlijn in acht moet nemen. In het algemeen heeft Nederland de eisen die volgen uit de Dienstenrichtlijn geïmplementeerd in de Dienstenwet. Niet alle bepalingen uit de Dienstenrichtlijn zijn echter gecodificeerd in de Dienstenwet. Opvallend is bijvoorbeeld dat de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn niet zijn omgezet in nationaal recht. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Dienstenwet volgt dat artikel 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn niet zijn omgezet, omdat de in die bepaling opgenomen voorwaarden overeenkomen met bestaande rechtspraak van het Hof en zodoende al geldend recht zijn.<sup>47</sup> Artikel 9, eerste lid, Dienstenrichtlijn zou bovendien worden gehandhaafd door middel van screening van geldende wet- en regelgeving in combinatie met verslaglegging hierover aan de Commissie.<sup>48</sup> De reden hiervoor is – aldus de memorie van toelichting bij de Dienstenwet – dat sprake is van bestaand Europees recht dat in de Nederlandse rechtsorde reeds is geïncorporeerd of van kaderstellende instructienormen die de discretionaire bevoegdheid van de (formele) wetgever en regelgevende instanties inperken en door feitelijk handelen van de wetgever en regelgevende instanties kunnen worden gewaarborgd.<sup>49</sup>

Verder geldt voor artikel 10 Dienstenrichtlijn volgens de wetgever, dat de in deze bepaling neergelegde eisen overeenkomen met de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het verbod op vooringenomenheid, het zorgvuldigheidsbeginsel en de belangenafweging, het verbod op détournement de pouvoir, de opdracht tot afweging van belangen, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.<sup>50</sup> Dit impliceert dus dat de eisen die de Dienstenrichtlijn stelt reeds in algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn geïncorporeerd. De vraag is of de toetsing van gemeentelijke omgevingsplannen aan die algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot eenzelfde uitkomst leidt als de toetsing aan artikel 9 en 10 Dienstenrichtlijn.

Een andere doelstelling van de Omgevingswet is het reduceren van de onderzoekslasten.<sup>51</sup> De uitvoerbaarheidstoets, moet een 'onuitvoerbaarheidstoets' worden en het omgevingsplan zou dus wel zekerheid moeten bieden over de toegestane ontwikkelingen, maar geen zekerheid over de vraag wanneer een ontwikkeling gaat plaatsvinden. Daarmee gaat de wetgever ervanuit dat de onderzoekslasten worden beperkt.<sup>52</sup> Op het moment dat de gemeenteraad in een bepaald gebied detailhandel wil verbieden uit het oogpunt van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, zal de raad wel, gelet op de Stad Appingedam uitspraak

onderzoek in de planfase moeten verrichten naar de vraag of een dergelijk verbod evenredig is, waarbij uitdrukkelijk ook de effectiviteit van de maatregel onderzocht dient te worden. In zoverre levert de uitspraak van het Hof dus geen beperking van de onderzoekslasten op.

## 6. Afronding

Met het *Appingedam*-arrest van het Hof zijn de vragen van de Afdeling over de toepasbaarheid van de Dienstenrichtlijn bij bestemmingsplannen (en omgevingsvergunningen) met regels over detailhandel beantwoord. Ook detailhandel moet worden gezien als een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn en regels waarin territoriale beperkingen zijn neergelegd ten aanzien van detailhandel, moeten daarom niet-discriminatoir, noodzakelijk en evenredig zijn. De Afdeling heeft haar rechtspraak op deze punten moeten wijzigen. De norm zelf wijkt inhoudelijk niet veel af van de norm van een goede ruimtelijke ordening en het evenredigheidsbeginsel. Niet voor niks vond de wetgever het niet nodig om bepaalde artikelen uit de Dienstenrichtlijn te codificeren in de Dienstenwet. Toch blijkt uit de *Appingedam* uitspraak van de Afdeling dat het *Appingedam*-arrest van het Hof wel degelijk een verandering teweegbrengt voor (decentrale) overheden, omdat de eisen die aan de motivering van de evenredigheid van een planregel hoger zijn. In het bijzonder omdat de Afdeling in het kader van de evenredigheid eisen stelt aan de effectiviteit van een planologische maatregel en daarbij onderzoeksgegevens verlangt. Wat de motivering betreft was het wel al zaak dit zorgvuldig te doen, met ruimtelijk relevante argumenten, maar echt hoge eisen werden daaraan niet gesteld, omdat (i) de gemeenteraad kon volstaan met 'algemene ervaringsregels'; en (ii) het aan appellanten was om de algemene ervaringsregels te ontkrachten, dan wel, aan te tonen dat indien de ervaringsregels niet in acht werden genomen, dit tot een situatie leidde die uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening niet aanvaardbaar was. Gemeenteraden kregen dus veel ruimte bij het formuleren van bestemmingsplanregels. Om de toets aan de Dienstenrichtlijn te kunnen doorstaan zullen gemeenteraden in hun bestemmingsplan grondiger moeten motiveren en in een analyse met specifieke gegevens moeten aantonen dat een beperkende maatregel evenredig – en dus ook effectief – is. Dat is geen onoverkomelijke hobbel, maar betekent wel werk aan de winkel voor (decentrale) overheden. Ook rijst de vraag of deze evenredigheidstoets alleen zou moeten gelden bij brancheringsregels waarop de Dienstenrichtlijn van toepassing is of dat deze verzwaarde motiveringsplicht waarbij ook de effectiviteit van de planregel aannemelijk moet worden gemaakt, zonder meer zou moeten gelden, omdat deze volgt uit de eisen van een goede ruimtelijke ordening en het evenredigheidsbeginsel. Zijn er eigenlijk wel goede argumenten om alleen de effectiviteitstoets te aanvaarden indien de planregel betrekking heeft op detailhandel (brancheringsregels) en bij andere planregels niet? De gevolgen van het *Appingedam*-arrest zouden dan nog wel eens groter kunnen zijn dan aanvankelijk gedacht.

47 *Kamerstukken II 2007/08*, 31579, 3, p. 20 e.v.

48 Wat hiermee precies is bedoeld, is onduidelijk. Bij weten van deze auteurs heeft een dergelijke screening of vastlegging nooit plaatsgevonden.

49 *Idem*.

50 *Idem*, p. 22.

51 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2014/15*, 33962, 23, p. 69.

52 *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, 3, p. 153. Jan Reinier schreef in een artikel in *TO* al over onderzoekslasten in de Omgevingswet: J.R. van Angeren, 'Het omgevingsplan in de Omgevingswet', *TO* 2016, afl. 1/2.